

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 4 – Número 1 – p. 1-21 – janeiro/junho 2012

O direito penal na “luta contra o terrorismo”

Delineamentos teóricos a partir da criminalização dos
movimentos sociais – o caso do Movimento dos
Trabalhadores Rurais Sem-Terra

Criminal law in the “fight against terrorism”

*Theoretical outlines from the criminalization of social movements
– the case of the Movement of Landless Rural Workers*

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO
FABIO ROBERTO D’AVILA
SALO DE CARVALHO

DOSSIÊ TERRORISMO

Editor-Chefe
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO

Organização de
FÁBIO ROBERTO D’AVILA
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO



O direito penal na “luta contra o terrorismo” Delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais – o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra

Criminal law in the “fight against terrorism”

*Theoretical outlines from the criminalization of social movements
– the case of the Movement of Landless Rural Workers*

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO*

FABIO ROBERTO D’AVILA**

SALO DE CARVALHO***

Resumo

Tendo por pano de fundo um caso emblemático ocorrido no sul do país, o presente artigo pretende conduzir à reflexão sobre os limites materiais do direito penal no contexto de um Estado Democrático de Direito, particularmente quanto aos crimes relacionados ao terrorismo. Sob a ótica dos princípios reitores do direito penal, indicadores por excelência da legitimidade da atuação estatal no combate à criminalidade, são analisadas as questões da antecipação da tutela penal, por meio da criação de atos meramente preparatórios, e da falta de uma adequada delimitação típica do conceito de ato terrorista.

Palavras-chave: Terrorismo; Limites de legitimidade do Direito Penal; Criminalização dos movimentos sociais.

Abstract

Against the background of a symbolic case taken place in the south of the country, this paper induces a reflection on the material limits of criminal law within a Democratic State of Law, particularly in regard to crimes related to terrorism. From the perspective of the principles that guide the criminal law, indicators of the legitimacy of a State action in crime fighting, this research focuses on the lack of an adequate definition of the criminal offense related to the terrorist act.

Keywords: Terrorism; Limits of legitimacy of criminal law; Criminalization of social movements.

“Há quem tenha medo que o medo acabe.”

MIA COUTO

*Mestre (USP) e Doutor (USP) em Direito Penal, com estágio doutoral junto à Universidade Humboldt em Berlim (Alemanha). Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista de pós-doutorado no Max Planck Institut de Direito Penal Internacional e comparado (Freiburg – Alemanha).

**Mestre (PUCRS) e Doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) em Ciências Criminais. Pós-doutor em Ciências Penais (Universidade de Frankfurt am Main, Alemanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

***Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Pós-doutor em Criminologia (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona). Pesquisador do Instituto de Criminologia e Alteridade (ICA).

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 de o direito penal servir como instrumento hábil para a prevenção e repressão do terrorismo; o segundo, aos limites de legitimidade do direito penal no atendimento dos objetivos proclamados.

Embora o primeiro questionamento leve ao condicionamento do 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 como 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 sua capacidade para atender 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 a primeira questão. Não se pode aceitar que o direito penal seja moldado na conveniência 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 como instrumento de controle social – deve anteceder à reflexão acerca da sua eficiência para a obtenção de um determinado objetivo. Apenas quando o uso do direito penal é legítimo é que se deve considerar sua utilidade, e não o contrário. Além disso, pressupõe observar que este juízo de legitimidade em um Estado Democrático e Constitucional de Direito deve ser obtido mediante a consideração dos seus fundamentos e princípios reitores, sempre orientados pelos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

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

2 Segurança e liberdade no Estado Democrático de Direito

A denominada “guerra contra o terrorismo” tem sido responsável por levar a antiga tensão entre as noções de 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 tutela da segurança do Estado. E isso a tal ponto que parece não haver mais qualquer limite jurídico, quando do outro lado está o forte argumento da eficácia no combate ao terror. Noções e princípios fundamentais de direito penal, até há pouco tempo inquestionáveis, são relativizados ou simplesmente afastados. O terrorismo converte-se em uma espécie de argumento mágico. Embora isso, na história do direito penal, não seja algo novo.

A história recente da América Latina recorda-nos a experiência peruana de combate ao terrorismo nos 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 abertos – em especial, na incriminação da apologia ao terrorismo – ou ainda através da ampla violação do devido processo legal³. Suprimiu-se o direito ao *habeas corpus*; proferiram-se julgamentos militares por juízes sem rosto (não identificados); violou-se a presunção de inocência com a determinação da prisão obrigatória em acusações de terrorismo; restringiu-se o direito de defesa (advogados só poderiam intervir a partir do momento em que o acusado prestasse seu depoimento policial); impôs-se a incomunicabilidade do réu, quando conveniente à investigação, dentre 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 Corte Interamericana de Direitos Humanos, culminando, em 2002, em uma ação de inconstitucionalidade contra a referida legislação penal antiterrorista (Decretos-Leis nº 25.475, 25.659, 25.708, e 25.880), promovida por mais de cinco mil cidadãos⁴.

Dentre tantos outros exemplos similares ocorridos no Cone Sul⁵, estes fatos rememoram radicalmente 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 grupos e de ativistas de esquerda, opositores do sistema militar, 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. Conforme destaca Juarez Cirino dos Santos, em sua profunda análise sobre as estruturas e as instituições de violência no Brasil e nos demais países da América Latina, uma das direções da realidade criminológica foi caracterizada exatamente pela imunidade aos agentes do terror institucionalizado⁶. E, por ironia da história, alguns daqueles ativistas da resistência ao terrorismo de Estado, considerados na época como “inimigos internos”, encontram-se hoje, após a redemocratização, fortemente inseridos no quadro político do país⁷.

Estas experiências têm em comum o contexto político não democrático no qual ocorreram e que costuma ser trazido como argumento para justificar as violações cometidas contra os direitos do homem em prol da “segurança pública”, sempre por meio da intensa instrumentalização do sistema repressivo. Afinal, diferente do que ocorre em regimes democráticos, nos autoritários não se pode obviamente esperar um sistema penal democraticamente conformado e limitado. Em verdade, o sistema e os órgãos de persecução penal, na posição de braço armado do Estado, sempre se mostraram 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 amplo, e que o argumento da segurança, em situações extremas, pode resultar em fortes violações aos direitos humanos, mesmo em países formalmente reconhecidos como democráticos, como, aliás, bem demonstra 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 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”⁸. 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”⁹.

Para tanto, basta considerar a prisão de centenas de pessoas por longos períodos, não sendo informados sequer seus nomes, bem como a colocação dos suspeitos sob custódia militar, de modo a retirar-lhes o direito ao *habeas corpus*, e submetê-los a interrogatórios ilimitados. Salienta ainda Chevigny a “familiaridade”

da resposta 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 veem razões para enfraquecer sua legitimação expedindo ordens que sabem serão descumpridas em nome da guerra contra o terror”¹⁰.

Essas práticas, por outro lado, e lamentavelmente, não estão desprovidas de uma sustentação teórico-científica. O superlativo neste âmbito é sem dúvida a internacionalmente discutida teoria do direito penal do inimigo, de Jakobs.¹¹ Embora não esteja só, visto existirem outras propostas de cisão do direito penal – um modelo dotado de garantias processuais e materiais e outro no qual essas garantias são reduzidas ou suprimidas.¹² 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. Neste preciso ponto radica seu maior problema.

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

Nessa medida, parece-nos indispensável um voltar de olhos aos limites não apenas 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, enfrenta menos problemas para o seu reconhecimento –, mas sobretudo aos limites materiais do direito penal. 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*, e os valores da secularização e da laicidade do direito penal, devem servir de importantes referenciais político-criminais, facilitando, inclusive, a assimilação dos acordos internacionais pelos respectivos países.

Em 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 terrorismo, isto é, 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 se 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*, valendonos, para tanto, em primeiro plano, da legislação penal brasileira e do seu respectivo momento político.

Todavia, problemas concretos da realidade brasileira podem servir como importantes recursos metodológicos para análise dos problemas das excessivas e ampliadas formas de incriminação, como é o caso da criminalização dos movimentos sociais. No Brasil, a imputação da Lei de Segurança Nacional às ações do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) indiciam os efeitos perversos da aplicação incontida do direito penal.

3 Imputação de atos de terrorismo em manifestação de movimentos sociais: a criminalização do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST)

A luta pela justa distribuição de terras no Brasil, país marcado por séculos de tradição escravocrata e coronelista, fomentou, na realidade contemporânea, a organização de inúmeros coletivos de pequenos proprietários e de trabalhadores rurais em defesa da reforma agrária.

A pauta da reforma agrária marcou inúmeros projetos políticos nacionais no último século e se constituiu como uma das agendas necessárias para o desenvolvimento econômico e social do país, agregando-se, nas últimas décadas, à ideia de sustentabilidade ambiental.

No período de reconquista formal da Democracia, com a elaboração da Constituição de 1988, o tema ganhou *status* constitucional, seja nas cláusulas gerais que definem os princípios da atividade econômica, em que expressamente se define que toda a propriedade deve exercer função social¹³, seja na da reforma da política agrícola, em que o tema da reforma agrária está vinculado aos princípios da atividade econômica com a previsão da desapropriação da propriedade rural que não cumprir função social¹⁴.

No entanto, apesar da conquista dos movimentos sociais em positivar a função social da propriedade e em definir constitucionalmente uma política de reforma agrária, a ausência de operacionalidade das agências estatais em efetivar os preceitos da Constituição agudizou sobremaneira os conflitos entre trabalhadores rurais e grandes latifundiários. Em determinadas regiões do país, sobretudo naquelas em que os latifúndios adquirem extensões territoriais superlativas, a tensão entre ruralistas e trabalhadores sem-terra tem se potencializado profundamente, gerando conflitos caracterizados pelo uso da violência.

3.1 O caso da Fazenda Coqueiros

Dentre estes territórios de tensão marcados pelos conflitos agrários, destaca-se a região do norte do Rio Grande do Sul, sobretudo o Planalto Médio, nas cercanias das cidades de Passo Fundo e Carazinho.

As ocupações da Fazenda Coqueiros (Carazinho), pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), testemunham um dos inúmeros casos concretos que refletem o problema da política agrária no Brasil. No entanto as circunstâncias do conflito ganham notoriedade em face de o Ministério Público Federal, após uma das ocupações, ter denunciado os líderes do MST na região, imputando-lhes crimes previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83).

O caso encontra-se *sub judice*, amparado pelo sigilo processual, e os dados da narrativa foram extraídos dos autos da ação de *Habeas Corpus* nº 2008.04.00.026996-6/RS, impetrado contra o Juízo Substituto da Vara Federal da Comarca, em razão do recebimento da denúncia. O *Habeas Corpus* foi impetrado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região objetivando o trancamento da ação penal, tendo sido indeferido pela 7ª Turma em 19/08/2008. Contra esta decisão novo *Habeas Corpus* foi proposto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda sem julgamento.

3.1.1 As condutas criminalizadas

Narra o Ministério Público na denúncia recebida pela Justiça Federal de Carazinho que, em 2004, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) havia montado dois acampamentos em áreas contíguas

à Fazenda Coqueiros. Estas áreas teriam sido arrendadas ao MST pelos igualmente denunciados Arno Maier e Jandir Celso Wiebrantz.

Ato contínuo, outros dois acampamentos teriam sido organizados em áreas próximas, cuja localização seria estratégica em relação à Fazenda Coqueiros.

Conforme relata a peça acusatória, o objetivo dos grupamentos era a invasão¹⁵ da Fazenda Coqueiros com o intuito de forçar o Governo Federal a desapropriá-la. Outrossim, a acusação menciona que, além da invasão, os acampados teriam praticado inúmeros outros crimes no local (esbulho possessório, crimes ambientais, porte ilegal de armas, roubo, furto, dano, incêndio, cárcere privado e ameaças), fatos que geraram denúncias e processos autônomos na Justiça Estadual.

Os elementos probatórios que justificaram a imputação de Crimes contra a Segurança Nacional, inclusive a acusação de prática de *atos de terrorismo*, podem ser percebidos claramente na construção fática idealizada pelos órgãos de acusação.

Segundo a peça acusatória, havia notícia de que o *grupo era extremamente organizado*, havendo *divisão hierárquica de tarefas*, inclusive com a *utilização de espécie de uniforme*, e que um estrangeiro, denominado Hugo Castelhana – igualmente denunciado como coautor –, seria um dos líderes das ações.

A descrição aponta que os integrantes do movimento teriam *construído uma guarita* na entrada do acampamento e colocado *estacas e tapumes de proteção*, para que pudessem controlar o acesso de terceiros e causar dano à força pública que tentasse adentrar no local.

Segundo as informações constantes na denúncia, um dos líderes do MST teria rasgado a ordem de desocupação da área.

Ademais, a acusação relata que membros da Polícia teriam sido alvos de *disparos de arma de fogo* e de ataques de *armas brancas* pelos acampados.

Nas palavras de Waldir João Reis Cerutti, Coronel da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, o grupo de invasores realizava *treinamentos de operação de combate e enfrentamento com a Polícia* com o uso de artefatos explosivos (coquetéis *molotov*), estacas e armadilhas. Ressaltou que, nos embates havidos com a Polícia Militar, os acampados se utilizavam de *táticas de guerrilha* (cordel de tropeço, barreiras de contenção com materiais inflamáveis, colocação de postos de observação entre outras). Mencionou, ainda, que o grupo seria apoiado pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e pela Via Campesina.

Segundo o Ministério Público, na ocasião da invasão da Fazenda Coqueiros, em 28.02.2006, cerca de 30 membros do grupo, armados com espingardas e revólveres, tomaram como reféns Odilo Jaime Cagliari e Silmar André Dill.

No mesmo ano, em data não especificada, o denunciado Vladimir Maia, acompanhado de diversas pessoas *munidas de foices, facões e taquaras*, teria *tentado impedir* que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) realizasse *a medição topográfica da Fazenda Coqueiros*, procedimento que teria como objetivo o cadastramento da área para fins de reforma agrária.

Consta ainda da acusação que, em janeiro de 2008, durante o cumprimento de mandados de busca e apreensão junto à Cooperativa Agrícola Novos Horizontes (COANOL) – entidade formada por agricultores para comercialização de seus produtos, que pertenceria ao MST –, os integrantes do movimento, utilizando-se de carros de som, teriam *anunciado palavras de ordem e insultos* contra o Governo Estadual, a Brigada Militar e o Poder Judiciário.

Conclui a acusação que a referida Fazenda havia sido invadida sete vezes no período compreendido entre os anos de 2004 e 2006.

3.1.2 Os crimes imputados (tipificação)

Narrados os fatos conforme apresentados acima, o Ministério Público Federal do Estado do Rio Grande do Sul imputou a Silvio Luciano dos Santos, Isaias Antônio Vedovatto, Edemir Francisco Valsoler, Ivan Maroso de Oliveira, Hugo Castelhana, Vladimir Maia, Jandir Celso Webrantz e Arno Maier delitos previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83).

Como primeira imputação, o Ministério Público acusa os autores de, no período de 2004 a 2006, com intuito de realizar reforma agrária "na marra", integrarem grupamentos, que consistiam em 04 acampamentos, criando, portanto, um "*Estado paralelo*", em que era negada autoridade aos poderes constituídos da República Federativa do Brasil. O emprego de meios violentos, como a utilização de coquetéis *molotov*, facões, foices estacas, armadilhas e ameaças contra o proprietário da Fazenda Coqueiros, seus empregados e a Polícia Militar, demonstrariam o intuito dos acusados.

Neste sentido foi imputado o art. 16 da Lei 7.170/83: "*Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.*"

Na segunda imputação, a denúncia afirma que através da estratégia de invadir áreas rurais com objetivo de compelir o Governo Federal a desapropriar a Fazenda Coqueiros, propriedade considerada produtiva pelo Ministério Público, os acusados cometeram inúmeros crimes, notadamente a tentativa de subverter o devido processo legal previsto para reforma agrária.

Assim, tendo sido estes atos praticados com violência e grave ameaça e voltados à modificação da ordem vigente e do Estado de Direito, os denunciados teriam incorrido no art. 17 da Lei 7.170/83: "*Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único – Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.*"

A terceira imputação realizada pelo Ministério Público diz respeito à autoria intelectual. Segundo a denúncia, os acusados teriam sido autores intelectuais e mediatos da série de delitos narrados, dentre eles saques, roubos, sequestros, cárceres privados, furtos, incêndios e depredações. A motivação referida é atrelada ao inconformismo político em relação à morosidade do Governo na realização da reforma agrária.

Dispostos os fatos desta forma, foi imputado o art. 20 da Lei 7.170/83:

Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único – Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Finalmente o órgão de acusação denuncia os réus em virtude de terem conclamado os demais membros do MST a resistir à ação da Brigada Militar, mediante a utilização de violência e grave ameaça, além de incitar os acampados a praticar crimes na região no intuito de forçar o Governo Federal a desapropriar aquela área.

Imputa, portanto, o art. 23, inciso I, da Lei 7.170/83: "*Incitar: I – à subversão da ordem política ou social [...]. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.*"

3.1.3 A reação defensiva à imputação e a decisão judicial de acolhimento da acusação

Contra a acusação recebida pelo Juízo Substituto da Vara Federal da Circunscrição de Carazinho/RS, os defensores constituídos pelos acusados impetraram *Habeas Corpus*, sustentando a inépcia da peça

acusatória, em razão de (1º) os fatos imputados na denúncia serem lícitos, correspondendo ao exercício do direito constitucional de livre associação, e de (2º) inexistir detalhamento (individualização) das condutas realizadas por cada acusado, situação que ofenderia o direito de ampla defesa dos réus.

Os defensores mencionaram, ainda, que a integridade dos fatos narrados na denúncia havia sido apreciada na Justiça Estadual, e o Ministério Público daquela esfera jurisdicional teria requerido o arquivamento da acusação, constituindo o novo recebimento inaceitável *bis in idem*.

Argumentaram, por fim, inexistir quaisquer ofensas aos bens jurídicos tutelados pela Lei de Segurança Nacional em face da inexistência de especificação de condutas com a finalidade de modificação do Estado de Direito e que, caso os atos narrados pudessem receber esta adjetivação, seriam legítimos, pois amparados pelo *direito democrático de resistência*.

Após a impetração do *Habeas Corpus*, foi indeferido o pedido liminar de sobrestamento da ação penal, sendo intimado o Ministério Público Federal para emitir parecer. O órgão acusador junto ao Tribunal manifestou-se pela denegação da ordem, entendendo estarem presentes os requisitos mínimos relativos à prova da materialidade e aos indícios de autoria, sendo justificada a instrução processual. Segundo o parecer, não seria cabível antecipar, no *Habeas Corpus*, a discussão acerca da configuração ou não dos delitos narrados na denúncia, sendo necessária a dilação probatória.

O Relator do caso, Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos, seguindo o parecer ministerial, indeferiu a ordem, sendo seu voto acompanhado por unanimidade pelos demais membros da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O julgamento foi proferido em 19/08/2008.

3.2 Questões constitucionais e dogmáticas subjacentes ao caso

Duas questões podem ser tomadas como centrais para início da análise do caso e que orientarão a posterior reflexão sobre o problema da incriminação do terrorismo. A primeira seria relativa à recepção da Lei de Segurança Nacional pela Constituição de 1988; a segunda diz respeito à ilicitude material das ações de ocupação de terra perpetradas pelo MST.

Conforme destaca Alexandre Wunderlich, dentre os preceitos criminalizadores previstos na Constituição de 1988 existe um comando específico relativo ao terrorismo e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional. Conforme previsto no art. 5º da Constituição, o inciso XLIII equipara o terrorismo aos crimes hediondos, limitando direitos processuais e materiais penais (fiança, graça e anistia). No inciso XLIV do referido artigo, a Constituição estabelece a inafiançabilidade e a imprescritibilidade às ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Neste cenário, indaga Wunderlich sobre a (im)possibilidade de equiparação dos valores (ou bens jurídicos) segurança nacional, instrumentalizado pela Lei 7.170/83, e ordem constitucional.¹⁶

A indagação do autor é extremamente pertinente em razão de a Lei 7.170/83, elaborada durante o período ditatorial, ser informada por uma ideologia que projeta mecanismos formais (criminalizadores) cujo objetivo é a tutela da segurança nacional. Neste aspecto, conforme aponta Wunderlich, a Constituição não apenas nega a ideologia da segurança nacional, como supera, qualifica e redefine este valor na locução *ordem constitucional do Estado Democrático*. A consequência, portanto, parece não apenas apontar para a ausência de receptividade da Lei 7.170/83, como para a lacuna legislativa, visto inexistir lei superveniente que tenha criado instrumentos de tutela da ordem constitucional no Estado Democrático.¹⁷

Neste vácuo legislativo, o próprio conceito de terrorismo permanece, no direito penal brasileiro, como uma espécie de aporia legal: apesar de sua inexistência conceitual, há previsão de efeitos constitucionais no que tange à limitação de garantias penais (prescritibilidade) e processuais penais (fiança). Outrossim, a

afirmação da não-recepção da Lei de Segurança Nacional pela Constituição implicaria em uma necessária redefinição de terrorismo, com a consequente diferenciação no conteúdo dos valores “segurança nacional” e “ordem constitucional”.

Para além do debate internacional sobre a questão do terrorismo, o tema ganha relevância e atualidade em razão do processo de criminalização das manifestações de movimentos sociais, em particular no Movimento dos Sem Terra, como atos terroristas. Neste aspecto, apesar da lacuna legal, Juarez Cirino dos Santos fornece importante chave de leitura para compreender os atos de resistência praticados pelo MST, como exemplos evidentes de desobediência civil, antecipando, inclusive, a incidência de hipóteses extralegais de exclusão da culpabilidade¹⁸.

Pontua o autor que

as situações de exculpação definidas como *desobediência civil* têm por objeto *ações* ou *demonstrações públicas*, como bloqueios, ocupações etc., realizadas em defesa do bem comum, ou de questões vitais da população, ou mesmo em lutas coletivas por direitos humanos fundamentais, como greves de trabalhadores, protestos de presos e, no Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), desde que não constituam ações ou manifestações violentas ou de resistência ativa contra a ordem vigente – exceto obstruções e danos limitados no tempo – e apresentem relação reconhecível com os destinatários respectivos. Autores de fatos qualificados como *desobediência civil* são possuidores de *dirigibilidade normativa* e, portanto, capazes de agir conforme ao direito, mas a exculpação se baseia na existência objetiva de injusto mínimo, e na existência subjetiva de motivação pública ou coletiva relevante, ou, alternativamente, na desnecessidade de punição, porque os autores não são criminosos – portanto, a pena não pode ser retributiva e, além disso, a solução de conflitos sociais não pode ser obtida pelas funções de prevenção especial e geral atribuídas à pena criminal.¹⁹

4 O problema da excessiva antecipação da tutela penal ao combate ao terror: considerações críticas sobre a criminalização dos atos preparatórios sob a perspectiva do direito penal brasileiro

4.1 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 formal do país, inaugurando um novo *ethos* político-ideológico e, assim, um novo modelo de Estado. Com a Constituição, 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 com o compromisso de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O novo quadro de princípios e valores, estruturante do processo de redemocratização do Estado Brasileiro, torna-se, por sua vez, referencial de validade da legislação penal e da sua interpretação. A legislação penal infraconstitucional passa a ser tensionada criticamente para que seja interpretada a partir dos novos parâmetros axiológicos. Teóricos e operadores críticos do direito nacional atuam no sentido de desenvolver uma hermenêutica conforme a constituição e uma doutrina igualmente crítica e compromissada em consolidar os novos referenciais constitucionais.

Este particular contexto jurídico e esta específica tensão política acabaram 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, associada à dimensão de validade da 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 dessa forte aproximação entre direito penal e Constituição são inúmeras. 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, naquilo que nos interessa no tema em particular, os pontos de conflito entre essa concepção e as amplas medidas legislativas de prevenção ao terrorismo.

4.2 A questão do bem jurídico "segurança nacional" no Estado Democrático de Direito

Francesco Carrara, no célebre Programa do Curso de Direito Criminal, sustenta que a "ofensa à segurança pública pode exteriorizar-se por um ataque à sociedade, na pessoa da autoridade que a representa, e por um ataque à sociedade, nos membros que a compõem". Ao primeiro grupo, denomina de direitos políticos propriamente ditos ou diretos; ao segundo, de delitos políticos impróprios ou indiretamente políticos.²⁰

A definição histórica, em obras como *De deditione profugorum* (1729), do holandês Provó Klutt, não eximiu o conceito de delito político de uma substancial porosidade.

As teorias objetivas definem o crime político a partir do bem jurídico lesado ou exposto à lesão; as subjetivas, por sua vez, entendem ser decisivo o fim perseguido pelo autor; as mistas, por fim, combinam ambos os elementos,²¹ a exemplo da posição esposada por Frago, que sustenta não haver crime político sem o especial fim de agir "representado pelo propósito de atentar contra a segurança do Estado". O autor invoca Florian, para separar o bem protegido pela norma penal (o Estado) do fim político: o delito político há de sê-lo objetiva e subjetivamente, há de lesionar bem da pólis, porém movido pelo fim político.²²

Uma separação importante nos delitos políticos decorre da cisão, dentro do conceito de soberania, em personalidade internacional, de um lado, e em organização e jurisdição interna, de outro,²³ permitindo compreender a clivagem entre crimes contra a segurança externa (cujo exemplo por excelência é a sedição) e os contra a segurança interna (cujo exemplo por excelência é a traição).²⁴

A importância da configuração de um delito como sendo político não é puramente teórica. Desde a Revolução Francesa, mas sobretudo após as revoluções burguesas da primeira metade do século XIX, na Europa, os delitos políticos passaram a receber tratamento penal mais suave, a exemplo da proibição constitucional belga de extradição por crime político (previsão hoje contida na Constituição Federal brasileira) e a abolição da pena de morte para esses delitos na França.

O pêndulo do tratamento penal aos delitos políticos marca, simultaneamente, o papel desses delitos no marco político geral. No rescaldo do *Ancien Régime*, os criminosos políticos assumiam determinado *glamour*, justificando, assim, o tratamento mais benéfico. Com a consolidação das democracias, porém, o delito político assume novos ares, mais gravosos. O emprego dessa categoria, por fim, nas experiências ditatoriais, associado ao forte uso de violência fazem acender a importância de clivar, no âmago desse conceito, o delito político do direito de resistir. Mais modernamente, ainda, o de separar, nesse cipoal, da ideia de terrorismo.

Essa percepção não é nova. Montesquieu adianta que "basta que o crime de lesa majestade seja vago para que o governo degenera em despotismo".²⁵ De outro lado, Cerezo Mir e Boaventura de Sousa Santos sustentam a importância de não estender aos terroristas os benefícios dos delinquentes políticos puros.²⁶

A solução parece não encontrar espaço no bem jurídico. Ensina Fragoso que, na doutrina militar brasileira, “segurança nacional é o grau relativo de garantia que, através da ação política, econômica, psicossocial e militar, o Estado proporciona à nação, para a consecução dos objetivos nacionais, apesar dos antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais.”²⁷

Conforme visto anteriormente na análise do caso, ao conferir à ideia de segurança nacional um conteúdo neutro, unificando os delitos contra o Estado e contra a ordem política e social, atrelando-os à consecução dos objetivos nacionais, a Lei de Segurança Nacional assumiu viés marcadamente autoritário. No entanto a tutela da ordem constitucional no Estado Democrático só pode constituir-se em um meio para garantir as liberdades públicas, pois, nas palavras de Miguel Reale, “só a liberdade ativa constitui segurança para todos, e logo uma segurança nacional”.²⁸ Assim, o único conteúdo possível da expressão “segurança nacional” – para além da questão da recepção do termo pela Constituição – seria o daquela segurança que se busca para a sociedade toda, com vistas a garantir suas liberdades, à vista, por exemplo, de um ataque exterior à soberania nacional.

Assim, um primeiro traço distintivo entre delito político, direito de resistir e terrorismo encontra-se na própria organização estatal. “As tiranias”, afirma Fragoso, não têm inimigos legítimos. “Só os regimes democráticos têm verdadeiramente autoridade para reprimir seus inimigos.”²⁹

Um segundo traço distintivo está na inspiração política. O atuar terrorista, por mais que apresente, usualmente, raízes políticas, em alguns momentos se encontra associado a demonstrações religiosas. Bem certo que a relativa vagueza das expressões democracia e política não retira a complexidade das distinções propostas, mas apontam caminhos heurísticos.

Um terceiro possível traço distintivo, ou uma subdivisão do segundo, diz respeito ao objetivo direto do atuar. O atuar terrorista, em princípio, busca mandar um recado, incutir o medo, fazer-se notar, reverberar uma posição. É indeterminado quanto ao sujeito, focado antes no alcance, na extensão e no simbólico. O crime político é estratégico, alinhado a um plano de poder, não necessariamente laudatório.

A experiência histórica latino-americana é farta no sentido da instrumentalização desse bem jurídico com vistas a incriminar movimentos sociais e de resistência política. Juarez Cirino dos Santos, atento a esse fenômeno, cuidou, como visto acima, dos efeitos penais da *desobediência civil*.

Louvável, nesse sentido, a previsão contida no Projeto de Lei n.º 1.558/2001, que, ao tipificar o terrorismo, traz ressalva expressa aos movimentos sociais em suas reivindicações: “não estão inseridas na definição do *caput* deste artigo as ações pacíficas promovidas por movimentos sociais, na defesa de seus direitos e interesses legítimos”. O termo pacífico, porém, é delicado, e não menos poroso que o de terrorismo, na medida em que ocupações de terras ou bloqueio de estradas poderiam ser consideradas manifestações não-pacíficas.

4.3 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 restrito

A função do direito penal consiste na tutela subsidiária de bens jurídico-penais. Esta assertiva, decorrente da doutrina alemã denominada de teoria do bem jurídico (*Rechtsgutstheorie*), tida por muitos como um dos mais importantes legados do iluminismo penal, é hoje amplamente aceita no direito penal brasileiro³⁰. Não se trata, por certo, de algo novo na doutrina nacional, mas 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.

Em decorrência do modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988, em assumida oposição às concepções autoritárias de crime, entendemos 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 Escola de Kiel (*Kieler Schule*)³¹. E também não a partir da simples vontade criminosa, na linha de um direito penal da vontade ou de inclinação (*Gesinnungs-Willensstrafrecht*), ou ainda a partir de compreensões puramente formais, como aquelas propostas por autores contemporâneos como Lesch³² e Koriath³³. O ilícito penal deve ser, desde esta perspectiva, 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 injusto associada à *teoria do crime como ofensa culpável a um bem jurídico*, amplamente desenvolvida pela doutrina italiana (*il reato come offesa colpevole a un bene giuridico*),³⁴ 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 lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Assim, não há crime (constitucionalmente legítimo) sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.³⁵

Isso não significa, obviamente, que o ilícito penal seja constituído exclusivamente pelo desvalor de resultado, mas 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 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 ilustram os crimes de perigo abstrato, tradicionalmente concebidos como tipos de perigo presumido. Contudo o grande número de teorias 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.³⁶ O problema é que, para outras intervenções legislativas, a controvérsia é tamanha 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 nº 52/2003, (aprovada em cumprimento à Decisão-Quadro 2002/475/JAI e recentemente modificada pela Lei nº

17/2011, em atenção à Decisão-Quadro 2008/919/JAI), que, entre outras, em seu art. 2, 4, criminaliza a prática de atos meramente preparatórios de constituição de grupo, organização ou associação terrorista. *In verbis*: “Artigo 2º 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.”³⁷

Este não é, certamente, o único dispositivo da lei que criminaliza condutas usualmente reconhecidas como atos de mera preparação, o que, aliás, bem ilustra a criminalização do recrutamento e o treinamento para o terrorismo, nos termos da Decisão-Quadro 2008/919/JAI. Entretanto 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 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 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.

Por outro lado, não se pode simplesmente desconsiderar a pretensão político-criminal que subjaz ao referido dispositivo. É evidente que o objetivo da referida legislação é aumentar a prevenção e a repressão criminal com o aumento da faixa de condutas proibidas e, por consequência, aumentar também a eficácia 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. Ou seja, 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 assinalado no início deste 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, fundada 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 reitores do direito penal, tantas vezes denominados de garantias penais, têm como objetivo não só orientar a intervenção, 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-se 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 do direito penal, estes princípios reitores da legitimidade penal 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; princípios são irrenunciáveis.³⁸ 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 sejam 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 terrorismo³⁹ –, mas também pela validade dos métodos adotados para alcançá-los.

O que se afirma é, pois, diametralmente oposto ao pensamento que vem sendo expressado por Jakobs, sobretudo a partir do escrito publicado em 2006. Naquela ocasião, para a questão sobre a 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”.⁴⁰

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 enfrentamento possível nos quadros de legitimidade de um Estado de Direito. A denominada “luta contra o terrorismo” não pode custar a 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, à prevenção e à repressão do terrorismo.

Dadas as particularidades e a complexidade do fenômeno terrorista, é difícil acreditar, para além da ilusão punitivista, 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 –, a criminalização da associação com fins terroristas e a 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 ampla persecução penal eventualmente permita não compensa 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 outros crimes seria, sem dúvida, um passo fácil de dar, inclusive, conforme destacado, nos procedimentos de criminalização secundária dos atos de resistência dos movimentos sociais.

E, reitere-se, uma ampliação que redundará em ganhos mínimos para o objetivo a que se dispõe a legislação antiterror. Aliás, com o devido respeito, julgamos 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.

5 Considerações finais: breves notas sobre o conceito de infração terrorista

As considerações até aqui realizadas ganham mais importância quando pensamos que até mesmo o núcleo da ilicitude penal no âmbito da repressão ao terrorismo, o ato terrorista propriamente dito, carece de delimitação. Ademais, 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 terror⁴¹.

A proposta da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, centrada em um elemento objetivo e outro subjetivo, apresenta, ao nosso sentir, uma estrutura típica adequada, pois 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, por outro lado, 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. Nas palavras de Chomsky, no intuito de “obter fins políticos, ideológicos, religiosos ou outros através da intimidação, ameaça ou uso de violência etc.”⁴².

Contudo, na forma como está redigida, a proposta legislativa ainda não é suficiente para circunscrever, com razoável segurança, a noção de ato terrorista, quer seja para distingui-lo de condutas insignificantes sob a perspectiva do terrorismo, quer seja para distingui-lo de ações de resistência promovidas em contextos de injustiça social,⁴³ as quais, conquanto possam resultar em ilícitos criminais, longe estão de possuir

correspondência material com casos paradigmáticos de terrorismo, como o atentado de 11 de setembro ou o atentado ao metrô de Madrid. Particularmente ilustrativo, mais uma vez, nesse sentido, o caso do MST, que, em princípio, não se encontraria devidamente resguardado pelo conceito de terrorismo trazido pela Decisão-Quadro 2002/475/JAI.

Observe-se que, embora nas 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, conforme o processo político de criminalização secundária, 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", "suscetível 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 aos casos de baixíssima significação social, o que bem ilustra os recorrentes casos de conflitos entre grupos indígenas e o poder público no Brasil. É bastante comum verificar na história brasileira recente, 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 pelo Governo⁴⁴. No mesmo sentido as ocupações estudantis de reitorias ou outros prédios universitários com objetivo de reivindicar a melhoria da qualidade do ensino. Tais situações, se cotejadas com os critérios da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, poderiam, em tese, ser caracterizadas como atos de terrorismo, eis que se trata, como elemento objetivo, de um crime de sequestro ou de dano ao patrimônio público e, como subjetivo, de constrangimento das autoridades a praticar ou deixar de praticar um determinado ato.

É evidente que se poderia dizer que não estaríamos interpretando corretamente o art. 1º, e que uma "adequada" e "cuidadosa" interpretação do referido dispositivo excluiria 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 segurança alguma de que interpretações como estas estariam vedadas. 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 significativo.

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 pretende oferecer. 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. Mesmo com o custo da sua não aplicação a casos que lhe fariam jus, pois, independente da natureza do crime cometido é sempre preferível, parafraseando Voltaire, correr o risco de deixar um criminoso livre, a condenar injustamente um inocente.⁴⁵

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 rígido fechamento da descrição típica.

Aliás, se bem vemos, a utilização da técnica de tutela denominada “delitos de aptidão” (*Eignungsdelikte*), desenvolvida principalmente pela literatura alemã⁴⁶, 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 Gefährdungsdelikte*), 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 proibida a produção de alimentos “cujo consumo seja *idôneo* em prejudicar a saúde humana”⁴⁷.

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 consequência, 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.

Não pretendemos, aqui, questionar as divergências doutrinárias acerca da melhor forma de aferir esta idoneidade, pois o que importa considerar é que a sua simples inserção no tipo penal, vinculada à sua dimensão objetiva, 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, poder-se-ia 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 à 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. 1º, a 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”.

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 merecerem a sua pauta a partir do menos representativo dos valores em jogo, a partir do fluido e falacioso critério da facilidade.

Referências

- AMBOS, Kai. *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Madrid: Dykinson, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHEVIGNY, P. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 47, 2004.
- CHOMSKY, Noam. Mídia, terrorismo e (des)informação. *Revista Famecos*, v. 22, 2003.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Do terrorismo. Reflexões jurídico-políticas. *Direitos fundamentais e Justiça*, n. 8, jul./set. 2009.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, Stvdia Ivridica, Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DÓMINE, María Cecilia. El terrorismo internacional: un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal. *RBCCRIM*, v. 75 2008.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*, Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- HOYER, Andreas. *Die Eignungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
- JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.). *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: Beck, 2000.
- ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.). *Terroristen als Personen im Recht*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft – ZStW, nº 117, 2006.
- BURKHARDT, Björn; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFEN (org.). *Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2010. Band 2.
- KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- 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.
- LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff*. Grundlinien einer funktionalen Revision. München: Carl Heymanns, 1999.
- LYRA FILHO, Roberto. A Criminologia Radical. In: *Revista de Direito Penal*, n. 31, 1982.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. O nuevo Derecho penal autoritario. In: LOSANO, Mario; CONDE, Muñoz (org.). *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia : Tirant lo blanch, 2004.
- PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*, v. 771, p. 425 e ss.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA DIAS, Augusto. O retorno ao sincretismo dogmático: uma recensão a Heiko Lesch, der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision. Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 11, 2001.
- 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.
- 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.
- GÜNTHER, Klaus. "Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein "Paradigmawechsel" im Strafrecht?" In: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- WUNDERLICH, Alexandre. *Direitos fundamentais e segurança no estado constitucional democrático de direito*. Anteprojeto de Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. II, tomo I.

Notas

- 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 Idem, ibidem.
- ⁴ Idem, 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 SANTOS, Juarez Cirino. *As raízes do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 71.
- ⁷ Dinâmica igualmente assinalada por Paulo Ferreira da Cunha: "Michael Collins, o herói célebre do filme homônimo de Neil Jordan, 1996, e talvez mesmo Eadmond de Valera, na Irlanda, Jomo Kenyatta no Quênia, Nelson Mandela na África do Sul, Ahmed Ben Bella na Argélia, Menahem Begin em Israel, Anouar El-Sadate, no Egito, Agostinho Neto em Angola, Samora Machel em Moçambique, Yasser Arafat, na Palestina, não foram todos qualificados como terroristas? E não ascenderam aos mais altos cargos, dignidades e prestígios e reconhecimentos públicos, nacionais e internacionais, depois que suas acções atingiram os seus objetivos, designadamente independentistas ou afins?" (CUNHA, Paulo Ferreira da. Do terrorismo. Reflexões jurídico-políticas. *Direitos fundamentais e Justiça*, n.8, Jul/Set 2009, p. 67).
- ⁸ CHEVIGNY, P. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 47 (2004), p. 386.
- ⁹ Idem, p. 388.
- ¹⁰ Idem, ibidem.
- ¹¹ JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (org.). *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: Beck, 2000, p. 47ss.; JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Civitas, 2003, passim.
- ¹² 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. 171ss.
- ¹³ "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III – função social da propriedade." (art. 170, Constituição Federal).
- ¹⁴ "Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei." (art. 184, Constituição Federal).
- ¹⁵ A terminologia *invasão*, utilizada na denúncia e frequentemente veiculada pelos meios de comunicação de massa, é contraposta pelo movimento dos trabalhadores rurais pelo termo *ocupação*. Inegavelmente constata-se uma disputa ideológica pela conceituação dos atos realizados pelo MST.

- ¹⁶ WUNDERLICH, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Segurança no Estado Constitucional Democrático de Direito*, Anteprojeto de Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.
- ¹⁷ Idem.
- ¹⁸ Sobre direito de resistência, conferir: CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 239-255.
- ¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 262-263. A exculpação, nesse caso, também poderia ser tratada sob o ângulo da ausência de motivabilidade pela norma penal, ante a sensação de que o patrimônio, mais do que um bem jurídico, representa, nos casos de terras que não cumpram sua função social, como um marco de segregação agrária, inconstitucional, e, portanto, inapta a motivar um agir consoante à percepção predominante do que fosse Direito (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 194 ss).
- ²⁰ V. §§ 155 a 157.
- ²¹ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*, v. 771, p. 425 ss.
- ²² FLORIAN. *Delitti contro la Sicurezza dello Stato*. Milão: Vallardi, 1915, p. 31, apud FRAGOSO, *Terrorismo e criminalidade política*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 30.
- ²³ SOLER, S. *Bases ideológicas de la reforma penal*. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, 1966, p. 63.
- ²⁴ Com efeito, o Direito penal alemão conhece a distinção entre traição e sedição desde 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*). KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFEN (org.). *Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2010, Band 2, p. 2619.
- ²⁵ *O espírito das leis*, L. XII, cap. VII.
- ²⁶ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general. Madrid: Tecnos, 1996, v. I, p. 229-230; SANTOS, Boaventura Souza. *Os crimes políticos e a pena de morte*. Revista de Direito Penal, 1971, p. 52-53 apud PRADO, op. cit., p. 436.
- ²⁷ FRAGOSO, op. cit., p. 37.
- ²⁸ Liberdade e segurança nacional. *VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Manaus, 1980, apud FRAGOSO, op. cit., p. 94.
- ²⁹ FRAGOSO, op. cit., p. 93.
- ³⁰ 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, que 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 de demais leis".
- ³¹ 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: LANG, Peter. *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: 1995, p. 452ss.; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991, p.68, nota 86; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed., Milano: Giuffrè, 2001, v. 1, p. 438 ss.
- ³² 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*, v. 11, p. 323 ss., 2001.
- ³³ KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 312.
- ³⁴ Ver, por todos, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Op. cit., p. 449 ss. e 525 ss.
- ³⁵ Para maiores detalhes, ver o D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Stvdia Ivridica. Coimbra: Coimbra Ed., 2006; e, mais recentemente, D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ³⁶ 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.
- ³⁷ Essa previsão é repetida nos Projetos de Lei nº 486/2007 (Art. 2º, § 3º – Quem praticar atos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão, de 1 a 8 anos) e nº 149/2003: "Art. 288 – A. Promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou apoiar de qualquer forma. Pena – reclusão de cinco a quinze anos. § 1º Nas mesmas penas incorre quem praticar os atos preparatórios da constituição do grupo, organização ou associação terrorista)".
- ³⁸ 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. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 75, p. 278, 2008).
- ³⁹ 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".
- ⁴⁰ JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft – ZStW*, n. 117, p. 851, 2006.
- ⁴¹ 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.
- ⁴² Observa Chomsky que este conceito consta dos manuais do exército dos EUA na década de 80 (período em que a administração Reagan estava declarando guerra ao terrorismo), nos quais o 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". A definição é considerada pelo autor "bruta", embora adequada. 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*, n. 22, p. 118, 2003).

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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. En 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. Op. cit., p. 208).

⁴⁶ Ver HOYER, Andreas. *Die Eignungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 38 ss.

⁴⁷ Exemplo trazido por Horst Schröder (SCHRÖDER, Horst. Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?, JZ (1967), p. 525).