

O DIREITO PENAL NA “LUTA CONTRA O TERRORISMO”

Prof. Doutor Fabio Roberto D’Avila, PUCRS, Brasil.
Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS
(fabio.davila@puccrs.br)

“Há quem tenha medo que o medo acabe”.
Mia Couto

Sumário: 1. Notas introdutórias. Legitimidade *versus* eficiência; 2. Segurança e liberdade no Estado Democrático de Direito; 3. O problema da excessiva antecipação da tutela penal no combate ao terror. Considerações críticas sobre a criminalização dos atos preparatórios sob a perspectiva do direito penal brasileiro; 3.1. A constitucionalização do direito penal brasileiro e a busca pela afirmação dos direitos e garantias fundamentais; 3.2 O ilícito penal no direito brasileiro e a sua incompatibilidade com a tendência de criminalização de atos preparatórios na legislação europeia antiterror; 4. O conceito de infração terrorista.

1. Notas introdutórias. Legitimidade *versus* eficiência

A utilização do direito penal no âmbito da denominada “luta contra o terrorismo” – expressão recorrente na grande mídia e em inúmeros documentos internacionais – tem colocado dois problemas de fundamental relevo, ainda não suficientemente tratados pela dogmática jurídico-penal. O primeiro diz respeito à capacidade do direito penal em servir como instrumento hábil para a prevenção e repressão do terrorismo; o segundo, aos limites de legitimidade do direito penal no atendimento a tais objetivos.

Muito embora o primeiro questionamento acabe por condicionar o segundo, na medida em que uma resposta negativa retiraria a utilidade da segunda interrogação, uma análise mais atenta permite perceber que, em verdade, a segunda questão deve necessariamente anteceder à primeira. Para que se possa refletir sobre a capacidade de rendimento do direito penal enquanto instrumento de controle social é preciso saber, antes disso, quais são os limites desse “instrumento”. Apenas à luz desse conhecimento, apenas à luz dos limites do “instrumento de controle” de que se dispõe, é que se torna possível questionar acerca da sua capacidade em atender a um determinado fim.

Em um Estado Democrático de Direito, é inadmissível que o direito penal tenha os seus limites manipulados de modo a atender sempre positivamente à primeira questão. Não se pode aceitar que o direito penal seja moldado ao bel prazer dos critérios de utilidade e de eficiência, de modo a ser sempre aquilo que, em um dado contexto, convém ao Estado. Pelo contrário. Em um Estado Democrático de Direito, a questão da legitimidade do direito penal – e, portanto, do seu limite enquanto instrumento de controle social – deve anteceder à reflexão acerca da sua eficiência para a obtenção de um determinado objetivo estatal. Apenas quando o uso do direito

penal é legítimo é que se deve considerar sua utilidade. E, por certo, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, este juízo de legitimidade só pode ser alcançado mediante a rigorosa consideração dos seus fundamentos e princípios reitores, à luz dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Logo, ao juízo de capacidade do direito penal em prevenir e reprimir o terrorismo deve preceder um juízo acerca dos seus limites de legitimidade, de modo a informar ao Estado até onde pode ir (legitimamente) o direito penal na prevenção e repressão de atos terroristas. E é desta precisa reflexão, considerada à luz da tradição penal brasileira, que vão tratar as linhas que seguem.

2. Segurança e liberdade no Estado Democrático de Direito

A denominada “guerra contra o terrorismo” tem sido responsável por levar a já antiga tensão entre *segurança e liberdade* ao seu limite mais extremo. A dimensão dos atos terroristas vivenciados neste século e o medo da sua repetição têm se convertido em argumentos decisivos em prol da adoção – muitas vezes, a qualquer custo – de medidas de segurança. E isso a tal ponto que, por vezes, parece não haver qualquer limite jurídico possível, quando do outro lado está o forte argumento da eficiência no combate ao terror. Noções e princípios fundamentais de direito penal, até pouco tempo inquestionáveis, são relativizados ou simplesmente afastados. O terrorismo converte-se em uma espécie de argumento mágico. Embora isso, como se sabe, na história do direito penal, não seja algo novo.

A história recente da América Latina recorda-nos a experiência peruana de combate ao terrorismo dos anos 90, quando foi instaurado, nas palavras de César Landa, em alusão à categoria desenvolvida por Günther Jakobs, um verdadeiro “direito penal do inimigo” (*Feindstrafrecht*), a partir da “ideologia da segurança do Estado”¹. Os princípios constitucionais foram instrumentalizados ao máximo, reduzindo o direito penal a uma função de repressão e controle social². Direitos fundamentais foram eliminados e/ou subordinados à finalidade de segurança do Estado, por meio de julgamentos de conveniência em Tribunais militares, por meio da utilização de tipos penais demasiadamente abertos – em especial, na incriminação da apologia ao terrorismo – ou ainda através da ampla violação do devido processo legal³. O direito a *habeas corpus* foi simplesmente suprimido. Seguiram-se julgamentos militares por juízes sem rosto (não identificados), a violação da presunção de inocência (prisão obrigatória em acusações de terrorismo), a violação do direito de defesa (advogados só poderiam intervir a partir do momento em que o acusado prestasse seu depoimento policial) e a imposição da incomunicabilidade do réu, quando conveniente à investigação, entre tantas outras medidas de caráter acintosamente autoritário. Medidas que, a partir do ano 2000, com o início da reestruturação da democracia no Peru, deram origem a inúmeras ações perante a jurisdição daquele país e junto à

¹ LANDA, C. Estado constitucional y terrorismo en el Perú, in: Muñoz Conde, F.; Losano, M.G., El derecho ante la globalización y el terrorismo. “Cedant arma togae”, Actas del Colóquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003, Valencia: Tirant lo blanch, Alexander von Humboldt Stiftung, 2004, p.431.

² LANDA, C. Estado constitucional y terrorismo en el Perú, p.432.

³ LANDA, C. Estado constitucional y terrorismo en el Perú, p.432.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, culminando, em 2002, em uma ação de inconstitucionalidade contra a referida legislação penal antiterrorista (Decretos-Leis n.25475, 25659, 25708, e 25880), promovida por mais de cinco mil cidadãos⁴.

Recorda-nos também, dentre tantos outros exemplos similares ocorridos no Cone Sul⁵, as mais de duas décadas de ditadura militar no Brasil (1964-1985) em que, em prol da ordem e da segurança nacional, foram amplamente suprimidos direitos e garantias fundamentais. A perseguição de ativistas de esquerda, opositores do sistema, era usualmente legitimada pelo argumento da proteção do Estado contra os “inimigos internos”, também denominados de subversivos, e suas atividades “terroristas”. Inúmeras pessoas foram presas e torturadas, outras simplesmente desapareceram. E, por ironia da história, alguns desses ativistas, então “inimigos internos”, encontram-se hoje, após a redemocratização, fortemente inseridos no quadro político do país⁶.

Tais experiências têm em comum o contexto político não democrático no qual ocorreram e que, em certa medida, pode ser trazido como argumento para justificar as violações cometidas contra os direitos do homem em prol da “segurança pública”, por meio da intensa instrumentalização do sistema repressivo. Afinal, diferente do que ocorre em regimes democráticos, em regimes autoritários não se pode obviamente esperar um sistema penal democraticamente conformado. Em verdade, o sistema e os órgãos de persecução penal, na posição de braço armado do Estado, mostraram-se sempre como o mais saliente índice do autoritarismo estatal, a expressar, de modo muito particular, o Modelo de Estado vigente.

Todavia, os anos que se seguiram aos atentados de 11 de setembro demonstram que o problema é mais profundo, e que o argumento da segurança, em situações extremas, pode sim resultar em fortes violações aos direitos humanos mesmo em países formalmente reconhecidos como democráticos. Disso, aliás, é exemplo suficiente a experiência recente dos EUA.

Conforme relata Chevigny, Professor da Universidade de New York, os ataques terroristas de 11 de setembro deram origem a uma forte política de repressão dentro e fora do território dos Estados Unidos. “Medidas como invasões à privacidade, aumento da vigilância política, interferência no trabalho dos advogados, importunação de

⁴ LANDA, C. Estado constitucional y terrorismo en el Perú, p.433 ss.

⁵ E não só, evidentemente. A manipulação política do termo terrorismo, bem observa Jorge García, fez com que “os mais cruéis regimes ditatoriais” se valessem desse preciso argumento para buscar a sua justificação (GARCÍA *apud* SLOKAR, Alejandro. Derecho penal y terrorismo. In: Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad, Simposio Argentino-Alemán, org. por Albrecht, Sieber, Simon, Schwarz, Buenos Aires: Del Puerto, p.423).

⁶ Dinâmica igualmente assinalada por Paulo Ferreira da Cunha: “Michael Collins, o herói célebre do filme homónimo de Neil Jordan, 1996, e talvez mesmo Eadmond de Valera, na Irlanda, Jomo Kenyatta no Quênia, Nelson Mandela na África do Sul, Ahmed Ben Bella na Argélia, Menahem Begin em Israel, Anouar El-Sadate, no Egipto, Agostinho Neto em Angola, Samora Machel em Moçambique, Yasser Arafat, na Palestina, não foram todos qualificados como terroristas? E não ascenderam aos mais altos cargos, dignidades e prestígios e reconhecimentos públicos, nacionais e internacionais, depois que suas acções atingiram os seus objectivos, designadamente independentistas ou afins?” (CUNHA, Paulo Ferreira da. Do terrorismo. Reflexões jurídico-políticas. Direitos fundamentais e Justiça, n.8, Jul/Set 2009, p.67).

pessoas por causa de suas conexões árabes ou islâmicas, segredos governamentais e detenções sem recursos para fins de interrogatórios ilimitados são práticas inquietantes adotadas tanto no território dos Estados Unidos como em Guantanamo Bay”⁷. E, embora não se possa equiparar às medidas de repressão adotadas pelos Estados sul-americanos ao longo das ditaduras militares, observa Chevigny que “algumas das medidas legais” são “picantemente familiares”⁸. Para tanto, basta considerar a prisão de centenas de pessoas por longos períodos, sem que se conheça sequer os seus nomes, bem como a colocação dos suspeitos sob custódia militar, de modo a retirar-lhes o direito a *habeas corpus* e submetê-los a interrogatórios ilimitados. Salienta ainda Chevigny a “familiaridade” da reposta de algumas Cortes: “Em alguns casos, os juízes rejeitaram as medidas repressivas do governo. Mas na maioria deles, os juízes fazem o possível para aprovar as medidas do governo, até mesmo quando, privadamente, delas discordem. Eles hesitam em interferir com os atos do Executivo porque temem que suas ordens sejam desobedecidas. Eles não vêem razões para enfraquecer sua legitimização expedindo ordens que sabem serão descumpridas em nome da guerra contra o terror”⁹.

Essas práticas, por outro lado, e lamentavelmente, não estão desprovidas de uma possível base teórica. O superlativo neste âmbito é sem dúvida a já conhecida teoria do direito penal do inimigo de Jakobs.¹⁰ Embora não esteja só. Outras conhecidas propostas de cisão do direito penal em dois – um dotado de garantias processuais e materiais e outro no qual essas garantias são reduzidas ou suprimidas – poderiam também ser aqui lembradas.¹¹ Mas não é certamente a sua recorrência o que preocupa. O fato é que modelos teóricos desta natureza sempre consistiram em expressões marcantes de regimes altamente autoritários. E é aqui, neste preciso ponto, que está o maior problema.

Se é bem verdade que não se pode colocar em dúvida a legitimidade da intervenção penal na luta contra o terror, a história recente demonstra que é preciso se preocupar não só com o conceito de terrorismo, mas também, e principalmente, com a forma e os meios utilizados para o seu controle, prevenção e repressão. E que a simples adoção de um Modelo Democrático de Estado longe está de ser suficiente para afastar os riscos de abusos e de violações aos direitos humanos.

A dimensão de validade das leis penais não é, e não pode ser, limitada a uma questão de opção em um Estado de Direito. E o perigo que o terrorismo representa ao cidadão pode não ser maior do que o perigo que representa um direito penal autoritário construído para combatê-lo. Não se pode defender o Estado de Direito com

⁷ CHEVIGNY, P. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 47 (2004), p.386.

⁸ CHEVIGNY, P. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro, p.388.

⁹ CHEVIGNY, P. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro, p.388.

¹⁰ JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, org. por Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt, München : Beck, 2000, p.47 ss.; JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid : Civitas, 2003, passim.

¹¹ Ver MUÑOZ CONDE, Francisco. O nuevo Derecho penal autoritario. In: El Derecho ante la globalización y el terrorismo, org. por Mario Losano e Muñoz Conde, Valencia : Tirant lo blanch, 2004, p.171 s..

o custo da bancarrota dos institutos democráticos que o sustentam. De modo que, se se deseja a contribuição do direito penal no controle do terrorismo, deve-se aceitar os seus limites democráticos e, assim, já de antemão, uma atuação aquém daquela que lhe seria esperada, a partir de um puro critério de eficiência.

Nessa medida, parece-nos indispensável um voltar de olhos não apenas aos limites formais do direito penal – como, *v.g.*, a relação entre o princípio da legalidade estrita e o conceito de ato terrorista –, que, por sua natureza, enfrentam menos problemas para o seu reconhecimento, mas, sobretudo, aos seus limites materiais. Embora dotados de maior complexidade e, por consequência, dificuldade de afirmação em âmbito internacional, os princípios penais de natureza material, como o *nullum crimen sine iniuria*, os princípios da fragmentariedade e *ultima ratio*, entre outros, devem ao menos servir de importantes referenciais político-criminais, a facilitar, inclusive, a própria assimilação dos acordos internacionais pelos respectivos países.

Em um tal horizonte compreensivo, e levando em consideração aqui exclusivamente o direito penal material, é possível identificar não só dificuldades na definição jurídico-penal de terrorismo, como também uma tendência particularmente perigosa de “pancriminalização”, no que diz respeito aos atos que cercam o núcleo da criminalidade no âmbito do terror, *i.e.*, o ato terrorista propriamente dito. E que, como se verá, sob a perspectiva do direito penal brasileiro, embora não só, é fortemente criticável, tanto em termos teóricos, como em termos práticos.

Contudo, tendo em vista a necessidade de delimitação do problema, optamos por restringir as considerações que seguem a uma única questão, ao problema da tendência de ampla punibilidade dos atos preparatórios na legislação europeia de combate ao terrorismo e a sua incompatibilidade com o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos e com os princípios penais da fragmentariedade e *ultima ratio*, valendo-nos, para tanto, em primeiro plano, da legislação penal brasileira e do seu respectivo momento político.

3. O problema da excessiva antecipação da tutela penal no combate ao terror. Considerações críticas sobre a criminalização dos atos preparatórios sob a perspectiva do direito penal brasileiro

3.1. A constitucionalização do direito penal brasileiro e a busca pela afirmação dos direitos e garantias fundamentais

A Constituição Federal brasileira de 1988, promulgada após um longo período de ditadura militar (1964 – 1984), marca profundamente o processo de abertura política e redemocratização do país, inaugurando um novo *ethos* político-ideológico e, assim, um novo Modelo de Estado. Por meio dela, o Brasil assume-se como um Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem; um Estado compromissado em construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Este novo quadro de princípios e valores, estruturante do processo de redemocratização do Estado Brasileiro, torna-se, por sua vez, o referencial de validade

da legislação penal e da sua interpretação. A legislação penal infraconstitucional passa a ser interpretada a partir dos novos parâmetros axiológicos, impulsionando o desenvolvimento de uma hermenêutica crítica conforme a constituição e de uma doutrina igualmente crítica e compromissada em consolidar os novos referenciais constitucionais.

Esse particular contexto jurídico-político acabou por fomentar o desenvolvimento de uma doutrina penal voltada à afirmação e à maximização dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente previstos, e a sua muitas vezes difícil compatibilização com outros interesses estatais. Não é exagero dizer que, nos anos que se seguiram, houve uma verdadeira *renaissance* do interesse doutrinário e acadêmico por temas clássicos do direito penal, associados à dimensão de validade lei penal, como a complexa questão do seu fundamento e a força normativa dos seus princípios reitores, em clara oposição a orientações formalistas, típicas de Estados autoritários. Percebe-se o resgate e o aprimoramento de temas tradicionalmente presentes no direito penal brasileiro, agora, porém, redimensionados em importância e dotados de nova força normativa, em decorrência do contexto jurídico estabelecido pela Constituição de 1988.

As consequências jurídicas dessa forte aproximação entre direito penal e Constituição são inúmeras. Mas, naquilo que aqui nos interessa, está, de forma muito especial, a concepção brasileira de ilícito penal estabelecida a partir do *resultado jurídico*, isto é, a partir da *ofensa a bens jurídico-penais*, e os pontos de conflito entre essa concepção e as amplas medidas legislativas de prevenção do terrorismo.

3.2 O ilícito penal no direito brasileiro e a sua incompatibilidade com a tendência de criminalização de atos preparatórios na legislação europeia antiterror. Breves considerações sobre os ganhos de um direito penal mais restrito

A função do direito penal consiste na tutela subsidiária de bens jurídico-penais. Esta assertiva, decorrente da conhecida doutrina alemã denominada de “teoria do bem jurídico” (*Rechtsgutstheorie*) e tida por muitos como um dos mais importantes legados do iluminismo penal, é hoje amplamente aceita no direito penal brasileiro¹². Não se trata, por certo, de algo novo na doutrina nacional, mas sim de uma compreensão que, nos últimos anos, a partir da aproximação entre constituição e direito penal, tem sofrido um profundo processo de renovação e aprimoramento, no qual se destaca o seu reconhecimento como garantia constitucional, por parte da doutrina e da jurisprudência nacional. A partir dessa concepção, o ilícito penal encontra legitimidade material apenas quando fundado na tutela de um bem jurídico-penal.

¹² Ver, v.g., BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte geral, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.36; e DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte geral. 3. ed., São Paulo: RT, 2010, p.67, o qual abre o seu “Curso de Direito Penal” com a assertiva de que “a missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade”, acrescentando que lhe compete “definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição e demais leis”.

Em decorrência do Modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988 e em assumida oposição a concepções autoritárias de crime, defende-se que o ilícito penal não se legitima a partir de funções meramente simbólicas ou pedagógicas, e, menos ainda, a partir da simples “*violação do dever*” (*Pflichtverletzung*) ou da *simples desobediência*, como, aliás, era proposto no período do Nacional-socialismo, pela denominada Escola de Kiel (*Kieler Schule*)¹³. E também não a partir da simples vontade criminosa, na linha de um direito penal da vontade ou de inclinação (*Gesinnungs-Willensstrafrecht*), ou ainda de compreensões puramente formais como aquelas propostas por autores contemporâneos como Lesch¹⁴ e Koriath¹⁵. O ilícito penal deve ser, isso sim, o resultado do processo de reconhecimento de uma realidade pré-jurídica, consistente na grave ofensa a valores fundamentais da comunidade, em harmonia com o quadro axiológico da Constituição.

Essa concepção de ilícito penal, quando associada à denominada *teoria do crime como ofensa culpável a um bem jurídico*, amplamente desenvolvida pela doutrina italiana (*il reato come offesa colpevole a un bene giuridico*),¹⁶ passa a exigir, para o reconhecimento do ilícito penal, a verificação da existência de ofensividade no caso concreto, ou seja, da existência de uma efetiva ofensa ao bem jurídico, entendida como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Não há crime (constitucionalmente legítimo) sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.¹⁷

Isso não significa, obviamente, que o ilícito penal seja constituído exclusivamente pelo desvalor de resultado, mas apenas que o resultado jurídico é a pedra angular sobre a qual o ilícito é constituído. O desvalor da ação, composto pela vontade criminosa e pela forma de realização do crime, embora igualmente indispensável, constitui apenas um segundo momento de análise, o qual pressupõe a existência de desvalor de resultado. Não se admite, portanto, nessa concepção, um ilícito penal fundado exclusivamente na intenção criminosa do autor. A mera vontade de cometer um crime, desprovida de qualquer perigo ao bem jurídico, está fora do âmbito da ilicitude penal, podendo ser regulada, todavia, por outros instrumentos jurídicos, como o direito administrativo sancionador, atendendo assim a outros

¹³ Ver SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal e engenharia genética humana. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais, São Paulo : RT, 2004, p.94 ss.; GÜNTHER, Klaus. “Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein “Paradigmawechsel” im Strafrecht?” In: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, p.452 ss.; COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento e acordo em direito penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p.68 s. nota 86; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, Corso di diritto penale, vol.1, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 2001, p.438 ss.

¹⁴ LESCH, Heiko. Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, München: Carl Heymanns, 1999, p.204. Criticamente, ver SILVA DIAS, Augusto. O retorno ao sincretismo dogmático: Uma revisão a Heiko Lesch, der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision, Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 11 (2001), p. 323 ss..

¹⁵ KORIATH, Heinz. Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p.312.

¹⁶ Ver, por todos, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Corso di diritto penale, vol.1, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 2001, p.449 ss. e 525 ss.

¹⁷ Para maiores detalhes, ver o nosso Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, *Stvdia Ivridica*, Coimbra: Coimbra Ed., 2006; e, mais recentemente, *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoira do crime como ofensa a bens jurídicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

princípios fundamentais, como os princípios da fragmentariedade e da *ultima ratio*, profundamente imbricados com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídico-penais.

Não se desconhece, por outro lado, os problemas que esta compreensão da ilicitude penal enfrenta no âmbito de determinadas técnicas de tutela, como, aliás, bem ilustra os crimes de perigo abstrato, tradicionalmente concebidos como tipos de perigo presumido. Contudo, o já grande número de teorias desenvolvidas em torno da questão indica a possibilidade de contornar o problema por meio de uma recuperação hermenêutica do ilícito-típico, o que, por sua vez, resolveria o déficit de ofensividade.¹⁸ O problema é que, para outras intervenções legislativas, o desacerto é tamanho que não há solução hermenêutica possível. E esse é o preciso caso da punibilidade de atos meramente preparatórios.

A partir de uma compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, o limite de legitimidade da antecipação da tutela penal coincide com o limite da noção de perigo. O fundamento da punibilidade da tentativa é, nesse contexto, justamente a exposição a perigo do bem jurídico-penal. Fundamento que, em contrapartida, não acompanha os casos de mera preparação. Com exceção das hipóteses em que os atos preparatórios configuram crimes autônomos, em razão da ofensa a bem jurídico diverso daquele tutelado por meio da punibilidade dos atos executórios – como ocorre usualmente no crime de porte ilegal de arma de fogo, no qual é punido o porte independentemente da intenção (lícita ou não) do agente –, os atos preparatórios correspondem a um momento do *iter criminis* em que, ao menos em princípio, não há qualquer perigo para os valores tutelados pela norma penal. O que significa dizer que a punibilidade dos atos preparatórios não é – ou, ao menos, não deveria ser – constitucionalmente legítima.

Todavia, não é essa a orientação que se mostra presente no âmbito da legislação europeia de repressão ao terrorismo. A título de ilustração, podemos considerar a Lei de Combate ao Terrorismo de Portugal, Lei n.52/2003 (aprovada em cumprimento à Decisão-Quadro 2002/475/JAI e recentemente modificada pela Lei 17/2011, em atenção à Decisão-Quadro 2008/919/JAI) que, entre outras coisas, em seu art.2, 4, criminaliza a prática de atos meramente preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista. *In verbis*: “Artigo. 2.º Organizações Terroristas. (...) 4 - Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”

Este não é, certamente, o único dispositivo da lei que criminaliza condutas usualmente reconhecidas como atos de mera preparação, o que, inclusive, bem demonstra a criminalização do recrutamento e o treinamento para o terrorismo, nos termos da Decisão-Quadro 2008/919/JAI. Entretanto, ele destaca-se dos demais pelo fato de criminalizar condutas que sequer consistem em atos preparatórios de um “ato terrorista”, mas preparatórios da “constituição de uma organização terrorista”, ou seja, de um tipo penal que já consiste, por si só, em uma inequívoca antecipação de tutela. Em outras palavras: partindo do pressuposto de que a punibilidade da constituição de um grupo criminoso já representa uma antecipação da tutela penal do terrorismo (*Vorfeldschutz*), a punibilidade dos seus atos preparatórios revela não só a

¹⁸ Para um panorama sobre diferentes formas de compreender os crimes de perigo abstrato, ver D’AVILA, Fabio Roberto, Ofensividade e crimes omissivos próprios, p.102 ss.

incriminação de atos desprovidos de ofensa a um bem jurídico (como costuma ocorrer com a generalidade dos atos de mera preparação), mas também uma dupla e extrema antecipação da tutela penal, uma espécie de *'Vor'vorfeldschutz*.

É bem verdade que, a partir da teoria do crime como ofensa ao bem jurídico, a própria legitimidade dos crimes de associação ilícita é controvertida. Contudo, em não se tratando de qualquer associação ilícita, mas de uma associação para fins "terroristas", não é difícil de reconhecer a especial existência de lesão ou ao menos o perigo de lesão a um bem jurídico autônomo, normalmente identificado na paz e tranquilidade públicas. O aprofundamento da questão, todavia, levaria a um outro rumo. Aqui, importa perceber que, ainda que haja ofensividade, a punibilidade da associação para o terrorismo já consiste em uma significativa antecipação de tutela em relação ao núcleo do ilícito (ato terrorista propriamente dito), e que, nessa medida, a criminalização da sua preparação representa, neste particular, um avanço ainda mais extremo sobre condutas desprovidas de ilicitude objetiva.

Isso por um lado. Por outro, não se pode simplesmente desconsiderar a pretensão político-criminal que subjaz o referido dispositivo. É evidente que o objetivo da lei é aumentar a prevenção e a repressão criminal com o aumento da faixa de condutas proibidas e, por conseqüência, aumentar também a eficiência das medidas de combate ao terrorismo. A questão é saber se este objetivo político-criminal é suficiente para justificar o afastamento da exigência de ofensividade na formação do ilícito penal, afetando assim, ainda que indiretamente, outros princípios, como a fragmentariedade e a *ultima ratio*.

Pode-se argumentar – como, aliás, normalmente se faz – no sentido de que o mal que representa o terrorismo é demasiadamente grande, o que justificaria a adoção de medidas extremas, de modo a se obter o máximo de eficiência no seu controle. Vale dizer, que um bom e forte motivo, como o representado na luta contra o terror, é suficiente para afastar ou mitigar a aplicação de princípios reitores do direito penal. Tal argumento, todavia, como já assinalado no início desse escrito, parece-nos absolutamente inaceitável nos quadros de um Estado Democrático de Direito. O reconhecimento e a manutenção dos princípios e regras penais não podem ser tratados como uma questão de conveniência estatal no combate à criminalidade.

Não se desconhece que, em muitos países, a noção de ilícito penal objetivo, fundado na ofensa a bens jurídico-penais, não possui tamanha força, o que, obviamente, deve ser considerado quando se tem como horizonte o controle e a prevenção do terrorismo em âmbito internacional. Mas, como se percebe, a questão de fundo transcende este específico problema. Trata-se, antes de qualquer coisa, da possibilidade de se afastar princípios materiais reitores do denominado direito penal democrático, a partir de critérios de utilidade e eficiência na prevenção da criminalidade de alta gravidade, *in casu*, o terrorismo. E a esta questão a nossa resposta é definitivamente negativa.

Os princípios e regras reitores do direito penal, tantas vezes denominados de garantias penais, têm como objetivo não só orientar a intervenção penal, mas delimitar o seu espaço de legitimidade formal e material, circunscrevendo o âmbito de possível atuação político-criminal do Estado, sempre que essa atuação tiver por pressuposto

uma intervenção de natureza penal. Resultado de um longo e complexo processo de reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, os princípios reitores do direito penal constituem ainda hoje no que de melhor dispomos para destacar as desbotadas cores do “democrático” e do “autoritário” em matéria penal.

E precisamente por isso, i.e., em razão de resguardar o caráter não autoritário da intervenção penal, estes princípios reitores devem, necessariamente, ter força vinculativa; é dizer, ter força normativa suficiente para delimitar, de forma definitiva, a validade jurídica das medidas estatais de persecução ao terror. De forma simples: não se pode admitir exceções.¹⁹ Em tempos de normalidade jurídica, não se tratando de situações extraordinárias como o estado de defesa e o estado de sítio, a admissão de “casos excepcionais”, de “âmbitos de exceção” ou mesmo de um “direito penal de exceção” ou de “diferente velocidade” constitui, ao nosso sentir, manifestação de um elevado e inaceitável autoritarismo penal.

Levar a sério o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais implica assumir os seus custos. E isso a despeito de quão autênticos possam ser os fins perseguidos pelo Estado. Trata-se de uma legitimação que se realiza não só pela validade dos objetivos da intervenção penal – aqui, até mesmo por força constitucional, indiscutível, uma vez que a Constituição Federal brasileira, nos arts. 4º, VIII e 5º, XLIII, prevê expressamente o repúdio ao terrorismo²⁰ –, mas também pela validade dos métodos adotados para alcançá-los.

O que se afirma é, por tudo isso, diametralmente oposto ao pensamento defendido por Jakobs, particularmente claro em escrito publicado em 2006. Naquela ocasião, à questão acerca da possibilidade da guerra contra o terror ser conduzida com os meios de um direito penal do Estado de direito respondia o autor que “um Estado de direito que compreende a tudo não poderia conduzir esta guerra, pois precisaria tratar o seu inimigo como pessoa, não lhe sendo permitido, por esta razão, considerá-lo uma fonte de perigo. Mas em um Estado de direito praticamente otimizado, isso se dá de forma diferente, trazendo-lhe a chance de não sucumbir ao ataque do seu inimigo”.²¹

De fato, enfrentar o terrorismo nos limites do Estado Democrático de Direito coloca inúmeras dificuldades. Isso, aliás, é evidente. Contudo, essa é a única forma de

¹⁹ Ou, na expressão de Dómine, “los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de derecho” (...) “son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de derecho” (DÓMINE, María Cecilia. El terrorismo internacional: un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal, RBCCRIM 75 (2008) p.278).

²⁰ Constituição Federal brasileira de 1988: “Art.4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:” (...) “VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;”. “Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (...) “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”

²¹ JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft – ZStW 117 (2006), p.851.

enfrentamento possível nos quadros de legitimidade de um Estado de Direito. A denominada “luta contra o terrorismo” não pode custar a nossa identidade democrática. Não pode custar justamente os valores pelos quais nos reconhecemos enquanto civilização e cuja preservação deve ser, ao fim e ao cabo, o sentido último de toda intervenção penal de enfrentamento ao terror.

Não bastasse isso, parece-nos igualmente equivocada a comum supervalorização dos custos de um direito penal mais restrito. Não acreditamos, definitivamente, que o rigoroso atendimento aos princípios reitores do direito penal democrático produza riscos elevados para os objetivos de prevenção e repressão do terror. Em verdade, defender o contrário parece-nos valorizar em demasia a efetividade do direito penal enquanto instrumento de intervenção e regulação do Estado, no que diz respeito, muito especialmente, a prevenção e repressão do terrorismo.

Dadas as particularidades e a complexidade do fenômeno terrorista, é difícil acreditar que seja possível obter efeitos práticos dissuasórios a partir da simples edição e aplicação de normas penais e, menos ainda, pelo simples aumento da faixa de condutas penalmente proibidas, de modo a compreender também atos extremos como a mera preparação. Em regra, o que se tem nesses casos é apenas um aumento do âmbito de punibilidade e, assim, de repressão, na forma de uma intervenção penal fortemente antecipada; o que não corresponde, obviamente, à prevenção.

Nessa perspectiva, importa considerar que a repressão internacional ao terrorismo já conta com uma área de intervenção penal bastante alargada, mediante a ampla criminalização do concurso de pessoas – pune-se toda forma de colaboração moral e material à prática de atos terroristas -, bem como da criminalização da associação com fins terroristas e da apologia ao terrorismo. Contexto em que restaria à criminalização autônoma de atos preparatórios apenas condutas verdadeiramente extremas, condutas que sequer constituiriam alguma forma de contributo material ou moral ao terror, ou mesmo uma associação ilícita para o terrorismo, para a qual, como se sabe, bastam apenas duas pessoas.

O ganho prático que essa amplíssima persecução penal eventualmente possa vir a permitir não compensa, com toda certeza, os riscos que uma intervenção penal irrestrita coloca para os direitos humanos e as liberdades individuais. Entra-se em uma área em que a inexistência de um ilícito penal objetivo minimamente consistente coloca problemas de delimitação da matéria proibida, de formação da culpabilidade e, obviamente, no campo processual, na formação da prova, abrindo demasiada margem à interpretação, à arbitrariedade e à manipulação política. Isso sem falar nas consequências indiretas que tal “concessão” coloca no que tange à persecução de outros crimes graves. A posterior extensão dessas medidas excepcionais para o combate do tráfico de drogas e daí para outros crimes seria, sem dúvida, um passo fácil de dar.

E, reitere-se, talvez com ganhos mínimos para o objetivo a que se dispõe a legislação antiterror. Aliás, se bem vemos, é ingênua a crença de que o direito penal nacional, ainda que em uma rede de cooperação internacional, tenha um papel

decisivo na luta contra o terror. Uma das importantes lições que a denominada ruptura do paradigma moderno nos deixa é a certeza de que a solução de fenômenos complexos se dá a partir, e unicamente a partir, de medidas estratégicas igualmente complexas, para as quais devem convergir instrumentos e planos de ação diversos. E é apenas como parte desse plano estratégico maior que se pode e se deve pensar o papel do direito penal. Mais. Ao nosso sentir, um papel modesto quando comparado com o exercido por possíveis alternativas de solução não repressivas.

4. O conceito de infração terrorista

As considerações até aqui realizadas ganham ainda mais em importância quando se considera que até mesmo o núcleo da ilicitude penal no âmbito da repressão ao terrorismo, o ato terrorista propriamente dito, carece de delimitação. E que qualquer pretensão de assegurar patamares, ainda que mínimos, de segurança jurídica neste âmbito, dado o conhecido histórico de manipulação político-ideológica do conceito, passa por um indispensável e rigoroso processo de conceituação legal da noção de terror²².

É bem verdade que a proposta da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, centrada em um elemento objetivo e outro subjetivo, apresenta, ao nosso sentir, uma estrutura típica bastante interessante. Ela busca vincular o conceito de terrorismo a crimes graves, como o homicídio, ofensas graves à integridade física, etc. (“elemento objetivo”), permitindo uma maior concretude ao fato e, assim, segurança jurídica, e exige um especial “elemento subjetivo”, como, v.g., intimidar gravemente uma população, o qual acaba por ser o responsável pela sua diferenciação dos demais crimes comuns. A sua particularidade residiria, assim, na especial finalidade do agente, ou seja, não no ato praticado, mas naquilo que se busca obter a partir dele. Ou ainda, nas palavras de Chomsky, na função de “obter fins políticos, ideológicos, religiosos ou outros através da intimidação, ameaça ou uso de violência, etc.”²³.

Contudo, na forma como está redigida, a proposta legislativa ainda longe está de circunscrever, com razoável segurança, a noção de ato terrorista, quer seja para distingui-los de condutas insignificantes sob a perspectiva do terrorismo, quer seja para distingui-los de ações de resistência promovidas em contextos de injustiça social,²⁴ as quais, conquanto possam resultar em ilícitos criminais, não possuem correspondência material com casos paradigmáticos de terrorismo, como o atentado

²² Só assim é possível conter o risco do abuso do conceito para fins ideológicos, na linha do que chama Ferreira da Cunha de “discurso legitimador” (CUNHA, Paulo Ferreira da. Do terrorismo, p.68), hoje evidentemente inadmissível.

²³ Este é, inclusive, observa Chomsky, o conceito que consta dos manuais do exército dos EUA na década de 80 (período em que a administração Reagen estava declarando guerra ao terrorismo), segundo o qual terrorismo é “a ameaça calculada ou uso da violência para obter metas políticas, religiosas ou ideológicas, conduzidas através da intimidação e da disseminação do medo”. Definição que é considerada pelo autor “bruta”, embora boa. E que, de forma crítica, afirma ser também aplicável às ações realizadas pelos próprios EUA à época, tanto no Oriente Médio, como na América Central (CHOMSKY, Noam. Mídia, terrorismo e (des)informação, Revista Famecos, 22 (2003), p.118).

²⁴ Problema, aliás, que há tempo tem sido objeto de preocupação. Ver AMBOS, Kai. El derecho penal frente a amenazas extremas. Madrid: Dykinson, 2007, p.35.

de 11 de setembro ou mesmo o atentado ao metrô de Madrid. Particularmente ilustrativo parece ser o caso de determinadas manifestações do conhecido movimento brasileiro denominado MST (Movimento dos Trabalhadores Sem Terra) – não raramente associados, no Brasil, à genérica noção de ato terrorista, a ocasionar, inclusive, processos criminais perante a Justiça brasileira, com base, dentre outras imputações, no art. 20 da Lei de Segurança Nacional²⁵ -, as quais, em princípio, não se encontrariam devidamente resguardadas do conceito de terrorismo trazido pela Decisão-Quadro 2002/475/JAI.

Observe-se que, embora das ocupações de terra promovidas pelo MST não se verifiquem atos como a morte ou lesão grave de pessoas, a excessiva amplitude do art.1º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI tornaria possível o processo de adequação ao tipo, de modo a reconhecer – quando assim se desejar – uma infração terrorista. Para isso, basta considerar que o referido dispositivo abrange a “posse de arma de fogo” (alínea g), a “destruição maciça em propriedade privada”, “susceptível de provocar prejuízos econômicos consideráveis” (alínea d), como ainda “a ameaça de praticar” tais comportamentos (alínea i), sempre que houver o objetivo de “constranger indevidamente os poderes públicos” “a praticar qualquer ato”, no caso a reforma agrária.

A fragilidade da referida descrição típica torna-se ainda mais evidente quando se considera a possibilidade da sua (formal) incidência a casos de criminalidade comum ou mesmo às de baixíssima significação social, o que bem ilustra os recorrentes casos de conflitos entre grupos indígenas e o poder público no Brasil. Tornou-se bastante comum nos últimos anos o sequestro de funcionários públicos, normalmente policiais ou funcionários da Funai (Fundação Nacional do Índio), por grupos indígenas, como forma de pressão para obter sucesso nas suas reivindicações, sem que disso decorra maiores consequências para os sequestrados ou desperte maior preocupação do Governo²⁶. Mas, ainda assim, se cotejado com os critérios da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, tal fato poderia, em tese, ser caracterizado como terrorismo. Basta considerar que, na posição de elemento objetivo, estaria presente o crime de sequestro e, na do subjetivo, o constrangimento do poder público a praticar ou deixar de praticar um determinado ato.

É evidente que se poderia alegar uma equívoca compreensão do âmbito normativo do art.1º e que uma “adequada” e “cuidadosa” interpretação do referido dispositivo deixaria de fora fatos como estes. Em verdade, não temos dúvida de que uma crítica nesses termos estaria absolutamente correta. Mas não é este o problema. A questão é que a demasiada abertura da descrição típica prevista no art.1º não traz

²⁵ Art. 20 da Lei 7.170/83: “Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de *terrorismo*, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.” Sobre a questão, ver Habeas Corpus nº 2008.04.00.026996-6/RS, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4. Região, o qual, indeferido, deu origem a outro HC, em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça.

²⁶ A título de ilustração, ver os seguintes julgados: ACR 200104010096685, Relator: Manoel Lauro Vokmer de Castilho, TRF4 – Oitava Turma, 17/09/2003; ACR 200104010643910, Relator: Fábio Bittencourt da Rosa, TRF4 – Sétima Turma, 29/05/2002; ACR 200483000060890, Relator: Geraldo Apoliano, TRF5 – Terceira Turma, 15/05/2009; ACR 200505000488409, Relator: Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Terceira Turma, 13/11/2008.

elementos aptos a impedir interpretações como estas. Não se pode esperar que o processo hermenêutico seja, por um lado, sempre excelente, e, por outro, suficientemente resistente a interesses políticos de ocasião, principalmente quando se trata, embora não só, de democracias ainda não suficientemente consolidadas. Do que, aliás, o Cone Sul é exemplo bastante.

Além do mais, descrições típicas demasiadamente abertas não são compatíveis com o especial rigor que se pretende dar ao tratamento do terrorismo. O rigor da legislação deve ser diretamente proporcional aos critérios de segurança jurídica que ela oferece. Vale dizer, quanto mais grave for o crime, mais rigoroso deve ser o atendimento ao princípio da legalidade estrita, de modo a reduzir, ao máximo possível, tanto a aplicação equivocada da lei penal, como a sua manipulação política. E isso ainda que com o custo da sua não aplicação a casos que lhe fariam jus. Pois, independente da natureza do crime cometido, parafraseando Voltaire, é sempre preferível correr o risco de deixar um criminoso livre, a condenar injustamente um inocente.²⁷

Parece-nos, por tudo isso, insuperável a necessidade de uma melhor delimitação típica da noção de terrorismo, de uma delimitação muito mais rigorosa do que aquela hoje presente na Decisão-Quadro 2002/475/JAI, tanto no que diz respeito aos seus elementos objetivos, como aos subjetivos. Delimitação na qual seria recomendável não só reconsiderar a excessiva abertura de algumas disposições – v.g., (i) constranger indevidamente os poderes públicos, ou uma organização internacional, a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato; (ii) destruições maciças nos locais públicos ou em propriedades privadas suscetíveis de provocar prejuízos econômicos consideráveis; (iii) a posse, a aquisição, o transporte, o fornecimento ou a utilização de armas de fogo –, como a possível adoção de técnicas de tutela capazes de contribuir para um melhor fechamento da descrição típica.

Aliás, se bem vemos, a utilização da técnica de tutela denominada “delitos de aptidão” (*Eignungsdelikte*), desenvolvida principalmente pela literatura alemã²⁸, parece poder contribuir de forma significativa para uma melhor delimitação da noção de ato terrorista e, por consequência, para a obtenção de maior segurança jurídica. Originalmente desenvolvidos por Schröder sob a denominação de crimes de “perigo abstrato-concreto” (*abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte*), os crimes de aptidão consistem em uma modalidade de crimes de perigo marcados pela exigência de “aptidão” em produzir o resultado danoso, vale dizer, a “aptidão” é elementar do tipo, o que bem ilustra o §3 da lei alemã dos produtos alimentares (*Lebensmittelgesetz*): é

²⁷ Observa Dómine, com razão, que “la certeza perseguida por el derecho penal máximo esta en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. Em cambio la certeza perseguida por el derecho penal mínimo, esta em que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune” (DÓMINE, María Cecilia. El terrorismo internacional, p.208).

²⁸ Ver HOYER, Andreas. Die Eignungsdelikte, Berlin: Duncker & Humblot, 1987; MENDOZA BUERGO, Blanca. Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Granada: Editorial Comares, 2001, p.38 ss.

proibida a produção de alimentos “cujo consumo seja *idôneo* em prejudicar a saúde humana”²⁹.

Assim, diferente dos crimes de perigo abstrato, em que, segundo a concepção tradicional, o perigo apresenta-se apenas como elemento de motivação legislativa, nos delitos de aptidão o perigo se faz presente na figura típica, através da noção de “idoneidade”, o que, por conseqüência, exige, para o seu reconhecimento, um juízo *ex ante* de probabilidade em produzir um dano ao bem jurídico tutelado. E é precisamente este elemento a mais, isto é, este juízo de idoneidade, que se apresenta particularmente interessante sob a perspectiva de uma melhor delimitação da dimensão subjetiva do crime de terrorismo.

A parte das divergências doutrinárias acerca da melhor forma de aferir esta idoneidade, o que aqui não está em questão, importa considerar que a sua simples inserção no tipo penal, vinculada à denominada dimensão objetiva do tipo, implicaria uma análise obrigatória da conduta praticada, no que diz respeito à sua capacidade de produzir terror. Ou seja, não bastaria, nestes termos, o mero direcionamento da conduta para um específico fim de agir. Seria igualmente necessário considerar a idoneidade da conduta praticada (dimensão objetiva) em “disseminar o terror”, aqui entendido como uma “grave violação à paz social”.

A título de exemplo, e valendo-nos, mais uma vez, da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, poderia se cogitar uma hipótese em que alguém realizasse “ofensas contra a vida de uma pessoa” (nos termos do art.1., 1, alínea “a” - dimensão objetiva) com o objetivo de “intimidar gravemente uma população” (nos termos do art.1., 1, primeira hipótese – dimensão subjetiva). Nesse caso, aplicando-se a exigência de idoneidade, além de verificar a ocorrência da ofensa a vida e do específico fim de agir, seria também necessário verificar a idoneidade da conduta praticada em produzir terror na respectiva comunidade, na forma de uma grave violação à paz social. Apenas diante da idoneidade em produzir terror é que poderia a conduta angariar dignidade a ponto de ser considerada uma efetiva infração terrorista.

Assim colocado, o critério idoneidade permitiria, já no âmbito da adequação típica, um juízo de valor acerca da relevância social do fato criminoso, quer por meio da sua potencialidade lesiva, quer por meio da percepção social da sua prática, o que, por sua vez, embora não solucione – e, por óbvio, nem pretenda solucionar – todos os problemas atinentes à delimitação típica do ato terrorista, contribui para a obtenção de um nível maior de segurança jurídica e, assim, para uma melhor delimitação entre o ato de terror e atos criminosos de natureza comum ou mesmo entre o ato de terror e atos de resistência civil. E isso tudo, diga-se, sem que destoe das linhas reitoras da própria Decisão-Quadro 2002/475/JAI. Para tanto, basta considerar que em seu art.1 a referida Decisão-Quadro não deixa totalmente descuidada a importância da idoneidade ofensiva do ato terrorista ao fazer menção a fatos “que, pela sua natureza ou pelo contexto em que foram cometidos, sejam suscetíveis de afetar gravemente um país ou uma organização internacional”.

²⁹ Exemplo trazido por Horst Schröder (SCHRÖDER, Horst. *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?*, JZ (1967), p.525).

Estas são, por certo, apenas algumas aproximações, ainda carentes de um maior aprofundamento e precisão. Contudo, como se vê, o recurso à dogmática dos crimes de perigo parece mostrar-se, já à partida, um horizonte particularmente fértil para a densificação do ilícito penal no âmbito do terrorismo e, por consequência, para a obtenção de níveis mais elevados de segurança jurídica, por tudo aqui já avançado, verdadeiramente imprescindíveis. Tudo a indicar que há caminhos mais seguros para o enfrentamento ao terror. Talvez não mais fáceis, é verdade. Mas, por certo, a relevância e o nível de afetação dos valores em questão neste delicado âmbito de intervenção penal longe estão de merecer a sua pauta a partir do menos representativo dos valores em jogo, a partir do fluido e falacioso critério da facilidade.