



João Vicente Tinoco

**Política Criminal Antiterrorista
e criminalização política**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Adriano Pilatti
Co-orientadora: Prof^a. Victoria-Amália de
Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki



João Vicente Tinoco

**Política Criminal Antiterrorista
e criminalização política**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Profº. Adriano Pilatti
Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Victoria Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki
Coorientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profº. João Ricardo Wanderley Dornelles
Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Fernanda Maia da Costa Vieira
UFRJ

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2020.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

João Vicente Tinoco

Advogado criminalista. Atuante nas áreas de Direito Penal e Direito Processual Penal. Sócio do escritório Arthur Lavigne Advogados Associados. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), em 2016.

Ficha Catalográfica

Tinoco, João Vicente

Política Criminal Antiterrorista e criminalização política / João Vicente Tinoco ; orientador: Adriano Pilatti. – 2022.
141 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2020.
Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Política criminal. 3. Direito Penal. 4. Direito Penal do Inimigo. 5. Terrorismo. 6. Crime político. 7. Movimentos sociais. 8. criminologia. I. Pilatti, Adriano Pilatti. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para Cecília, pois seu brilho inspira, seu sorriso afaga e seu amor faz transbordar
os sonhos que nos levam além.

Agradecimentos

Aos meus pais, João Paulo e Cyane, e à minha irmã, Patricia, pelo carinho, pelo exemplo e por todo o suporte.

Aos orientadores, Adriano Pilatti e Victoria Sulocki pelos conselhos, pela paciência e pela confiança que depositaram em meu trabalho.

Aos colegas de turma e amigos que a PUC proporcionou, à Ericka Gavinho e à Daniela Almeida.

Aos professores do Departamento de Direito e da Pós-Graduação.

Aos colegas de escritório e de advocacia criminal, Arthur Lavigne, Arthur Bruno Fischer, Allan Caetano Ramos, Raphael Coelho e Matilde Faleiros Rocha, pela constante fonte de inspiração e aprendizado.

Aos amigos Thiago Medeiros e Bruno Brandão Salles, por me incentivar e apoiar.

Ao CNPq e à PUC-Rio, pelos auxílios concedidos.

Ao Anderson, à Carmem, e aos demais funcionários da Secretaria da Pós-graduação, por toda a ajuda.

A todos aqueles que contribuíram para tornar a PUC, para mim, uma casa e um lugar de sonhos e de luta.

A todos, muito obrigado.

Resumo

Tinoco, João Vicente; Pilatti, Adriano. **Política Criminal Antiterrorista e criminalização política**. Rio de Janeiro, 2022, 141p. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A dissertação aborda contemporânea política criminal de combate ao terrorismo e sua relação com a criminalização da atuação da sociedade civil na política. Para tanto, busca compreender os fundamentos teóricos que justificam a criação de leis penais antiterroristas, os quais se sustentam em situações de potencial emergência social e que, por esta razão, ensejariam medidas excepcionais por parte do Estado. Assim, entende-se a política criminal antiterrorista como uma política de exceção que rompe com valores constitucionais de restrição ao poder punitivo estatal. A partir dessa compreensão, o trabalho procura, no chamado “Direito Penal do Inimigo”, exprimir tais políticas criminais de emergência nos campos do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Por fim, aborda-se a constituição do tipo penal de terrorismo enquanto delito político, para elucidar o processo que levou a criminalização política de agentes sociais.

Palavras-chave

Política criminal; Direito Penal; Direito Penal do Inimigo; Terrorismo; crime político; movimentos sociais; criminologia.

Abstract

Tinoco, João Vicente; Pilatti, Adriano (Abstract). **Anti-terrorist Criminal Policy and the Criminalization of Politics**. Rio de Janeiro, 2022, 141p. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This work approaches the contemporary criminal policy on the war on terrorism and its relation with the repression of social claims and civil rights. To do so, it searches for the theory behind the justification the for anti-terrorism law, which happen during social emergency times that claim for exceptional measures by the state. Therefore, the anti-terrorism law is understood as an exceptional policy which breaks with constitutional values about state power restriction. This work searches on the so called “Enemy’s Criminal Law” for the emergency criminal law and criminal procedure. At last, it approaches the constitution of a crime of terrorism as a political crime in order to understand how it could contribute to criminalizing social and political players.

Keywords

Criminal politics; criminal Law; Enemy criminal Law; Terrorism, political crime; criminology.

*“Do rio que tudo arrasta
Se diz que é violento
Mas ninguém diz violentas
As margens que o comprimem”*
Bertold Brecht

Sumário

| | |
|--|------------|
| 1. Introdução..... | 10 |
| 2. A política criminal da guerra ao terrorismo | 13 |
| 2.1 Direito e exceção na guerra ao terrorismo | 13 |
| 2.2 Antiterrorismo e direito penal do inimigo | 26 |
| 3. Direito penal e luta de classes | 54 |
| 3.1 A crítica marxista ao Estado e ao direito..... | 54 |
| 3.2 Direito penal do inimigo como instrumento de luta de classes | 73 |
| 4. Criminalização política e direito penal antiterrorista | 93 |
| 4.1 Afinal, o que é terrorismo?..... | 93 |
| 4.2 O tipo penal de terrorismo como instrumento de criminalização política | 113 |
| 5. Conclusão | 129 |
| 6. Bibliografia..... | 132 |

1

Introdução

Em sua clássica obra *Terrorismo e Criminalidade Política*, Heleno Fragoso conclui que “o terrorismo é um fenômeno essencialmente político (...) pretender equiparar o terrorismo à criminalidade comum é desconhecer o seu sentido histórico e jurídico”¹. De fato, é comum se verificar na história política recente a qualificação de atos políticos de resistência ou de oposição a determinados regimes como terrorismo. Também é comum a criminalização de movimentos sociais e populares a partir da categoriza do terrorismo. Essa tendência é especialmente encontrada nas ditaduras que subjugaram países latino-americanos na segunda metade do século XX, como no Brasil, onde a Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), em seu artigo 20, tipificava a prática de atos de terrorismo.

O problema que permeia a conturbada relação entre a tipificação penal do terrorismo e a criminalização política se acentua diante da dificuldade encontrada por toda a comunidade internacional e pelos especialistas da área em definir juridicamente em que consistem os chamados *atos de terrorismo*. Afinal, o que seria terrorismo? Não raro, busca-se responder tal indagação com exemplos concretos. O atentado a Nova York em 11 de setembro de 2001, por exemplo, corresponde ao que, indiscutivelmente, entende-se como um ato terrorista e reclama a mais veemente repulsa da comunidade internacional. Mas a simples apresentação de exemplos não responde à pergunta formulada e, ainda, suscita novas indagações. Como separar conceitualmente um ato terrorista de um que *não* é terrorista, ainda que contrário à ordem jurídica? Ou, ainda, pode o próprio Estado ser terrorista?

Ainda hoje, juristas como Bernd Schünemann² debruçam-se sobre o tema e concluem que o direito penal segue sem possuir ferramentas suficientes para enfrentar o problema do terrorismo, conquanto “só pode ser solucionado politicamente, porque a sua razão de ser são, muitas vezes, decisões políticas contraproducentes”. A despeito disso, o apelo político sobre a necessidade de se

¹FRAGOSO, Heleno Claudio. *Terrorismo e Criminalidade Política*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981, p. 124.

²SCHÜNEMANN, Bernd. Entrevista concedida a João Paulo Martinelli, *in* Schüneman, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* (org.: Luís Greco). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 328.

combater internacionalmente o terrorismo tem levado Estados a editar legislações voltadas à sua tipificação penal como forma de combate interno ao fenômeno. Nesse contexto, o problema da indefinição jurídica é resolvido pela elaboração de tipos penais abertos e genéricos e de definições redundantes, deixando para as agências do sistema penal a tarefa de delimitar, caso a caso, as hipóteses de aplicação da lei. A solução, portanto, é a adoção das chamadas leis penais de exceção, as quais flexibilizam direitos e garantias constitucionais para buscar resolver um problema de ordem política através da criminalização de condutas.

Esses apontamentos expõem um ponto de tensão no Direito Penal constitucional. De um lado, há o consenso sobre os fundamentos e limites do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito orientado pela tutela dos Direitos Fundamentais. Esse consenso sobrevive há séculos, possuindo raízes doutrinárias no liberalismo político. Por outro lado, há uma tendência a se adotar discursos de emergência e de situações extremas para legitimar legislações extraordinárias que não se contêm nos limites constitucionais democráticos do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Tal tendência remonta a modelos penais típicos de regimes autoritários e, afastadas as garantias democráticas, possibilitaria a criminalização política.

Partindo desses apontamentos, o objetivo do trabalho é compreender e apurar os fundamentos da política criminal antiterrorista e os riscos de uma ilegítima criminalização política de movimentos de oposição por ela proporcionados. A análise será desenvolvida em três etapas.

No Capítulo 2, a pesquisa abordará os fundamentos da política criminal que corresponde à chamada guerra ao terrorismo. Primeiro, tratará de como o discurso da guerra e da excepcionalidade fundamentam a ruptura com garantias individuais que limitam o poder punitivo do estado. Segundo, verificará o discurso do “Direito Penal do Inimigo” como expressão jurídica desse fenômeno na seara do direito penal e do processo penal, abordando sua construção dogmática e sua repercussão jurídica.

No Capítulo 3, o trabalho buscará expandir a crítica sobre o direito penal do inimigo, que fundamenta a política criminal antiterrorista, para além de uma perspectiva liberal sobre sua conformidade com preceitos constitucionais. Para tanto, debruçar-se-á sobre a seletividade do emprego das categorias próprias ao direito penal do inimigo e sua relação com a disputa do poder político do Estado

capitalista. Primeiro, a análise partirá da crítica marxista ao direito para compreender como o aparelho punitivo do Estado corresponde a um instrumento de opressão e controle de classe. Segundo, à luz da criminologia crítica e da crítica marxista ao direito, buscar-se-á compreender como a criação de inimigos a serem seletivamente neutralizados através do sistema penal historicamente corresponde às aspirações políticas das classes dominantes em contextos diversos.

No Capítulo 4, o estudo se voltará para a natureza política, ou de modalidade de crime *lesa majestade*, do tipo penal de terrorismo. Primeiro, verificará os esforços e fracassos da comunidade jurídica internacional em buscar uma definição taxativa e universal para o terrorismo, capturando seu sentido em um tipo penal. Segundo, analisará criticamente os elementos que poderiam dar suporte à elaboração de um tipo penal de terrorismo para verificar se a classificação de determinado ato como terrorista pode estar dissociada de uma valoração política sobre o ato em si.

2

A política criminal da guerra ao terrorismo

“This is a different war from any other our nation has ever faced, a war on many fronts, against terrorists who operate in more than 60 different countries. And this is a war that must be fought not only overseas, but here at home.”

George W. Bush, 8 de novembro de 2001.

2.1

Direito e exceção na guerra ao terrorismo

A política criminal antiterrorista e a criação de tipos penais que buscam criminalizar a atividade tida por terrorista em determinados locais não são fenômenos recentes. Ao longo do século XX, algumas nações incluíram em seus ordenamentos jurídicos leis penais que tipificavam crime de terrorismo. Essa tendência, no entanto, se deu de forma difusa pela qual cada Estado buscava reprimir conflitos existentes em seu próprio território.

Na Europa, por exemplo, o terrorismo era associado a movimentos separatistas ou partidários de políticas consideradas radicais. Por tais motivos, Estados como o Reino Unido e a Espanha editaram legislações penais de conteúdo antiterrorista com o específico fim de reprimir grupos como o IRA e o ETA, tal como o fez a Itália na repressão de grupos como as Brigadas Vermelhas³.

Ainda que em realidade social e política absolutamente diversa daquela vivida na Europa, legislações antiterroristas também surgiram na América Latina. Nesse continente, porém, a atividade considerada terrorista não foi tradicionalmente associada a grupos separatistas, mas à resistência política face às ditaduras instauradas. Assim, na América Latina, a tipificação do terrorismo decorreu da doutrina da segurança nacional e serviu de instrumento de repressão

³ ANITUA, Gabriel Ignacio. As leis penais antiterroristas, contra o “mal” ou do “inimigo”. In PEDRINHA, Roberta Dubos; FERNANDES, Márcia Adriana (Org.). Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 430.

política, considerando terroristas aqueles que se opunham ao regime⁴. No Brasil, por exemplo, a prática de “atos de terrorismo” encontra-se tipificada no art. 20 da Lei 7.170/1983, a chamada “Lei de Segurança Nacional” do regime militar. Mais recentemente, editou-se a Lei 13.260/2016 que trata especificamente da criminalização do terrorismo.

Em que pesem as diferenças sociais e culturais entre as diversas nações que adotaram políticas criminais antiterroristas para reprimir seus conflitos internos, há alguns traços em comum nessas legislações. Um desses traços é a motivação da edição de tais leis. Essas leis correspondem a situações consideradas emergenciais e visam a reprimir um inimigo extraordinário: o grupo terrorista em questão. Disso decorre o segundo traço comum de tais leis: trata-se de uma política criminal excepcional, que, para combater o inimigo, recorre a poderes que não seriam constitucionalmente aceitáveis em condições consideradas ordinárias. As leis antiterrorismo, portanto, “funcionam como uma instância de exceção às garantias formais que, não obstante, o direito ‘normal’ reconhece”⁵.

A construção de sistemas de garantias decorre da necessidade de conferir racionalidade aos ordenamentos jurídicos e de limitar o poder punitivo do Estado. Seguindo esse intuito, as constituições democráticas contemporâneas consagram uma série de princípios que balizam as normas processuais penais e de direito penal substantivo aplicadas pelo Estado. Trata-se de orientação própria ao Estado Democrático de Direito, onde, segundo Rubens Casara:

“Ao se falar em Estado Democrático de Direito se evoca, em termos weberianos, um ‘tipo ideal’ de Estado que tem o compromisso de realizar os direitos fundamentais e tem como principal característica a existência de limites legais ao exercício de poder. O Estado Democrático de Direito é, portanto, sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado em que os indivíduos e, em especial, os

⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981, p. 81.

⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. As leis penais antiterroristas, contra o “mal” ou do “inimigo”. In PEDRINHA, Roberta Dubos; FERNANDES, Márcia Adriana (Org.). Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 430.

agentes estatais, estão sujeitos à lei (...) coerente com a Constituição da República”⁶.

O tipo ideal “Estado Democrático de Direito” resgata a tradição liberal⁷ e contrapõe o exercício do poder estatal à liberdade. Quanto mais forte o aparato coercitivo do Estado, menor a liberdade individual. Portanto, a limitação do poder punitivo do Estado decorre dos próprios valores existenciais do cidadão, como liberdade e dignidade humana. Tais valores, então, formam um conjunto de garantias sobre o que deve ser considerado inviolável e intocável no âmbito da persecução penal.

Nesse sentido, Jürgen Wolter aponta que:

“em sua função objetiva, os direitos fundamentais são resistentes, ao menos no âmbito nuclear dos espaços de liberdade que representam, ao poder do Estado e garantem proteção contra perigos. Nos casos concretos, os direitos fundamentais instauram, com o seu núcleo fincado na dignidade humana, direitos de participação do afetado no processo penal, dirigidos contra o Estado, bem como outras garantias processuais. Dignidade humana e liberdade no processo penal não significam apenas negativamente ausência de coação, mas positivamente a chance, garantida pelos direitos fundamentais, de desenvolvimento da personalidade e de autodeterminação”⁸.

Dessa forma, o que confere racionalidade ao sistema jurídico penal⁹ é a observância de uma série de princípios que limitam o poder punitivo desde a concepção da lei penal até o funcionamento do processo. Passa pela observância de só punir crimes previstos expressamente em leis, por observar a necessidade concreta da tipificação penal, e vai até a garantia do direito de defesa e do julgamento por órgão imparcial observada a presunção de inocência. Tais

⁶ CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 19.

⁷ CASARA, Rubens R. R. *Ibidem*, p. 20.

⁸ WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal – Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Org: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2018, 85.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

princípios, de forma geral, podem ser expressos (ainda que não necessariamente de forma exaustiva) nos dez axiomas *nulla poena sine crime; nullum crimen sine lege; nulla lex sine necessitate; nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione*¹⁰.

No entanto, a política criminal antiterrorista passa ao largo de tal sistema de garantias penais e processuais e, ao ignorá-lo, institui leis que conferem poderes excepcionais às agências de repressão estatal e que tolhem direitos humanos de quem é considerado terrorista. São as leis penais de exceção.

Apesar dessa política criminal, em uma análise formal, parecer juridicamente inválida ou, ao menos, questionável face às constituições modernas, suas medidas de persecução penal acabam sendo politicamente justificadas pelo discurso da emergência e da excepcionalidade que permeia esses estatutos jurídicos.

É que as leis antiterroristas tradicionalmente são propostas e aprovadas logo após algum atentado ou conflito, e em resposta ao mesmo. Por isso acabam justificadas como medida de emergência necessária ao combate aos inimigos. Nas palavras de Anitua:

“as ações identificadas como terroristas, seguidas de um clima de pânico que afeta toda a opinião pública, provocam uma reação autoritária e repressiva que se incorpora em leis “de emergência”, como as que propuseram e decretaram, em diferentes partes do mundo, através de fatos que não repercutiram necessária e diretamente nestes lugares. Estas leis, que afetam as garantias consagradas nas constituições liberais, justificam-se pela situação especial que se atravessa: de “guerra”, de “crise do Estado de Direito”¹¹.

Portanto, ao romper com garantias fundamentais asseguradas pelas constituições liberais, a política criminal antiterrorista se fundamenta em um estado de exceção e de guerra, constituindo uma espécie de excepcional direito de guerra no interior do próprio Estado de direito:

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem*, p. 91.

¹¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op cit.* p. 430.

“Debido a este modo de pensar las políticas hacia el terrorismo, nos comprometemos en una guerra y entonces el derecho penal contra el terrorismo se convierte en un derecho de guerra dentro del derecho penal interno. Y en caso de guerra, se admite la utilización de todos los medios necesarios para derrotar a los combatientes del lado opositor. Deste modo, la guerra contra el terror se convierte en la máxima expresión del “Derecho Penal del Enemigo”¹².

Portanto, ainda que seus alvos variem de Estado para Estado, o paradigma da política criminal antiterrorista é o do Estado de fato, ou de exceção. Através dessa política criminal, as agências penais perdem suas amarras e projetam-se incontidas sobre os cidadãos através da faceta repressiva do Estado.

Por outro lado, se a política criminal antiterrorista do século XX se caracterizava por sua difusão, em que cada Estado que a adotava buscava reprimir conflitos específicos havidos em seu próprio território, essa realidade mudou. A virada do século XX para o XXI trouxe uma reconfiguração da chamada guerra ao terrorismo, sendo o marco dessa mudança o atentado de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América. Esse episódio justificou o engajamento retórico dos Estados Unidos à guerra internacional ao terrorismo, levando a reboque as principais potências ocidentais.

Nesse momento, os “grupos locais” que outrora justificaram a adoção de política criminal excepcional já não possuem a mesma força de antes. No entanto, tais organizações são substituídas na retórica política por grupos internacionais descentralizados, indeterminados e que atuam sobre todo o globo terrestre. Agora, o inimigo não é mais tão determinável, mas, em última análise, um conceito a ser combatido. A excepcionalidade que justificava a política criminal antiterrorista passa a ser permanente e indeterminada:

“A substituição a essas organizações “terroristas locais” surgiu, nos últimos anos, de um novo “mal” bem mais esquivo e indeterminado, que se vincula também a novas questões de conteúdo religioso ou cultural. Contrariamente aos casos mencionados, a indeterminação de seus conteúdos é ferramenta que desponta para

¹² CONDE, Francisco Muñoz. El derecho en la guerra contra el terrorismo: El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno. In GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 467.

que o novo “inimigo” se faça mais duradouro, e, com isso, a excepcionalidade seja, paradoxalmente, eterna. Talvez não tão paradoxalmente, como a exceção não se coloca por um prazo de tempo definido, mas é elaborada um conjunto de ações ou pessoas que as realizam, dentro do contexto de outras leis, que gozarão do status de um Estado de Direito”¹³.

No constitucionalismo moderno, o instituto do “estado de exceção”, ou de “sítio” ou de “emergência” é caracterizado e justificado pela noção de que, em determinadas circunstâncias, a constituição precisa ser suspensa para ser salva. Essa contradição aparente pode ser aceita pela existência de arranjos institucionais que possam garantir que tal medida só se justifique quando realmente necessário à salvaguarda do Estado de direito, bem como pela garantia da brevidade e da delimitação do período de excepcionalidade. Nas palavras de José Afonso da Silva:

“Sem que se verifique a *necessidade*, o estado de exceção configurará puro golpe de estado, simples arbítrio; sem atenção ao princípio da *temporiedade*, sem que se fixe tempo limitado para vigência da legalidade extraordinária, o estado de exceção não passará de ditadura”¹⁴.

No entanto, o estado de guerra ao qual o combate ao terrorismo refere-se adquire contornos diversos. Destaca-se três motivos para isso. Primeiro, porque a guerra ao terrorismo é praticada tanto através de conflitos militares quanto com políticas domésticas de persecução penal e de policiamento. Do ponto de vista espacial, portanto, trata-se de modalidade de conflitos internacionais e também domésticos. Segundo, porque os combatentes inimigos na guerra ao terrorismo não são apenas organizações e Estados, mas também idéias, modos de vida e conceitos.

¹³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op cit.* p. 430.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 36ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013. p. 768. No mesmo sentido, “Intimamente relacionada com a estabilidade e a defesa do Estado de Direito é a chamada *organização constitucional dos períodos de crise*, que outra coisa não é senão uma tentativa, até certo ponto utópica ou, talvez, desesperada dos regimes democráticos para conjurar seus abalos políticos com um mínimo de sacrifício aos direitos e garantias constitucionais. Por isso todos reconhecem que, ao fim e ao cabo, essa legalidade excepcional, em que pesem seus custos, mais ou menos elevados, vem a se constituir em importante instrumento de preservação do Estado de Direito e das suas instituições.” MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1331.

Terceiro, porque a guerra ao terrorismo assume uma temporalidade infinita, protraindo-se indefinidamente no tempo.

Portanto, o estado de guerra inunda todo o terreno social e a excepcionalidade mostra-se permanente e generalizada¹⁵. Nesse contexto, apesar de não haver uma declaração formal de estado de emergência ou de suspensão da constituição, a própria política desenvolve-se em um regime de exceção, ultrapassando os limites formais tradicionalmente impostos pelo Estado de direito. Esse regime de exceção também não observa qualquer temporalidade, protraindo-se indefinidamente. Por isso, fala-se na contradição de um regime de exceção que não é declarado por alguma urgência específica e que não tem prazo. Como ressaltam Negri e Hardt:

“quando a crise deixa de ser limitada e específica, transformando-se numa onicrise generalizada, quando o estado de guerra e, portanto, o estado de exceção tornam-se ilimitados ou mesmo permanentes, como acontece hoje em dia, a contradição manifesta-se plenamente, e o conceito adquire um caráter completamente diferente”¹⁶.

O caráter permanente desse estado de coisas excepcionais leva Rubens Casara a questionar o emprego do termo “crise” para descrevê-lo. Falar em crise implicaria na assunção de uma situação excepcional drástica, porém passível de reversão. Por exemplo, o ponto de crise em um tratamento médico pode indicar o momento drástico quando o paciente ainda deve ser salvo ou, do contrário, perecerá. No entanto, Casara identifica uma funcionalidade econômica e política nessa “crise permanente” que mais indicaria uma configuração social correspondente ao atual estágio do capitalismo:

“se a crise se torna ‘permanente’, impõe-se investigar se há mesmo um quadro de crise. Uma crise permanente, que se apresente como funcional, útil para a geração de lucros a partir da produção de novos serviços e mercadorias, bem como à repressão necessária à manutenção do projeto político e econômico imposto em

¹⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 26.

¹⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Ibidem*, p. 27.

determinado Estado, não é mais uma negatividade, um desvio, e sim uma positividade cara ao modelo neoliberal”¹⁷ (CASARA, 2017, p. 12).

Daí a contradição de uma exceção permanente, que, paradoxalmente, torna-se regra. Em outros termos, a deflagração de um estado de guerra dissolve valores e princípios democráticos, o que terá reflexo em diversos campos da sociedade, incluindo a política, a atividade policial e a de persecução penal.

Por outro lado, a contradição de um Estado de guerra permanente convivendo com o Estado de direito se sustenta na constatação de que essa guerra não é mais deflagrada tal como o era na modernidade. Além da mobilização e confronto entre forças militares, a guerra contemporânea se caracteriza pelo manejo de instrumentos políticos para obter o êxito, pois “quando o estado de exceção torna-se regra e o tempo de guerra é interminável, a tradicional distinção entre guerra e política fica cada vez mais obscura”¹⁸.

Trata-se, portanto, da aproximação entre guerra e política onde Hardt e Negri apontam uma inversão na fórmula de Clausewitz: “talvez a guerra seja uma continuação da política por outros meios, mas a própria política vem-se tornando cada vez mais guerra conduzida por outros meios”¹⁹.

A guerra deixa de manifestar-se apenas como conflito armado militar e passa a ser exercida através da política, do poder de polícia e de outras formas de controle social pelo Estado durante o funcionamento normal de seu poder. Através desses mecanismos, “a guerra vai-se transformando no princípio básico de organização da sociedade, reduzindo-se a política apenas a um de seus recursos ou manifestações”²⁰. Torna-se um regime de biopoder destinado a controlar e a reproduzir aspectos da vida social.

A partir de tais constatações sobre a natureza da guerra contemporânea e de seu caráter biopolítico, Negri aborda suas finalidades. Segundo o autor, a guerra como prática política e social desempenha o papel necessário ao controle social correspondente ao atual estágio de desenvolvimento do capitalismo²¹. Aí reside

¹⁷ CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 12.

¹⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 33.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ NEGRI, Antonio. Cinco lições sobre Império. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 186.

uma diferença fulcral entre a forma de guerra desempenhada na modernidade e nos dias de hoje:

“No moderno, a guerra criava ordem através da paz. Com Hobbes, podíamos considerar a guerra um momento de conflito de todos contra todos e, afinal, através da paz, se constituía a ordem, *Hoje, pelo contrário, a ordem não nasce do fim da guerra, mas através de uma promoção contínua de guerra*. É por meio dessa ação permanente de guerra que se propõem e se aplicam as funções de disciplina e controle”²².

Um dos principais motivos para essa mudança na forma da guerra é o potencial destrutivo que um conflito total alcançaria na contemporaneidade. É que a indústria militar se desenvolveu a tal ponto que conferiu às grandes potências bélicas o poder de efetivamente destruir o próprio planeta. No entanto, exercer tal prerrogativa das grandes potências seria algo insensato do ponto de vista do próprio poder, eis que isso acarretaria, também, em autodestruição.

Por tal motivo, os conflitos armados deixam de buscar a demonstração de força total e passam a ter intensidade menor. Assim, a guerra materializa-se em ações policiais pulverizadas²³, o que reforça o seu caráter de controle social e biopolítico. Dessa forma,

“Se a paz não se diferencia mais da guerra, guerra e paz se confundem dentro de uma única matriz que é biopolítica. *A guerra pós-moderna é algo menos do que a guerra moderna, mas também é algo mais do que a polícia moderna. A guerra pós-moderna tornou-se – monstruosamente – uma espécie de máquina produtora do social*”²⁴.

Esse estado de coisas deflagra uma situação de relativização de valores democráticos e de garantias individuais que configuram o apontado “Estado de exceção permanente” ou “Estado Pós-Democrático”. Em suma, configura um modelo estatal “sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em

²² *Ibidem*, p. 187 e 188.

²³ *Ibidem*, p. 188 e 189.

²⁴ *Ibidem*, p. 190 e 191

que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor”²⁵.

Trata-se de um modelo estatal compatível com o neoliberalismo. Assim como diferentes modelos de Estado (liberal de direito, social de direito, fascista, democrático de direito) se adaptaram ao longo da história ao estágio de desenvolvimento do capitalismo, o modelo atual corresponde ao neoliberalismo. Dessa forma, “para atender ao ultraliberalismo econômico, o Estado destaca sua função penal e ganha cada vez mais força no exercício do controle social, buscando os fins almejados pela classe política e econômica dirigente”²⁶.

O funcionamento das agências de persecução penal é fortemente influenciado por esse modelo estatal. Afinal, “o poder penal é uma das mais importantes manifestações de força do Estado, que detém o monopólio da violência legítima (e que, não raro, também exerce violência ilegítima)”²⁷.

O funcionamento do sistema penal nesse contexto se caracteriza pela flexibilização de garantias e direitos fundamentais. As regras e princípios constitucionais são rejeitados pelos órgãos estatais, apesar do discurso oficial sustentar a existência de um Estado Democrático de Direito²⁸. Para o Estado penal, “não existem obstáculos ao exercício do poder”²⁹. Dessa forma,

“A verdade de nossa época está inscrita no desrespeito à Constituição no que ela tem de democrático, no fato de o discurso oficial reservar o afastamento de direitos e garantias para situações excepcionais, enquanto a funcionalidade real do Estado revela que o que era pra ser exceção transformou-se em regra, ao menos para determinada parcela da sociedade”³⁰.

Por outro lado, a compreensão do funcionamento do sistema penal em um contexto em que a política é pautada pela guerra, a definição do inimigo a ser combatido ganha destaque. O inimigo é construído politicamente, justificando a

²⁵ CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 23.

²⁶ *Ibidem*, p. 25 e 26.

²⁷ *Ibidem*, p. 93.

²⁸ *Ibidem*, p. 69.

²⁹ *Ibidem*, p. 41.

³⁰ CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 70.

permanência da guerra e o controle das classes perigosas ao poder constituído. Negri afirma que:

“O *inimigo*, com efeito, deve ser aqui continuamente construído, inventado, paradoxalmente não pode ser vencido ou, se for vencido, é preciso logo que haja outro, o inimigo é o perigo público, é o sintoma de uma desordem a ser ordenada: isto é, *é a ameaça que a própria presença da multidão levanta*. Ela, de qualquer maneira, deve ser disciplinada e controlada. Cada sujeito pode ser inimigo do Império. Cada sujeito pode ser um perigo público e, na condição de multidão de singularidades, pode ser definido como limite de poder”³¹.

À medida em que o estado de guerra se consolida, a figura do inimigo deixa de ter concretude e passa a ser cada vez mais abstrata. Consubstancia-se o inimigo em idéias, conceitos ou atividades. Por exemplo, guerra ao crime, à corrupção, às drogas, etc. Tais conceitos carregam o significante do mal a ser combatido politicamente, custe o que custar, mas que “gozam de ‘anemia semântica’”³² – como goza de “anemia semântica” a definição de terrorismo. Afinal, a fim e a cabo, além de palavras de ordem, os conceitos transformados em inimigos não indicam qualquer concretude jurídica.

Em que pese o vazio semântico, o uso desses conceitos é uma tática cada vez mais empregada pelo poder constituído para justificar uma espécie de “vale tudo” jurídico penal em nome de verdadeiros truísmos. Afinal, sociedade alguma é “a favor” do crime ou da corrupção, por exemplo. Seria algo verdadeiramente contraditório.

No Brasil, o exemplo mais recente é a atual propositura e aprovação de leis, projetos de leis ou “pacotes” intitulados “anticrime”, quando a lei “anticrime” por excelência já existe: é o Código Penal. A idéia de propor algo como “anticrime” (como se o que se opusesse a tal fosse “pró-crime”) expressa a tática de apontar o mal a ser combatido a qualquer custo, justificando a flexibilização de direitos, garantias e preceitos constitucionais.

A construção de inimigos a partir de entes abstratos, conceitos e atividades permite a expansão do poder punitivo, que deixa de encontrar limites impostos

³¹ NEGRI, Antonio. Cinco lições sobre Império. Rio de Janeiro:DP&A, 2003, p. 186.

³² CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 72.

pelas constituições. Essa expansão punitiva, por sua vez, se dirige aos pobres, aos miseráveis e àqueles que, de forma geral, não contribuem com o funcionamento do capitalismo para discipliná-los. Assim, a guerra ao inimigo converte-se em um combate às classes perigosas ao poder constituído.

A guerra às drogas, iniciada na década de 1980 a partir dos Estados Unidos da América e com grande relevância político-criminal até hoje na América Latina, é um dos grandes exemplos do combate às classes perigosas. A pretexto de combater a circulação de entorpecentes, a política criminal antidrogas militariza a segurança pública e o controle de espaços pobres em favelas e periferias, proporciona a morte e o encarceramento de corpos negros e trabalhadores. A política criminal antidrogas proporciona a criminalização da pobreza e regula a vida da classe trabalhadora³³.

A guerra ao terrorismo e a política criminal antiterrorista se inserem nesse contexto. Com ela, desde o início do século XXI, o estado de guerra se expande indefinidamente e contra inimigos que, cada vez de forma mais clara, não se apresentam como Estados, comunidades políticas ou indivíduos específicos. O terrorismo torna-se inimigo como conceito ou conjunto de práticas.

Aqui, o emprego do vocábulo “guerra” não expressa uma metáfora. Trata-se do emprego conjunto de mecanismos de poder de polícia, de persecução penal e de combates armados e força letal contra inimigos indefinidos e imateriais³⁴.

Disso decorrem três conseqüências importantes. A primeira delas é que a guerra deixa de ter limites determinados no tempo e no espaço³⁵. Assim, é deflagrado o estado de guerra permanente, superando o paradigma moderno de que a guerra era praticada entre Estados determinados, em locais determinados e com duração até a rendição de um dos beligerantes. A guerra ao terrorismo, por sua vez, se estende por todo o planeta, e a todos os momentos, podendo, inclusive, não ter fim, tornando indistinguível a própria guerra da atividade policial³⁶.

³³ Sobre a guerra às drogas, OLMO, Rosa del. *A face oculta da droga*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990. Ver também BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis ganhos fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009. Sobre a política de pacificação e de militarização das favelas através das UPPs, BATISTA, Vera Malaguti. *O Alemão é mais complexo*. In BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Paz Armada*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

³⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 35.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p. 36.

A segunda consequência reside na confusão entre as políticas domésticas e as externas de cada Estado. Relações internacionais e política interna misturam-se cada vez mais, em especial no desempenho da atividade policial e militar. Nesse contexto,

“O ‘inimigo’, que tradicionalmente era enxergado fora, e as ‘classes perigosas’, que tradicionalmente se encontravam dentro, tornam-se assim cada vez mais difíceis de distinguir, servindo conjuntamente como objeto do esforço de guerra”³⁷.

A construção do inimigo a partir das classes perigosas a ponto de confundir um com o outro, além de propiciar o incremento do autoritarismo estatal contra populações periféricas, proporciona maior politização do sistema de justiça criminal. Essa politização abre maiores espaços para que se identifique em movimentos políticos de contestação o inimigo a ser combatido.

Por fim, uma terceira consequência dessa guerra ao terrorismo é a chamada reorientação dos lados. Isso decorre do fato de que a construção do inimigo a partir de conceitos indeterminados e abstratos possibilita a criação de inimigos universais. Afinal, “em princípio, toda a humanidade pode unir-se contra um conceito ou prática abstrata como o terrorismo”³⁸.

A partir disso, justifica-se o discurso da “guerra justa” contra o mal. Segundo Hardt e Negri, “o conceito de justiça serve para universalizar a guerra além de quaisquer interesses particulares, para abarcar o interesse da humanidade como um todo”³⁹.

Já o inimigo de toda a humanidade é construído como a encarnação do “mal”. É o mal a ser combatido, expurgado. A humanidade não deve medir esforços para vencer o mal, seu inimigo. A guerra justa, portanto, não deve encontrar obstáculos para dizimar seu inimigo.

Esse é o contexto de um estado de fato, despido de sua roupagem de garantidor dos direitos fundamentais e empenhado exclusivamente de sua função repressiva. É nesse contexto que se insere a política criminal antiterrorista, uma

³⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012, p 36.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

política criminal destacada do funcionamento regular de um sistema de justiça democrática e garantista.

2.2

Antiterrorismo e direito penal do inimigo

A existência de uma conjuntura social em que a guerra se expande indefinidamente no tempo e no espaço, bem como se torna instrumento através do qual a política é praticada, influencia o funcionamento do Direito Penal. Nesse contexto, o Direito Penal acaba se misturando à própria lógica da guerra e, com isso, serve de instrumento de persecução contra o inimigo. É o caso da elaboração de normas penais visando a persecução ao terrorismo e a organizações terroristas, por exemplo.

Dessa forma, a resposta jurídico-penal não exclui ou passa ao largo da guerra. Pelo contrário, adequa-se à lógica da guerra e da exceção propalada a partir da necessidade de neutralizar algum inimigo interno. E isso pode ser percebido nos instrumentos de persecução penal voltados ao combate ao terrorismo.

Por exemplo, um caso emblemático de confusão entre a guerra e o funcionamento do sistema penal na persecução ao terrorismo se deu nos Estados Unidos da América. No dia 8 de novembro de 2001, o então presidente George W. Bush proferiu discurso onde propagou como se desenrolaria a então declarada “guerra ao terrorismo”. Dias depois, em 16 de novembro de 2001, expediu uma “ordem militar” (Military Order) onde regulamentava normas processuais que dispunham sobre competência, detenção preventiva e processamento de casos envolvendo acusação de terrorismo.

O fato de uma “ordem militar” dispor sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal demonstra como o funcionamento de instituições internas se adequa à lógica da guerra. No entanto, o teor do texto normativo demonstra inequivocamente como a persecução penal em tais casos seria operada em regime de exceção, desconsiderando direitos e garantias fundamentais dos acusados.

A legislação penal e processual penal equilibra uma delicada relação entre poder governamental e liberdade. Essa relação, no entanto, fica cada vez mais tensionada em períodos de crise, em especial quando a crise decorre de guerra. A legislação norte-americana pós 11 de setembro, como o USA Patriotic Act, é

apontada como ponto de profunda mudança nessa relação entre poder do Estado e liberdade. Na persecução penal ao terrorismo, o Direito Penal interno se adequa à lógica da guerra e desvirtua-se para fins que não pertencem ao direito interno, mas à própria política externa. Com isso, abandona qualquer função garantidora de direitos para tornar-se instrumento exclusivamente de neutralização de inimigos. Nas palavras de Muñoz Conde,

“debido a este modo de pensar lãs políticas hacia el terrorismo, nos comprometemos em uma guerra y entonces El derecho penal contra el terrorismo se convierte em um derecho de guerra dentro del derecho penal interno. Y em caso de guerra, se admite la utilización de todos los médios necessários para derrotar a los combatientes del lado opositor. Deste modo, la guerra contra el terror se convierte en la máxima expresión del Derecho Penal del Enemigo”⁴⁰.

Nesse contexto em que a política criminal e a própria atividade de guerra se encontram, ganham relevância formulações como a do Direito Penal do Inimigo. Tais formulações colocam em xeque o próprio tratamento devido pelo Estado àqueles que se vêm na ambígua posição de criminosos comuns e, ao mesmo tempo, de combatentes inimigos de guerra. Como resposta, a política criminal desenvolve-se através de parâmetros de formulação das leis penais e processuais penais, bem como de aplicação da pena, que ultrapassam as barreiras tradicionalmente impostas pelas garantias asseguradas em um Estado Democrático de Direito:

“Devido a estes fatores, o direito penal – e a expressão direito penal do inimigo esforça-se pouco para escondê-lo – torna-se cada vez mais difícil e cada vez menos distinguível da guerra civil e da guerra em si”⁴¹.

Portanto, a compreensão do Direito Penal do Inimigo como fenômeno de política criminal é imprescindível para a legislação penal antiterrorista. Luís Greco

⁴⁰ CONDE, Francisco Muñoz. El derecho en la guerra contra el terrorismo: El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno. In GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 467.

⁴¹ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 47, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

afirma que de um ponto de vista semântico, “o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo”⁴². No entanto, para alcançar essa conclusão, existe uma formulação dogmática do conceito que definem seus contornos de atuação no Direito Penal.

Nas palavras de Cornelius Prittwitz, “Direito penal do inimigo é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos”⁴³. Assim, essa “modalidade” de direito penal “vê no delinqüente não um cidadão a ser respeitado, mas sim um foco de perigo a ser neutralizado”⁴⁴.

A teorização do chamado direito penal do inimigo é atribuída ao penalista alemão Günther Jakobs. A primeira vez que Jakobs apresentou o conceito foi durante uma conferência por ele proferida em 1985. Na ocasião, Jakobs abordou criticamente o tema, apontando o surgimento de um direito penal do inimigo a despeito das constituições liberais, afirmando, no entanto, que essa modalidade de direito penal só teria lugar no Estado de exceção. Na ocasião, portanto, Jakobs buscava fixar limites materiais à criminalização de atividades prévias à lesão a bem jurídico⁴⁵. No entanto, a figura do direito penal do inimigo permaneceu quase que ignorada na literatura jurídica até a virada do milênio⁴⁶.

Em sua teoria, Jakobs apresenta as idéias de um “direito penal do cidadão” e de um “direito penal do inimigo” como dois tipos ideais⁴⁷. O direito penal do cidadão é aquele que corresponde às constituições liberais e ao direito penal do Estado democrático de direito. Segundo essa premissa, o direito penal do cidadão serve para punir cidadãos que delinquem e provocam dano a bens jurídicos penalmente tutelados. Essa modalidade de direito penal é operada na “normalidade” e é limitada por diversas garantais individuais.

⁴² GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 93.

⁴³ PRITTWITZ, Cornelius. *op cit.* p. 41.

⁴⁴ GRECO, Luís. *Op cit.* p. 80.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 19 – 47.

O direito penal do inimigo, por sua vez, é o tipo ideal voltado para situações excepcionais de risco constante. Assim, volta-se não à retribuição pelo delito, mas à própria prevenção da realização do risco. Por isso, Neumann afirma que “o conceito de direito penal do inimigo como direito penal de emergência visa à prevenção de perigo”⁴⁸.

Ao buscar a neutralização e a prevenção de riscos, o direito penal do inimigo busca antecipar-se à prática do delito e não encontra balizas nos limites do direito penal tradicional. Segundo Luís Greco,

“características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos (...) do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade”⁴⁹.

Nesse contexto, o inimigo é compreendido como a fonte do perigo, como o indivíduo que, incapaz de conviver em sociedade, expõe terceiros a riscos constantes. Portanto, o direito penal pode, por um lado, ver no delinquente um cidadão, compreendido como “alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal”. Nesse caso, “o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar alguma perturbação exterior”⁵⁰.

Por outro lado, o direito penal pode encarar o delinquente como um inimigo, compreendido como “uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada”. Nesse caso, o criminoso “pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos”⁵¹.

Isso porque, na concepção de direito penal de Jakobs, “inimigos são a rigor não-pessoas”, equiparados a animais selvagens, que são fontes de perigo que precisam ser neutralizadas⁵². E, como fonte de perigo a ser neutralizado, o inimigo não é titular dos direitos e garantias conferidos a cidadãos.

⁴⁸ NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 163.

⁴⁹ GRECO, Luís. *Op cit.* p. 86.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 82.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*, p. 86.

Ocorre que, a despeito de Jakobs ter inicialmente teorizado o direito penal do inimigo para criticá-lo, em 1985, é certo que o debate acerca dessa categoria ganhou novos contornos. Mais recentemente, novas manifestações de Jakobs relativizam o tom crítico de outrora e “buscam mesmo uma extensa legitimação do direito penal do inimigo”⁵³.

Na verdade, Günther Jakobs chega a sustentar que, a despeito das críticas que naturalmente surgiram dentre os penalistas, “seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo”⁵⁴. Para Jakobs, o direito penal do inimigo tornou-se não apenas aceitável, mas desejável nas democracias contemporâneas. Por isso, passou a teorizar dogmaticamente sobre a matéria e sobre suas justificativas.

A adoção de um modelo de política criminal correspondente ao tipo ideal do Direito Penal do Inimigo implicaria em três aspectos de distinção dogmática sobre o modelo do “direito penal do cidadão”. São eles: a função da imposição da pena, a relação normativa entre o delinquente e o Estado, e a feição do direito penal e do processo penal segundo cada modelo⁵⁵.

Sobre o primeiro aspecto – a função da pena – Neumann aponta que, no direito penal democrático, liberal ou “do cidadão”, segundo Jakobs, a pena não teria por fundamento impedir futuros delitos, mas a “manutenção da confiança na norma, ameaçada pelo ato que a transgride”⁵⁶. Eventual efeito preventivo seria secundário, através de efeitos de intimidação adicionais, acessórios ao maior significado da pena criminal.

Sobre a pena, diz Jakobs que “a pena é coação” de natureza diversa. Em primeiro lugar, a pena porta um significado que é uma resposta ao delito. O delito, por sua vez, é compreendido como o ato praticado por uma pessoa racional que desautoriza a norma, atacando sua vigência. A imposição da pena é a reafirmação da norma que foi infringida, “significa que a afirmação do autor é irrelevante e que

⁵³ *Ibidem*, p. 84.

⁵⁴ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 42.

⁵⁵ NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 165.

⁵⁶ NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 165.

a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade”⁵⁷.

Segundo essa concepção, portanto, crime e pena seriam formas de interação simbólica sobre a validade da norma jurídica. Enquanto o primeiro ataca a validade da norma, a segunda a reafirma. Por outro lado, essa concepção somente prevalece na medida em que o criminoso é capaz de interação social e, portanto, seu ato contrário à norma precisa ser penalizado. Por isso, segundo essa concepção, diz Jakobs, “o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato”⁵⁸.

Por outro lado, além da apontada função de interação simbólica da pena, esta também detém uma segunda função, a de “prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade”⁵⁹. Essa segunda função da pena privativa de liberdade manifesta-se com a restrição física da liberdade do criminoso e o impede de cometer novos delitos fora da penitenciária. Serve, portanto, à prevenção de riscos futuros.

Sobre essa dimensão da pena criminal, Jakobs aponta que “a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em direito, mas contra o indivíduo perigoso”⁶⁰. Tal função da pena seria equivalente à função da imposição de uma medida de segurança contra inimputável. Portanto,

“a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no

⁵⁷ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 22.

⁵⁸ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 22.

⁵⁹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 22.

⁶⁰ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 23.

qual uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos para a generalidade”⁶¹.

No modelo do direito penal do inimigo, portanto, a atuação estatal se destinaria exclusivamente a combater perigos. Trata-se de evitar a lesão a bens jurídicos antes mesmo da comissão do delito. Dessa forma, o Direito Penal do Inimigo distingue-se daquele destinado ao cidadão na medida em que “o direito penal do cidadão confia na comunicação social, no significado da pena; o direito penal do inimigo, em sua ação física”⁶².

Ou, como afirma Jakobs, no Direito Penal do Inimigo,

“no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito penal do inimigo (...) ao invés do Direito penal do cidadão, e a voz ‘Direito’ significa, em ambos os conceitos, algo claramente diferente”⁶³.

Sobre a relação normativa entre delinqüente e Estado, que é o segundo aspecto que distingue o Direito Penal do Inimigo daquele previsto para cidadãos comuns, há grande distinção entre o tratamento conferido ao “cidadão” e ao “inimigo”. Sobre esse ponto, um dos problemas do direito penal do inimigo seria o de este possuir uma “tendência ao excesso”⁶⁴.

É que, como aponta Ulfrid Neumann,

“enquanto o direito penal que visa à estabilização normativa reage ao abalo da norma, que da mesma forma só se dá pela ocorrência do fato lesivo – o direito penal

⁶¹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 23.

⁶² NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 166.

⁶³ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 23.

⁶⁴ NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 167.

preventivo, ao seguir exclusivamente sua própria lógica, tem de antecipar em muito o seu momento de intervenção, para atingir a mais otimizada proteção de bens jurídicos”⁶⁵.

Para Jakobs, “denomina-se ‘Direito’ o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação”⁶⁶. Isso se reflete na própria construção e na aplicação do direito penal contra inimigos ou cidadãos. É que enquanto cidadãos atuam, de certa forma, conforme expectativas sociais, a eles se aplicam garantias liberais. Contra o inimigo, por sua vez, considerado fonte de perigo a ser neutralizada, o Direito Penal não encontra balizas.

Por isso, Jakobs afirma:

“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 (...) a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (...) combate perigos”⁶⁷.

Nessa tarefa de combater perigos, por sua vez, o Estado não encontra limites e não espera a efetiva prática de um ato delituoso para agir. Por isso, rompe com a tradição liberal do Direito Penal que isenta de pena atos que não lesionem bens jurídicos relevantes e atua criminalizando atos preparatórios, manifestações de opiniões e a própria vinculação a determinados grupos.

Essa ruptura com a tradição liberal garantista também é verificada no campo do Direito Processual Penal. Nessa seara, compreende-se o imputado, dentro de uma tradição liberal, como pessoa detentora de direitos que participa do processo,

⁶⁵ NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 168.

⁶⁶ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 25.

⁶⁷ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 30.

sendo ‘sujeito processual’. É isso, segundo Jakobs, que distingue o processo reformado do processo inquisitivo⁶⁸.

No entanto, na seara processual, o direito penal do inimigo:

“aparece em múltiplas formas de clara coação, sobretudo na prisão preventiva (...) do mesmo modo que a custódia de segurança, a prisão preventiva nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física. Isso, não porque o imputado deve assistir ao processo – também participa no processo uma pessoa imputada, e por convicção –, mas porque é obrigado a isso mediante seu encarceramento. Esta coação não se dirige contra a pessoa em Direito – esta nem oculta provas nem foge –, mas contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo”⁶⁹.

A flexibilização das garantias liberais, tanto no campo do Direito Penal substantivo quanto na seara do Processo Penal, decorre do que é a terceira característica do Direito Penal do Inimigo apontada por Ulfrid Neumann. Essa terceira característica que distingue o Direito Penal do Inimigo daquele aplicado ao cidadão – ao lado da natureza da pena e da forma de aplicação do Direito – é a despersonalização do indivíduo considerado inimigo, eis que no “direito penal orientado à prevenção de perigos, o autor aparece como fonte de perigo, não como pessoa”⁷⁰.

No modelo de Jakobs, a categoria “pessoa” não equivale a “indivíduo”, mas ao ser humano em suas relações sociais⁷¹. Portanto, nem todo indivíduo será considerado uma “pessoa”. Isso depende da forma como esse indivíduo se relaciona socialmente.

Por isso, o que caracteriza tal modelo de direito penal é o estabelecimento de pressupostos para o reconhecimento a alguém do status de pessoa. Segundo a

⁶⁸ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 39.

⁶⁹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 39 e 40.

⁷⁰ NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 167.

⁷¹ *Ibidem*, p. 171.

teorização de Jakobs, o que define “pessoa” não são direitos, mas deveres. Deveres esses relacionados à capacidade de agir conforme normas jurídicas. Dessa forma, a conformidade das ações de determinado indivíduo com as expectativas normativas que lhe são endereçadas é o que constitui o pressuposto que lhe confere o status de pessoa.

Em Jakobs, a existência da norma jurídica tem por objetivo configurar a sociedade. Assim, é de esperar-se que as pessoas tenham condutas fundamentalmente de acordo com as normas, podendo-se partir do pressuposto que o direito não será infringido. Dessa forma, é necessária uma confiança cognitiva para que a fidelidade à norma transforme-se em algo real. Do contrário, a vigência da norma torna-se uma promessa vazia⁷².

Vejamos o exemplo de Jakobs:

“um exemplo extremo: quando é séria a possibilidade de ser lesionado, de ser vítima de um roubo ou talvez, inclusive, de um homicídio, em um determinado parque, a certeza de estar, em todo caso, em meu direito, não me fará entrar nesse parque sem necessidade. Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida”⁷³.

O que confere a algum indivíduo a condição de pessoa, portanto, é a possibilidade de conferir-lhe essa confiança cognitiva, independentemente desse indivíduo cometer delitos ou não. O delinqüente pode infringir a norma ocasionalmente e, ainda assim, orientar-se de acordo com o Direito, de forma geral. Nesse caso, o criminoso “comum” compreende que ele próprio não pode manter-se contrário à norma sem qualquer confirmação cognitiva. Portanto, ao tomar o criminoso “comum” como pessoa, pressupõe-se que ele oriente suas ações com base na distinção entre o que é lícito e o que é ilícito. Então, a expectativa normativa também é encontrada no delinqüente.

⁷² JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 33.

⁷³ *Ibidem*, p. 33 e 34.

Por outro lado, o transgressor que não respeita a norma e não atende às expectativas normativas não cumpre os deveres sociais que lhe são impostos. Por isso, esse indivíduo não pode ser considerado pessoa, e “a possibilidade de se retirar do transgressor da norma o status de pessoa justifica negar a ele os direitos ligados a esse status e tratá-lo, assim, como inimigo”⁷⁴.

Com o inimigo, “a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, [o que] diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa”⁷⁵. Por isso, busca-se combater especialmente o tipo de indivíduo que se afasta

“de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. A reação do ordenamento jurídico frente a esta criminalidade se caracteriza (...) pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”⁷⁶.

Assim, compreende Jakobs que:

“um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. É que o estado de natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação”⁷⁷.

Portanto, Ulfrid Neumann conclui que:

⁷⁴ NEUMANN, Ulfrid. *Op cit.* p. 173.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções críticas* (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 34.

⁷⁶ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções críticas* (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 35 e 36.

⁷⁷ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções críticas* (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 36.

“esse conceito de pessoa, dependente de sua função, ganha sua carga explosiva no passo em que frente a não-pessoas quase tudo é permitido, de modo que apenas o status de pessoa protege o indivíduo de intervenções tendencialmente ilimitadas. O modelo de Jakobs combina altas exigências para aquisição e posse do status de pessoa com a consequência de que aqueles que não conseguem cumprir tais exigências restam quase completamente sem direitos”⁷⁸.

É evidente que essa construção dogmática de Jakobs foi alvo de severas críticas. Por exemplo, Prittwitz considera que “o conceito de ‘não-pessoa’ não pode mais ser usado após 1945. Mas também a idéia em si de tratar determinados contraventores como inimigos é inaceitável do ponto de vista normativo”⁷⁹.

A despeito disso, é certo que o Direito Penal do Inimigo constituiu-se como modelo de política criminal que vem se refletindo em leis penais voltadas para combater classes específicas de crimes ou criminosos. E, nesse contexto, a política criminal antiterrorista no Século XXI tornou-se, por excelência, o espaço de desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo.

Isso porque a política globalizada sobre o terrorismo no Século XXI se baseia na guerra. E, em se tratando de guerra, pode-se utilizar todos os meios disponíveis para derrotar o inimigo que, nessa hipótese, é o terrorismo. Por isso, o Direito Penal torna-se instrumento dessa guerra e orienta-se pelos ditames do Direito Penal do Inimigo⁸⁰.

Nesse contexto, Francisco Muñoz Conde aponta três consequências político-criminais da adoção do modelo do Direito Penal do Inimigo. São elas:

- “1. Aumento da gravidade das penas para além da idéia de proporcionalidade, aplicando inclusive “penas draconianas”;
2. Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica, etc.

⁷⁸ NEUMANN, Ulfrid. *Op cit.* p. 172.

⁷⁹ PRITTWITZ, Cornelius. *Op cit.* p. 43.

⁸⁰ CONDE, Francisco Muñoz. El derecho en la guerra contra el terrorismo: El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno. In GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 467.

3. Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do direito penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito”⁸¹.

Essas três repercussões do Direito Penal do Inimigo, por outro lado, podem ser compreendidas em três campos distintos. A imposição de penas draconianas, para além de parâmetros de proporcionalidade, relaciona-se às atividades de imposição e de execução da pena, e tem a ver com a própria natureza e finalidade da pena privativa de liberdade. A abolição ou redução ao mínimo de garantias processuais, por sua vez, refere-se à disciplina do Direito Processual Penal como ela repercute a política criminal contra o inimigo. Por fim, a possibilidade de criminalizar condutas que não afetem bens jurídicos refere-se ao Direito Penal substantivo, em especial à criminalização de condutas e sua relação com o princípio da lesividade.

Sobre o primeiro aspecto prático do Direito Penal do Inimigo na guerra ao terrorismo – o aumento desproporcional das penas –, Francisco Muñoz Conde aponta:

“aplicar penas draconianas puede significar: elevar la escala penal; introducir una medida de internamiento de seguridad tras El cumplimiento de la pena; aplicar prisión perpetua y pena de muerte para delitos que, aún em circunstancias normales, em países donde esas penas se encuentran legisladas, no se justifica su aplicación”⁸².

A ideia de um modelo diferenciado de aplicação e de execução da pena privativa de liberdade coloca no centro da questão a natureza da pessoa contra quem é imposta a punição. Seria essa pessoa mero objeto de execução penal, devendo submeter-se ao jugo quase ilimitado do Estado, pois cometeu um crime? Ou seria

⁸¹ CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 83, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. p. 98.

⁸² CONDE, Francisco Muñoz. El derecho en la guerra contra el terrorismo: El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno. In GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 465.

essa pessoa um sujeito de direitos cujas garantias individuais, mesmo que condenada, devem ser respeitadas no âmbito da execução penal?

Tais questões colocam à prova a própria natureza da execução penal no direito brasileiro. Trata-se de um debate antigo que discute se a natureza da execução penal seria administrativa ou jurisdicional. Em artigo acadêmico, Antonio Scarence Fernandes já abordava a importância dessa discussão, apontando a existência de três correntes doutrinárias sobre a questão⁸³. A primeira corrente pregava que durante a execução penal o juiz exercia apenas funções administrativas de fiscalização do cumprimento da pena. A segunda corrente posicionava-se reconhecendo uma natureza mista. Compreendia que a execução penal tinha um duplo caráter: o de expiação da pena, o qual seria fiscalizado pelo magistrado em atuação meramente administrativa, e o caráter de processualização dos incidentes, nos quais o magistrado exerceria função jurisdicional⁸⁴.

As correntes que defendiam o caráter meramente administrativo, e não jurisdicional, da execução penal se apoiavam em alguns argumentos. Dentre eles, (i) o juiz, exceto nos incidentes de execução, exerceria tão somente atividade de vigilância; (ii) a execução penal seria de competência exclusiva do Ministério Público que, nesse caso, agiria como órgão do Poder Executivo; (iii) o cumprimento da pena era forçado, e não facultado ao apenado, de forma que não haveria de se falar em direitos subjetivos do condenado, ou, ainda que não fosse o caso, a existência de qualquer direito haveria de ser dirimida em incidente próprio; e (iv) na execução penal, diferentemente da execução em processo civil, tudo sucede independentemente da vontade do apenado ou de qualquer interessado⁸⁵. No entanto, esses argumentos acabaram sendo refutados.

Argumentando em prol da tese que reconhece a natureza jurisdicional da execução penal e refutando os argumentos contrários já expostos, Antonio Scarence Fernandes ressalta que “o fato de ser a execução penal forçada não é razão para considerá-la não jurisdicional”, pois

⁸³ FERNANDES, Antonio Scarence. *Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdionalizado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 3, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 83 – 99.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

“admite-se como atividade jurisdicional não somente aquela consistente em declarar e atuar a vontade da lei ao caso concreto, mas também a que leva o juiz a adotar, de ofício ou devido a pedido da parte vencedora, providências para que o comando da sentença seja realidade, se torne efetivo”⁸⁶.

Argumenta, ainda, que ainda que exista atividade de fiscalização, essa seria secundária, e que “a regra é o juiz da execução proferir decisões tendentes a garantir os direitos do preso e a evitar desvios no cumprimento da pena”⁸⁷.

Dessa forma, Antonio Scarence Fernandes afasta as duas correntes doutrinárias expostas anteriormente – que são a que sustenta que a execução penal teria caráter exclusivamente administrativo e a que argumenta que possui caráter administrativo e às vezes jurisdicional no âmbito de incidentes de execução – e, assim, se filia a uma terceira corrente, segundo a qual na execução penal o juiz é sujeito de uma relação jurídica processual executiva e, portanto, exerce atividade jurisdicional.

Afirmar a natureza jurisdicional da execução penal é muito mais do que um capricho conceitual. Trata-se, na verdade, de assentar uma premissa indispensável à investigação sobre a incidência das garantias fundamentais no âmbito da execução. Afinal,

“evidenciar que a execução penal é jurisdicional representa, antes de tudo, admitir a existência de um processo de execução cercado de garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por conseguinte, implica em aceitar que o condenado é titular de direitos”⁸⁸.

Portanto, admitir que a pessoa condenada é sujeito de direitos, detentora de garantias que devem ser asseguradas, implica na instituição de um modelo de execução penal que permita ao apenado pleitear seus direitos. Tal estrutura, por excelência, deve observar os preceitos da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e, considerando os objetivos do Direito Penal, o princípio da humanidade.

⁸⁶ *Idbem*, p. 84.

⁸⁷ *Ibdem*, p. 84.

⁸⁸ *Ibdem*, p. 84.

Segundo Nilo Batista,

“o princípio da humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo – sob o prisma da ‘danosidade social’ – o princípio da lesividade”⁸⁹.

Tal princípio intervém tanto no momento de aplicação quanto na própria execução da pena e apóia-se nas noções de racionalidade e de proporcionalidade. Por racionalidade, compreende-se que a pena “tenha um sentido compatível com o ser humano e com suas cambiantes aspirações”. Por isso, a pena não poderia esgotar-se “num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa”⁹⁰. Já a proporcionalidade implica em uma relação necessária entre a gravidade do delito e a pena imposta, considerando suas finalidades. Dessa forma, “da proporcionalidade pode extrair-se, igualmente, a proibição de penas perpétuas”⁹¹.

Esses valores e princípios, no entanto, não encontram lugar no âmbito da aplicação do Direito Penal do Inimigo. A teoria de Jakobs se sustenta na premissa de que indivíduos podem ser divididos entre “cidadãos” e “inimigos”. Aos cidadãos, tais direitos poderiam ser assegurados. Os inimigos, no entanto, são vistos meramente como uma fonte de perigo a ser neutralizada. Assim, para o Direito Penal do Inimigo, a pena privativa de liberdade não possui qualquer pretensão positiva sobre o apenado, mas tão somente a pretensão de neutralizá-lo. É por esse motivo que não contempla qualquer garantia ou direito ao inimigo apenado, e a pena converte-se em uma medida praticamente administrativa de contenção do indivíduo.

Já a segunda repercussão do Direito Penal do Inimigo influencia o campo processual. Trata-se da restrição de garantias processuais no âmbito de acusações contra inimigos.

⁸⁹ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 95.

⁹⁰ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 97.

⁹¹ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 98.

É no âmbito das garantias processuais que a relação entre o sistema penal e o modelo de Estado torna-se mais visível. Por esse motivo, é o desenvolvimento dessa faceta do Direito Penal do Inimigo que escancara o modelo autoritário por trás dessa política criminal.

Em célebre obra sobre a relação entre Estado, política e processo penal, James Goldschmidt aponta que:

“os princípios da política criminal de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Partindo desta experiência, a ciência processual desenvolveu um número de princípios opostos constitutivos do processo. A mútua luta entre eles, o triunfo ora de um, ora de outro, ou sua fusão caracterizam a história do processo”⁹².

É por isso que o Direito Processual Penal é por vezes considerado como o “Direito Constitucional aplicado”, ou mesmo como o “sismógrafo da Constituição”⁹³. Esse entendimento expressa como o Direito Processual Penal é a disciplina que regula a relação e o regime de direitos entre Estado e indivíduos. Por isso, é um dos ramos do direito mais enraizados na Constituição⁹⁴.

O desenvolvimento da doutrina processual penal levou à constatação de que o Direito Processual em um Estado de Direito não é apenas um instrumento para a aplicação do direito material. Trata-se, na realidade de uma disciplina própria que regulamenta a forma como serão julgados os delitos. Por isso, expressa valores próprios como a necessidade de se observar o devido processo legal, a vedação de que o Estado busque a verdade sobre determinado fato “a qualquer preço” e a obrigatória observância das garantias de participação do acusado no processo, respeitando o direito de defesa⁹⁵.

⁹² GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos e Políticos do Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 67.

⁹³ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Nacionalsocialismo e antigarantismo penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 37.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Nacionalsocialismo e antigarantismo penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 37.

A formação desses valores e garantias estabelecidos em cada legislação processual tem profunda relação com a configuração política do Estado e da Constituição. Nesse sentido, Javier Llobet Rodríguez aponta que

“Em um Estado Democrático de Direito, é de grande relevância a regulamentação do imputado como um sujeito de direito e não como um mero objeto da atuação estatal, o que leva a que tenha que garantir-se a presunção de inocência e o direito de defesa e que se proíba todo o tipo de coação tendente a obter sua confissão”⁹⁶.

Por outro lado, ressalta que:

“Em um Estado autoritário, além de estruturar-se o ‘processo’ penal conforme postulados autoritários, de acordo com as características de um sistema inquisitorial, o que impera definitivamente é a arbitrariedade, já que não se estabelecem mecanismos eficazes para reclamar violações à normativa existente. Por isso mesmo, não se admite reclamações contra a atuação arbitrária da polícia, de modo que se chega a um sistema paralelo de repressão policial de fato, que leva a que não se apresente os detidos ante uma autoridade judicial e a que sejam objeto das piores arbitrariedades, incluída a tortura, o desaparecimento forçado e o assassinato extrajudicial”⁹⁷.

Tendo em vista o modelo de Estado em questão, portanto, o Direito Processual Penal desenvolve-se através de determinados institutos em detrimento de outros. Por exemplo, pode desenvolver-se com estrutura acusatória, onde há um magistrado inerte que se limita a apreciar os pedidos e provas produzidos, “deixando a apresentação dos pedidos e a obtenção do material àqueles que, perseguindo interesses opostos, representam-se como partes”⁹⁸. Por outro lado, pode o processo penal desenvolver-se com estrutura inquisitorial, onde o juízo criminal procede de ofício a fim de obter, por si só, o material que formará sua opinião sobre a existência ou não de um crime⁹⁹.

⁹⁶ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacionalsocialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*; tradução Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 38.

⁹⁷ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacionalsocialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*; tradução Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 40.

⁹⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Op cit.* p. 69.

⁹⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Ibidem*, p. 68.

Por outro lado, o processo penal também desenvolve-se através de uma série de princípios contrapostos, como a aposta em um tribunal popular ou em magistrados oficiais; a adoção de uma iniciativa acusatória apoiada em um princípio de legalidade ou de oportunidade; a escolha por um procedimento público ou secreto; a adoção de um sistema de provas tarifadas ou de livre convencimento; a conformação do direito de defesa e das garantias do acusado¹⁰⁰.

No Século XX, o Ocidente vivenciou experiências de Estados totalitários. Na Europa, a experiência do nazi-fascismo, por exemplo. Na América Latina, por sua vez, vivenciou-se a experiência das ditaduras militares e da doutrina de segurança nacional. Essas experiências totalitárias, naturalmente, conformaram modelos de processo penal autoritários nesses países.

No regime nazista, por exemplo, Javier Llobet Rodríguez aponta que o autoritarismo se refletia nos princípios de direito material substantivo, que eram complementados pela forma autoritária do processo penal. Aponta, ainda, que essas formas jurídicas correspondiam a uma reação ao liberalismo político e ao Iluminismo penal¹⁰¹.

Nessa relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal no regime nazista, prevalecia o entendimento de que não existiam direitos fundamentais dos cidadãos, mas apenas deveres ante a comunidade. No processo penal, “isso se refletia na eliminação das garantias do devido processo e dos controles à atuação do Ministério Público e do juiz”, prevalecendo, em contrapartida, o princípio autoritário e do Führer¹⁰².

Há, ainda, outras consequências desse modelo de processo penal. No campo epistemológico, a doutrina nazista considerava que o processo penal não possuía fins próprios, mas era apenas um apêndice instrumental do Direito Penal material. Por isso, a busca pela elucidação do fato punível não encontrava balizas em princípios ou garantias individuais. Prevalecia o princípio da busca da verdade real e buscava “evitar que com base em formalismos se impedisse a penalização”¹⁰³.

¹⁰⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Ibidem*.

¹⁰¹ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Op cit.* p. 42.

¹⁰² LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Op cit.* p. 42.

¹⁰³ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Op cit.* p. 43.

Por fim, a relação entre Direito Penal e processo penal no regime nazista também trazia consequências para a presunção de inocência. A doutrina nazista via no delito um ato de traição contra o povo que era praticado pelo acusado. Por isso, a acusação colocava em dúvida a honra e o patriotismo do acusado e o processo tornava-se o espaço onde ele deveria mostrar-se inocente e retornar à comunidade¹⁰⁴. Essa lógica processual onera o acusado de mostrar-se inocente ao Estado, rompendo com o princípio da presunção de inocência, segundo o qual a pessoa deve ser considerada inocente até que tenha culpa formada e o ônus de comprovar a acusação é do Estado.

O fim desses regimes totalitários no Século XX veio acompanhado de críticas na doutrina jurídica sobre os modelos penais e processuais autoritários. Havia o entendimento de que o terrorismo de Estado praticado não poderia se repetir e, por isso, era necessário que a promulgação de novas constituições estabelecesse limites rígidos à intervenção estatal no campo penal.

Esse movimento constitucional levou ao garantismo penal. Segundo Javier Llobet Rodríguez,

“o surgimento do constitucionalismo rígido, no qual se baseia o garantismo penal, está associado à finalização da Segunda Guerra Mundial e à resposta às quebras dos direitos humanos que se deram em regimes como o fascista e o nacional-socialista. No Século XIX diversas constituições tinham acolhido as idéias do Iluminismo penal em seus textos. Porém, não é senão até a finalização da Segunda Guerra Mundial, através da criação de diversos tribunais constitucionais, como o alemão e o italiano, que se chega a admitir que o sistema de garantias estabelecido na Constituição se impunha sobre a legislação ordinária e se tratava de normativa aplicável diretamente pela judicatura”¹⁰⁵.

O garantismo penal baseia-se na ideia de que Estado e direito não são fins em si mesmos. Existem para proteger os direitos dos cidadãos. Por isso, o garantismo penal impõe limites substanciais ao poder estatal, que não poderia criminalizar qualquer conduta ou instituir qualquer sistema processual. É necessário

¹⁰⁴ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier.. *Ibidem*, p. 43.

¹⁰⁵ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Op cit.* p. 47.

que se observe uma série de garantias individuais e democráticas com as quais o sistema penal deve ser compatível.

A política criminal antiterrorista, porém, assentada no modelo do Direito Penal do Inimigo, não se adéqua ao modelo garantista. Ao considerar o inimigo, ou o terrorista, não uma pessoa, mas uma fonte de perigos a ser neutralizada, essa política criminal nega as garantias processuais e constitucionais. Assim, o Direito Penal do Inimigo e a política criminal antiterrorista não admitem um direito ao devido processo legal.

Segundo Francisco Muñoz Conde,

“abolir el derecho al ‘debido proceso’ puede significar: admitir evidencia de oídas, o pruebas como resultado de monitoreo telefónico o visual de lugares privados o escuchas telefónicas sin orden judicial, técnicas de interrogatório agresivas como la tortura; la extensión de la duración del arresto policial sin control judicial; el establecimiento de tribunales especiales (incluso tribunales o comisiones militares) para juzgar delitos relacionados con el terrorismo; la restricción del derecho del detenido de comparecer ante un juez (habeas corpus) o el derecho de asistencia legal, etc.”¹⁰⁶.

Joel Samaha aponta, ainda, a flexibilização de garantias processuais no âmbito da guerra ao terrorismo a partir do USA Patriotic Act, nos Estados Unidos. Cita especialmente a mitigação direitos relativos à privacidade e à intimidade, com o incremento do poder estatal de vigilância e de realizar buscas e apreensões, bem como a flexibilização ao direito de defesa e direitos relativos ao julgamento e à jurisdição¹⁰⁷.

Portanto, essa política criminal baseada no Direito Penal do Inimigo, no campo do processo penal, rompe com os paradigmas do garantismo penal e regrido, paulatinamente, a modelos autoritários de Estados totalitários.

Por fim, a terceira consequência político-criminal do Direito Penal do Inimigo, adotada na política antiterrorista, apontada por Francisco Muñoz Conde

¹⁰⁶ CONDE, Francisco Muñoz. El derecho en la guerra contra el terrorismo: El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno. In GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 465.

¹⁰⁷ SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 6ª ed. Belmont, EUA: Thomson Wadsworth, 2005, p. 530.

refere-se ao próprio Direito Penal material e sua relação com o princípio da lesividade. Segundo Muñoz Conde,

“La criminalización de conductas que no plantean ningún peligro real a los bienes jurídicos protegidos: Esto puede significar: una aplicación mas temprana del derecho penal, criminalizando conductas que em circunstancias normalis pueden considerarse simples expresiones de la ‘libertad de expresión’ como mostrar afinidad o simpatia com ideas radicales em um artículo em um periódico, o em uma conferencia em la universidad, creando de esse modo delitos de mero peligro abstracto, como los delitos de tenencia; enfatizar nuevos bienes jurídicos supra individuales difusos como la ‘seguridad pública’ o el ‘orden público’; facilitar la taribuición de responsabilidad penal com instrumentos legales como la responsabilidad vicaria o estricta responsabilidad, la ‘conspiracy’ para cometer delito, y casi criminalizar todas las actividades preparatorias de delitos vinculadas al terrorismom, como la provisión de apoyo a organizaciones terroristas, la participación em entrenamiento terrorista em el extranjero, etc.”¹⁰⁸.

A legislação antiterrorista brasileira (Lei nº 13.260/2016) serve de exemplo para os apontamentos de Francisco Muñoz Conde. A referida lei tipifica como crime autônomo, em seu art. 3º, a mera pertinência a organização, em seu art. 6º ou auxílio ou financiamento de determinados grupos, e, em seu art. 5º, criminaliza de forma autônoma a prática dos atos preparatórios.

No entanto, a crítica formulada por Francisco Muñoz Conde vai além da preocupação com um ou outro dispositivo legal e torna-se principiológica. Trata-se da subversão da relação entre Direito Penal e bem jurídico, expressa no princípio da lesividade.

Bernd Schünemann considera o Direito Penal “a parte do sistema jurídico que regula a imposição de sanções negativas por ocasião de um evento desagradável

¹⁰⁸ CONDE, Francisco Muñoz. El derecho en la guerra contra el terrorismo: El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno. In GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 464.

contra pessoas ou grupo de pessoas”¹⁰⁹. Caberia, então, à doutrina compreender as razões que justificam a existência desse direito no sistema jurídico.

Rompendo com as tradições religiosas e místicas, a teoria moderna do Direito Penal tem suas raízes no iluminismo, partindo de autores como Beccaria e Hommel¹¹⁰. No centro da transição para a tradição iluminista encontra-se a teoria do dano social como fundamento para o Direito Penal.

O Iluminismo penal tem raízes na teoria contratualista. Assim, considera que os indivíduos que se juntam em sociedade renunciam, por necessidade, a parte de sua liberdade. Mas essa renúncia corresponde a ceder a menor parte possível de sua liberdade, apenas o suficiente para encontrar-se protegido. Por isso, o Iluminismo penal assenta-se na premissa de que só justifica intervenção na esfera individual a realização de ações que causem ou busquem causar algum dano social.

A consequência disso seria a impossibilidade de criminalizar condutas que, apesar de contrárias à moral ou aos costumes, não seria danosa à sociedade. Trata-se, portanto, de separar o que é pecado daquilo que é considerado crime. Essa premissa que limita o uso do Direito Penal à finalidade de evitar danos sociais está inscrita, ainda que implicitamente, em todas as constituições positivas de Estados democráticos¹¹¹.

Segundo Juarez Tavares,

“de acordo com essa danosidade social tem-se que a punição de uma conduta lesiva ou perigosa ao bem jurídico só deve ser levada a efeito, no direito penal, quando não ficar reduzida ao confronto entre autor e vítima, mas importar a todas as pessoas, indistintamente. Uma vez, então, que se exija a exteriorização da conduta

¹⁰⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso. In Schüneman, Bernd. Direito Penal, Racionalidade de Dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional (org.: Adriano Teixeira). São Paulo: Marcial Pons, p. 24.

¹¹⁰ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

¹¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso. In Schüneman, Bernd. Direito Penal, Racionalidade de Dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional (org.: Adriano Teixeira). São Paulo: Marcial Pons, p. 29.

lesiva ou perigosa, será possível determinar a diferenciação entre direito e moral”¹¹².

Esse princípio implica em uma limitação ao poder do Estado de criminalizar condutas, servindo, portanto, à proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder. Em sua formulação contemporânea, a idéia de danosidade social se expressa nos princípios da intervenção mínima e da lesividade, segundo os quais, o Direito Penal é a ultima ratio para a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes¹¹³.

O princípio da intervenção mínima expressa-se na idéia de que uma sociedade democrática e bem desenvolvida necessita apenas de intervenções pontuais na esfera de liberdade dos cidadãos. Por isso, o Direito Penal, a mais ostensiva intervenção Estatal na esfera de liberdade individual, só deve ter aplicação quando os demais ramos do direito mostrarem-se insuficientes à proteção de determinado bem jurídico. É a metáfora de um remédio extremo que só deve ser ministrado em último caso¹¹⁴.

Já o princípio da lesividade é o desenvolvimento direito da idéia de danosidade social expressa no Iluminismo penal. Trata-se da constatação de que, no Direito Penal, a conduta criminosa relaciona-se sempre com um bem jurídico relevante a ser tutelado. Por isso, falta lesividade às condutas que não chegam a causar algum resultado externo que afete bens jurídicos, ainda que tais condutas sejam pecaminosas ou imorais¹¹⁵. Nilo Batista aponta quatro funções principais do princípio da lesividade.

A primeira função do princípio da lesividade cuida de “proibir a incriminação de uma atitude interna”¹¹⁶. Isso significa que idéias, convicções e pensamentos não podem ser punidos através do Direito Penal. No âmbito do *iter criminis*, isso implica que a mera cogitação de um delito que não chega a ser tentado não é punível.

¹¹² TAVAREZ, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 73.

¹¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso. In Schüneman, Bernd. Direito Penal, Racionalidade de Dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional (org.: Adriano Teixeira). São Paulo: Marcial Pons, p. 29.

¹¹⁴ BATISTA, Nilo. *Op cit.* p. 84.

¹¹⁵ BATISTA, Nilo. *Op cit.* p. 89.

¹¹⁶ BATISTA, Nilo. *Op cit.* p. 90.

A segunda função trata de “proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor”¹¹⁷. São exemplos de condutas que deixam de exceder o âmbito do próprio autor aquelas que representam uma autolesão. Por exemplo, o suicídio e a automutilação. Da mesma forma, atos preparatórios para o cometimento de um delito que não chega a ser tentado, ou mesmo o crime impossível, não excedem o âmbito do autor. Por isso, de acordo com o princípio da lesividade, essas condutas não seriam puníveis.

A terceira função do princípio da lesividade volta-se para “proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais”¹¹⁸. Esse aspecto do princípio da lesividade contrapõe o que se chama de direito penal do autor e o direito penal da ação. A criminalização só é legítima quando direcionada a uma ação definida como crime, e jamais contra uma pessoa pelo que ela é. O Direito Penal do Inimigo tem raízes na negação desse princípio, na medida em que orienta a criminalização, não pelo que determinado indivíduo pratica, mas pelo que ele é ou representa enquanto ente perigoso.

Por fim, a quarta função busca “proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico”¹¹⁹. Ainda que determinada ação seja desaprovada pela coletividade, ela não pode ser criminalizada se não atingir bem jurídico alheio. É que as práticas de grupos minoritários não podem ser tipificadas como crime somente por isso. Esse aspecto do princípio da lesividade também importa na distinção entre direito e moral para fins penais.

A par do princípio da lesividade, outro princípio fundamental de Direito Penal que ganha relevância e que é flexibilizado na política criminal antiterrorista é o princípio da legalidade. Como tal política criminal busca prever qualquer manifestação que possa ter caráter terrorista – cuja definição não é clara –, a legislação que dela decorra acaba por extrapolar os limites contidos no princípio da legalidade.

O princípio da legalidade em âmbito penal traduz-se pela fórmula “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. No direito brasileiro, é constitucionalmente assegurado através do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, segundo

¹¹⁷ BATISTA, Nilo. *Op cit.* p. 90.

¹¹⁸ BATISTA, Nilo. *Op cit.* p. 91.

¹¹⁹ BATISTA, Nilo. *Op cit.* p. 91.

o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tal princípio se originou do Iluminismo e ganhou corpo com as revoluções burguesas e as declarações de direitos do homem. Assenta-se na idéia de que o direito deve basear-se no que é lei, e não na vontade do soberano. Por isso, só pode ser considerada criminosa e, portanto, ser punida, a atividade que é expressamente tipificada em lei. O advento do princípio da legalidade foi uma verdadeira resposta aos abusos do absolutismo¹²⁰.

O princípio da legalidade possui quatro desdobramentos principais. Tais desdobramentos são expressos pelas fórmulas em latim *Lex praevia*, *Lex scripta*, *Lex stricta* e *Lex certa*. Essas fórmulas complementam a necessidade de previsão legal de determinado delito e impõem condições sobre como deve ocorrer essa tipificação¹²¹.

A idéia de uma *Lex praevia* encerra-se na irretroatividade da lei penal. Segundo tal preceito, não basta que determinada conduta seja prevista em lei para que seja punida. A tipificação legal deve ocorrer antes da prática de um determinado delito, sendo vedada qualquer criminalização a posteriori.

A *Lex scripta*, por sua vez, exige a tipificação formal do delito, de forma escrita, em lei. Trata-se da proibição de punição com base em costumes. Só é crime aquilo que está expressamente escrito na lei.

O terceiro desdobramento do princípio da legalidade é a *Lex stricta*. Esse desdobramento, a exemplo do anterior, veda criminalizações que fogem à fórmula da lei. Trata-se, agora, da vedação da criminalização por analogia.

Por fim, o princípio da legalidade desdobra-se na fórmula da *Lex certa*. Trata-se da exigência de que a tipificação legal se dê de forma clara e determinada. Em sentido contrário, veda o emprego de normas penais abertas, definições dúbias ou tipos penais genéricos. Esse aspecto do princípio da legalidade é constantemente violado em legislações antiterroristas, que, por falta de clareza na definição do que é terrorismo, bem como por tentar incluir qualquer manifestação atentatória, acabam por conter normas excessivamente abertas e genéricas.

¹²⁰ BATISTA, Nilo. *Op cit.* p. 63.

¹²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23-29.

Na medida em que a política criminal antiterrorista, enraizada na concepção do Direito Penal do Inimigo, busca antecipar a punição à comissão do delito, ela rompe com os primados dos princípios da legalidade, da lesividade e da intervenção mínima. Essa é mais uma ruptura dessa modalidade de política criminal com as preceitos de um sistema de justiça criminal de um Estado democrático de direito. Agora, rupturas com princípios do Direito Penal substantivo.

A ruptura da política criminal antiterrorista com os preceitos liberais e democráticos atinge, portanto, o direito penal, o processo penal e, por fim a execução. Somadas as observações sobre cada campo distintamente, verifica-se que no campo do direito penal, os limites à atividade de criminalização são abandonados. Permite-se ao Estado criminalizar qualquer conduta, independentemente de definição adequada ou mesmo de sua lesividade. No campo do processo penal, abandona-se as garantias processuais, inverte-se o ônus da prova, e permite-se a detenção de indivíduos sem culpa formada em larga escala. Por fim, a execução penal abandona qualquer pretensão de proporcionalidade entre crime e castigo e volta-se para a neutralização prolongada de indivíduos.

Isso significa que a política criminal antiterrorista, apoiada em um Direito Penal do Inimigo, confere poderes quase ilimitados ao Estado no âmbito penal a pretexto de guerrear através do direito. Essa conclusão leva à constatação de que uma política criminal antiterrorista, nesses termos, é incompatível com os preceitos de um Estado democrático de direito. Tal conclusão também é alcançada por Jakobs:

“voltando novamente à questão proposta no início: pode-se conduzir uma guerra contra o terror com os meios de um Direito Penal próprio de um Estado Democrático de Direito? Um Estado de Direito que abarque tudo não poderia conduzir essa guerra, pois teria que tratar seus inimigos como pessoas, e, correspondentemente, não poderia tratá-los como fontes de perigo.”¹²².

Portanto, a política criminal antiterrorista constitui-se, por excelência, como uma política criminal de exceção, que fundamenta-se em um modelo de Estado de política em detrimento de um Estado de direito. Trata-se, no entanto, de uma

¹²² JAKOBS, Günther. Terroristas como Pessoas de Direito?. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 70.

exceção que prorroga-se indefinidamente no tempo e que não tem prazo ou previsão para acabar, reconfigurando o Direito Penal, o Direito Processual Penal e a execução penal.

3

Direito penal e luta de classes

*“A jurisdição penal do Estado burguês é o terror de classe
institucionalizado.”*

Evguiéni B. Pachukanis

3.1

A crítica marxista ao Estado e ao Direito

A demonstração de que determinada política criminal, como a antiterrorista, possa operar em caráter de exceção traz algumas preocupações. A primeira delas relaciona-se aos princípios liberais de limitação ao poder do Estado, em especial ao poder punitivo.

Afinal, como conceber a relativização de valores próprios ao Estado Democrático de Direito em nome de uma pretensa excepcionalidade que se protrai indefinidamente? Ao fim e a cabo, as garantias deixam gradualmente de ser uma forma de limitação do poder do Estado e de maiorias de ocasião.

Por outro lado, basear a política criminal em termos bélicos e com objetivo de destruir um inimigo coloca em xeque o primado mais básico do liberalismo: o da igualdade. Não há igualdade quando o sistema de justiça penal e a política criminal operam distinguindo pessoas entre binômios “amigo” x “inimigo”, “cidadão” x “não-cidadão”, “bem” x “mal”.

Em suma, esse modelo de política criminal tende a tornar o poder punitivo descontrolado, sem balizas capazes de limitá-lo. E o poder punitivo tendo a expandir-se e, sem qualquer forma de contra-poder, tende a gerar massacres ou crimes de massa, como denomina Zaffaroni:

“é verificável que quando o poder punitivo do Estado se descontrola, desaparece o estado de direito e seu lugar é ocupado pelo estado de polícia. Ademais, os crimes de massa são cometidos por esse mesmo poder punitivo descontrolado, ou seja,

que as próprias agências do poder punitivo cometem os crimes mais graves quando operam sem contenção”¹²³.

No entanto, a crítica à ruptura com direitos liberais por parte da política de exceção não é suficiente para compreender o autoritarismo potencial da política criminal antiterrorista. Isso vale, inclusive, para a compreensão dos alvos dessa política criminal e para investigar a criminalização política que dela decorre.

Afinal, ainda que sem instrumentos de controle, o poder punitivo estatal não é exercido de forma neutra e contra alvos indistintos. Ao contrário, o poder punitivo é exercido pelo Estado e a partir das disputas que ocorrem em seu interior. Portanto, é necessário investigar a natureza e o funcionamento do Estado e de suas agências para compreender a fundo o exercício do poder punitivo.

Segundo Hardt e Negri,

“Tudo é explicado através do poder soberano e do estado de exceção, ou seja, da suspensão generalizada de direitos e da emergência de um poder que se posiciona acima da lei. De fato, é fácil encontrar provas desse estado de exceção: a predominância da violência para resolver conflitos nacionais e internacionais, não si como último, mas como primeiro recurso; o uso generalizado da tortura e até a sua legitimação; a morte indiscriminada de civis em combate; a supressão das leis internacionais; a suspensão dos direitos e mecanismos de proteção internos; e a lista prossegue indefinidamente. (...) O problema com esse tipo de imagem é que o foco na autoridade transcendente e na violência eclipsa encobre as formas realmente dominantes de poder que continuam a nos governar hoje em dia – poder encarnado em propriedade e capital, embutido na lei e plenamente apoiado por ela”¹²⁴.

Trata-se, então, de “trazer à luz as relações íntimas entre soberania, lei e capital”¹²⁵. Daí a necessidade de compreender o poder punitivo à luz das relações do Estado capitalista.

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Crímenes de masa*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 31.

¹²⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Bem-estar comum*; tradução de Clóvis Marques. 1ª ed. Rio de Janeiro, Record, 2016, p. 17 e 18.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 20.

Para tanto, recorreremos à crítica marxista ao Direito. Essa crítica começa a ser desenhada em artigos escritos pelo jovem Marx sobre lei que definia como crime de furto o ato de recolher gravetos do chão¹²⁶. De acordo com Pierre Dardot e Christian Laval, “foi apontada inúmeras vezes a importância biográfica desses textos de juventude, em que Marx une o virtuosismo do panfletário à tecnicidade do jurista”¹²⁷.

A discussão se insere em contexto em que bens até então tidos como comuns deixam de sê-lo. O exemplo do ato de recolher gravetos do chão – ato este diverso de cortar galhos e árvores em propriedade alheia – tornar-se crime patrimonial simboliza que a lei servia para proteger proprietários daqueles que não possuíam propriedade – os trabalhadores:

“Marx põe fortemente em destaque o que está em jogo na requalificação jurídica da coleta de madeira seca como ‘furto’ quando mostra que essa requalificação é ditada unicamente pelos interesses privados dos proprietários das florestas: estes últimos tencionavam tirar proveito dos gravetos secos, vendendo-os no mercado de lenha, então em pleno crescimento, o que implicava afastar os camponeses pobres que costumavam apanhar esses gravetos para vendê-los e viviam em grande parte dessa venda”¹²⁸.

Até então, explica Marx, “o Código Penal subsume sob furto de madeira apenas a subtração de madeira cortada e o corte de madeira visando ao furto”¹²⁹.

No entanto, a Dieta Renana buscava a equiparação, como crime de furto, entre a ação já tipificada no código penal e o ato de pegar galhos secos no chão. Marx critica tal equiparação:

“Ajuntar madeira seca é o mais bem planejado furto de madeira! Uma determinação é comum a ambos. A apropriação de madeira alheia. Portanto, as

¹²⁶ MARX, Karl. Os Despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. São Paulo: Boitempo, 2017.

¹²⁷ DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 343.

¹²⁸ DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. *Op cit.* p. 345.

¹²⁹ MARX, Karl. Os Despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 80.

duas coisas são furto. Nisso se resume a lógica míope que há pouco se converteu em lei”¹³⁰.

Em seu artigo, Marx ainda desenvolve a diferença entre ambos os atos. Ressalta-se que a diferenciação apresentada não se dá apenas do ponto de vista mecânico das ações equiparadas, mas do ponto de vista jurídico penal – ainda que não com essa terminologia – a partir do bem jurídico tutelado pelo delito de furto, que é a propriedade:

“Para apropriar-se de madeira verde é preciso separá-la com violência de sua ligação orgânica. Assim como isso representa um atentado evidente contra a árvore, representa um atentado evidente contra o proprietário da árvore.

Ademais, se a madeira cortada for furtada de um terceiro, ela é produto do proprietário. Madeira cortada já é madeira formada. A ligação natural com a propriedade foi substituída pela ligação artificial. Portanto, quem furta madeira cortada furta propriedade”¹³¹.

Já sobre a qualificação jurídica do ato que acabara de ser incluído no escopo de atuação da lei penal, Marx afirma que:

“no caso da madeira caída no chão, em contraposição, nada é tirado da propriedade. Tira-se da propriedade o que já foi tirado dela. O ladrão de madeira profere uma sentença autocrática contra a propriedade. O coletor de madeira seca apenas executa uma sentença já proferida pela própria natureza da propriedade, pois o que se possui é a arvore, mas a árvore já não possui aqueles galhos”¹³².

Assim, Marx conclui que “desse modo, ajuntar madeira seca do chão e roubar madeira são coisas essencialmente diferentes”. No entanto, sustenta que ao equiparar ambas as ações, a lei mente. Trata-se, portanto, de uma espécie de desonestidade jurídica em que “o pobre é sacrificado por uma mentira legal”¹³³.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*, p. 80 e 81.

¹³² *Ibidem*, p. 81.

¹³³ *Ibidem*.

Mas a crítica trazida por Marx não tem por objeto a má qualidade legislativa ou a confusão de conceitos jurídicos. Trata-se de crítica mais profunda, sobre o desvio de finalidade do processo legislativo.

É que a Dieta Renana era composta por deputados representantes da nobreza e da burguesia. Portanto, defendiam os interesses daqueles que possuíam propriedade – no caso, proprietários de terras com árvores de onde se extraía madeira –, enquanto a classe trabalhadora – os despossuídos – não se via representada.

Assim Marx explica a disputa travada através de seus artigos:

“Mas qual é o objeto da nossa disputa? A Dieta Renana rejeita a diferença entre a coleta de madeira seca do chão, o delito referente à exploração de madeira e o furto de madeira. Ela rejeita a diferença entre os atos como determinante para o ato quando se trata do *interesse de quem comete um delito de exploração da floresta*, mas a reconhece quando se trata do *interesse do proprietário florestal*”¹³⁴.

Portanto, os interesses tutelados pela lei aprovada não são aqueles da coletividade, muito menos o dos pobres. Pelo contrário, a lei protege os proprietários e suas propriedades, enquanto criminaliza os despossuídos.

A questão é mais uma vez colocada por Marx:

“O prático proprietário florestal raciocina assim: esta determinação legal é boa na medida em que me beneficia, pois meu benefício é o bem. Esta determinação é supérflua, é prejudicial, não é nada prática, na medida em que, por puro capricho teórico-jurídico, deve ser aplicada também ao réu. Visto que o réu me é prejudicial, é óbvio que tudo o que não o prejudicar ao máximo me será prejudicial. Isso é sabedoria prática”¹³⁵.

E, com essas constatações, Marx, com indignação panfletária, reivindica um “direito consuetudinário da pobreza” que não seja local, mas para a pobreza de todos os países¹³⁶.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 82.

¹³⁵ MARX, Karl. Os Despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 84.

¹³⁶ *Ibidem*.

A análise marxista sobre a lei referente ao furto de madeira demonstra algumas das percepções do jovem Marx sobre a relação entre a lei e propriedade. A lei é elaborada por proprietários e protege seus interesses. Serve, portanto, ao capital.

Por outro lado, os “despossuídos”, trabalhadores, se vêm criminalizados e vêm seus direitos consuetudinários cerceados. No capitalismo, o Direito serve aos detentores do capital.

No entanto, a teoria marxista ainda traçará grande percurso até a formulação de sua crítica ao Direito. Para tanto, será necessário passar pela formulação marxista acerca do Estado e de sua natureza.

Ocorre que, por muito tempo, Marx postergou por anos sua teorização sobre o Estado. Sua teoria considerava a questão secundária, eis que o que a condicionava era a estrutura social determinada pelo modo de produção capitalista.

Por isso, o interesse de Marx sobre as origens históricas do Estado e sobre sua natureza foi se desenvolvendo ao longo do tempo e do amadurecimento do autor. Entretanto, Marx não dispôs de tempo suficiente de vida para dar a sua teoria sobre o Estado uma obra acabada¹³⁷. Há textos esparsos que tratam da questão e que foram sendo resgatados pela doutrina marxista ao longo do tempo.

Por esse motivo, o pensamento e a crítica marxista sobre o Estado permaneceram em desenvolvimento após a morte de Karl Marx. Tal desenvolvimento se deu com o resgate de alguns textos e com o preenchimento de lacunas teóricas¹³⁸. A tarefa, no entanto, não era simples, eis que nem sempre a teoria marxista sobre o Estado se desenvolveu de forma linear, bem como pela escassez de textos clássicos sobre o assunto. Segundo Hobsbawm,

¹³⁷ HOBBSAWM, Eric J. Aspectos Políticos da Transição do Capitalismo ao Socialismo. In HOBBSAWM, Eric J. et. al. História do Marxismo. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 303.

¹³⁸ HOBBSAWM, Eric J. Aspectos Políticos da Transição do Capitalismo ao Socialismo. In HOBBSAWM, Eric J. et. al. História do Marxismo. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 302.

“os marxistas que, posteriormente tentaram preencher tais lacunas (no que se refere ao direito, por exemplo), ao se impor a necessidade de uma teoria marxista mais completa, encontraram pouquíssimas indicações nos textos clássicos”¹³⁹.

No entanto, o historiador Eric Hobsbawm remonta o princípio da teorização de Marx sobre o Estado à sua Crítica à Filosofia do Direito de Hegel. Esse texto foi escrito pelo jovem Marx em 1843, pouco após os artigos sobre a lei de furto de madeira. À época, indica Hobsbawm, Marx ainda não era partidário do comunismo, mas considerava-se um democrata¹⁴⁰.

Então, o centro da análise marxista do Estado é a constatação de que este é apenas um aspecto da sociedade civil. A sociedade civil é compreendida como um complexo de relações materiais entre indivíduos de uma determinada sociedade, englobando o Estado e a nação. Dentro da sociedade civil, o Estado regularia “o conflito entre o interesse privado dos capitalistas individualmente considerados e o interesse público do sistema”¹⁴¹.

A constatação de que o Estado é um aspecto da sociedade civil consagra a concepção materialista do Estado. É que ao considerar a sociedade civil, o pensamento marxista compreende a existência de uma estrutura social baseada no meio de produção capitalista. Essa estrutura condiciona a sociedade civil e todos os seus componentes. Portanto, o Estado não é externo à sociedade ou às suas relações materiais; ao contrário, é orientado e formado a partir das relações materiais da economia capitalista.

Assim, desde o início de sua teoria sobre o Estado, algumas idéias que marcaram o pensamento marxista já se faziam presentes. Dentre elas, pode-se citar essa identificação do Estado como fruto de um modo específico de produção e a constatação de que o Estado seria uma instituição historicamente datada, identificada com a sociedade capitalista, que seria extinta com a superação do modo de produção capitalista.

¹³⁹ HOBBSAWM, Eric J. Aspectos Políticos da Transição do Capitalismo ao Socialismo. In HOBBSAWM, Eric J. et. al. História do Marxismo. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 303.

¹⁴⁰ HOBBSAWM, Eric J. Aspectos Políticos da Transição do Capitalismo ao Socialismo. In HOBBSAWM, Eric J. et. al. História do Marxismo. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 305.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 305.

No entanto, em sua fase “democrata”, a análise de Marx é centrada nas formas constitucionais e na representação política. Sobre essa análise, ressalta Hobsbawm:

“deve-se destacar a sua conclusão de que as formas constitucionais são secundárias com referência ao conteúdo social, e sua crítica ao governo representativo, para o qual a democracia se reduz à parte formal do Estado, ao invés de constituir-lhe a essência”¹⁴².

Posteriormente, já comunista, Marx passa a perceber o problema do Estado como inexoravelmente ligado ao da revolução e da luta de classes. Assim, alguns eixos principais orientavam a teorização marxista sobre o Estado:

“a essência do Estado é o poder político, ‘síntese oficial do antagonismo na sociedade civil’, e conseqüentemente ele deixaria de existir na sociedade comunista; no atual sistema o Estado não representa o interesse geral da sociedade, mas o da classe (ou classes) dominante; com a vitória do proletariado o Estado não desapareceria imediatamente, mas assumiria, durante período de transição previsto, a forma temporária de ‘proletariado organizado como classe dominante’”¹⁴³.

A teoria marxista sobre o Estado seguiu evoluindo até, pelo menos, após 1870, quando Marx e Engels passaram a delinear o modelo de desenvolvimento histórico do Estado¹⁴⁴. Nesse modelo, o Estado é compreendido como conseqüência do desenvolvimento da sociedade classista.

Assim a crítica marxista sobre o Estado e sua natureza foi se desenvolvendo ao longo do tempo. Segundo Châtelet,

¹⁴² HOBBSAWM, Eric J. Aspectos Políticos da Transição do Capitalismo ao Socialismo. In HOBBSAWM, Eric J. et. al. História do Marxismo. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 306.

¹⁴³ HOBBSAWM, Eric J. Aspectos Políticos da Transição do Capitalismo ao Socialismo. In HOBBSAWM, Eric J. et. al. História do Marxismo. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 306.

¹⁴⁴ HOBBSAWM, Eric J. Aspectos Políticos da Transição do Capitalismo ao Socialismo. In HOBBSAWM, Eric J. et. al. História do Marxismo. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 307.

“embora não tenham elaborado uma teoria do Estado, Marx e Engels empreenderam a crítica mais radical, no século XIX, de todas as teorias do Estado. Todo Estado é produto da divisão da sociedade em classes antagônicas; o Estado burguês não é mais do que o produto do capitalismo e, por isso, um instrumento de opressão, de exploração e de domínio de uma classe (burguesa) sobre outra (proletária). O socialismo substituirá a dominação do homem sobre o homem pela administração das coisas, o que implica a crítica de um Estado que consagra a exploração econômica e a dominação política”¹⁴⁵.

Nesses termos, a crítica marxista ao Estado tem sua expressão mais acabada em “O Estado e a Revolução”. Publicada por Lenin em setembro de 1917 – portanto, às vésperas da Revolução de outubro –, a obra tem o objetivo de “restabelecer a verdadeira doutrina de Marx sobre o Estado”¹⁴⁶.

N’O Estado e a Revolução, Lenin polemiza com outros autores da esquerda sobre a crítica ao Estado e a transição para o comunismo, buscando resgatar a teoria desenvolvida por Marx e Engels. Nesse intuito, divide a obra em cinco partes, nas quais descreve a relação entre a sociedade de classes e o Estado, aborda a experiência da Comuna de Paris e prescreve um programa de transição ao comunismo.

Ao descrever a relação entre a sociedade de classes e o Estado, Lenin resgata textos de Engels sobre a natureza do Estado. A partir desses escritos, analisa o desenvolvimento histórico alcançando a conclusão de que o Estado não é um poder imposto de fora à sociedade, mas um produto da própria sociedade em sua etapa de desenvolvimento. Portanto, o Estado é próprio à sociedade de classes e surge na exata medida em que esta sociedade é cindida em dissensos inconciliáveis¹⁴⁷.

Aponta Lenin sobre o papel histórico e o significado do Estado na crítica marxista:

¹⁴⁵ CHÂTELET, François et. al. História das Idéias Políticas. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p. 196.

¹⁴⁶ LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 225.

¹⁴⁷ LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 226.

“o Estado é o produto e a manifestação do caráter inconciliável das contradições de classe. O Estado surge precisamente onde, quando e na medida em que as contradições de classe objetivamente não podem ser conciliadas. E a inversão: a existência do Estado prova que as contradições de classe são inconciliáveis”¹⁴⁸.

A partir dessa compreensão, Lenin refuta a idéia de que o Estado promoveria qualquer espécie de conciliação de classes. Pelo contrário, sendo o produto de uma irreversível contradição entre classes antagônicas, o Estado serve de instrumento que impede a manifestação desse dissenso social, afirmando os interesses de um grupo sobre os de outro. Assim, conclui que “o Estado é um órgão de dominação de classe, um órgão de opressão de uma classe por outra, é a criação da ‘ordem’ que legaliza e consolida esta opressão moderando o conflito de classes”¹⁴⁹.

No desempenho dessa função de dominação e opressão de classe, o Estado recorre a instrumentos próprios. Dentre eles, a própria organização e divisão de cidadãos, por exemplo, por região. No entanto, instrumento importante para a dominação de classe é a constituição de um poder público que não coincide com a população. Esse poder público desenvolve o aparato coercitivo, que proporciona a noção de “força” do Estado. Tal força consiste, fundamentalmente, em “destacamentos especiais de homens armado tendo à sua disposição prisões, etc.”¹⁵⁰.

Assim, o poder público estatal distingue-se da própria sociedade e organiza-se como força armada. Dessa forma, o Estado capitalista impede qualquer forma de organização popular armada e elege o exército permanente e a polícia como principais instrumentos da força do poder estatal.

Segundo Lenin, na sociedade capitalista

“[a ‘organização armada espontânea da população’] é impossível porque a sociedade da civilização está dividida em classes hostis e, além disso, inconciliavelmente hostis, cujo armamento ‘espontâneo’ conduziria a uma luta armada entre elas. Forma-se o Estado; cria-se uma força especial, destacamentos

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 228.

especiais de homens armados, e cada revolução, ao destruir o aparelho de Estado, mostra-nos uma luta de classes descoberta, mostra-nos claramente como a classe dominante se esforça por reconstruir os destacamentos especiais de homens armados que a servem, como a classe oprimida se esforça por criar uma nova organização desse gênero, capaz de servir não os exploradores, mas os explorados”¹⁵¹.

Assim, forma-se a compreensão da crítica marxista da natureza do Estado como instrumento de dominação e opressão de classes, as quais se dão através do aparato coercitivo estatal, que se reforça na medida em que se acentuam os antagonismos de classe no seio do Estado¹⁵².

Essa concepção sobre o Estado, por outro lado, indica o programa político marxista. Se o Estado surge em razão do conflito de classes, a abolição da sociedade de classes levaria, inexoravelmente, ao fim do Estado. Afinal, segundo Engels,

“assim que deixa de haver uma classe social a manter na opressão, assim que são eliminados, a par do domínio de classes e da luta, fundada na anarquia da produção anteriormente existente, pela existência individual, também as colisões e excessos deles resultantes, já nada mais há a reprimir que torne necessária uma força especial para a repressão, um Estado”¹⁵³.

Por outro lado, a concepção leninista rechaça a ideia de que o capitalismo poderia ser superado por meios democráticos ou através das próprias regras do Estado. Na verdade, as liberdades democráticas, no capitalismo, encontram seus limites na manutenção do modo de produção. Segundo Lenin:

“na sociedade capitalista, nas condições do seu desenvolvimento mais favorável, temos um democratismo mais ou menos completo na república democrática. Mas este democratismo está sempre comprimido nos limites estreitos da exploração

¹⁵¹ LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 228.

¹⁵² LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 229.

¹⁵³ LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 233.

capitalista e, por isso, permanece sempre, em essência, um democratismo para a minoria, apenas para as classes possuidoras, apenas para os ricos”¹⁵⁴.

Por isso, o programa político leninista objetiva a tomada do poder do Estado pelo proletariado para, a partir da estrutura estatal, pelo uso da força, eliminar as contradições de classe na sociedade. Isso seria através de uma “democracia para a maioria gigantesca do povo e repressão pela força (...) para os exploradores”¹⁵⁵. Nessas condições, far-se-ia a transição para uma sociedade sem classes, a sociedade comunista, onde o Estado se extinguiria, eis que desnecessário:

“Só na sociedade comunista, quando a resistência dos capitalistas estiver definitivamente quebrada, quando os capitalistas tiverem desaparecido, quando não houver classes (...), só então o Estado desaparece e se pode falar de liberdade. (...) E só então a democracia começará a extinguir-se devido à simples circunstância de que, libertos da escravidão capitalista, dos inumeráveis horrores, das selvajarias dos absurdos, das ignomínias da exploração capitalista, os homens habituar-se-ão gradualmente a observar as regras elementares da convivência conhecidas ao longo dos séculos e repetidas durante milênios em todas as prescrições, a observá-las sem violência, sem coação, sem subordinação, sem o aparelho especial de coação que se chama Estado. (...) Apenas o hábito pode exercer e indubitavelmente exerce tal efeito, porque observamos milhões de vezes à nossa volta a facilidade com que os homens se habituem a observar as regras de convivência que lhes são necessárias se não existe exploração, se não existe nada que suscite a indignação, que provoque o protesto e a revolta, que crie a necessidade da repressão”¹⁵⁶.

Portanto, da crítica à lei sobre o furto de madeira, a crítica marxista foi se desenvolvendo sobre o Estado. Passa pela questão da representatividade política até a própria natureza do Estado. Por fim, critica as finalidades, a organização e o funcionamento do poder estatal através de seu aparato coercitivo, estruturado para garantir a dominação de classe.

¹⁵⁴ LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 281.

¹⁵⁵ LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 282.

¹⁵⁶ LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980, p. 282.

Resta, então, a expansão da crítica ao próprio Direito. E, a partir da concepção marxista-leninista de Estado, a crítica marxista se estruturará sobre o Direito a partir de Evguiéni Pachukanis. Jurista soviético, Pachukanis, então, desenvolverá sua “Teoria Geral do Direito e Marxismo”¹⁵⁷, onde busca aplicar o método marxista na análise da teoria do direito.

A obra de Evguiéni Pachukanis possui grande relevância no desenvolvimento da doutrina jurídico-penal e da criminologia. No entanto, os méritos da obra vão além da área relacionada ao sistema penal e alcançam a crítica sobre a construção de diversas categorias jurídicas, como a de sujeito de direito.

Afinal, o que define a teoria geral do direito é o desenvolvimento de conceitos jurídicos básicos e abstratos, como os de *norma jurídica*, *sujeito de direito*, *relação jurídica*, os quais possuem significado sistemático e são aplicados de maneira uniforme nos diversos ramos do direito. Já a teoria marxista do direito, além de examinar o conteúdo material do direito e a sua formação, deve, também oferecer uma interpretação materialista sobre a própria forma jurídica como historicamente determinada.

Assim, Pachukanis observa que, ao propor sua crítica à economia política, Marx não inicia sua reflexão por uma análise da economia, em geral, mas pela análise das categorias de *mercadoria* e *valor*. Essas são categorias fundamentais para a economia, sem as quais não se poderia falar em uma ciência econômica ou em economia política. Por isso, ao analisar a teoria do Direito, Pachukanis busca compreender as abstrações que refletem relações sociais, como *norma*, *relação jurídica* ou *sujeito de direito*.

Observa o autor que o surgimento do conceito de *valor* na economia política corresponde ao desenvolvimento de relações que fizeram do *valor* uma realidade histórica. Não significa que antes a idéia de se atribuir valor às coisas fosse impraticável pela humanidade, mas o desenvolvimento desse conceito enquanto abstração corresponde ao desenvolvimento de relações econômicas. No desenvolvimento do direito, em contrapartida, a relação jurídica é uma relação abstrata que se forma a partir do desenvolvimento da sociedade. Do mesmo modo,

¹⁵⁷ PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria Geral do direito e marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

as categorias jurídicas ditas universais exprimem “um aspecto isolado da existência de um sujeito histórico determinado: a sociedade burguesa produtora de mercadorias”¹⁵⁸. Portanto, o direito não é apenas ideológico, eis que, tal como o Estado, exprime relações sociais objetivas.

Por outro lado, o direito burguês é formado a partir das relações de troca de mercadoria. É que ao passo em que a sociedade capitalista assume uma coleção de mercadorias, essa sociedade apresenta uma “cadeia ininterrupta de relações jurídicas”¹⁵⁹. A troca de mercadorias pressupõe partes isoladas que se conectam através de contratos. Assim, a forma mercadoria cria a forma do direito.

Assim, a crítica marxista à teoria geral do direito parte do sujeito que consoma relações de troca, já que toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. A teoria do direito de Pachukanis, portanto, parte do sujeito de direito.

A propriedade é fundamental para a constituição do sujeito porque o insere no universo das relações jurídicas do direito burguês. Isto porque a sociedade capitalista é fundada na propriedade, de modo que todas as relações sociais, de produção, de trabalho, podem ser analisadas através das categorias mercadoria e valor. Nesse sentido, o vínculo social e jurídico formado entre as pessoas diz respeito à propriedade de bens, à capacidade de aliená-los ou não.

A sociedade capitalista é uma sociedade de proprietários. Assim, as relações sociais nessa sociedade são desempenhadas por pessoas e adquirem a forma de produtos de trabalho que se relacionam pelo valor. Assim, mercadoria é o objeto que contém valor e que pode ser trocado por outras mercadorias. No entanto, para que essa troca seja possibilitada, é necessário um ato de manifestação de vontade e de relações por meio das quais indivíduos dispõem voluntariamente dessas mercadorias. Assim, na medida em que um produto recebe valor e se transforma em mercadoria, o indivíduo adquire o status de sujeito de direito.

Assim, à medida em que a sociedade capitalista se desenvolve, há uma crescente divisão do trabalho e o desenvolvimento das trocas. Esses adventos fazem

¹⁵⁸ PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria Geral do direito e marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 85.

¹⁵⁹ PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria Geral do direito e marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 97.

do valor uma categoria econômica. Por essas condições, o homem se constitui enquanto *persona* jurídica.

A consequência é que a propriedade deixa de ser meramente uma posse instável que pode ser objeto de disputa para se transformar em um direito absoluto. Por isso, na sociedade capitalista, a propriedade será sempre protegida pelo estado e pelas instituições jurídicas burguesas.

Por outro lado, a essência da propriedade capitalista é a possibilidade de exploração, por parte daqueles que a detêm, dos despossuídos. Por isso, essa liberdade só é possível na medida em que existem proletários, indivíduos desprovidos de propriedade. Daí que a capacidade de ser sujeito de direito constitui, na realidade, uma capacidade formal que torna todas as pessoas igualmente passíveis de possuir propriedade, ainda que na prática a grande maioria dessas pessoas seja proletária.

Assim, a expressão jurídica da livre disposição de bens é desempenhada pelo sujeito – o proprietário. O proprietário, portanto, é o sujeito de direito da relação jurídica. É a ele que o direito serve e protege. Os despossuídos, por sua vez, não são contemplados pelo direito burguês senão como potenciais violadores de normas.

No entanto, a “Teoria Geral do Direito e Marxismo” de Evguiéni Pachukanis tem ainda mais influência quando trata da violação da norma jurídica e da incidência do direito penal. Nesse ponto, a teoria abordada abriu caminhos para a criminologia crítica e à crítica do Direito Penal.

Pachukanis dá grande importância à análise do Direito Penal, eis que, dentre todos os ramos do direito, é o que possui as condições de afetar os indivíduos de forma mais brutal. Por isso, é um dos principais instrumentos de controle social do Estado capitalista.

O Direito Penal está assentado na ideia de retribuição. A pena é a retribuição pela prática do delito, que perturba a ordem social. Mas essa noção tem origens no costume da vingança. Por exemplo, a lei de talião, e as vinganças de sangue estão nas raízes da noção de retribuição que sustenta o Direito Penal.

O que Pachukanis depreende disso é a associação do Direito Penal à troca de mercadorias. É que o abandono de um modelo de vingança pura para o Direito Penal moderno, onde há imposição da pena, coloca em evidência a questão da equivalência, ou proporcionalidade, na punição. A pena a ser imposta deve ser

equivalente ao que o delito praticado representa. E, para Pachukanis, essa idéia de equivalentes seria uma variante da idéia de troca de mercadoria. Daí que a proporção entre crime e castigo nada mais seria, segundo Pachukanis, do que uma espécie de troca.

Da mesma forma, o processo penal possuiria um caráter de negociação. É como se acusação e defesa fossem partes que fizessem propostas e contrapropostas até que chegassem a algum acordo. Já o juiz seria como um mediador eleito pelas partes, como em uma negociação comercial. Embora isso possa parecer inadequado face às modernas formulações de garantias processuais, é inegável uma tendência atual do processo penal à justiça negocial, como uma afirmação dessa natureza cambial.

Essa noção de que o Direito Penal e o Direito Processual Penal se estruturam a partir de noções de troca de valores demonstra que a forma jurídica, inclusive no âmbito penal, é influenciada pela sociedade capitalista e por esse modo de produção. Da mesma forma, essa percepção de Pachukanis demonstra como as noções básicas de Direito Penal, como pena, culpabilidade, bem como as garantias delas decorrentes têm caráter ideológico, sendo um produto da sociedade capitalista.

Por outro lado, a crítica de Pachukanis, enraizada na concepção marxista-leninista, se volta para a função da pena e do Direito Penal no capitalismo. Trata-se da função de controle de classe.

Nesse sentido, o Direito Penal nada mais é do que um apêndice do poder de polícia e do aparato repressivo do Estado. Com isso, rechaça o papel de garantir direitos e de limitar o poder do Estado, sendo o Direito Penal mero legitimador da repressão. Pachukanis chega a afirmar que

“o tribunal penal é apenas um apêndice do aparato de polícia e investigação. Na verdade, se o tribunal penal de Paris fechasse por alguns meses, os únicos prejudicados seriam os criminosos presos. Mas se as famosas brigadas policiais interrompessem seus trabalhos, ainda que por um dia, isso seria o equivalente a uma catástrofe”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria Geral do direito e marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 172.

Assim, o poder punitivo é exercido através do poder de polícia, no âmbito da criminalização secundária praticada pelas agências policiais. Por isso, o Direito Penal constitui-se como aparelho de uma guerra civil de classes, sendo instrumento de controle da classe trabalhadora.

Por outro lado, a crítica de Pachukanis mostra que a idéia de um Direito Penal aplicado uniformemente e imparcialmente, através de processos judiciais, para toda a sociedade também não passa de construção ideológica. O mesmo valeria para as construções abstratas produzidas pela dogmática jurídico penal, tais como a conceituação de dolo, culpa, etc¹⁶¹.

Isso leva a dois elementos centrais na crítica de Pachukanis. O primeiro elemento consiste na desmistificação da idéia de uma “sociedade como um todo”, sobre a qual incidiria o direito penal. Na realidade, partindo da premissa marxista, não há, para Pachukanis, que se falar em uma sociedade em geral ou em interesses comuns tutelados pela norma penal.

O que existe é uma sociedade de classes, constituída por grupos detentores de interesses antagônicos. Portanto, o Direito Penal não pode se constituir enquanto elemento jurídico neutro, mas necessariamente assume posição favorável a uma das classes em disputa: a burguesia, enquanto classe dominante.

O segundo elemento da crítica de Pachukanis consiste na elaboração das formas jurídico penais. São os interesses de classe que imprimem a marca histórica de cada sistema de política criminal especificamente. Assim, são os interesses de classe que fazem passar, por exemplo, de um sistema penal estruturado em penas corporais e em suplícios para um sistema que se estrutura pela forma prisão e pela disciplina.

Portanto, a punição no sistema capitalista constitui-se enquanto instrumento de opressão de classe e de guerra civil aos pobres. Por isso, a construção de um sistema que trate de infrações e que não esteja inserido na dinâmica da luta de classes é impossível no capitalismo, pois depende da extinção das classes sociais, o que somente seria possível através de uma revolução proletária.

Esses elementos trazidos por Pachukanis são estruturantes da construção da crítica ao Direito Penal formulada através da criminologia crítica, ou radical. Ao

¹⁶¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria Geral do direito e marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 182.

vislumbrar o caráter ideológico e o verdadeiro papel desempenhado pelo Direito Penal na sociedade capitalista, esse movimento teórico passa a analisar a questão criminal não a partir do delinquente ou do delito, mas do próprio poder punitivo.

Fala-se em uma criminologia radical ou crítica porque esta rompe com a tendência que até então vigorava na criminologia. Até então, a criminologia era desenvolvida apenas a partir de teorias conservadoras que “caracterizam-se pela descrição da organização social: a ordem estabelecida (*status quo*) é o parâmetro para o estudo do comportamento criminoso”¹⁶².

Dentre essas “teorias conservadoras” havia diversas correntes, que enxergavam o crime e o criminoso como patologia, distúrbio ou por questões sociais. O que confere alguma coesão a essas teorias é o fato de que não analisavam ou criticavam o poder punitivo, mas apenas o crime e o criminoso.

A criminologia crítica, porém, inspira-se na crítica marxista ao direito e em movimentos de contestação dos anos de 1960 para formular sua crítica ao poder punitivo. Segundo Juarez Cirino dos Santos,

“Na Europa e nos EUA, a partir da década de 60, as teorias radicais germinam nas lutas políticas por direitos civis, no caso dos ativistas negros americanos, nos movimentos contra a guerra, generalizados durante o genocídio do Vietnã, no movimento estudantil, em 1968, nas revoltas em prisões e nas lutas de libertação anti-imperialistas dos povos e nações do Terceiro Mundo. Esse vínculo prático de criminólogos radicais com as lutas políticas e movimentos sociais da segunda metade do século desenvolve-se, progressivamente, em uma crítica vertical à criminologia convencional-liberal que hegemoniza a teoria e a pesquisa sobre o crime”¹⁶³.

Essas teorias tradicionais da criminologia, no entanto, parte de uma noção de definição legal do crime ligada à suposta neutralidade do direito¹⁶⁴. No entanto, essa concepção é rechaçada pela crítica marxista do direito a partir da concepção de Estado e de direito.

¹⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 4ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 3.

¹⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 4ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 9.

¹⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 4ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 35.

Por isso, a criminologia crítica rompe com essas teorias tradicionais e busca “a produção de uma teoria materialista do Direito e do Estado nas sociedades capitalistas”. Segundo Juarez Cirino dos Santos,

“Em um esquema didático, pode-se dizer que enquanto as orientações positivistas se exaurem na explicação do crime como produto etiológico de ‘causas’ determinantes, privando o sujeito criminalizado de racionalidade e poder de escolha, como assinala a teoria da rotulação, e as orientações clássicas explicam o crime como produto de uma ‘razão pervertida’, uma ‘forma pura’ somente controlada pela força do Estado, a Criminologia Radical se empenha na tarefa de uma análise materialista do crime e do sistema de controle social, subordinada à estratégia geral que liga a teoria científica à prática política no objetivo final de construção do socialismo”¹⁶⁵.

Assim, a criminologia crítica “compreende a crítica do Direito como lei do modo de produção dominante, e o do Estado como organização política do poder de classe”¹⁶⁶.

Com esse arcabouço teórico, a criminologia crítica se forma e se dirige não para o crime ou o criminoso, mas para “o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista”¹⁶⁷.

Assim, constitui-se como uma “política criminal das classes atualmente subordinadas”, na medida em que, enquanto a classe dominante está interessada no controle do crime, as classes subalternas estão interessadas na superação das condições do sistema capitalista¹⁶⁸. Portanto, a criminologia crítica, no campo das

¹⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 4ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 38.

¹⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 4ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 39.

¹⁶⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 197.

¹⁶⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 197 e 198.

ciências materialistas e das teorias da criminalização, adota posição a partir das classes subalternas¹⁶⁹.

Adotando esse referencial da criminologia crítica, que busca observar o próprio processo de criminalização a partir das relações de poder, é possível aprofundar a crítica sobre a política criminal antiterroristas e seus pressupostos de um direito de exceção e de um Direito Penal do Inimigo.

3.2

Direito penal do inimigo como instrumento de luta de classes

Como tratado no capítulo anterior, a política criminal antiterrorista se desenvolve à margem dos preceitos constitucionais liberais de uma política criminal adotada no âmbito do Estado de direito. É uma política criminal de guerra e que, portanto, requer um funcionamento específico do direito penal. Por isso, funda-se no chamado direito penal do inimigo, teorizado dogmaticamente por Jakobs, para sustentar teoricamente a existência de situações excepcionais que exigem medidas excepcionais para neutralizar perigos.

Como já tratado, o chamado direito penal do inimigo contrapõe-se a diversos preceitos liberais e constitucionais de direito penal. O direito penal do inimigo reivindica novas balizas para a própria atividade de criminalização, de persecução e de execução penal para que sejam adotadas nas medidas excepcionais que seriam a subjugação do inimigo pelo Estado através do direito penal.

Essa concepção legitimadora de um direito penal do inimigo enfrentou severas críticas do ponto de vista dogmático e ético sobre a possibilidade de considerar um indivíduo uma “não-pessoa” para negar-lhe garantias legais que deveriam ser conferidas a qualquer humano. Segundo Zaffaroni,

“A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a idéia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se

¹⁶⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 198 e 199.

referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito”¹⁷⁰.

No entanto, as críticas formuladas à idéia de um direito penal do inimigo vão muito além de sua conformação dogmática e de sua teorização, encontrando vozes na criminologia e na sociologia do direito penal. No rastro dessas críticas, é possível verificar que, apesar de Jakobs ter teorizado o direito penal do inimigo na virada do século, pensando os novos desafios e riscos da sociedade contemporânea, é certo que o tratamento de inimigos através do sistema penal é uma realidade há séculos. Segundo Zaffaroni,

“na doutrina jurídico-penal, pode-se distinguir o debilitamento do direito penal de garantias através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre as bases do simples conhecimento (teoria do conhecimento), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de conteúdo material do bem jurídico, com os conseqüentes processos de clonagem que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; do cancelamento da exigência de lesividade conforme à multiplicação de tipos de perigo sem perigo (perigo abstrato ou presumido); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas leis penais em branco, etc.”¹⁷¹.

Portanto, o direito penal do inimigo não é algo recente e tampouco uma exclusividade das legislações penais de combate ao terrorismo. Trata-se, na realidade de uma tendência político criminal tão antiga quanto o próprio poder punitivo.

Por outro lado, para compreender o discurso do direito penal do inimigo e da existência de um inimigo a ser combatido através do sistema de justiça criminal,

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 18.

¹⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 14.

não é suficiente constatar essa constante no exercício do poder punitivo. É preciso compreender a função que o inimigo desempenha para o desenvolvimento do poder punitivo na sociedade. Para tanto, as lições da criminologia crítica, derivados da crítica marxista ao direito, são de grande valia. Afinal, se o processo de criminalização é seletivo porque o direito, de forma geral e, especialmente, o direito penal possuem a função política de manter a hegemonia política da burguesia através do aparelho repressivo do Estado, a criminalização e eleição do inimigo também possui razões políticas.

Por isso, afirma Zaffaroni:

“Este contexto não pode deixar de influir sobre nenhum teórico do direito e, por mais que se oculte sob os mais reluzentes enfeites jurídicos, a reação que suscita a presença descarnada do inimigo da sociedade no direito penal é de caráter político, porque a questão que se coloca é – e sempre foi – dessa natureza”¹⁷².

Segundo Zaffaroni, a essência do inimigo está no direito romano. Nessa tradição jurídica, há distinção entre as figuras do *inimicus* e do *hostis*. Enquanto o primeiro termo se refere ao inimigo particular de alguém, a categoria *hostis* refere-se a um inimigo político. Contra tal, há sempre a possibilidade de guerra. O inimigo político está fora da comunidade e não comunga dos direitos garantidos aos cidadãos¹⁷³.

O direito romano também dividia a classificação de *hostis* em duas outras subclassificações. O inimigo podia ser *hostis alienígena* ou *hostis judicatus*. O segundo era o inimigo declarado em função da autoridade do Senado, que, em situação excepcional, apontava um inimigo público¹⁷⁴.

Nas palavras de Zaffaroni,

“o estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abarcará todos os que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simplesmente estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos e, como desconhecidos,

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 16.

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 22.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos”¹⁷⁵.

Já sobre o inimigo declarado, Zaffaroni aponta:

“o inimigo declarado (*hostis judicatus*) configura o núcleo do tronco dos dissidentes ou inimigos políticos puros de todos os tempos. Trata-se de inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais: não se declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder. A instituição do *hostis judicatus* romano cumpria a função de deixar o cidadão em condição semelhante à do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas para os cidadãos”¹⁷⁶.

Apesar de sua origem romana, a figura do inimigo seguiu sendo um paradigma no exercício do poder punitivo ao longo dos séculos. “O *hostis*, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal”¹⁷⁷. O *hostis* permaneceu uma constante, ainda que variasse em cada momento histórico a figura que seria designada como tal, a depender das relações sociais existentes.

Zaffaroni faz extensa investigação sobre a relação entre o inimigo no direito penal e o exercício do poder político e econômico a nível mundial. Essa investigação parte da constatação de que, nos últimos séculos, o poder europeu foi se ampliando pelo globo sob as formas de colonialismo, neocolonialismo e como globalização. Cada uma dessas etapas corresponde a profundas modificações políticas, sociais e culturais compreendidas como revoluções mercantil (Séculos XIV e XV), industrial (Século XVIII) e tecnológica (Século XX)¹⁷⁸.

Em cada um desses momentos históricos o poder punitivo serviu para manter uma determinada hierarquia e uma verticalização da sociedade que

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 22.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 23.

¹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 24.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 29.

possibilitaram uma organização econômica e militar. Sem essa organização, não seria possível promover e expandir o domínio colonial. Por isso, Zaffaroni afirma que por trás dos exércitos conquistadores, e mais determinantes do que eles, havia as próprias sociedades e nações colonizadoras, organizadas de tal forma a assegurar a hierarquia e a impedir qualquer dissidência¹⁷⁹. Essa organização foi possível em razão do exercício do poder punitivo e da eliminação de dissidentes através dele. Isso se deu de formas distintas em cada momento histórico, variando conforme a organização social e os interesses dos grupos dominantes do poder constituído.

Durante a expansão colonialista, o poder punitivo escorava-se em um discurso teocrático. A partir do discurso religioso, impunha-se a idéia de que existiria um mal transcendente a ser combatido na terra, representado pelo que é diferente daquilo que era aceito pela Igreja Católica ou pelas monarquias européias. Segundo Zaffaroni, esse discurso teocrático

“apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, em cujo nome e matavam os dissidentes internos, os colonizados rebeldes e as mulheres desordeiras. O inimigo desta empresa, depois da extinção dos infelizes albigenses e cátaros, era Satã, o que deu lugar à primeira de uma longa lista de emergências, que seguiriam pelos séculos afora até a atualidade, ou seja, ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e, por conseguinte, demandam a individualização de um inimigo”¹⁸⁰.

Nesse contexto, o inimigo é construído a partir de crenças ou preconceitos que causam medo. O discurso teocrático, por exemplo, apoiou-se na imagem das bruxas e de hereges para construir um inimigo público que personificasse o pecado e impusesse temor às pessoas.

Na Europa, portanto, o poder punitivo estrutura-se na inquisição romana e, com a decadência desta, persiste e generaliza-se nos tribunais laicos. A prática inquisitorial espalha-se para eliminar seus inimigos, hereges e reformistas, com execuções em praças públicas.

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 32.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 31.

Ao tratar do ódio irracional às garantias processuais, Geraldo Prado afirma que

“o ódio irracional às bruxas e feiticeiras converteu-se em poderoso instrumento ou Razão de Estado para manejar o sistema de justiça criminal de maneira a provocar significativa adesão social a determinado projeto de governo, mesmo entre as mulheres”¹⁸¹.

Esse ódio irracional fazia com que fossem negadas a esses inimigos da ocasião quaisquer garantias processuais. Compreendia-se que as garantias do processo justo seriam obstáculos à condenação de inimigos que representariam demônios ou bandidos atentatórios à paz e à ordem¹⁸².

Por outro lado, Geraldo Prado destaca que esse poder de conferir ou negar garantias fundamentais decorre de decisões políticas conexas a interesses políticos e econômicos¹⁸³. Isso ocorre a despeito do sentimento popular ou dos discursos científicos que legitimem uma escolha ou outra. Nesse sentido, Geraldo Prado aponta:

“Esta é a questão principal encoberta pelos manifestos contra as garantias do processo: a tensão entre métodos racionais-legais de arbitramento de responsabilidade criminal e os julgamentos conforme juízos a priori não envolve mera opção por processos de melhor ou pior qualidade em termos de decisão. Ainda que alguns dos protagonistas do debate não se dêem conta, a disputa é antes e fundamentalmente política no sentido de decidir quem está em condições de definir o futuro alheio e controlar o conjunto da sociedade”¹⁸⁴.

¹⁸¹ PRADO, Geraldo. O ódio irracional às garantias do processo, o julgamento de Salem e os familiares na “Santa Inquisição nas Minas”. In PRADO, Geraldo. Estudos Jurídicos. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 251.

¹⁸² PRADO, Geraldo. O ódio irracional às garantias do processo, o julgamento de Salem e os familiares na “Santa Inquisição nas Minas”. In PRADO, Geraldo. Estudos Jurídicos. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 251.

¹⁸³ PRADO, Geraldo. O ódio irracional às garantias do processo, o julgamento de Salem e os familiares na “Santa Inquisição nas Minas”. In PRADO, Geraldo. Estudos Jurídicos. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 253.

¹⁸⁴ PRADO, Geraldo. O ódio irracional às garantias do processo, o julgamento de Salem e os familiares na “Santa Inquisição nas Minas”. In PRADO, Geraldo. Estudos Jurídicos. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 255.

Portanto, o discurso teocrático legitimador do poder punitivo na Europa deve ser compreendido como instrumento político dos setores dirigentes da sociedade que se valiam da punição a bruxas, feiticeira, hereges e inimigos de forma geral para manter seu poder o hierarquizar a sociedade de forma a permitir sua expansão política e econômica.

Nas colônias, por sua vez, o discurso teocrático legitima o poder colonialista, que é exercido através do genocídio das populações locais. Assim, o poder colonial dizimou grande parte da população americana, destruiu suas formas de organização social e organizou o tráfico negreiro e a escravidão, conforme as demandas econômicas e a necessidade de mão-de-obra para explorar a colônia¹⁸⁵.

A mudança da sociedade, porém, provoca uma mudança nas relações sociais e de poder, demandando que o poder punitivo se manifeste de forma diversa e através da eleição de novos inimigos. Por isso, na Revolução Industrial, o poder punitivo manifesta-se de forma diversa. Nesse período, há o surgimento e o desenvolvimento da burguesia como classe social que tornar-se-á dominante.

Com o surgimento da burguesia, o sistema penal é inicialmente remodulado a partir da filosofia iluminista que pregará um humanismo que, a princípio, reduziria o poder punitivo, uma forma de mitigar o poder da nobreza e do clero. Na prática, porém, é reafirmada uma “dualidade de tratamentos penais”. Enquanto a burguesia – que vê igualdade em seus pares – reserva para si as garantias liberais, os estranhos – aqueles que fazem parte da classe proletária, que também se desenvolve como classe social em oposição à burguesia – permanecem como alvo do poder punitivo com poucas modificações. Com isso, o poder punitivo segue sendo seletivo e funcional à expansão da classe burguesa¹⁸⁶.

O período da Revolução Industrial é marcado por um aumento da população das cidades e pela maior visibilidade da pobreza. A sociedade industrial produz uma massa de pobres, mendigos e miseráveis a vagar pelas cidades. Trata-se dos indesejáveis, cujo controle social apresenta maior dificuldade, que devem ser neutralizados através do sistema penal.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 34.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

Por outro lado, a sociedade industrial e o desenvolvimento da burguesia trazem novas questões para a forma pela qual é exercido o poder punitivo. A burguesia necessita que essas pessoas sirvam de mão-de-obra nas indústrias para produzir mais e gerar mais lucro. Por isso, é contraproducente, do ponto de vista do poder econômico, que a punição seja imposta através de execuções ou mutilações em praça pública. Por isso, a pena passa a buscar eliminar os incorrigíveis e a disciplinar aqueles que não produzem para que se adequem à nova lógica econômica. Segundo Zaffaroni,

“as dificuldades, como assinalamos, manifestaram-se em relação aos indesejáveis, cujo número aumentou com a concentração urbana. Era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. Como não era tolerável continuar matando-os nas praças, foi preciso encontrar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, a submissão a julgamentos intermináveis com (...) medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional ou então a deportação”¹⁸⁷.

Esse é o momento da formação do sistema penal moderno. Tendo em vista as novas necessidades políticas e econômicas, o direito penal moderno assumirá novas feições. A primeira das novas características do sistema penal moderno é uma busca por proporcionalidade. Segundo Foucault, a pena deve ser analógica e seus meios devem “ser tão pouco arbitrários quanto possível”¹⁸⁸. Sobre essa característica, diz Foucault:

“Apesar de crueldades que lembrar muito o Antigo Regime, é um mecanismo bem diverso que funciona nessas penas analógicas. Não se opõem mais o atroz ao atroz numa justa de poder; não é mais a simetria da vingança, é a transparência do sinal ao que ele significa; pretende-se, no teatro dos castigos, estabelecer uma relação imediatamente inteligível aos sentidos e que possa dar lugar a um cálculo simples”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

¹⁸⁸ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 39ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2011, p. 100.

¹⁸⁹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 39ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2011, p. 102.

Outra característica importante da pena moderna é sua modulação temporal. Não é atrativo ao poder que a pena seja, de forma geral, perpétua ou definitiva. Diz Foucault: “uma pena que não tivesse termo seria contraditória: todas as restrições por ela impostas ao condenado (...) não passariam de suplícios; e o esforço feito para reformá-lo seria pena e custo perdidos”¹⁹⁰. Por isso, a pena passa a ter uma medida em tempo.

Outro aspecto importante é a publicidade da pena. No entanto, essa publicidade não ocorre como as execuções de suplícios em praças, mas através da mensagem que a pena deve passar, não apenas ao apenado, mas à sociedade. Nesse sentido, diz Foucault:

“No suplício corporal, o terror era o suporte do exemplo: medo físico, pavor coletivo, imagens que devem ser gravadas na memória dos espectadores, como a marca na face ou no ombro do condenado. O suporte do exemplo, agora, é a lição, o discurso, o sinal decifrável, a encenação e a exposição da moralidade pública (...) Na punição, mais do que a visão da presença do soberano, haverá a leitura das próprias leis. Estas haviam associado a tal crime tal castigo”¹⁹¹.

Em suma, as mudanças políticas e econômicas da sociedade, com a conquista da hegemonia pela burguesia, levam à conformação de todo um sistema jurídico penal novo. Enseja, ainda, a eleição de novos inimigos, que serão os clientes preferenciais do sistema penal. Tudo isso em razão das demandas econômicas e da disputa de poder do Estado.

O poder punitivo moderno também desenvolveu-se com algumas particularidades nas sociedades colonizadas, em especial na América Latina. Nesses locais, no período neocolonial, o poder punitivo serviu de ferramenta para controlar os nativos e mestiços colonizados. Segundo Zaffaroni,

“usado como instrumento verticalizador das sociedades colonialistas e neocolonialistas, nas sociedades colonizadas o poder punitivo ou repressor foi empregado para convertê-las em imensos campos de concentração para nativos (dado que todos eram considerados biologicamente inferiores). O desavergonhado

¹⁹⁰ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 39ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2011, p. 103.

¹⁹¹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 39ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2011, p. 106.

lema escrito sobre as portas dos campos de concentração – O trabalho liberta (*arbeit macht frei*) – era uma síntese grosseira das premissas colonialistas: os colonizados deviam trabalhar e submeter-se para aprender a serem livres”¹⁹².

O desenvolvimento do poder punitivo nesses moldes veio acompanhado de um discurso que o legitimasse. Por isso, o discurso criminológico ganhou importância nesse momento. Não havia, no entanto, o desenvolvimento de uma criminologia que questionasse o poder punitivo. Existia somente o discurso legitimador. Para legitimar a seletividade punitiva contra nativos ou “colonizados”, de forma geral, o discurso criminológico amparou-se em bases científicas e biológicas. Para essa corrente dominante à época, o crime era compreendido a partir de um desvio moral ou cognitivo. E para explicar esse desvio, os criminólogos buscavam na raça e nas características físicas dos indivíduos a origem do comportamento desviante.

Tal discurso legitimou uma política criminal racista – ainda existente – voltada à repressão da população nativa da América Latina, bem como da população negra traficada da África. Segundo Zaffaroni,

“o discurso penal tratou os nativos como inimputáveis (assimilando-os, lombrosianamente, às crianças e aos selvagens) e os mestiços como loucos morais em potencial. Desta modo, racionalizava-se em sua exclusão e convertiam-se os mais rebeldes em inimigos (selvagens, inimigos da civilização, do progresso, etc.)”¹⁹³.

Esses discursos e práticas fundaram o sistema penal na periferia global e assentaram suas bases racistas e oligárquicas. E tal modelo manteve-se intocado com o passar das décadas. Mesmo com movimentos de independência e com as mudanças institucionais da América Latina, poucas alterações políticas e sociais foram verificadas.

Esses movimentos fizeram apenas levar as oligarquias de proprietários brancos, descendentes dos colonizadores europeus, ao comando político da

¹⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 47.

¹⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 47.

sociedade. E nesse contexto, o sistema penal seguiu sendo utilizado seletivamente contra negros e índios para manter a ordem social.

“justiça exercida por grandes proprietários de terras, penas de morte privadas, assassinatos de dissidentes, repressão em massa, recrutamento forçado de mestiços e mulatos para os exércitos, polícia de ocupação, arbitrariedades e torturas, degolas, aprisionamento sem processo, estados de exceção permanentes e fenômenos de incrível corrupção foram correntes nestes imensos campos de concentração”¹⁹⁴.

Em meados do Século XX, grande parte das repúblicas da América Latina passou por transformações políticas equivalentes ao que foi a Revolução de 30 no Brasil, com a transição entre a República Velha e o Estado Novo. Esse período trouxe ao poder governos chamados de populistas, marcados por políticas protecionistas e nacionalistas, bem como por possibilitar algum protagonismo político a grupos sociais que antes eram excluídos¹⁹⁵.

No Brasil, esse momento equivale ao Estado Novo e, após ele, ao regime da Constituição de 46. Trata-se da primeira experiência constitucional de democracia de massa no país, na qual há o desenvolvimento de partidos e organizações de esquerda, como o PTB e o PCB, e de movimentos sociais, especialmente sindicais e de trabalho rural. Essas transformações, no entanto, encontraram grande reação das oligarquias e das elites políticas na América Latina. Foi assim que, com o apoio dos Estados Unidos da América, as burguesias nacionais latino-americanas promoveram golpes de estado, como o golpe de 1964 no Brasil. A esses golpes sucedeu longo período de ditaduras militares e de terrorismo de Estado, com a construção de inimigos políticos e seu combate através do sistema penal.

“Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, a definição do inimigo destes regimes militares não se deteve nos integrantes dos grupos minoritários armados, que só serviram como pretexto, mas em alguns casos quase extinguíram fisicamente toda uma geração de lideranças reais e potenciais. Na Argentina e no Chile, esses governos se propuseram claramente a eliminar toda possibilidade de

¹⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 48.

¹⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 50.

mudança social progressista. As ditaduras de segurança nacional latino-americanas aplicaram reclusão perpétua e só muito excepcionalmente a pena de morte formal, empregando, ao mesmo tempo, medidas de extermínio para os indesejáveis ou execuções policiais sem processo”¹⁹⁶.

Essas mudanças e golpes de Estado, por sua vez, também não podem ser compreendidas de forma isolada do jogo político que se desenhava e das demandas econômicas da burguesia. As formas institucionais do Estado democrático-burguês são respostas jurídico-institucionais ao nascimento e à expansão da sociedade capitalista¹⁹⁷. Da mesma forma, a oscilação entre formas democráticas e formas autoritárias do Estado burguês corresponde ao desenvolvimento capitalista e à luta de classes travada no interior da sociedade.

Eduardo Luis Duhalde ressalta que, mantendo sua natureza de instrumento de dominação de classe, o Estado burguês não traduz uma correspondência perfeita entre os interesses econômicos e sociais da burguesia. Expressa, sim, a relação entre esses interesses e os da classe trabalhadora. Assim, a depender da correlação de forças no interior de determinada formação social, o Estado assume forma correspondente¹⁹⁸.

Dessa forma, frente à possibilidade de a burguesia perder o poder hegemônico, o Estado assume formas de exceção para resolver a crise. Isso significa livrar-se das amarras liberais que restringem o poder repressivo. Quanto mais grave a crise, maior a excepcionalidade da forma estatal¹⁹⁹. Segundo Eduardo Luis Duhalde,

“El Estado de Excepción es aquel que debido a circunstancias limites, casi siempre motivadas por una crisis política grave, abandona la normatividad del Estado de Derecho para adquirir formas excepcionales al margen de la legalidade

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 50.

¹⁹⁷ DUHALDE, Eduardo Luis. El Estado Terrorista argentino. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue, 2013, p. 239.

¹⁹⁸ DUHALDE, Eduardo Luis. El Estado Terrorista argentino. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue, 2013, p. 240.

¹⁹⁹ DUHALDE, Eduardo Luis. El Estado Terrorista argentino. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue, 2013, p. 240.

institucional representada por el modelo tradicional de Estado democrático-parlamentario”²⁰⁰.

Na América do Sul, uma forma particular de Estado de exceção surge com as ditaduras militares na segunda metade do Século XX. Trata-se de uma forma de Estado de exceção protagonizada pelas forças armadas, que assumem as funções do Estado em uma empreitada militar. De forma diversa dos modelos nazi-fascistas da Europa, nas ditaduras militares da América do Sul, a figura ou popularidade do líder importam pouco e são substituídas por uma fria concepção tecnocrática da política, exercida de acordo com os interesses da burguesia e segundo a Doutrina de Segurança Nacional. Com suas particularidades, as ditaduras militares amparadas na Doutrina de Segurança Nacional constituem-se como verdadeiros Estados terroristas. Segundo Duhalde,

“Non son regímenes transitorios buscando el equilibrio o la hegemonia social perdida o dictadores con aspiraciones personales vitalicias, administrando autoritariamente el viejo Estado: el cambio va mucho más allá. Nacido en el transcurso de una crisis política catastrófica para el mantenimiento del injusto orden social, implica en si un cambio substancial de forma: se configura el Estado Terrorista, partiendo de supuestos que se esgrimen como permanentes y que contradicen las bases fundamentales de Estado democrático-burgues. Se afirma en que el principio de sujeción a la ley, la publicidad de los actos y el control judicial de estos incapacitan definitivamente al Estado para la defensa de los intereses de la sociedad. En consecuencia, aparece como sustrato de dicha concepción la necesidad de estructuración – casi con tanta fuerza como el Estado Público – del Estado Clandestino y como instrumento de este, el terror como método”²⁰¹.

Fernando Tocora define a Doutrina de Segurança Nacional e a ideologia dos golpes militares na América Latina da seguinte forma:

“La ideología que inspira este modelo del Estado y su particular modelo de política criminal, parte de la premisa de la división antagónica del mundo en dos bloques,

²⁰⁰ DUHALDE, Eduardo Luis. El Estado Terrorista argentino. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue, 2013, p. 244.

²⁰¹ DUHALDE, Eduardo Luis. El Estado Terrorista argentino. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue, 2013, p. 249.

el uno liderado por los Estados Unidos y el otro por la Unión Soviética. Una segunda premisa establece que dentro de los diferentes países occidentales hay personas que propugnan por modelos de organización social e ideologías correspondientes al bloque enemigo se ha internalizado, por lo que hay que combatirlo y vencerlo. De allí resultan las categorías de “enemigo interno”, “guerra total”, “Seguridad Nacional”, etc., en medio de discursos sobre la salvación: de los valores de la sociedad occidental y cristiana”²⁰².

Ao assumir o comando do Estado através de golpes militares, o regime de Segurança Nacional implementa uma nova institucionalidade. Os militares promovem uma reforma constitucional, suprimem garantias fundamentais, esvaziam a tripartição do poder e elimina o modelo liberal do Estado²⁰³.

Segundo Fernando Tocora, o novo regime é instituído através de três etapas. A primeira etapa consiste na promulgação de leis repressivas seguindo o modelo da Doutrina de Segurança Nacional. Tais leis, a princípio, coexistem, apesar de conflitantes, com as constituições liberais preexistentes. Com isso, a primeira etapa golpista parte de um confronto com as constituições liberais e com a inibição das Cortes Constitucionais dos países golpeados²⁰⁴.

A segunda etapa da empreitada golpista consiste na edição de atos institucionais, decretos ou estatutos que subordinam a constituição preexistente²⁰⁵. Trata-se de instituir a Doutrina de Segurança Nacional através dos atos institucionais que, apesar de não passarem por qualquer processo de deliberação democrática, possuíam força supraconstitucional. Ao mesmo tempo, os regimes mantinham a constituição e o ordenamento jurídico preexistentes para dar aparência legalista e liberal aos golpes.

²⁰² TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 222.

²⁰³ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 236.

²⁰⁴ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 243.

²⁰⁵ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 243.

Por fim, a terceira etapa consistiu em outorgar novas constituições. Agora, o regime rompia com a ordem constitucional preexistente. Não existiu qualquer deliberação democrática ou popular prévia, mas tão somente a outorga das novas constituições com tutela militar. No Brasil, essa etapa consistiu na outorga da Carta de 1967, que ainda veio a ser complementada com Atos Institucionais posteriores, como o AI-5²⁰⁶.

A Doutrina de Segurança Nacional, no âmbito do poder punitivo, aproveita grande parte do aparato repressivo formado para a chamada criminalidade convencional. No entanto, acentua a repressão à delinquência política, ao terrorismo e à dissidência ideológica. Esse recrudescimento é verificado através das formas processuais, com o endurecimento da persecução penal, a restrição de garantias penais materiais, o aumento da quantidade e do rigor da pena²⁰⁷. Uma das características do Estado terrorista reside na atuação paralela de forças estatais e paraestatais em empreitadas violentas contra os inimigos do regime. Essas ações são ocultadas pelos órgãos oficiais, que asseguram que tais atos permaneçam impunes e livres que qualquer apuração²⁰⁸.

O sistema penal subterrâneo promovido pela Doutrina de Segurança Nacional tem contornos de abuso de poder e de terrorismo de Estado. Tais sistemas são marcados pelo desrespeito a direitos humanos e pela falta de qualquer limite do poder repressivo de infligir dor e sofrimento. Segundo Fernando Tocora,

“A partir del poder se pone en marcha una cadena sistemática de crímenes que van desde los allanamientos ilegales hasta los asesinatos y desapariciones, pasando por las amenazas, torturas, secuestros, entre otras transgresiones. Todo esto dentro de la estrategia de terror destinada a imponer un modelo de dominación y de control social totalitario”²⁰⁹.

²⁰⁶ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 245.

²⁰⁷ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 210.

²⁰⁸ DUHALDE, Eduardo Luis. El Estado Terrorista argentino. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue, 2013, p. 288.

²⁰⁹ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 211.

Essa criminalidade, por outro lado, não poder ser compreendida apenas como abuso de poder impune. Trata-se de uma política de Estado deliberada onde o Estado atua através da violência, do crime e do terrorismo:

“Es una criminalidade que forma parte de la esencia de ese Estado. Estado terrorista que impone su dominación a través de la intimidación general, que producen sus crímenes y um derecho público de corte totalitário”²¹⁰.

Com isso, crimes contra a segurança do Estado passam a gozar de especial proteção na ordem jurídica, enquanto o Estado confere poderes excepcionais aos seus agentes, como licenças para matar²¹¹. Tudo isso a manipular o direito e a ordem jurídica de forma a servir aos objetivos políticos da empreitada golpista dos militares e da burguesia hegemônica.

Zaffaroni aponta duas formas de exercício do poder punitivo adotadas contra os dissidentes políticos. Apesar da existência de um sistema penal formal, a primeira forma de exercer o poder punitivo contra os dissidentes era através de um sistema penal paralelo. Esse sistema paralelo era marcado por detenções administrativas ilimitadas²¹².

A segunda forma de exercício do poder punitivo contra os dissidentes era através de um sistema penal subterrâneo. Através desse sistema, procedia-se ao assassinato, desaparecimento forçado, tortura e demais formas de eliminação física do inimigo. Segundo Zaffaroni,

“o caráter diferencial desses regimes foi a montagem do mencionado sistema penal subterrâneo sem precedentes quanto à crueldade, complexidade, calculadíssima planificação e execução, cuja analogia com a solução final é inegável”²¹³.

²¹⁰ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 214.

²¹¹ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 216.

²¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 51.

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 51.

No entanto, a distinção entre a criminalidade comum, ou convencional, e a criminalidade política vai desaparecendo gradualmente com uma manipulação do discurso político-criminal. Com isso, a criminalidade comum passa a ser associada, cada vez mais, ao terrorismo que se buscaria combater com as medidas repressivas excepcionais²¹⁴. Isso serve de pretexto para os regimes militares instaurados na América Latina neutralizarem outro inimigo, não declarado, ao argumento de combater o terrorismo e a dissidência política.

Trata-se de neutralizar setores e movimentos populares. É que os regimes terroristas militares não comportavam a proliferação de movimentos populares de diversas orientações (populistas, nacionalistas, reformistas ou socialistas). O resultado é a desarticulação de setores e movimentos populares que pudessem, ainda que remotamente, ameaçar a hegemonia política burguesa. Ainda que este não fosse um objetivo declarado, tornou-se prioritário entre os regimes militares. Segundo Fernando Tocora,

“Tras los golpes de Estado, la estrategia totalitaria de la represión estatal termina no solamente por neutralizar y eliminar a los grupos subversivos, sino por neutralizar y desarticular esos movimientos políticos de raigambre popular. Con ello, la delincuencia política y el terrorismo quedan reducidos a ínfimos niveles. Sin embargo, el aumento del espacio de criminalización a simples desviaciones de opinión, y en general a la práctica de las libertades públicas, implica un alto nivel de definición y extensión de la delincuencia política”²¹⁵.

Portanto, a pretexto de criminalizar a atividade política subversiva, os regimes militares acabam neutralizando qualquer forma de resistência ou organização dos setores populares da sociedade através da criminalização das liberdades públicas. Por exemplo, criminalizar o direito de expressão vai muito além de reprimir condutas que podem causar danos a bens jurídicos, mas a mera

²¹⁴ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 212.

²¹⁵ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 213.

expressão de opinião, tese ou fato que as ditaduras queiram reprimir²¹⁶. Da mesma forma, a Doutrina de Segurança Nacional, através de sua política criminal, criminaliza os direitos de reunião, associação, de imprensa, de greve, etc.

A Doutrina de Segurança Nacional, por outro lado, corresponde ao período da Guerra Fria e da formação de blocos globais alinhados aos Estados Unidos ou à União Soviética. Por isso, o discurso da repressão às atividades consideradas subversivas, que serviu de pretexto à neutralização política da classe trabalhadora, tem sentido na medida em que o inimigo declarado a ser combatido pode ser identificado no contexto político em que se insere. A partir da década de 1980, porém, com o final da Guerra Fria e o processo de abertura política na América Latina, começa a mostrar-se necessária a eleição de um novo inimigo. É assim que a política externa norte americana começa a mobilizar países de sua influência à guerra às drogas. Assim, Zaffaroni aponta:

“nos anos 80 do século passado, toda a região sancionou leis antidroga muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma legislação penal de exceção análoga à que antes havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão. Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio da legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconhecaram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes etc.”²¹⁷.

Nesse novo contexto, o inimigo passa a ser identificado como o traficante nas favelas e periferias. Trata-se, no entanto, de uma continuidade da relação entre poder punitivo e o exercício do poder político e econômico na neutralização das classes populares.

O poder punitivo segue com sua seletividade racista e classista e, agora voltado sobre o tráfico ilegal de drogas, criminaliza diretamente a pobreza e seus territórios, neutralizando a classe trabalhadora e mantendo a hegemonia política da

²¹⁶ TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017, p. 269.

²¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 52.

burguesia. Pode-se depreender disso que a construção e a persecução de um inimigo político através do sistema penal não é uma novidade ou algo exclusivo das recentes leis de combate ao terrorismo. Na verdade, o direito penal do inimigo é uma constante no exercício do poder punitivo e deriva de sua estrutura seletiva, classista e racista.

Por outro lado, a identificação do inimigo no direito penal possui relação direta com as estruturas institucionais e as relações de poder existentes na sociedade. A eleição de inimigos sempre serviu ao desenvolvimento dos Estados-nação, seja legitimando o genocídio mercantilista ou mesmo promovendo o controle e a neutralização da classe trabalhadora através da violência. Daí a razão de Negri e Hardt afirmarem que

“o campo de concentração, ou na verdade o mecanismo combinado de isolamento e destruição em massa do inimigo, de qualquer identidade contrária, constitui o paradigma do Estado-nação moderno”²¹⁸.

Zaffaroni, por sua vez, conclui que:

“A história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis* alienígena e do *hostis judicatus*”²¹⁹.

Portanto, uma política criminal como a antiterrorista, que inexoravelmente é operada como medida de exceção, fora dos parâmetros democráticos e

²¹⁸ NEGRI, Antonio e HARDT, Michael. “Campo”. Lugar Comum, número 7, janeiro-abril 1999, p. 69.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 82.

constitucionais de um direito penal liberal, e através de critérios de direito penal do inimigo não pode atender finalidades senão a manutenção do controle político do Estado pelas classes que detêm o poder constituído.

A essas observações, deve-se acrescentar o caráter de crime político que o tipo penal de terrorismo assume em razão de sua definição legal e política, conforme será abordado no próximo capítulo.

4

Criminalização política e direito penal antiterrorista

*“O que é o terrorismo? Como ele se difere da agressão ou da resistência?
As respostas, na prática, são reveladoras, mas as perguntas jamais
adentraram a arena do debate público. Adotou-se uma definição
conveniente: o terrorismo é o que nossos líderes dizem que ele é, ponto
final.”*

Noam Chomsky

4.1

Afinal, o que é terrorismo?

A figura do terrorismo ocupa um papel central na construção do inimigo político das últimas décadas. É que, segundo Arno Dal Ri Júnior,

“o início do século XXI ficou marcado pela consolidação de um novo e imponente inimigo da segurança do Estado no imaginário da sociedade globalizada. A figura do “terrorista internacional”, delineada sobretudo pelo governo norte-americano na última década, assumiu tal papel, obtendo a sua consolidação após o atentado de 11 de setembro de 2001”²²⁰.

Segundo Zaffaroni, a emergência de um novo inimigo global é impulsionada pelas políticas criminais dos Estados Unidos da América a partir do final do Século XX. Essas políticas, por sua vez, continham carga autoritária que, para Zaffaroni, evidenciava uma “deterioração cultural”²²¹ na sociedade americana, que cada vez mais abandonava os princípios liberais que fundam sua democracia.

²²⁰ DAL RI JÚNIOR, Arno. O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 298.

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 65.

A principal característica dessa política criminal e dessa deterioração cultural reside no “desespero em conseguir um inimigo que preencha o vazio deixado pela implosão soviética”²²². Tal vazio só pôde ser suplantado por um fato aterrador como o atentado de setembro de 2001. Dessa forma, sustenta Zaffaroni:

“no 11 de setembro de 2001, esse sistema penal encontrou um inimigo de certa substância no chamado terrorismo. Ao mesmo tempo, tomou emprestada a prevenção do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque como preventiva. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada pelo inimigo”²²³.

Assim, o terrorista torna-se o inimigo por excelência, enquanto o sistema penal “comum” passa a confundir-se cada vez mais com um sistema de combate bélico. Ou, nas palavras de Manuel Monteiro Guedes Valente, o terrorismo torna-se “o gérmen da esquizofrenia belicista”²²⁴, que, através do direito penal do inimigo, buscará exterminar seres perigosos através do sistema penal.

A vinculação entre o sistema penal e a prática da guerra acaba por legitimar, sob a retórica do direito penal do inimigo, um modelo de justiça criminal que, a pretexto de combater o terrorismo,

“admite a tortura, a privação ilimitada da liberdade sem decisão judicial ou culpa formada, supressão de todas e quaisquer garantias processuais penais, criação de tribunais especiais militares para questões de crime, cancelamento do *habeas corpus*, e a violação de todos os direitos, liberdades e garantias com fundamento na guerra ao terrorismo”²²⁵.

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 65.

²²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 65.

²²⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e terrorismo: o “progresso ao retrocesso”. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 85.

²²⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e terrorismo: o “progresso ao retrocesso”. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 119.

Ocorre que, se por um lado o terrorismo tornou-se inimigo incontroverso da “humanidade civilizada” no Século XXI a ponto de se justificar a colonização de sistemas penais domésticos pela lógica da guerra; por outro lado, a compreensão do que é terrorismo mostra-se, há décadas, vacilante. É que despeito de seu ganho de relevância após o atentado de 11 de setembro de 2001, a figura do terrorismo é muito anterior a esse momento histórico.

José Garcia San Pedro identifica cinco contextos históricos distintos de desenvolvimento do que se entende por terrorismo. Em primeiro lugar, o surgimento do terrorismo é compreendido a partir da primeira manifestação do terrorismo de Estado, no período do Terror da Revolução Francesa. Em segundo lugar, o autor identifica a onda terrorista revolucionária de caráter marxista, anarquista ou populista na Europa e nos Estados Unidos entre meados do Século XIX e a Primeira Guerra Mundial. A terceira etapa apontada corresponde à irrupção dos nacionalismos no início do Século XX. Em quarto lugar, com raízes na etapa anterior, é apontada a eclosão de Movimentos de Libertação Nacional que passaram a lutar contra o colonialismo após a Segunda Guerra Mundial. Por fim, a quinta e última etapa corresponde ao momento atual do terrorismo internacional²²⁶.

Também sobre a evolução semântica do termo “terrorismo”, Felix Fernández afirma que:

“podemos situar en la última década del siglo XVIII el momento en que la palabra terrorismo, con sus derivados, comenzó a formar parte del discurso político y de los libros de historia, al hacer referencia al “Reinado del Terror” jacobino en el marco de la Revolución Francesa”²²⁷.

²²⁶ GARCIA SAN PEDRO, José. Análisis jurídico del terrorismo. In MOREIRA, Adriano (org). Terrorismo. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 334.

²²⁷ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 42.

Se a origem do termo está ligada ao terror praticado no exercício do poder estatal, a partir do Século XIX a expressão terrorismo começa a referir-se ao ato de indivíduos contra o Estado. “Así, será en la Rusia zarista de finales del siglo XIX donde se comience a utilizar el calificativo terrorista dirigido a individuos u organizaciones de corte revolucionário o anarquista”²²⁸.

Por fim, a compreensão semântica sobre o termo terrorismo sofrerá nova mutação no século XXI, especialmente após o 11 de setembro, quando “terrorismo se utiliza, exclusivamente y generalmente, para identificar cualquier uso de la fuerza que no provenga del Estado y se realice directa o indirectamente contra El”²²⁹.

Arno Dal Ri Júnior, por sua vez, afirma que

“o processo de construção deste novo ‘inimigo do Estado’, inicialmente no imaginário coletivo norte-americano, passou por diversas fases durante as décadas de 80 e 90 do século passado. Vários atentados e ataques, perpetrados principalmente por grupos fundamentalistas islâmicos contra alvos civis e militares americanos, em todo o mundo e no território da grande potência, marcaram o início de tal construção simbólica”²³⁰.

Como exemplo desses atentados e ataques, o Arno Dal Ri Júnior cita:

“sequestros de aviões, como aqueles envolvendo os jatos das empresas TWA em 1985 e PANAM, em 1988 (...), a explosão de um carro-bomba no subsolo do World

²²⁸ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 42.

²²⁹ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 42.

²³⁰ DAL RI JÚNIOR, Arno. O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 297.

Trade Center, em 1993, e com os atentados às embaixadas americanas no Quênia e na Tanzânia, em 1998”²³¹.

Sobre essa constante modificação no significado semântico do termo terrorismo em cada época, Felix Fernández afirma que:

“la *vis expansiva* del concepto, debido a la enorme eficacia del término para quien lo utiliza con fines políticos, há llevado a una utilización heterogênea y cada vez mas expansiva del término, que há acabado sirviendo para calificar las más diversas situaciones: ciberterrorismo, ecoterrorismo, narcoterrorismo, agroterrorismo, terrorismo sexual (...) terrorismo motorizado (...), y así sucesivamente”²³².

De fato, a repressão penal ao terrorismo – ou a pretexto de combater o terrorismo – também volta-se, historicamente, aos adversários políticos de quem ocupa o poder em determinado Estado. Foi assim, por exemplo, que figuras como Nelson Mandela ou o Black Panther Party foram perseguidos e inquinados de terroristas pelos poderes constituídos por lutarem contra a segregação racial.

Isso decorre da íntima relação entre o tipo penal de terrorismo e a criminalidade política, abordada por Heleno Fragoso em sua obra “Terrorismo e Criminalidade Política”²³³. Nesse trabalho, Fragoso pesquisa com profundidade a criminalização do terrorismo no contexto da repressão a movimentos anarquistas ou de contestação do poder constituído em diversos contextos.

Sobre o terrorismo na experiência brasileira, por exemplo Heleno Fragoso relaciona a criminalidade política ao enfrentamento à ditadura militar, especialmente após a edição do AI-5:

²³¹ *Ibidem*.

²³² FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 42 e 43.

²³³ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

“Tivemos no Brasil importante e significativa experiência, com a criminalidade política grave que surgiu após o Ato Institucional nº 5. Já aludimos à situação terrível que se abateu sobre nosso país, nos piores anos da ditadura militar. (...) Não temos dúvida alguma em afirmar, contrariando a teoria oficial, que a criminalidade política violenta que surgiu está ligada ao regime político violento então instituído”²³⁴.

Por esse motivo, um dos grandes desafios enfrentados por juristas na atualidade é definir em que consiste, exatamente, o terrorismo. A falta de uma definição clara sobre o termo resulta em que pessoas e atos passam a ser considerados terroristas ou não a depender do contexto político em que se inserem e das relações de poder existentes. As autoridades públicas, portanto, não partem de princípios objetivos para considerar algo ou alguém terrorista, mas de classificações subjetivas sobre a intenção ou ideologia por trás dos atos.

Segundo Mauricio Dieter²³⁵, a compreensão sobre o que é terrorismo pode variar, principalmente, em duas áreas distintas. De um lado, há a busca por um conceito político do termo, empregado no contexto das relações internacionais, políticas ou até na mídia. Por outro lado, há a abordagem jurídica sobre o conceito de terrorismo, relevante para a elaboração de um tipo penal e de leis antiterroristas.

Analisando sua dimensão política, Antonio Negri e Michael Hardt²³⁶, indicam que o conceito de terrorismo é tradicionalmente compreendido a partir de três fenômenos: a revolta ou rebelião contra um governo legítimo; o exercício da violência política por um governo, violando direitos humanos; e a prática da guerra em violação ao jus in bello. Ocorre que esses parâmetros, por si só, não são capazes de explicar o motivo pelo qual determinados atos são considerados terroristas e outros não. Além disso, são parâmetros que dependem de interpretação, o que pode

²³⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Terrorismo e Criminalidade Política*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981, p. 108.

²³⁵ DIETER, Maurício Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 75, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 299.

²³⁶ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Multidão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 38.

resultar em interpretações díspares para hipóteses semelhantes. Segundo Negri e Hardt,

“Quem pode determinar, por exemplo, o que é um governo legítimo, o que são os direitos humanos e quais as regras da guerra? Dependendo de quem defina esses elementos, naturalmente, até mesmo os Estados Unidos poderiam ser considerados um Estado terrorista”²³⁷.

A definição jurídica do que é terrorismo, por sua vez, não encontra melhor sorte. Juristas ainda não foram capazes de, a partir de critérios comuns, elaborar uma definição objetiva e global do terrorismo. Essa falta de uma definição taxativa é problemática quando se trata de tipificar penalmente a prática de atos de terrorismo, eis que a construção normativa em matéria penal exige conceitos fechados.

Ao tratar da análise jurídica do terrorismo, José García San Pedro aponta que há elementos comuns às práticas consideradas terroristas, o que poderia ser um ponto de partida para a construção de um conceito. Esses elementos comuns, segundo tal autor, seriam “a violência como meio, o terror como resultado e a finalidade política perseguida por seus autores”²³⁸.

Por outro lado, tais elementos não são suficientes para a construção de um conceito que possa abranger de forma satisfatória e global o que se entende por terrorismo. Isso gera um impasse na busca por uma definição taxativa, já que o terrorismo é “um termo histórico e político que em cada momento e lugar foi aplicado a realidades diversas e que por tanto sua definição não pode ir além de considerá-lo como violência organizada com finalidade política”²³⁹.

²³⁷ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Multidão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 39.

²³⁸ GARCIA SAN PEDRO, José. *Análisis jurídico del terrorismo*. In MOREIRA, Adriano (org). *Terrorismo*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 333.

²³⁹ GARCIA SAN PEDRO, José. *Análisis jurídico del terrorismo*. In MOREIRA, Adriano (org). *Terrorismo*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 333.

Por fim, Garcia San Pedro conclui que “o terrorismo é uma condição que a maioria dos homens conhece implicitamente, mas que ao mesmo tempo parece impossível submeter a um exame rigoroso”; o terrorismo é “praticamente indefinível, salvo na mente de todos”²⁴⁰.

Ao analisar a questão da definição jurídica do terrorismo, José Luis Guzman Dalbora afirma que:

“una de las escasas coincidencias en la dogmática penalista y la criminología acerca del terrorismo reside en la conciencia de la grave dificultad para definirlo jurídicamente y, antes que eso, reconducirlo a un concepto en el plano de los hechos individuales y sociales”²⁴¹.

Dino Carlos Caro Coria, por sua vez, afirma que “analizar el fenómeno reconocido como terrorismo supone admitir, como punto de partida, que ni en el ámbito del derecho penal ni en el ámbito del derecho internacional se há logrado alcanzar una definición unânime ni definitiva”²⁴².

Garcia Leandro, em artigo acerca da visão militar sobre o terrorismo, sustenta que terrorismo seria algo indefinível, porém identificável por qualquer um. Segundo sustenta tal autor,

“em termos jurídicos e teóricos existe uma definição aceite consensualmente para o Terrorismo? Não. É isso importante para a sua compreensão? Em parte, mas só para situações em que é necessária uma base jurídica para o seu julgamento e correspondente reação, como no Conselho de Segurança das Nações Unidas ou na

²⁴⁰ GARCIA SAN PEDRO, José. Análisis jurídico del terrorismo. In MOREIRA, Adriano (org). Terrorismo. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 334.

²⁴¹ DALBORA, José Luis Guzmán. El terrorismo como delito común. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 408.

²⁴² CORIA, Dino Carlos Caro. La relación entre terrorismo, crímenes contra la humanidad y violaciones al derecho internacional humanitário. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 148.

OTAN ou na União Européia. Verdadeiramente, nos casos concretos, ninguém tem grandes dúvidas sobre o que é um ato terrorista”²⁴³.

É preciso lembrar que a política criminal antiterrorista contemporânea confunde-se com uma política de guerra, abrindo as portas para que o sistema de justiça criminal interno de cada país seja inundado pelos elementos bélicos e passe a servir de instrumento na guerra global contra o terrorismo. Nesse contexto, abandona-se os preceitos liberais expressos nas constituições e as garantias individuais próprias a um sistema penal democrático para, sob o manto teórico do Direito Penal do Inimigo, neutralizar pessoas através do direito penal.

Tudo isso torna ainda mais importante a tarefa de definir taxativamente o tipo penal de terrorismo, a fim de evitar que a retirada de garantias se espalhe indefinidamente. No entanto, a apontada impossibilidade em se alcançar uma definição fechada, consensual e global do fenômeno do terrorismo proporciona dificuldades e inconsistências nas legislações de países que aderem a essa guerra global.

Por exemplo, de acordo com José García San Pedro, a falta de uma definição taxativa faz com que mesmo os Estados Unidos da América adotem definições vacilantes sobre o terrorismo. Para suas relações internacionais, por exemplo, os Estados Unidos definem “terrorismo”, “terrorismo internacional” e “organizações terroristas” da seguinte forma:

“a efectos analíticos y estadísticos, para el gobierno de los Estados Unidos el terrorismo internacional se entiende como violencia premeditada, politicamente motivada y perpetrada contra objetivos no combatientes por grupos subnacionales o agentes clandestinos, generalmente con la intencion de influenciar en una audiencia. El término terrorismo internacional significa aquel que involucra a ciudadanos o a territorios de más de un país y el término grupo terrorista significa

²⁴³ LEANDRO, Garcia. Uma visão militar sobre o terrorismo. In MOREIRA, Adriano (org). Terrorismo. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 371.

cualquier grupo que practico o que tiene subgrupos que practican el terrorismo internacional”²⁴⁴.

A definição de terrorismo adotada pelos Estados Unidos em seu plano interno, por sua vez, é diversa:

“A efectos domésticos, el término actividad terrorista, tal como se utiliza en el Acta de Antiterrorismo y Pena Capital de 1996, significa cualquier actividad que se considere ilegal bajo las leyes del lugar donde se cometa, y que involucre cualquiera de los siguientes actos: secuestro o ataque violento sobre una persona internacionalmente protegida, asesinato, o el uso de agentes biológicos, químicos o nucleares, explosivos o armas de fuego, con cualquier otro propósito que el de obtener ganancias monetárias personales, así como la amenaza, intento o conspiración de realizar cualquiera de los actos anteriores”²⁴⁵.

Outro resultado da dificuldade de definir juridicamente o que é terrorismo consiste na elaboração de leis penais abertas, com tipos penais cujos preceitos primários são constituídos por uma pluralidade de núcleos verbais. Esse fenômeno pode ser visto na própria legislação brasileira e na experiência comparada. A Colômbia, por exemplo, tipifica o delito de terrorismo no artigo 343 de seu Código Penal de 2000, com a seguinte redação:

“el que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de Ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses (...) Si el estado de zozobra o terror es provocado

²⁴⁴ GARCIA SAN PEDRO, José. Análisis jurídico del terrorismo. In MOREIRA, Adriano (org). Terrorismo. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 339.

²⁴⁵ *Ibidem*.

mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, vídeo, casete o escrito anónimo, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses (...).”.

Já a legislação peruana tipifica o delito de terrorismo no artigo 2º da lei 25475 com a seguinte redação:

“El que provoca, crea o mantiene um estado de zozobra, alarma o temor em la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido com pena privativa de libertad no menor de veinte años”.

Uma das formas de tentar superar a alargada tipicidade objetiva dos crimes de terrorismo é buscar a restrição do tipo penal através de seu aspecto subjetivo. Dessa forma, busca-se incluir nas legislações o critério da intenção de causar terror generalizado para que se configure um ato de terrorismo.

Sobre a legislação antiterrorista uruguaia, por exemplo, Pablo Galain Palermo afirma que “como la mayoría de las legislaciones que han tratado el fenómeno del terrorismo, la uruguay también se bada en la idea de um derecho penal de excepción, que parte de la mutación de los criterios materiales em la consideración de la legalidad penal”²⁴⁶.

Segundo esse autor, a legislação uruguaia prevê expressamente o elemento subjetivo, tipificando como terroristas:

²⁴⁶ PALERMO, Pablo Galain. Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p.295.

“los delitos que se ejecutaren con la finalidad de intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo mediante la utilización de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para aterrorizar a la población, poniendo en peligro la vida, la integridad física, la libertad o la seguridad de un número indeterminado de personas”²⁴⁷.

A lei antiterrorismo brasileira, por sua vez, também é um exemplo de legislação penal aberta, resultado da tentativa de driblar a ausência de definição taxativa satisfatória sobre o terrorismo. No caso brasileiro, a Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016) padece de diversas inconstitucionalidades e foi largamente questionada por especialistas e por organizações de defesa Direitos Humanos desde sua propositura, em regime de urgência, pelo Governo Federal, assim como o eram os inúmeros outros projetos de lei que transitavam no Congresso Nacional com o objetivo de tipificar penalmente o terrorismo no Brasil²⁴⁸. A despeito das críticas, a Lei Antiterrorismo brasileira acabou sancionada após poucos meses de tramitação no Congresso Nacional em decorrência do regime de urgência.

Dentre as inúmeras críticas formuladas contra o projeto que viria a tornar-se a Lei Antiterrorismo brasileira, destacavam-se, no aspecto da política criminal, os questionamentos acerca da verdadeira necessidade dessa legislação. Afinal, o Brasil não se encontra entre os alvos preferenciais do terrorismo internacional e não possui histórico de atentados. Por outro lado, a história brasileira está repleta de exemplos de emprego de legislação penal excepcional para criminalizar e neutralizar movimentos políticos e populares, inclusive no contexto das grandes manifestações havidas em junho de 2013, que ensejaram a propositura de leis antiterroristas pelo Governo Federal na época.

Tais questionamentos se somam a críticas dirigidas à formulação normativa da lei, que padece de diversas inconstitucionalidades, especialmente decorrentes da

²⁴⁷ PALERMO, Pablo Galain. Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p.296.

²⁴⁸ INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Comissão Permanente de Direito Penal. Parecer 14/2014. Relator: Ricardo Pieri Nunes, 20 mai. 2014. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/pareceres/por-comissao/comissao-de-direito-penal/14-2014> , acesso em 23 de novembro de 2016

precária definição típica das condutas descritas na lei. A definição típica, por exemplo, está contida no artigo 2º, *caput*, da lei, com a seguinte redação:

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 a paz pública ou a incolumidade pública

A lei brasileira, portanto, adota o elemento subjetivo, a motivação do autor do fato, como elemento definidor do tipo penal. Por outro lado, mesmo o elemento subjetivo descrito na lei tem formulação genérica, o que possibilita interpretações autoritárias da lei penal. Esse entendimento é um dos pontos criticados por entidades jurídicas, como o Instituto dos Advogados Brasileiros, que publicou parecer atestando que a lei “mantém a indefinição sobre o que seria uma conduta tipificada como terrorismo ao dispor que seriam atos ‘cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado’”²⁴⁹.

A indefinição se agrava com as condutas que compõem a tipicidade objetiva do crime de terrorismo. Nesse aspecto, a lei penal abusa da utilização de tipos abertos, prevendo inúmeros núcleos verbais ensejadores da aplicação do tipo penal. As condutas que tipificam o terrorismo estão inseridas no § 1º do artigo 2º da Lei Antiterrorismo, que contém a seguinte redação:

§1º - São atos de terrorismo:

I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenosos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

²⁴⁹ INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Comissão Permanente de Direito Penal. Parecer 33/2015. Relator: Fernando Máximo de Almeida Pizarro Drummond, 19 ago. 2015. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/mais/sessao-plenaria/pareceres-iab/pareceres-2015/33-2015>, acesso em 23 de novembro de 2016.

II – (VETADO);

III – (VETADO);

IV – sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V – atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

O rol de condutas típicas que compõem o crime de terrorismo é objeto de críticas quanto a sua necessidade. Afinal, todas as condutas descritas no art. 2º, § 1º, da Lei Antiterrorismo já eram, há muito, tipificadas no Código Penal e nas diversas leis penais. Portanto, a nova lei não trouxe uma verdadeira inovação, a não ser o agravamento de penas em razão da intenção almejada pelo autor de eventual conduta descrita na Lei Antiterrorismo. Afinal, o que vai diferir se a lei a ser aplicada é a Lei Antiterrorismo ou o Código Penal será o especial fim de causar terror generalizado.

O elemento subjetivo do tipo penal, por sua vez, muitas vezes deixa de ser apreciado pelas agências penais nos momentos de investigação, acusação e de juízo de admissibilidade do processo penal. Isso porque a prática judiciária reserva a complexa comprovação do dolo para o momento de apreciação do mérito de eventual acusação, preocupando-se as etapas iniciais da persecução penal com a tipicidade objetiva. Por esse motivo, há a preocupação de que condutas que não se relacionem com o terrorismo venham a ser classificadas como tal, ainda que inicialmente, ensejando injustamente a aplicação da Lei 13.260/2016.

Por outro lado, o tipo penal de terrorismo padece de inconstitucionalidade por violação ao princípio constitucional da legalidade, eis que a definição legal do que é terrorismo é demasiadamente aberta. Isso pode ser observado tanto a partir da existência de diversos núcleos e condutas que compõem o tipo penal, bem como pela tipificação de condutas que não são previstas taxativamente, como o termo “usar outros meios capazes de causar dano”.

O princípio constitucional da legalidade em matéria penal é definido pelo axioma “*nullum crimen nulla poena sine lege*”²⁵⁰, assegurado constitucionalmente no Brasil sob a redação “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Constituição Federal, art. 5º, XXXIX). Trata-se de um dos mais básicos princípios limitadores do poder punitivo, cuja origem remonta às Revoluções burguesas e às declarações de direitos, sendo uma resposta aos abusos do absolutismo e, de outro lado, a inauguração de uma ordem pautada na lei e na segurança jurídica .

O princípio da legalidade se desdobra, ainda, nos mandamentos da *Lex praevia*, que veda a retroatividade da lei penal para agravar a situação do acusado; da *Lex scripta*, que veda a incriminação com base em costumes; da *Lex stricta*, que veda a incriminação por analogia; e da *Lex certa*, que exige clareza e taxatividade na formulação de tipos penal, vedando o emprego de normas genéricas²⁵¹.

Nesse último ponto, principalmente, a Lei Antiterrorismo brasileira viola o princípio constitucional da legalidade em sua exigência de lei certa. Algumas das condutas previstas na lei e consideradas “atos de terrorismo” são genéricas e, diante da vastidão de núcleos típicos, poderiam incriminar condutas que nada têm a ver com o que se buscou reprimir com a edição da lei. Por exemplo, o inciso I do tipo penal descreve a conduta “guardar, portar (...) qualquer outro meio capaz de causar danos”. O inciso V diz terrorista a conduta “atentar contra (...) a integridade física de pessoa”. O que se depreende dessa redação é que a lei poderia ser aplicada a

²⁵⁰ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 63.

²⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 23 - 29.

situações absolutamente diversas e desproporcionais, dependendo demasiadamente da interpretação judicial para conferir-lhe aplicabilidade prática.

José Luis Dalbora explica que são três os principais motivos para a impossibilidade de se definir taxativamente o que é terrorismo. O primeiro motivo decorre do fato de que o terrorismo é um fenômeno que se manifesta de forma particular em cada contexto histórico, cultural ou geográfico. Não há, na história ou no mundo, uma única forma de terrorismo para que seja apreendido em um tipo fechado. Pelo contrário, trata-se de um fenômeno em constante mutação e influenciado por elementos diversos. Por isso, pretender definir o terrorismo a partir de uma manifestação específica de tal prática acabaria por excluir outras manifestações; e tentar incluir todas as manifestações de terrorismo em uma mesma definição a torna demasiadamente aberta.

Em segundo lugar, não existe clareza sobre os fundamentos jurídicos do delito de terrorismo. Até por tratar-se de fenômeno que se manifesta de formas diversas em determinados contextos históricos, geográficos e culturais, não é possível afirmar categoricamente que bens jurídicos ou alvos são visados pelas ações terroristas. Até o emprego de violência pode ser dispensado, por exemplo, em ações de ciberterrorismo, consistentes na invasão de dispositivos telemáticos.

Por fim, o terceiro motivo decorre da carga emocional contida no termo terrorismo. Isso acaba esvaziando o debate científico entorno do terrorismo e de sua definição. O resultado é a compreensão de que o terrorismo é um fenômeno que não pode ser definido, mas que qualquer um o reconheceria.

Assim, José Luis Dalbora explica que:

“La raíz de la complicación es tríplice. El terrorismo, al igual que la denominada criminalidad organizada, muda constantemente de aspecto según las condiciones históricas, culturales y geográficas. En seguida este carácter protéico, cambiante, repercute no solo a la hora de perfilarlo en un tipo delictivo – porque toda figura legal requiere abstracción conceptual, delimitación precisa, alcance general y fijeza en el tiempo –, sino, además, en el fundamento jurídico del delito o de los delitos en cuestión, ya que tampoco existe uniformidad de pareceres acerca de cuál sería

el bien ofendido por los hechos terroristas, aparte de los bienes tradicionales que estos suelen lesionar o poner en concreto peligro, como la vida, la integridad corporal, la salud individual, la propiedad, etc. Por último, el empleo que suele concederse al término terrorismo, palabra de suyo henchida de una fuerte carga emocional, parece apartarlo del conocimiento científico, conspira contra una comprensión *sine ira et studio*. Más que a título de concepto susceptible de definición, con el consiguiente análisis de sus elementos, el terrorismo suele ser esgrimido como un arma de descalificación política y demonización social”²⁵².

Por outro lado, a busca por uma definição taxativa sobre o terrorismo não tem sido tarefa exclusiva dos Estados-nação que buscam incluir essa figura típica em seu ordenamento jurídico. Na realidade, há décadas essa tem sido uma das tarefas enfrentadas pela comunidade jurídica internacional, como aponta Felix Fernández:

“La intensa labor que se ha venido realizando durante décadas en el seno de la Comunidad internacional tanto por Estados como por las propias organizaciones internacionales, y por la doctrina científica, responde, además de a ejercicios intelectuales teóricos, sobre todo a la exigencia que deriva directamente de los fundamentos más esenciales de todo ordenamiento jurídico, también internacional, y que, en definitiva, se pueden concentrar en el principio de seguridad jurídica”²⁵³.

No âmbito do Direito Internacional Público, porém, a tarefa de definir juridicamente o terrorismo não tem sido mais exitosa do que vem ocorrendo nos Estados-nação:

²⁵² DALBORA, José Luis Guzmán. El terrorismo como delito común. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 408.

²⁵³ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 105.

“los avances experimentados em la búsqueda de un consenso en torno a la definición de terrorismo, ocurridos especialmente tras el final de la Guerra Fría, no han sido suficientes para lograr uma definición internacional generalmente aceptada de terrorismo. A lo largo del siglo XX han sido numerosos los intentos, a través de diversas vías, además, para alcanzar esse objetivo (...); sin embargo, los problemas a los que hay enfrentarse son profundos y de distinta natureza, lo que há impedido, hasta el momento, que se haya tenido éxito en esta cuestión central”²⁵⁴.

Ao abordar o terrorismo no âmbito do Direito Internacional Público, Heleno Fragoso, descreve o esforço da comunidade jurídica internacional para alcançar um conceito taxativo e consensual do que seria terrorismo. Diversos congressos e encontros de especialistas foram organizados por décadas com o objetivo de desenvolver essa definição, sendo citados por Fragoso o 2º Congresso de Direito Internacional, celebrado em Montevideu, em 1939 e as Conferências Internacionais para Unificação do Direito Penal, sem que qualquer desses eventos lograsse êxito na busca por uma definição do terrorismo. Também no âmbito da Organização das Nações Unidas, concluiu-se que “nem a Assembléia Geral, nem a Comissão, puderam chegar a conclusões satisfatórias” sobre uma definição jurídica do terrorismo, eis que todas as propostas de definição poderiam ensejar a criminalização de “movimentos de libertação nacional, considerados legítimos”, que por vezes se utilizavam da violência para resistir a regimes autoritários.

A matéria também é de grande relevância para o Direito Penal Internacional. Afinal, há décadas se discute se o terrorismo internacional consistiria em crime contra a humanidade. No entanto, a falta de definição satisfatória fez com que o tipo penal de terrorismo fosse deixado fora do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional.

No âmbito do Direito Penal Internacional, o debate ocorreu em quatro momentos distintos. Primeiro, em 1954, quando a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas discutiu o Projeto de Código de Crimes contra a

²⁵⁴ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 41.

Humanidade. Na ocasião, porém, apesar de a proposta original contemplar a tipificação do terrorismo como crime internacional, não houve qualquer consenso, e a proposta acabou rejeitada²⁵⁵.

Com o contexto da Guerra Fria, não houve grande avanço na discussão da matéria. Por isso, a Comissão de Direito Internacional só veio a retomar os trabalhos em 1991, adotando novo Projeto de Código. O terrorismo era previsto como crime internacional no artigo 24 desse novo Projeto de Código, com definição diversa da anterior. No entanto, a matéria continuou sem consenso, de forma que o crime de terrorismo permanecia sem ser tipificado como crime contra a humanidade²⁵⁶.

Em 1995, uma nova proposta de código, com uma nova definição penal de terrorismo, foi levada a discussão pela Comissão de Direito Internacional. Nesse contexto, porém, havia grande contestação à tipificação do terrorismo como crime internacional autônomo e, mais uma vez, a matéria não foi aprovada²⁵⁷.

Por fim, em 1998, por ocasião da aprovação do Estatuto de Roma. Nessa ocasião, havia três tipos penais distintos de terrorismo em debate. Mas, “como se sabe, (...) este artículo no fue aceptado y no pasó a formar parte del Estatuto de Roma, que, por consiguiente, no tipifica el terrorismo como crimen autónomo”²⁵⁸.

Portanto, houve, e ainda há, grande esforço da comunidade internacional para definir taxativamente o que é terrorismo. No entanto, afirma Felix Fernandez:

²⁵⁵ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 53.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 54.

²⁵⁷ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 55 e 56.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 57.

“dicha labor no há llegado todavía a buen puerto y lo cierto es que la Comunidad internacional, transcurrida ya la primera década del siglo XXI, sigue sin contar com uma definición comúnmente aceptada de terrorismo”²⁵⁹.

A despeito disso, o Tribunal Penal Internacional, recentemente, reconheceu ao terrorismo a natureza de crime internacional por força do direito consuetudinário. Na ocasião da decisão da Câmara de Apelação pro Tribunal Espacial para o Líbano, a Corte entendeu que seriam elementos do crime de terrorismo a prática ou ameaça de um crime; a intenção de causar medo entre a população ou compelir uma autoridade nacional ou internacional a tomar ou deixar de tomar alguma medida; e a existência de um elemento transnacional²⁶⁰.

É através desses elementos que a doutrina busca uma definição normativa do terrorismo. No entanto, é forçoso reconhecer que esses elementos não formam uma definição típica taxativa, tal como exigido pelo princípio da legalidade. A despeito da decisão do Tribunal Penal Internacional, portanto – e essa decisão reforça isso – a comunidade internacional ainda não logrou êxito em definir normativamente o que é terrorismo.

A ausência de definição repercute com grandes conseqüências para a comunidade internacional e para a administração dos Estados e dos sistemas de justiça criminal. Além da dificuldade operacional de combater algo que não se consegue definir, há um grande prejuízo à segurança jurídica²⁶¹.

Por outro lado, a falta de uma definição taxativa permite a manipulação de tipos penais, especialmente, no caso do terrorismo, para criminalizar movimentos populares e adversários políticos. Afinal, afirma Felix Fernandez:

²⁵⁹ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 105.

²⁶⁰ AMBOS, Kai e TIMMERMANN, Anina. Terrorismo y derecho penal internacional. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 34.

²⁶¹ FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 126.

“no debemos olvidar que la palabra terrorismo posee unas características que la hacen aparecer como um instrumento con un enorme potencial político, sobre todo si la ausencia de definición permite utilizarla discrecionalmente, si no arbitrariamente”²⁶².

Por fim, o problema do uso político da persecução penal ao terrorismo agrava-se com a constatação de que a própria definição do que é ou não terrorismo, por mais precária, é indissociável de um julgamento político sobre o ato analisado, conforme será abordado adiante.

4.2

O tipo penal de terrorismo como instrumento de criminalização política

A grande dificuldade, ou impossibilidade, de se alcançar uma definição taxativa de terrorismo é um dos maiores obstáculos à efetividade das garantias penais e processuais penais nessa matéria. Soma-se a isso a já apontada operação através da exceção por parte das agências penais que atuam no combate ao terrorismo, o que decorre da lógica da guerra e do Direito Penal do Inimigo que se apropria dos sistemas penais internos. Esses fatores tornam a persecução penal ao terrorismo um campo de autoritarismo, arbítrio e violações de direitos.

Ao abordar o tratamento de terrorismo na Organização dos Estados Americanos, Salvador Herencia Carrasco cita diversos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecendo violação a direitos humanos no âmbito da persecução penal ao terrorismo em Estados latinoamericanos:

²⁶² FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 124.

“Caso *Loayza Tamayo*. La Corte IDH identificó las restricciones al derecho de defensa que una persona afrontaría por el fuero militar en un proceso referido al delito de traición a la patria en Perú.

Caso *Castillo Petrucci*. En este caso, el tratamiento hecho por las autoridades militares peruanas en la investigación, el procesamiento y la condena de ciudadanos de otro país por los delitos de traición a la patria y terrorismo era contrario a las garantías propias del derecho de defensa, tanto por la autoridad encargada de administrar justicia como por las limitaciones impuestas al abogado defensor.

Caso *Cantoral Benavides*. La Corte IDH determinó que el sometimiento de una persona a torturas con el fin de lograr una confesión (en este caso, de ser miembro de un grupo terrorista en el Perú) es contraria al derecho a la integridad personal y no es válida desde el derecho a un juicio justo.

Caso *Barrios Altos*. La Corte IDH determinó que las normas de amnistía, prescripción y excluyentes a la responsabilidad cuyo fin sea impedir la investigación de graves violaciones a los derechos humanos es contraria a la CADH y al derecho internacional de derechos humanos.

Caso *Myrna Mack*. La Corte IDH estableció el concepto de responsabilidad agravada del Estado por la práctica sistemática de sus agentes en las detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones forzadas perpetradas en Guatemala, realizadas en cumplimiento de ordenes del Ejecutivo.

Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*. La Corte determinó que la práctica de detención y desaparición de presuntos integrantes de grupos terroristas en el Perú se enmarcó en una práctica sistemática de violación a los derechos humanos, en la que se desconocieron las garantías de presunción de inocencia y derecho al juez natural.

Caso *Goiburú*. La Corte IDH determinó que el accionar del Estado de Paraguay en las violaciones sistemáticas a los derechos humanos perpetradas durante la Operación Cóndor constituyó terrorismo de Estado”²⁶³.

A falta de uma definição taxativa para o que se entende por terrorismo faz com que a classificação de determinados atos como terroristas ou não – ou seja, a decisão sobre que tipo de legislação será aplicada a cada caso, se a ordinária ou a de guerra – dependa de juízos políticos, e não jurídicos ou normativos. Segundo

²⁶³ CARRASCO, Salvador Herencia. El tratamiento del terrorismo en la Organización de los Estados Americanos y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 64 e 65.

Pablo Galain Palermo, “cuando nos referimos a terrorismo nos enfrentamos a um tema que trasciende los aspectos jurídico-penales, y que abarca lo criminológico, lo sociológico e incluso lo político”²⁶⁴.

O resultado disso é que as elementares típicas que justificariam a classificação de alguém como terrorista e, portanto, como inimigo, torna-se manipulável conforme objetivos ou humores políticos do Estado, como explica Palermo:

“La ausencia de una definición normativa internacional sobre terrorismo permite a los Estados nacionales ‘manipular’ el concepto de tal forma que abarca tanto disímiles conductas (según el criterio judicial de gravedad del daño, finalidad perseguida y medios empleados) como actores (identificados políticamente según la lógica binaria amigo-enemigo)”²⁶⁵.

Essa apontada manipulação política dos elementos que compõem o tipo penal de terrorismo acaba servindo de instrumento para, a pretexto de combater o terrorismo internacional, Estados implementarem perseguições autoritárias e antidemocráticas a adversários políticos. Essa prática é principalmente observada em países da América Latina, com herança autoritária oriunda das ditaduras militares, onde não há histórico de atentados terroristas, como na Europa.

Por exemplo Ramiro García Falconi, sobre a legislação terrorista no Equador, afirma que:

“no exista actualmente un grupo irregular que se encuentre actuando con acciones que puedan calificarse como terroristas, pese a lo cual se han iniciado una serie de procesos penales que han tenido como destinatarios fundamentalmente a líderes sociales, campesinos y estudiantiles. Las conductas que se han calificado como ‘terroristas’ se han desarrollado en el contexto de protestas sociales, especialmente en lo referente a la oposición de sectores de la población a la extracción minera maderera o petrolera”²⁶⁶.

²⁶⁴ PALERMO, Pablo Galain. Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p.279.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ FALCONI, Ramiro Garcia. Informe sobre la aplicación del concepto de terrorismo en el Ecuador. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 327.

Alejandro Aponte Cardona, por sua vez, afirma que:

“De la misma forma que ocurre en diversos países (...), también en el caso colombiano el terrorismo, o la supuesta o real lucha contra el terrorismo, ha sido utilizado en la práctica como um mecanismo de persecución de enemigos políticos a través del derecho penal. En este caso, de un derecho penal de enemigo aplicado a los máximos enemigos, a los terroristas. O, peor aún, a contradictores políticos o sociales a quienes se tilda de enemigos y de terroristas. De la misma forma, también en el caso colombiano la legislación antiterrorista há sido utilizada para prohiar un tratamiento indiferenciado a problemas políticos, econômicos y sociales que no pasan por el derecho penal; por exemplo, para contrarrestar la protesta social o para ahondar la crisis de la respuesta penal frente a fenômenos de narcotráfico”²⁶⁷.

A manipulação do conceito de terrorismo por parte dos poderes constituídos para criminalizar movimentos e lideranças populares decorre, principalmente, do fato de que tal conceito é indissociável de uma valoração política sobre atos. Isso pode ser percebido dos próprios critérios que a doutrina internacional aceita como ponto de partida da busca pela definição do que é terrorismo.

Afinal, a despeito da impossibilidade de se tipificar de forma taxativa o delito de terrorismo, há elementos comuns aos conceitos propostos internacionalmente para o fenômeno²⁶⁸. Tais elementos indicam a inexistência de um tipo específico que pudesse capturar o conceito de terrorismo, mas uma forma de praticar outros crimes que pudesse ser terrorista.

Segundo esses elementos, seria terrorista a prática de crimes comuns que se qualificam por causar dano considerável a pessoas ou bens, pela criação real ou potencial de terror generalizado e por sua finalidade político social, sendo um ato praticado contra um regime político ou determinada ordem social²⁶⁹. Essa

²⁶⁷ CARDONA. Alejandro Aponte. Terrorismo y crímenes internacionales en Colombia. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 114.

²⁶⁸ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 12.

²⁶⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 12.

classificação proposta por Heleno Fragoso é até hoje seguida pela doutrina²⁷⁰ e é o que mais se aproxima de uma definição jurídica do crime de terrorismo.

Tais critérios, portanto, traduzem um elemento objetivo outros dois elementos subjetivos que poderiam compor um tipo penal de terrorismo. No aspecto objetivo, terrorismo pressupõe a prática de crimes comuns capazes de causar dano. Já o primeiro aspecto subjetivo traduz a busca pela criação de um estado de terror generalizado em determinada população. Por fim, o segundo aspecto subjetivo do tipo é a motivação político-social por trás do ato. Há, no entanto, diversas críticas a essa concepção de terrorismo através de tais elementos.

O primeiro dos três elementos (a prática de algum crime comum com grande potencialidade lesiva), portanto, refere-se a um critério objetivo de classificação do terrorismo. O ato terrorista deve possuir potencial lesivo capaz de criar estragos consideráveis ou perigo comum²⁷¹, ou, nas palavras de Zaffaroni, “crimes de destruição maciça e indiscriminada”²⁷².

Esse elemento objetivo de classificação do terrorismo acaba por condundi-lo, objetivamente, com a categoria de crimes de perigo comum, ou contra a incolumidade pública, tradicionalmente concebida com aquela que engloba as atividades capazes de colocar uma pluralidade de sujeitos ou bens à exposição de perigo²⁷³, ainda que o dano não se realize.

Esse é o primeiro ponto de crítica sobre essa tentativa de definição do terrorismo através de três elementos. Afinal, o que vai caracterizar o ato terrorista é a conduta externada. No entanto, essa conduta objetiva não possui grandes diferenças dogmáticas com os já tipificados crimes de perigo comum.

Portanto, não há qualquer novidade em se tipificar o terrorismo a partir de sua potencialidade lesiva. As leis penais comuns já proíbem e criminalizam tais condutas. De fato, qualquer ordenamento jurídico criminaliza, independentemente

²⁷⁰ Nesse sentido, BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006; e CALLEGARI, André Luiz, LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 115, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 195.

²⁷¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 7.

²⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 16.

²⁷³ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 18.

do terrorismo, condutas como provocar explosão, incêndios ou o seqüestro de aviões, e, lembra Zaffaroni, as penas para estes delitos não são benignas em nenhum código penal do mundo²⁷⁴. Questiona-se, portanto, a real necessidade de tipificar o terrorismo como outro tipo de delito de perigo comum praticado através de condutas que já são criminalizadas.

Por outro lado, diante da existência de outra categoria típica cuja característica, tal como o terrorismo, é a prática de atos que coloquem uma pluralidade de pessoas e bens jurídicos em posição de risco, ganham relevância as elementares subjetivas do terrorismo. Assim, o que vai diferenciar o crime de terrorismo de um ordinário crime de perigo comum, segundo a concepção doutrinária analisada, é a motivação por trás do delito cometido²⁷⁵.

Portanto, existindo leis de exceção contra o terrorismo e o direito penal do estado de direito democrático²⁷⁶, o único fator a justificar o uso da lei excepcional no lugar do Código Penal é o perfazimento de elementares subjetivas. Isso conduz à conclusão de que, na verdade, a conduta externada pouco importa para diferenciar o terrorismo do crime comum, sendo relevante apenas a intenção, ou seja, a aspiração moral por trás do crime. É preciso, portanto, analisar criticamente esses elementos subjetivos.

O segundo elemento constitutivo do terrorismo apontado pela doutrina – e o primeiro dos elementos subjetivos – é a intenção de, com o ato terrorista, criar situação de terror generalizado contra determinada população. É dessa característica que provém o *nomen iuris*²⁷⁷ “terrorismo”. Portanto, ao caracterizar-se como um ato que almeja incutir terror, o terrorismo manifesta-se como experiência discursiva e subjetiva²⁷⁸.

Por isso, Calegari e Linhares afirmam que o terrorismo não é apenas um crime comum, mas uma estratégia de comunicação. O que caracteriza um ato

²⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 185.

²⁷⁵ DIETER, Maurício Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 75, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 300.

²⁷⁶ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 20.

²⁷⁷ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 20.

²⁷⁸ CALLEGARI, André Luiz, LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 115, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 201.

terrorista não é o dano por ele causado, mas a mensagem que o autor do fato busca passar através do delito²⁷⁹. Portanto, só há êxito no terrorismo na medida em que a mensagem se espalha pela sociedade, provocando uma relação quase de que cumplicidade entre a mídia e o terrorismo²⁸⁰.

No entanto, o emprego da violência indiscriminada para incutir terror na população não é monopólio daqueles que se opõem ao Estado ou a determinado regime. Na verdade, Nilo Batista ensina que a tática de intimidação generalizada tem origem no terrorismo de Estado e no emprego terrorista do poder punitivo estatal²⁸¹. O próprio termo “*terrorismo*” a tática de controle através do terror provém da Revolução Francesa, em sua etapa de dominação Jacobina designada, justamente, como período do “Terror” (1793-1794)²⁸². Foi durante esse período que os Jacobinos, que exerciam o poder liderados por Robespierre, editaram na França a *lei dos suspeitos*, que considerava suspeitos aqueles que por seus comportamentos, por suas relações ou opiniões se mostrassem contrários aos ideais revolucionários²⁸³. Posteriormente, através de decreto de 10 de junho de 1794, a classe dos *suspeitos* foi substituída pela dos *inimigos do povo*²⁸⁴.

Em sua abordagem sobre a concepção do terrorismo, Nilo Batista narra, ainda, discurso de Robespierre sobre as virtudes do terror. Nesse discurso, Robespierre exalta o terror, pois o compreendia como um meio de implementação compulsória de práticas virtuosas. Na república, a política deveria ser conduzida aos cidadãos, os republicanos, através da razão. Às demais classes, porém, eram inimigas do povo e deveriam ser combatidas pelo terror²⁸⁵. O terror, portanto, era a

²⁷⁹ CALLEGARI, André Luiz, LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 115, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 201.

²⁸⁰ CALLEGARI, André Luiz, LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 115, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 201.

²⁸¹ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 21.

²⁸² BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 21.

²⁸³ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 22.

²⁸⁴ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 23.

²⁸⁵ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 23.

realização da justiça célere e inflexível, a “emanação da virtude”²⁸⁶, e deveria ser administrado pelas mãos de quem “odeia o crime”, preocupando-se menos com excessos do que com demonstrar fraqueza, devendo as ofensas ao povo encontrar a morte, pois “a incerteza da pena encoraja os culpados”²⁸⁷.

Esse tipo de perseguição penal contra os “inimigos da Revolução” era praticada por tribunais revolucionários, que julgavam os crimes políticos contra a Revolução.²⁸⁸ Nesse contexto, o terror era o meio empregado para se alcançar a justiça célere e inflexível através de procedimentos simples sem a efetivação do direito de defesa.²⁸⁹ Essa mentalidade, porém, logo contamina o sistema penal, levando o infrator a ser visto como inimigo e tornando o terror generalizado.²⁹⁰

Segundo Nilo Batista, a *lei dos suspeitos* é a primeira demonstração de que a função mais importante de um sistema penal não é a própria aplicação da pena, mas legitimar o poder de vigilância e de controle social. A referida lei demonstra, ainda, a seletividade penal através do binômio cidadão-suspeito ou amigo-inimigo²⁹¹.

Por outro lado, não há dúvidas de que esse tipo de administração do sistema penal opera através da intimidação generalizada e da violência, especialmente exercida contra comunidades estereotipadas. No Rio de Janeiro, por exemplo, há demonstrações diárias do terrorismo de Estado com as incursões da Polícia Militar nas favelas, as de execuções de jovens negros, considerados “suspeitos” ou “inimigos” por força dos estereótipos. Segundo descreve Nilo Batista:

“Carros blindados e batalhões de infantaria começam a se confrontar com as ilegalidades populares, no Haiti, nas favelas do Rio, na Palestina. No Rio, a polícia se encarregou de preparar o seu próprio blindado, o “Caveirão”, que avança, emitindo cânticos guerreiros estranhos (que falam do aprisionamento da alma dos

²⁸⁶ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 24.

²⁸⁷ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 24.

²⁸⁸ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 24.

²⁸⁹ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 26.

²⁹⁰ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 24.

²⁹¹ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 25.

“inimigos”), entre crianças, mulheres e velhos estupefatos, pelas vielas sujas do esgoto a céu aberto.”²⁹²

A tática terrorista, portanto, não é monopólio dos criminosos que se opõem ao Estado. Pelo contrário, é largamente – e até mais – empregada por criminosos através do próprio Estado. Isso ocorre não apenas no plano interno através das políticas de segurança pública e da administração do sistema penal, mas também no cenário internacional.

Maria Cristina Franco Ferraz, por exemplo, cita a invasão da Nicarágua por tropas militares e o financiamento do Estado turco em sua guerra étnica contra os curdos como alguns dos exemplos de atos que praticados pelos Estados Unidos da América que poderiam ser considerados terroristas. É importante ressaltar que os Estados Unidos ostentam condenação internacional pelo “uso ilegítimo de força” para fins políticos, sendo até hoje o primeiro e único país a rejeitar uma resolução do Conselho de Segurança da ONU e a declarar guerra violando o Direito Internacional²⁹³. Segundo Maria Cristina Franco Ferraz, o próprio estado de “guerra ao terror” impulsionado pelos EUA acarreta massacres, dissemina o medo provoca ganhos econômicos a sua indústria através da guerra²⁹⁴.

Portanto, a intimidação generalizada e a disseminação de terror como estratégia política são largamente adotados como política de Estado. A despeito disso, tais práticas não costumam ser caracterizadas como terrorismo. Na verdade, há seletividade sobre quais condutas acabam consideradas terroristas, restando o *terrorismo* uma etiqueta não atribuída aos que delinquem a partir do Estado, mas tão somente aos seus inimigos²⁹⁵.

Sobre essa seletividade, Maurício Dieter afirma que a definição de determinada conduta como terrorista ou não parte do próprio sujeito que a pratica. Ou seja, em lugar de se adotar uma definição taxativa sobre o que é terrorismo para verificar se a conduta analisada subsume-se a esse tipo, as agências penais e

²⁹² BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 28.

²⁹³ FERRAZ, Maria Cristina Franco. Terrorismo: “nós”, “o inimigo” e o “outro”. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 39.

²⁹⁴ FERRAZ, Maria Cristina Franco. Terrorismo: “nós”, “o inimigo” e o “outro”. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 43.

²⁹⁵ FERRAZ, Maria Cristina Franco. Terrorismo: “nós”, “o inimigo” e o “outro”. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 39.

mediáticas apenas identificam o inimigo político como terrorista para, a partir dele, classificar seus atos²⁹⁶. Por isso o terrorismo é um “não-conceito”, ou algo indefinido e, talvez, indefinível. Sua classificação e sua existência dependem da construção de estereótipos e de um inimigos construídos discursivamente²⁹⁷.

Por tanto, uma análise crítica sobre o segundo elemento doutrinariamente aceito para buscar definir o terrorismo – o intuito de causar terror indiscriminado – alcança a conclusão de que o mais imponente aparelho voltado para a criação de terror generalizado é o Estado e seu sistema penal²⁹⁸. Portanto, se essa fosse a definição do que é terrorismo, seria forçosa a conclusão de que não há organização terrorista mais imponente do que o próprio Estado e suas agências penais. Dessa forma, conclui-se que o elemento subjetivo abordado não é suficiente para definir satisfatoriamente o que é o terrorismo, abrindo caminhos para a seletividade penal através da criação de estereótipos e de discursos contra grupos determinados.

Analizadas os dois primeiros elementos que pretendem definir o terrorismo, portanto, chega-se à conclusão de que não oferecem critérios seguros para delimitar tal delito. Não é possível, a partir dessas duas premissas típicas, evitar a seletividade penal ou apontar com segurança quais práticas seriam terroristas e quais não seria.

Resta, portanto, o terceiro elemento, que pretende introduzir um novo aspecto subjetivo ao crime de terrorismo: a finalidade política ou social almejada com o ato terrorista. Tal elemento, sustenta Nilo Batista, é apontada no “terrorismo de contestação”, mas também se encontra, ainda que ideologicamente encoberta, no terrorismo de Estado²⁹⁹.

Falar em uma finalidade política ou social significa que por trás do ato terrorista há uma motivação especial, que é influenciar os rumos da política e da sociedade através da violência e da disseminação do medo³⁰⁰. Segundo esse entendimento, portanto, o ato terrorista não é direcionado às pessoas que

²⁹⁶ DIETER, Maurício Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 75, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 303.

²⁹⁷ DIETER, Maurício Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 75, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.

²⁹⁸ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 29.

²⁹⁹ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 29.

³⁰⁰ CALLEGARI, André Luiz, LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 115, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 207.

diretamente atingidas por ele, mas ao Estado e à sociedade, almejando-se, com isso, influenciar a política. Por isso, Heleno Fragoso compara o terrorismo como um crime de extorsão. A diferença, porém, é que enquanto na extorsão busca-se um ganho econômico através da violência ou grave ameaça, o terrorismo objetiva vantagens políticas forçando opiniões alheias³⁰¹.

Esse terceiro elemento que pretende definir o terrorismo evidencia sua natureza política. Segundo tal elemento, o terrorismo não é um crime contra bens jurídicos individuais ou mesmo difusos, mas ofende diretamente o Estado ou a sociedade como coletividade. Por isso, Heleno Fragoso o classifica como um crime contra a segurança do Estado, cuja natureza é de crime político³⁰². Daí a afirmação de que “pretender equiparar o terrorismo à criminalidade comum é desconhecer o seu sentido histórico e jurídico”³⁰³.

Aqui cabem algumas indagações acerca da legitimidade de se sancionar um tipo penal para punir mais severamente crimes políticos. Afinal, se as condutas objetivamente passíveis de serem definidas como terroristas já são tipificadas autonomamente como crimes, seria a motivação política do ato um argumento idôneo a justificar a aplicação do direito penal da exceção em detrimento daquele previsto para a normalidade do Estado democrático de direito? Ou ainda, a conduta de um sujeito que comete um crime em nome de sua ideologia é mais reprovável do que a de quem pratica o mesmo ato por sadismo?

Sobre esse aspecto do terrorismo, questiona-se a legitimidade da tipificação do terrorismo. Afinal, trata-se de conduta apenas através de legislação de exceção que em muito ultrapassa os limites liberais ao poder punitivo. Por outro lado, as condutas que objetivamente poderiam configurar o ato terrorista já são, há muito, criminalizadas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Portanto, o único fato que ensejaria a aplicação da legislação de exceção em detrimento do Código Penal é a ideologia por trás do ato.

³⁰¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 9.

³⁰² FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 125.

³⁰³ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 124.

A partir dessas reflexões, Nilo Batista rechaça a idéia de que o pensamento jurídico moderno é mais tolerante com o crime político³⁰⁴, afirmando que “a classe dominante tratará de pontualmente reprimir com dureza todo delito que tenha a pretensão inadmissível de alterar qualquer cláusula do ‘contrato social’”³⁰⁵. A repressão penal ao terrorismo seria o exemplo disso: um crime político construído de forma imprecisa que permite ao Estado extrapolar seus próprios limites e driblar o tratamento cauteloso ao delito político exigido pelo direito internacional³⁰⁶.

Por fim, ainda que se considerasse o chamado “terrorismo de contestação” como a única modalidade de tal delito, a criminalização da motivação política abre as portas para uma ilegítima persecução ideológica aos que se opõem às classes dominantes. Afinal, diante da precária definição do que é o terrorismo, sua tipificação autônoma possibilita a criminalização de qualquer ação política eventualmente violenta que, afirma Heleno Fragoso, conquanto condenável, pode perseguir fins valiosos, como no exemplo das lutas de libertação nacional³⁰⁷, ou mesmo nas resistências a ditaduras ilegítimas, como ocorreu no Brasil entre as décadas de 1960, 70 e 80.

Por outro lado, o terceiro elemento, que pretende definir o terrorismo a partir de uma motivação política, também não oferece critérios seguros para uma definição taxativa ou para diferenciar atos diversos. Até porque mesmo a ação violenta a partir do Estado, em âmbito doméstico ou internacional, possui finalidade política. O terrorismo de Estado praticado através das agências penais estatais possui seus objetivos de controle social e manutenção da ordem vigente através da violência e da intimidação generalizada, às vezes amparada pela lei, outras vezes, não. Há, portanto, finalidade política por trás desses atos, não se podendo atribuir um monopólio do terrorismo a movimentos de oposição.

Também a violência praticada no âmbito internacional, como agressões militares descoladas do Direito Internacional Público pelos Estados Unidos, têm suas finalidades políticas (tanto geopolíticas quanto na política interna do Estado).

³⁰⁴ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 29.

³⁰⁵ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 30.

³⁰⁶ BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. *Terrorismos*. São Paulo: EDUC, 2006. p. 31.

³⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Terrorismo e Criminalidade Política*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 124.

Não há, portanto, critério seguro que justifique a aplicação de um direito de exceção antiterrorista a uns, enquanto outros atos violentos são preservados.

Segundo Antonio Negri e Michael Hardt, o que poderia diferenciar juridicamente um ato violento terrorista de um não-terrorista seria a legitimidade da violência. E, uma das premissas da teoria política moderna é que o Estado detém o monopólio da violência legítima, sendo este um dos pilares de sua soberania. Fora do Estado, todas as formas de violência seriam, *a priori*, ilegítimas.³⁰⁸

O problema é que, especialmente a partir da segunda metade do Século XX, a idéia de que toda a violência estatal é legítima, enquanto a não-estatal seria ilegítima, passa a ser abandonada. Os estatutos jurídicos que legitimavam a violência estatal começam a ser modificados à medida em que proliferam tratados internacional sobre Direitos Humanos, restringindo o poder do Estado sobre indivíduos a partir do Direito Internacional. Agora, não se pode mais legitimar a violência interna ou a guerra apenas com fundamento na soberania do Estado-nação ou em suas leis internas sem questionamentos ou sanções da comunidade internacional. O que não significa, porém, que essa mudança resultou, de fato, em qualquer redução da violência estatal³⁰⁹.

A consequência da redução da capacidade do Estado de legitimar sua própria violência ante o cenário internacional explica a proliferação de acusações, por vezes contraditórias, de terrorismo. Logicamente, se toda violência ilegítima e terrorista; e se não se pode legitimar nenhuma violência, logo, toda violência será terrorista. No entanto, a legitimação da violência dependerá das definições aplicadas aos seus critérios, como o que faz de um governo ilegítimo, o que constitui uma violação de direitos humanos ou quais são as normas da guerra. Portanto, o impasse na definição de terrorismo decorre da dificuldade de traçar categorias que legitimem a violência que não dependam de uma avaliação subjetiva *a posteriori*.³¹⁰

Por outro lado, diante da impossibilidade de se legitimar a violência exclusivamente através do ordenamento jurídico, alguns autores buscam um fundamento apriorístico da violência estatal em noções de moralidade supralais.

³⁰⁸ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 49.

³⁰⁹ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 50.

³¹⁰ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 51.

A violência, assim, estaria legitimada nas hipóteses em que sua motivação fosse considerada justa³¹¹. Essa concepção, porém, peca por assumir um ponto de vista unitário que possa medir a moralidade e dizer o que é justo ou injusto. Logo, a noção de justiça só poderia legitimar a violência na medida em que se recusa em assumir posições e perspectivas diversas, o que ocorre em sociedades plurais³¹².

A violência política, portanto, não pode ser legitimada a partir de critérios apriorísticos, mas apenas *a posteriori*, conforme a motivação e os resultados da ação violenta são julgados a partir de uma estrutura de poder capaz de definir o que é justo ou injusto³¹³. Portanto, a legitimação da violência política não é uma questão de critérios, mas uma questão de poder. Qualquer violência capaz de sustentar ou manter a ordem vigente será legítima, enquanto a ação violenta que se opõe à ordem será ilegítima, ou terrorista³¹⁴.

Daí a afirmação de Heleno Fragoso de que “as razões pelas quais o rótulo ‘terrorista’ é aplicada num caso, e não no outro, parece terem pouco a ver com a natureza dos atos. Elas derivam dos interesses da reação oficial a tais atos”³¹⁵.

Essa “politização” do conceito de terrorismo leva José Luis Dalbora a comparar tal figura típica com os antigos crimes de *lesa majestad*, afirmando que

“*Delito de lesa majestad y terrorismo* comparten el pecado de la limitación, cuya natural consecuencia es la imposibilidad de reducirlos a una unidad conceptual jurídica, sin nombrar que la misma infinitud pone trabas irremontables incluso al afán de definirlos política, social o psicológicamente”³¹⁶.

A opção pela tipificação penal do terrorismo e pela adoção dessa política criminal de exceção, portanto, inexoravelmente esbarrará na impossibilidade de se definir o próprio objeto da persecução penal. Por outro lado, inevitavelmente será utilizada como forma de legitimar legalmente a violência ilimitada do Estado contra

³¹¹ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 51.

³¹² HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 52.

³¹³ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 55.

³¹⁴ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 58.

³¹⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 6.

³¹⁶ DALBORA, José Luis Guzmán. El terrorismo como delito común. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 407.

seus opositores e na repressão de causas populares. O que só tende a acirrar a violência. Afinal, como afirma Heleno Fragoso:

“O terrorismo surge no Estado violento. Na violência que representa a fome e a desnutrição; a miséria e condições sub-humanas de vida; o desemprego e o subemprego; a incapacidade de resolver os problemas sociais que impedem uma vida digna; a opressão política dos regimes ditatoriais. O Estado também recorre ao terrorismo. O terrorismo do Estado é incomparavelmente mais grave pelas responsabilidades que têm os regimes de países civilizados com um sistema de legalidade. O Estado que recorre ao terrorismo não tem autoridade moral para reprimir a violência da contestação política”³¹⁷.

Raúl Zaffaroni sustenta que o direito penal nada pode fazer para prevenir o terrorismo. As leis penais antiterroristas restringem garantias e liberdades individuais, operam na lógica do direito penal do inimigo e, ainda assim, não resultam em qualquer resposta adequada ao fenômeno do terrorismo que, por ser eminentemente político, merece ser tratado no campo da política, e não no do Direito Penal.³¹⁸

Fragoso, por sua vez, afirma que “a melhor prevenção do terrorismo é, sem dúvida alguma, a criação de uma ordem social mais justa e mais humana, que termine com a desigualdade escandalosa, a injustiça social e a opressão política, estabelecendo as bases de uma sociedade democrática de homens livres”³¹⁹.

O certo é que a política criminal antiterrorista atual cria novas formas de crimes políticos, ou a reedição de crimes *lesa majestade*. Indefiníveis senão a partir da lógica do que é útil ao poder constituído, os crimes de terrorismo legitimam uma persecução penal ilimitada do Estado aos seus inimigos. Essa formulação jurídica só tem sentido fora das garantias liberais e na lógica da guerra política, consistindo a política criminal antiterrorista, ela sim, em instrumento terrorista do Estado.

³¹⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981, p. 127.

³¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 185.

³¹⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981, p. 127.

5

Conclusão

A política criminal de combate ao terrorismo, globalmente implementada, vem ganhando cada vez mais relevância no cenário jurídico internacional. Contudo, seus contornos ainda não são claros e a falta de critérios objetivos que delimitem suas possibilidades e seu âmbito de atuação ensejam diversos problemas. Um deles é a possibilidade de se utilizar as leis penais antiterroristas para reprimir movimentos políticos legítimos.

No Capítulo 2, investigou-se o desenvolvimento dessa política criminal no âmbito da chamada guerra ao terrorismo. Conclui-se que a política criminal antiterrorista não tem lugar no Estado Democrático de Direito. Nele, o poder punitivo do Estado deve ser limitado por garantias individuais que impeçam o abuso de poder ou a restrição ilegítima das liberdades. A política criminal antiterrorista, porém, somente se legitima como uma medida de exceção decorrente de um estado de guerra, e opera suspendendo os limites do poder estatal no âmbito do direito penal, do processo penal e da execução penal a pretexto de neutralizar inimigos internos. No entanto, esse alegado estado de exceção protraí-se indefinidamente no tempo, e as garantias contra o uso ilegítimo do poder estatal ficam permanentemente suspensas.

No Capítulo 3, buscou-se aprofundar a crítica à política criminal de exceção desenvolvida no contexto da guerra ao terrorismo. Mais de que uma crítica liberal sobre a constitucionalidade ou a legitimidade desses estatutos penais em um estado democrático de direito, tratou-se de apurar suas relações com a disputa do poder político do Estado. Portanto, a partir da crítica marxista ao Estado e ao direito, bem como da criminologia crítica, examinou-se como o direito tende a ser instrumento de controle de classe nas sociedades capitalistas. O direito penal do inimigo, por sua vez, por meio da eleição do inimigo interno, é o instrumento através do qual as classes perigosas ou insubmissas ao poder constituído são neutralizadas no sistema penal. Portanto, o direito penal antiterrorista, como desenvolvimento do direito penal do inimigo no Século XXI, deve ser compreendido através dessa ótica de funcionalidade ao poder constituído.

No Capítulo 4, abordou-se as vias para a criminalização política a partir da própria tentativa de definição do que é terrorismo. Por um lado, a comunidade jurídica internacional vem há décadas tentando alcançar uma definição taxativa do que é terrorismo. O fracasso dessa empreitada, porém, aliado à insistência em adotar-se uma política criminal contra algo que sequer se consegue definir, repercute na elaboração de tipos penais abertos e na falta de delimitação da incidência do direito penal antiterrorista, o que ocorre no ordenamento brasileiro e de diversos outros países. Por outro lado, a literatura jurídica mostra que o que leva um determinado ato a ser definido como terrorismo não é a subsunção a critérios normativos objetivos, mas a valoração política sobre o ato em questão.

Portanto, terrorismo não é uma construção normativa, muito menos um tipo penal, mas uma qualificação a determinados atos a partir de uma perspectiva do poder constituído. Atos são considerados terroristas quando politicamente ilegítimos. Mas essa ilegitimidade não é verificada através de uma moralidade ou de critérios normativos, mas do que é funcional ao poder constituído.

Por isso, atos violentos contra o Estado são objeto da política criminal antiterrorista e, por isso, reprimidos. No entanto, a violência estatal, mesmo quando ilegal, disseminadora de terror, e politicamente motivada, não é considerada terrorismo para os fins da legislação penal.

Esses elementos da tipificação do terrorismo explicam como, ao longo da história, essa figura serviu, e pode continuar servindo, para criminalizar movimentos políticos que se opõem ao poder estatal. Foi assim na América Latina com a doutrina da segurança nacional. Isso explica, também, como pessoas, como Nelson Mandela, e movimentos antirracistas, de libertação nacional, ou pelas liberdades civis puderam, em um primeiro momento, ser considerados terroristas para, mais tarde, tornarem-se símbolos dos direitos e das liberdades. Seus atos não mudaram, mas a valoração da legitimidade política deles a partir do poder constituído, sim.

Conclui-se, portanto, que a política criminal antiterrorista contemporânea tem por natureza a criminalização política. Alardeando uma emergência global, porém, essa política criminal opera fora dos limites do Estado Democrático de Direito, despindo-se de quaisquer amarras que pudessem conter ou limitar o poder punitivo estatal.

Como medida de exceção, a política criminal antiterrorista vale-se da violência estatal ilimitada para perseguir delitos ou delinquentes que, em última análise, não podem ser definidos senão como opositores políticos do poder constituído. Cria, portanto, formas contemporâneas de crime *lesa majestade* e escancara as portas para a violência estatal e para a ilegítima criminalização política. A contemporânea política criminal de combate ao terrorismo, paradoxalmente, institui-se como ferramenta capaz de promover o terrorismo de estado.

6**Bibliografia**

1. AMBOS, Kai e TIMMERMANN, Anina. Terrorismo y derecho penal internacional. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p.23-48.
2. ANITUA, Gabriel Ignacio. As leis penais antiterroristas, contra o “mal” ou do “inimigo”. In PEDRINHA, Roberta Dubos; FERNANDES, Márcia Adriana (Org.). Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 429 - 442.
3. ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan. 2008.
4. BAKER, Eduardo, DAMÁZIO, Natália. A segurança nacional e o estilingue. In CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe (Org.). Amanhã vai ser maior: o levante da multidão no ano que não terminou. São Paulo: Annablume, 2014. p. 87 – 96.
5. BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
6. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

7. BATISTA, Nilo. Reflexões sobre terrorismos. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete. Terrorismos. São Paulo: EDUC, 2006.
8. BATISTA, Vera Malaguti. Díficeis ganhos fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
9. BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é mais complexo. In BATISTA, Vera Malaguti (Org.). Paz Armada. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
10. BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
11. CALLEGARI, André Luiz, LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 115, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
12. CARDONA. Alejandro Aponte. Terrorismo y crímenes internacionales en Colombia. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 113-146.
13. CARRASCO, Salvador Herencia. El tratamiento del terrorismo en la Organización de los Estados Americanos y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 49-88.
14. CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

15. CASTELLAR, João Carlos. Estado de exceção e Direito Penal do Inimigo. Discursos Sediciosos. Ano 19, números 21/22. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
16. CHÂTELET, François et. al. História das Idéias Políticas. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.
17. CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 83, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. p. 93 – 119.
18. CONDE, Francisco Muñoz. El derecho en la guerra contra el terrorismo: El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno. In GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 451 – 472.
19. CORIA, Dino Carlos Caro. La relación entre terrorismo, crímenes contra la humanidad y violaciones al derecho internacional humanitário. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 147-182.
20. COSTA, Renata de Almeida da, SOARES, Alexandre Fleck, SCHWARTZ, Germano. As respostas do direito e da política às jornadas de junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na Cidade de Porto Alegre. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 115, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 291 – 310.

21. DAL RI JÚNIOR, Arno. O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
22. DALBORA, José Luis Guzmán. El terrorismo como delito común. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 401-438.
23. DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017.
24. DIETER, Maurício Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 75, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
25. DUHALDE, Eduardo Luis. El Estado Terrorista argentino. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue, 2013.
26. FALCONI, Ramiro Garcia. Informe sobre la aplicación del concepto de terrorismo en el Ecuador. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p. 319-330.
27. FERNANDES, Antonio Scarence. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 3, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 83 – 99.

28. FERNÁNDEZ, Felix Vacas. El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales par alas personas. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
29. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
30. FERRAZ, Maria Cristina Franco. Terrorismo: “nós”, “o inimigo” e o “outro”. In PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Org.). Terrorismos. São Paulo: EDUC, 2006. p. 37 – 56.
31. FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 39ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2011.
32. FRAGOSO, Heleno Claudio. Terrorismo e Criminalidade Política. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.
33. GARCIA SAN PEDRO, José. Análisis jurídico del terrorismo. In MOREIRA, Adriano (org). Terrorismo. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 331-366.
34. GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos e Políticos do Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
35. GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 56, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 80 – 112.

36. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Bem-estar comum; tradução de Clóvis Marques. 1ª ed. Rio de Janeiro, Record, 2016.

37. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Multidão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

38. HOBBSBAWM, Eric J. Aspectos Políticos da Transição do Capitalismo ao Socialismo. In HOBBSBAWM, Eric J. et. al. História do Marxismo. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Nemésio Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. P. 301 – 342.

39. INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Comissão Permanente de Direito Penal. Parecer 14/2014. Relator: Ricardo Pieri Nunes, 20 mai. 2014. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/pareceres/porcomissao/comissao-de-direito-penal/14-2014>.

40. INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Comissão Permanente de Direito Penal. Parecer 33/2015. Relator: Fernando Máximo de Almeida Pizarro Drummond, 19 ago. 2015. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/mais/sessao-plenaria/pareceres-iab/pareceres2015/33-2015>.

41. JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 19 – 47.

42. JAKOBS, Günther. Terroristas como Pessoas de Direito?. In JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções críticas (org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 49 – 68.
43. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Tribunal Penal Internacional: A Internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
44. LEANDRO, Garcia. Uma visão militar sobre o terrorismo. In MOREIRA, Adriano (org). Terrorismo. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 367-418.
45. LENINE, V. I. O Estado e a Revolução. In Obras Escolhidas, Volume 2. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1980.
46. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Nacionalsocialismo e antigarantismo penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
47. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípios políticos do direito penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
48. MARX, Karl. Os Despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. São Paulo: Boitempo, 2017.

49. MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
50. NEGRI, Antonio e HARDT, Michael. “Campo”. Lugar Comum, número 7, janeiro-abril 1999, p. 69-72.
51. NEGRI, Antonio. Cinco lições sobre Império. Rio de Janeiro:DP&A, 2003.
52. NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 156 – 178.
53. OLMO, Rosa del. A face oculta da droga. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
54. PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria Geral do direito e marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.
55. PALERMO, Pablo Galain. Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay. In AMBOS, Kai et al (org). Terrorismo y derecho penal. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2015. p.277-318.
56. PILATTI, Adriano. O ano das maravilhas e dos pesadelos. In CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe. Amanhã vai ser maior: o levante da multidão no ano que não terminou. São Paulo: Annablume, 2014. p. 51 – 64.

57. PRADO, Geraldo, et al. Aspectos contemporâneos da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 112, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 245 – 262.
58. PRADO, Geraldo. O ódio irracional às garantias do processo, o julgamento de Salem e os familiares na “Santa Inquisição nas Minas”. In PRADO, Geraldo. *Estudos Jurídicos*. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 249 – 257.
59. PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 47, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 31 – 45.
60. SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 6ª ed. Belmont, EUA: Thomson Wadsworth, 2005.
61. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 4ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
62. SCHÜNEMANN, Bernd. Direito Penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso. In Schüneman, Bernd. *Direito Penal, Racionalidade de Dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional* (org.: Adriano Teixeira). São Paulo: Marcial Pons, . p. 21-64.

63. SHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito (org.: Luís Greco). São Paulo: Marcial Pons, 2013.
64. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
65. SULOCKI, Victoria – Amália de Barros Carvalho Gozdawa. Museu de Novidades: Discursos da Ideologia da Defesa Social nas Decisões Judiciais neste início de Século XXI. Rio de Janeiro. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito da PUC-Rio.
66. TANGERINO, Davi de Paiva Costa, et al. O direito penal na “luta contra o terrorismo”: delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais – caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-RS, volume 4, número 1, 2012. p. 1 – 21. Disponível eletronicamente em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fzva/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/11286>.
67. TAVAREZ, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
68. TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina: modelos liberal y de seguridad nacional. 1ª ed. Avellaneda: Undav Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Punto de Encuentro, 2017.
69. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

70. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e terrorismo: o “progresso ao retrocesso”. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.
71. WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal – Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Org: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
72. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, et al. Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011
73. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Apontamentos acerca do inimigo no direito penal. In PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana. Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 377 – 386.
74. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Crímenes de masa. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.
75. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.