

TIPIFICAÇÃO DO TERRORISMO INTERNACIONAL | Elísio Augusto de Souza Machado Júnior

Elísio Augusto de
Souza Machado Júnior

TIPIFICAÇÃO DO
TERRORISMO
INTERNACIONAL

 Lumen Juris **Direito**

30
anos



TIPIFICAÇÃO DO
TERRORISMO INTERNACIONAL
EMPASSES JURÍDICO-PENAIIS E NOVAS
PERSPECTIVAS DE ENFRENTAMENTO

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes	Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luis Carlos Alcoforado
Adriano Pilatti	Gisele Cittadino	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Noronha de Ávila	Manoel Messias Peixinho
Ana Alice De Cari	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcelo Ribeiro Uchôa
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Dias	Márcio Ricardo Staffen
André Abreu Costa	Jean Carlos Fernandes	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Beatriz Souza Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marcus Mauricius Holanda
Bleine Queiroz Caúla	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Maria Celeste Simões Marques
Daniele Maghelly Menezes Moreira	João Marcelo de Lima Assafim	Océlio de Jesús Carneiro de Morais
Diego Araujo Campos	João Theotonio Mendes de Almeida Jr.	Ricardo Lodi Ribeiro
Enzo Bello	José Emílio Medauar	Salah Hassan Khaled Jr.
Firly Nascimento Filho	José Ricardo Ferreira Cunha	Sérgio André Rocha
Flávio Ahmed	Josiane Rose Petry Veronese	Simone Alvarez Lima
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Valter Moura do Carmo
Frederico Price Grechi	Lúcio Antônio Chamon Junior	Vicente Paulo Barretto
Geraldo L. M. Prado	Luigi Bonizzato	Vinicius Borges Fortes

Conselheiros Beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria - nº 81, sala 301 –
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

ELISIO AUGUSTO DE SOUZA MACHADO JÚNIOR

TIPIFICAÇÃO DO
TERRORISMO INTERNACIONAL
EMPASSES JURÍDICO-PENAIIS E NOVAS
PERSPECTIVAS DE ENFRENTAMENTO

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2019

Copyright © 2019 by Elísio Augusto de Souza Machado Júnior

Categoria: Direito Penal

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Dedico este livro à memória da minha avó materna, que de outro plano permanece a me inspirar e a sempre orientar meus passos pelo melhor caminho.

Sumário

1 Introdução.....	1
2 Compreensões Iniciais e Contextualização do Tema	7
2.1 Um retrospecto histórico acerca da construção do terrorismo: das Revoluções Francesa e Russa ao terror da Segunda Guerra Mundial.....	12
2.2 O prelúdio ao terrorismo contemporâneo	25
3 O Tratamento Penal do Terrorismo Internacional e seus Obstáculos Dogmáticos.....	33
3.1 A dificuldade conceitual e suas implicações para o direito penal	42
3.1.1 A tentativa de formação de um conceito comum	49
3.1.2 As consequências da falta de consenso.....	55
3.2 Os problemas dogmáticos identificados na tipificação interna do terrorismo internacional	63
3.2.1 O fator organizacional e a imprecisão teórica da criminalização de uma ideologia	72
4 O Combate ao Terrorismo sob a Perspectiva do Direito Penal Internacional	85
4.1 A estruturação do Direito Penal Internacional	87
4.2 A definição acerca do terrorismo internacional e o debate entre <i>fattispecie</i> e <i>ius cogens</i>	98
5 A Guerra Contra o Terrorismo e o Terror da Guerra.....	107
5.1 Perspectivas para uma proposta de enfrentamento fora da guerra e do direito penal	123

6 Considerações Finais.....	141
Referências	149

Lista de Abreviaturas e Siglas

- BGH** – *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal Alemão)
CIV – *Comisión Internacional de Verificación*
DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH – Direito Internacional Humanitário
DPI – Direito Penal Internacional
EUA – Estados Unidos
ETA – *Euskadi Ta Askatasuna*
FBI – *Federal Bureau Investigation*
FNL – Frente Nacional de Libertação
FARC – Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
ISI – *Inter-Services Intelligence*
MAK – *Maktab al-Khadamat*
ONU – Organização das Nações Unidas
IRA – *Provisional Irish Republican Army*
RAF – *Rote Armee Fraktion*
SIVJRNR – *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición*
StGB – *Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão)
TPI – Tribunal Penal Internacional

1 Introdução

Os acontecimentos ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, constituíram um marco a partir do qual foram estabelecidos novos paradigmas no combate ao terrorismo internacional. Como resultado, houve uma profusão de legislações penais, apressadamente editadas no âmbito interno da soberania de cada país com o escopo de conferir um véu de legitimidade aos excessos cometidos na luta contra o remodelado arqui-rival da democracia.

Inobstante o vasto acervo legislativo formado a partir de então, pouco se discutiu quanto aos limites que deveriam ser observados no processo de criminalização de práticas consideradas terroristas, notadamente em nível internacional, bem como se os pressupostos necessários à legitimidade das normas penais de fato haviam sido observados. O discurso retórico construído em torno de um direito penal, desestruturado por finalidades políticas, cuidou de rechaçar qualquer possibilidade de debate racional do problema e dos caminhos possíveis e viáveis para solucioná-lo.

A opção acrítica pelo direito penal deixou de lado questões elementares, a exemplo da ausência de uniformidade quanto ao que se compreende como “ato terrorista” e a excessiva carga que tal adjetivação implica. Tanto pode ele significar uma estratégia de governo, a exemplo do terror branco institucionalizado pelas Revoluções Francesa e Bolchevique, como também representar atos coordenados de violência simbólica dirigidos contra o Estado. De igual modo, pode ser conceituado como um conjunto de atos criminosos com fundamento em uma ideologia mediata, assim

como pode caracterizar períodos históricos ou mesmo identificar movimentos sociais de contestação, a exemplo do terrorismo anarquista que se desenvolveu a partir do século XIX.

Essa gama de definições, que apenas exemplifica a ampla extensão terminológica atribuível ao terrorismo ao longo do tempo, constitui um problema central desta obra, haja vista as deletérias consequências decorrentes da insegurança jurídica que isto provoca. Diante de vários significados, não há como se estabelecer com clareza aquilo que se pretende identificar ao qualificar dado ato como um “atentado terrorista”, que muito mais serve como adjetivo para deslegitimar a conduta e eleger inimigos. A preocupação quanto a se o fato deva ser tratado internamente como crime ou acaso se estaria diante de uma estratégia, ainda que violenta, no contexto de uma guerra assimétrica, vem sendo menosprezada pelas razões de Estado.

Tais obstáculos não têm merecido a necessária atenção no processo de formulação dos tipos penais que, desconsiderando a ausência de pressupostos de validade, cada vez mais buscam sua fonte de legitimidade em critérios metajurídicos. Diante de uma questionável pauta de interesses políticos-ideológicos, se tem feito uso corriqueiro das medidas punitivas, usualmente editadas em um contexto de permanente exceção, na tentativa de se eliminar o fenômeno através da opção por um direito penal simbólico e direcionado a atores estereotipados. Nisso se consubstancia a face biopolítica das estratégias belicosas de combate ao terrorismo.

No caso do Brasil, que historicamente não convive com situações ordinariamente adjetivadas como atentados terroristas – com necessárias ressalvas históricas ao terror do período mais cruento da ditadura militar –, é particularmente curioso e até mesmo questionável a pertinência científica do objeto deste estudo. Essa possível falsa aparência de irrelevância prática do tema é

subitamente afastada pela própria envergadura constitucional da matéria, a despeito da superficial afirmação manualesca de que o repúdio ao terrorismo, princípio regente das relações internacionais consagrado no artigo 4º da Constituição Federal, consistiria em um mandamento de criminalização. E mais ainda pela publicação, sem a necessária compreensão da matéria, da Lei nº 13.260/2016, que inadvertidamente criou o tipo penal específico do crime de terrorismo em nosso país, dando ainda mais urgência à necessidade de estudá-lo.

Mas independentemente de qualquer fundamento de razão prática, temas controvertidos e atuais como este, cuja preocupação e interesse transcendem barreiras territoriais, suscitam indagações coletivas que forçam a ciência jurídico-penal ao seu limite, discutindo-se até que ponto a tipificação de condutas está apta a contribuir para solução de problemas globais multifacetários. Em sua excepcionalidade, o direito penal deve reconhecer suas próprias limitações diante de novos desafios, quer seja para admitir a necessidade de adequar-se a novas demandas, quer para identificar que possíveis soluções devam ser buscadas além do seu horizonte delimitado de atuação.

Dito isso, elegendo como marco histórico os atentados ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, a pesquisa tem como objetivo analisar se há legitimidade na utilização do direito penal – considerados seus instrumentos típicos e os limites de intervenção – no combate ao terrorismo, a partir da concepção deste como estratégia de enfrentamento. Aliado a isso, analisar os conceitos de direito de guerra, direito penal internacional e a aplicação do direito de guerra dentro do direito penal interno, enquanto caminhos possíveis para que se adote uma saída minimamente danosa aos direitos e garantias fundamentais comprometidos no processo de criminalização.

Parte-se da hipótese de que a estrutura sistêmica do direito penal impõe limites que condicionam a validade da norma, e que o terrorismo internacional, por não se adequar a tais requisitos, esbarra em postulados vinculantes que o tornam matéria inadequada ao sistema. Diante disto, há uma aparente perda de legitimidade dos tipos penais editados, suscitando o debate se outras instâncias devem ser consideradas para lidar com o conflito. Com efeito, a pesquisa busca responder à seguinte questão: deve o enfrentamento ao terrorismo internacional ser realocado ao campo do direito internacional, salvaguardando o direito penal ou deve o sistema penal modificar suas estruturas para validamente admitir a tipificação do fenômeno?

Nesse contexto, o objetivo geral deste estudo consistiu em fazer uma análise jurídico-penal do processo de criminalização do terrorismo internacional, considerando os obstáculos dogmáticos à tipificação do fenômeno e, a partir disto, identificar possíveis novas perspectivas de enfrentamento. E, como objetivos específicos: verificar a possibilidade de realocação do enfrentamento ao terrorismo internacional para o campo do direito humanitário, salvaguardando o direito penal; e paralelamente identificar as modificações necessárias nas estruturas sistêmicas para validamente admitir um tratamento penal do fenômeno.

Como método, optou-se pela abordagem analítica dos principais referenciais teóricos que direta ou indiretamente, tratam acerca do tema ou das questões por ele incidentalmente suscitadas. Aliado a isso, considerando a transnacionalidade que caracteriza o fenômeno do terrorismo internacional que desconhece limites territoriais, o estudo buscou estabelecer uma análise comparada das principais legislações dos países que assumiram o protagonismo no combate ao terror.

Desse modo, buscando suprir, ao menos parcialmente, a lacuna ainda existente, a importância desta obra se justifica no fato de que a desenfreada criminalização do terrorismo, ao não se ater previamente aos obstáculos teóricos existentes, tem passado ao largo de questões dogmáticas aparentemente inconciliáveis. A amplitude dos tipos penais, incapazes de descrever uma conduta cerrada, tem contribuído para eliminar politicamente as barreiras que deveriam delimitar a imputabilidade penal, permitindo que condutas diversas possam ser arbitrariamente moldadas e duramente reprimidas, ao argumento de que se trataria de atos terroristas.

2 Compreensões Iniciais e Contextualização do Tema

Em linha evolutiva, foi o processo de modernização que desfez a imagem da sociedade agrária antes dominante no século XIX, transformando-a na sociedade industrial simbolizada pela linha de produção e responsável pela eclosão do capitalismo como principal sistema econômico. Essa modernização reflexiva¹, além de abrir os caminhos para o surgimento de outra modernidade – no sentido de transição, indesejada e inaudível, pelo esgotamento da sua estrutura, a partir da destruição de antigos pilares –, provocou efeitos que não se restringiram à economia e ao modelo de produção (BECK, 2000). Tal processo foi responsável pelo surgimento dessa nova figura representada pelo risco²,

1 A expressão “modernização reflexiva” se refere ao processo de mudança da sociedade industrial e radicalização da modernidade, alterando sensivelmente suas premissas até à substituição daquela pela sociedade do risco, onde a alta complexidade das relações, sobretudo dos seus efeitos colaterais, escapa ao controle dos sistemas convencionais de regulação. Nas palavras de Beck (2000, p. 6), “a ‘modernidade reflexiva’ significa autoconfrontação com os efeitos da sociedade do risco, efeitos esses que não podem ser resolvidos nem assimilados pelo sistema da sociedade industrial, nem medidos pelos modelos institucionalizados desta última”.

2 Para Bauman, o conceito de risco proposto por Beck (responsável pela criação da expressão “sociedade de risco”) não é capaz de traduzir, em toda sua complexidade, a novidade introduzida na vida social pelo aspecto negativo da globalização, visto que a ideia de “risco” parte do pressuposto de uma regularidade previsível, de modo que os riscos possam ser calculados. Desse modo, propõe o autor a substituição do termo pela “sociedade da incerteza”, onde os conflitos sociais já não são tratados como problemas da ordem, mas como questões do risco, tratadas como cálculos de probabilidade que não são capazes de excluí-lo (BAUMAM, 2008, pp. 129-130).

que passa a caracterizar a sociedade desde o período pós-fordista (WERMUTH, 2010, p. 16).

Ao passo que a sociedade industrial esteve orientada pela lógica da distribuição de riquezas, a transformação introduzida pelo aumento das ameaças no natural processo de modernização trouxe um novo paradigma: a necessidade de se considerar a instabilidade das relações de emprego, a eclosão de novas doenças e o aumento da criminalidade, distribuindo-os de modo a tornar possível a convivência com o horizonte de incertezas. Essa é uma das características do processo de globalização, cujo conceito não se limita ao desfazimento das fronteiras, usualmente concebidas através de um processo de uniformização social viabilizado pela tecnologia, mas também no aumento da insegurança através da proliferação do medo enquanto escusa para relativização das bases garantistas no combate à criminalidade moderna.

Com efeito, a capilaridade do conceito de globalização é capaz de definir diversos fenômenos que lhe ensejam uma visão multifacetada, destacadamente o surgimento de um novo modelo econômico, a introdução da tecnologia nos mais diversos setores da vida social (responsável, em parte, pela instabilidade das relações) e uma nova ordem política decorrente da aproximação entre Estados. No âmbito do Direito Penal, ela se caracteriza pela adoção de discursos de máxima intervenção, refletindo o estado de ânimo social na edição de tipos penais, independentemente de qualquer análise racional acerca da real capacidade em lidar com o problema (RIPOLLÉS, 2013, p. 47). Neste contexto é necessário discutir até que ponto o papel do direito penal, com seus instrumentos tradicionais e se mantendo fiel ao Estado Democrático de Direito, está em condições de tratar dos modernos riscos da vida, notadamente com o novo viés transnacional do terrorismo e a imprevisibilidade da ocorrência de novos atentados (ROXIN, 1997, p. 61).

Para Prittwitz (2013, p. 61), o direito penal, dentre os candidatos ruins no marco do Direito, na realidade, é o pior deles para dar solução aos problemas da sociedade de risco. As ilusórias demandas apresentadas são produto de um discurso punitivo retoricamente disseminado, forçando o expansionismo do direito penal ao ponto de desnaturar o escopo da norma e relativizar a finalidade da intervenção, que para os clássicos deveria se restringir à tutela dos bens jurídicos pessoais e individualizáveis. Contudo, não há quanto a isso um consenso doutrinário; existem construções em sentido contrário, admitindo que a norma penal atue socialmente como depositária de funções morais e políticas, razão pela qual não se pode renunciar aprioristicamente a intervenção penal na luta contra o terror.

Existem correntes doutrinárias que, em maior ou menor grau, são refratárias à ideia defendida de modo geral pela chamada Escola de Frankfurt³, que encontra nos teóricos do chamado Direito Penal Mínimo um ponto de convergência. Nessa perspectiva, a sanção penal, desde que orientada pela proteção aos bens jurídicos, ainda seria capaz de dar à sociedade respostas satisfatórias àquilo que se reconhece como nova criminalidade, na qual o terrorismo está inegavelmente inserido.

É nessa conjuntura que a criminalização do terrorismo surge como representação da sociedade contemporânea, fortemente atingida pela liquefação dos sentimentos de medo e insegurança. No que se refere ao tema proposto, esse fenômeno se contextualiza a partir dos atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001, que servem de paradigma para o enfrentamento penal do terror na atualidade. Conforme assevera Zilli (2014, p. 22), “a escalada

3 Nessa Escola, em que pese a discussão acerca da unidade de pensamento, merecem destaque Winfried Hassemer e Cornelius Prittwitz, utilizados na pesquisa como referencial bibliográfico.

internacional e a repercussão midiática que as ações terroristas assumiram levaram aquele fenômeno para um patamar até então desconhecido”, justificando a delimitação temporal em razão dos novos elementos introduzidos a partir deste marco.

Os atentados cinematográficos que tiveram como alvo principal as Torres Gêmeas em Nova York, cuja autoria foi reivindicada pela Al-Qaeda, então sob a liderança de Osama bin Laden, consolidaram essa nova fase transnacional do terrorismo e revelaram ao mundo um cenário de caos. Desde então, não resulta muito difícil identificar o terrorismo como fenômeno que parece ter trazido a desordem das coisas, pondo em cheque conceitos que até então permaneciam em lados opostos: o direito penal e a guerra⁴, que se confrontaram a partir da resposta bélica dada pelos Estados Unidos e as legislações penais editadas desde então.

Classicamente, se assassinatos em massa de pessoas comportavam crimes individuais, então, a detenção e julgamento dos responsáveis pelos órgãos jurisdicionais nacionais parecia ser a resposta apropriada. Ao contrário, acaso se reconhecesse no assassinato em massa um crime de guerra, então, a justiça que poderiam impor os tribunais nacionais de um Estado se torna uma medida irrelevante, resultando preferível uma campanha militar. Embora essa diferenciação ainda possa ser sustentada a partir de um ponto de vista teórico, a realidade tem permitido uma perigosa aproximação, esfacelando as barreiras que antes delimitavam com maior

4 Seus campos de aplicabilidade são classicamente distintos: enquanto o direito penal se concentra no âmbito interno, voltado aos seus próprios pares, a guerra se estabelece a partir de uma perspectiva externa, no combate ao outro. Com efeito, o direito penal pressupõe um senso de identidade e uma análise a partir de um ponto de vista essencialmente subjetivo; a guerra, por sua vez, é concebida através de uma lógica objetiva que àquele se opõe, tendo na figura do combatente um alvo a ser eliminado, independentemente de sua conduta individualmente considerada.

exatidão o que seria um crime e o que seria um ato de guerra, e quais seriam as soluções apropriadas para cada espécie.

Não há dúvidas quanto à relevância penal das condutas praticadas. O homicídio de pessoas, o sequestro de aeronaves e os danos físicos e materiais provocados, correspondem à definição de delitos em qualquer código penal ou qualquer outra fonte do direito penal. A dificuldade, entretanto, reside em saber se tais atos foram crimes ocorridos “na América” ou ataques “à América” – dilema este cuja solução é essencial para que se possa determinar, por meio de conceituação tecnicamente compromissada, o que se deve entender como terrorismo e qual a resposta juridicamente adequada (MUÑOZ CONDE, 2013).

Adotando o mesmo marco temporal – os atentados ocorridos nos Estados Unidos no dia 11 de setembro de 2001 – Prittwitz (2004) estabelece uma análise comparativa, a partir do caso concreto, identificando circunstâncias que, inclusive sob uma perspectiva histórica, aproximam o direito penal e a guerra. Segundo ele, “ambos infligem males apenas justificáveis em dado nível de civilização alcançado, e ambos se encontram em convivência com a vingança e a revanche” (PRITTWITZ, 2004, p. 174).

A partir desse recorte, surge a indagação se no combate ao terrorismo estar-se-ia equivocadamente reagindo com persecução penal contra um fato com dimensões bélicas, ou se o direito penal deve adequar suas estruturas dogmáticas a este novo fenômeno. Essa inevitável aproximação entre as categorias guerra, crime e direito penal, invoca a discussão sobre se um direito penal supranacional pode interpretar-se como um avanço no grau de civilização sobre qualquer conflito bélico e se ele está suficientemente estruturado para assumir este encargo. Por outro lado, de igual modo se questiona se seria o direito penal algo mais civilizado que a própria guerra, hipótese em

que a abordagem do fenômeno melhor se adequaria ao direito internacional humanitário.

Mas em que pese o recorte temporal adotado para delimitar o objeto de estudo, desconsiderar o passado implicaria ter uma visão limitada e conseqüentemente incompleta. O terrorismo não é fenômeno novo e compreendê-lo exige um esforço retrospectivo de suas múltiplas origens ao longo da História, onde a acentuada utilização de termos vagos na posterior criminalização de condutas genéricas – quando não já criminalizadas por tipo penal específico – viabilizam a modelagem política do termo.

2.1 Um retrospecto histórico acerca da construção do terrorismo: das Revoluções Francesa e Russa ao terror da Segunda Guerra Mundial

A fenomenologia do terrorismo se relaciona historicamente com os movimentos de reação e libertação exercidos por grupos revolucionários ou oprimidos contra o arbítrio e o autoritarismo; lutas que costumam envolver o uso instrumental e recíproco da violência, cuja distinção quanto às estratégias de enfrentamento e uso da força decorre exclusivamente a partir de onde ela é exercida e contra quem o é. Nesse sentido, sintetiza Fanon (1997, p. 69), teórico dos processos de descolonização ocorridos a partir da segunda metade do século XX, que “a violência do regime e a contra-violência do colonizado equilibram-se e correspondem-se numa extraordinária homogeneidade recíproca”.

Segundo Regis Prado (2000), o termo “terrorismo” se origina etimologicamente do latim, precisamente dos verbos *terrere*

(*tremer*) e *detertere* (amedrontar), utilizados no sentido de medo intenso. Embora se possa aí reconhecer seus antecedentes linguísticos quanto ao étimo, não se pode disso extrair nada que descreva a genealogia da prática terrorista. Pellet (2003, p. 10), por sua vez, destaca que o termo foi sido introduzido na língua francesa em 1335, oriundo do latim *terror*, mas que não possuía a conotação política que lhe fora posteriormente acoplada; buscava designar um medo ou ansiedade extrema, costumeiramente associada a uma ameaça vagamente percebida, pouco familiar e largamente imprevisível.

Em verdade, tentar localizar uma única origem para o termo é tarefa impossível. Isso se deve em razão das diversas formas pelas quais a prática terrorista foi reconhecida e caracterizada ao longo do tempo, incorporando no conceito atribuído condutas variadas, tanto extraídas de uma sucessão de acontecimentos históricos (sem uma necessária hierarquia ou linearidade) quanto pelo uso simbólico para instrumentalizar a consecução de interesses políticos. Tudo isso contribuiu para resultar nessa problemática [in]definição.

Outros autores apontam como procedências mais remotas grupos que foram ativos no século I d.C., como os *sicarii*, que ficaram conhecidos pela utilização da adaga (*sicarius*) para eliminar seus oponentes métodos não ortodoxos: sempre sob a luz do dia, preferencialmente durante feriados e eventos que congregassem multidões durante o dia (LAQUEUR, 2002, p. 7-8; DEGENSZAJN, 2006, p. 17). Os ataques cometidos por aquele grupo extremista buscava incitar os judeus mais pobres contra a ocupação romana em Jerusalém, demonstrando que o fenômeno, desde os seus primórdios, se relaciona de uma maneira muito próxima – quando não instrumental – com as disputas pelo poder.

Apesar das fontes aqui indicadas, além de diversas outras cuja correlação seria possível⁵, há relativo consenso em se reconhecer como primeira utilização do termo “terror”, do qual derivou a palavra terrorismo, em designação ao período da Revolução Francesa compreendido entre 31 de maio de 1793⁶ e 27 de julho de 1794⁷, durante o qual se estima que mais de doze mil pessoas foram guilhotinadas em praça pública. Precisamente nesse sentido, como destaca Lacqueur (2002, p.6), a palavra “terrorismo” foi incluída no Dicionário da Academia Francesa para identificar um sistema ou regime de terror. A partir de então, passou ele a caracterizar “qualquer época de perseguições por motivos políticos como, por exemplo, o chamado “terror branco”, designação dada aos excessos cometidos pelos realistas do sul da França durante os primeiros anos da Restauração” (GUIMARÃES, 2007, p. 13).

Vale destacar, entretanto, que a Revolução Francesa não inaugura o uso do terror; este, compreendido como sentimento provocado pela utilização simbólica da violência para reprimir insurgências e revoltas populares ou, em sentido oposto, para incitar reações sociais, já era praticado anteriormente, mesmo que não nomeado como tal. O que singulariza o período revolucionário é a forma pela qual o mesmo é institucionalizado e formalmente utilizado como espécie de razão de Estado que concebe a si mesmo como fim, sob a escusa de uma situação excepcional

5 Para maiores detalhes sobre as origens históricas, vide Lacqueur (2002, p. 3-20).

6 Queda dos deputados girondinos (classificados como de direita, pela localização nas sessões da Convenção Nacional), que buscavam evitar radicalizações na Revolução Francesa e consolidar as conquistas da burguesia.

7 Também conhecido como reação termidoriana, quando houve a queda de Robespierre, que havia tomado a liderança de Danton, culminando com a condenação daquele à guilhotina.

nascida da própria revolução, na qual os fins justificariam os meios violentos utilizados.

Naquele contexto revolucionário, já com a transformação da Assembleia Nacional Constituinte em Convenção Nacional no final de 1792, a conjuntura política instaurada na França⁸ passou a exigir do governo revolucionário posições mais contundentes. Esse período, marcado pela utilização do terror como forma de governo, foi resultado de uma estratégia política implementada por Robespierre para atingir a governabilidade daquele novel regime. O escopo era o de impor a autoridade com base no medo, através de uma política de violência dirigida contra os opositores da revolução, eleitos como inimigos do poder.

Em tal conjuntura, o terror exercido pela disseminação do medo, na visão do seu idealizador, se justificaria como sendo uma força de moderação capaz de garantir a revolução nos limites dos interesses da classe burguesa (DEGENSZAJN, 2006, p. 57). Ali se construiu as bases para a ideia do estado de exceção, no qual se legitimaria o uso da violência e da opressão pelo Estado diante de uma situação de caos e perigo à ordem estabelecida. Conforme aponta Agamben (2004, p. 24), “é importante não esquecer que o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista”, e sua origem se dá justamente na Revolução Francesa, com a instituição do estado de sítio enquanto recurso extremo para preservação da estabilidade ameaçada.

8 Após a Convenção Nacional ter assumido o poder em setembro de 1792, a disputa interna entre as facções políticas dos girondinos e dos jacobinos havia se agravado, não só pela crise militar e econômica, mas principalmente em razão da divergência interna acerca do julgamento de Luís XVI como traidor da França, tendo sido ele guilhotinado em janeiro de 1793.

A partir de então, o “terror”, inicialmente utilizado como instrumento de legítima defesa estatal da ordem estabelecida, foi substituído pela expressão “terrorismo”, que buscava designar genericamente as práticas violentas abusivamente exercidas pelo Estado. Apenas no final do século XVIII, com o alvorecer da Revolução Industrial, o terrorismo ganhou novo significado, passando a designar não uma postura estatal, mas precisamente uma conduta a ele [Estado] oposta, exercida pela sociedade contra o soberano. O terror passa então a caracterizar a insurgência contra a ordem vigente através do uso dirigido da violência, assumindo contornos mais próximos ao que hoje se costuma compreender como terrorismo (GUIMARÃES, 2007, p. 14).

Os avanços tecnológicos e o processo de mecanização industrial não produziram resultados que se limitavam à economia e ao modelo de produção. Esse processo foi responsável por uma separação definitiva entre o capital e a classe trabalhadora, estabelecendo uma visível luta de classes onde se digladiavam burguesia e proletariado. Dessa classe operária sobrepujada, em resposta aos efeitos da Revolução Industrial, surgiram as chamadas doutrinas socialistas⁹, que em maior ou menor grau propunham uma forte reformulação social calcada num ideal de igualdade e justiça. É a

9 Dentre as quais estavam: 1) o socialismo utópico, ainda carregado de valores liberais, conservando uma estima pelas pequenas propriedades, tratando-se basicamente de idealizações de modelos, e não propriamente de uma doutrina; 2) o socialismo científico, que teve em Karl Marx seu principal teórico, na qual a luta de classes (utilização do método dialético, entre tese e antítese para se chegar a uma síntese, que seria justamente a Revolução Socialista) seria o agente transformador, tendo como meta final o comunismo e a erradicação das desigualdades e do próprio Estado, antecedido de uma ditadura do proletariado (com a socialização dos meios de produção e a eliminação da sociedade privada); 3) o anarquismo ou comunismo libertário, que teve como principal precursor Pierre-Joseph Proudhon, corrente ideológica que defendia uma liberdade geral e a destruição do Estado, que deveria ser substituído por uma república de pequenos proprietários.

partir dessa nova realidade política e social que o terrorismo passa a designar a violência utilizada como instrumento para consecução de fins políticos-ideológicos contrários ao Estado.

O principal responsável por essa inversão conceitual quanto ao processo de significação do terrorismo foi o movimento anarquista, fortalecido quando este encontrou no aristocrata russo Mikhail Bakunin seu principal líder – descrito como sendo um ativista exuberante, de entusiasmo contagiante e com grande capacidade de comunicação (GUIMARÃES, 2007, p. 15). Como destaca Monteiro (2009, p. 203), a imprensa escrita que se desenvolvia no período do anarquismo teve “um papel essencial, embora ambivalente, na edificação do temor aos anarquistas no imaginário social”, vez que a violência simbólica utilizada pelo anarquismo, para ganhar repercussão, necessitava ser levada ao conhecimento público através dos veículos de comunicação, para que então logo se produzisse o sentimento de terror junto à sociedade.

Esse caminho, contudo, não é linear. Entre o período da Revolução Francesa e os anos que antecederam à Revolução Russa, houve ações individuais espalhadas por diversos países da Europa e nos Estados Unidos que, analisados conjuntamente, autorizam reconhecer uma nova forma de terrorismo, que surge em retaliação aos abusos cometidos pelo Estado e aos efeitos deletérios do modelo econômico baseado na dominação.

Partindo da análise desenvolvida por Foucault, a Revolução Francesa incorporou a ideia de “guerra das raças” e a converteu no discurso revolucionário, transformando-a na luta de classes¹⁰, a partir da qual o terror encontraria legitimidade ao buscar aplacar

10 Particularmente entre a aristocracia (representada pela figura de Luís XVI), a burguesia (jacobinos) e os *sans-culottes*, camada popular utilizada pelos jacobinos como espécie de máquina de guerra para derrubar a liderança revolucionária dos girondinos.

seu inimigo. Sob a perspectiva do terrorismo dirigido à monarquia, a violência praticada contra o soberano e a aristocracia como um todo, carregava uma forte marca de vingança, a qual deveria ser maior que a violência (ou crime) originária, sem a intenção de buscar com ela uma punição proporcional aos atos cometidos contra o povo. “O excesso da punição devia responder ao excesso do crime e devia prevalecer sobre ele. Tinha de haver um algo mais do lado do castigo. Esse algo mais era o terror, era o caráter aterrorizante do castigo” (FOUCAULT, 2001, p. 103).

Vergès (2009, p. 70), identificando a marcante simbologia do processo de julgamento de Luís XVI, com razão elege o caso como o primeiro processo da época moderna, no qual a acusação trilhou uma estratégia de ruptura encabeçada por Saint-Just¹¹. Na ausência de lei positivada preexistente, havia uma lacuna quanto à norma penal que pudesse ser aplicada ao antigo rei, inalcançável pela legislação à época dos fatos vigentes. Diante do impasse reverberou a voz de Saint-Just, principal orador do caso, ao afirmar que a discussão travada partia de um pressuposto inexistente: o rei não era cidadão e deveria ser julgado como inimigo por ser responsável pelo derramamento de sangue do povo francês.

Estabelecendo um paralelo entre as espécies de terrorismo revolucionário, essa simbologia do soberano (poder centralizado) como inimigo e do Estado constituído como responsável pelas desigualdades é incorporada pelo anarquismo terrorista que se desenvolveu a partir do século XIX (VERGÈS, 2009, p. 117). Ao analisar os assassinatos dos presidentes da França e Estados Unidos, Sadi Carnot e William MacKinley, respectivamente, da Imperatriz da Áustria, do rei da Itália e do primeiro ministro da

11 Eleito membro do Comitê de Salvação Pública em 1793 e responsável por propor medidas mais violentas contra os opositores da revolução, ganhando por isso o apelido de “Arcanjo do Terror”.

Espanha, conclui Degenszajn (2006, p. 60) que “a tentativa de matar um rei ou um ministro tem, pelo menos, um significado prático direto; com o desaparecimento de uma destas pessoas, assim se julgava, o Estado começaria a definhar”.

As ações individuais, em que pese inicialmente isoladas, não se afastavam de uma perspectiva revolucionária. Para tanto, utilizava-se da simbologia do ato, naquilo que ficou conhecido como “propaganda pela ação”, tática de enfrentamento ao Estado que encontrou seu ponto alto na França de 1890¹², segundo a qual os atos isolados de terror, desde que veiculados midiaticamente, seriam capazes de produzir um efeito mais amplo que a simples violência imediata em razão da representatividade do ato. Confrontava-se, desse modo, não apenas o poder centralizado, mas os valores capitalistas da sociedade burguesa e o próprio modelo de Estado hierarquizado (DEGENSZAJN, 2006, p. 61; MONTEIRO, 2009, p. 205).

Os partidários do movimento anarquista, adeptos da estratégia de simbologia do terror, enxergavam na prática dos atos dirigidos de violência uma forma de ruptura com o modelo de sociedade e de Estado, o que ademais deslegitimaria este de julgá-los pela prática de suas condutas. Os atentados não apenas contribuiriam para o despertar de uma revolução social futura e utópica, mas consistiria na própria redenção para quem o praticasse em prol de um bem maior.

Entretanto, referidas ações ocorridas em países europeus e nos Estados Unidos, em que pese importantes para destacar o período no qual se desenvolve o anarquismo e essa nova noção

12 Quando, segundo Degenszajn (2006, p. 61), ocorreram os atentados de François-Claudius Koenigstein (Ravachol), August Vaillant e Émile Henry, cujas imagens foram construídas “de forma extremamente forte e concreta no periódico parisiense *Le Petit Journal*” (MONTEIRO, 2009, p. 205).

acerca do terrorismo, não possuem a unidade que destaca o movimento revolucionário na Rússia, no processo que se estendeu desde a década de 1860 até a Revolução Russa, entre os anos de 1917 e 1921 – durante o qual ocorreu uma multiplicidade de ações estruturadas, inicialmente individuais, depois através de grupos organizados (LACQUEUR, 2002, p. 197-198).

É possível dividir esse período em duas fases marcantes. A primeira delas, denominada de nihilista, era caracterizada pela atuação de grupos de jovens estudantes em um contexto urbano, com o único propósito de destruir o Estado, sem que houvesse uma preocupação em edificar um novo modelo de sociedade. Esse período de movimentos radicais nos anos de 1860 inaugura na Rússia a prática de assassinatos de lideranças do Estado, a exemplo do atentado contra a vida do czar Alexandre II. A segunda fase, chamada de populista, identifica a atuação de grupos organizados¹³, voltados, sobretudo, para autodeterminação dos povos do Império Russo e para transferência das terras aos camponeses, buscando o fim imediato do regime czarista (DEGENSZAJN, 2006, p. 74).

O contexto político era de contrariedade com o regime ditatorial russo, cujo governo se caracterizava pela ausência de liberdades individuais; realidade agravada pela insatisfação com o avanço capitalista, que com o tempo estava minando a estrutura agrária em proveito do setor industrial em ascensão. Esse foi o substrato necessário para o início das primeiras manifestações da classe estudantil, fortemente reprimidas pelo governo.

Foram justamente os excessos cometidos nessa repressão que fortaleceram o processo de radicalização, contribuindo para uma maior adesão aos movimentos de oposição ao regime ditatorial do czar russo. Com efeito, o elemento propulsor para aquela forma

¹³ A exemplo da organização Terra e Liberdade, *Zemlya i Volya*, em russo.

de terrorismo foi precisamente a violência utilizada no processo de contrarrevolução pelo Estado (posteriormente denominado de terror branco), numa visível espiral de violência que apenas agravava as ações executadas por ambas as partes.

A insurgência de parte da população contra o Estado foi sendo paulatinamente estruturada, chegando inclusive à edição de um documento público que sistematizava as ações do anarquismo terrorista. Esse verdadeiro estatuto, denominado de Catecismo Revolucionário (BAKUNIN, 2009), serve de base para os demais grupos que surgem ao longo do período pré-revolucionário, que adotam a prática do terrorismo na guerra contra o Estado¹⁴ – a exemplo da organização Vontade do Povo, que teve continuidade no século XX com o Partido Socialista Revolucionário.

Essa pretensa legitimidade no uso instrumental e midiaticamente difundido da violência, de sorte a minar as bases estruturantes do inimigo atacado através da disseminação do medo, é incorporada pelos membros da Revolução Bolchevique, de modo a consolidar aquela forma de governo dito revolucionário. O terrorismo, antes utilizado na tentativa de destruir o Estado czarista, passou a ser utilizado estrategicamente pelo Estado comunista. Trotsky, responsável pelo comando do exército vermelho e que não concebia a revolução sem o recurso às armas – já ali corre-

¹⁴ O Catecismo Revolucionário preconiza uma ruptura com o Estado e a sociedade, estabelecendo uma sujeição aos ideais da revolução. Para ele, o revolucionário é um homem que faz o sacrifício da sua vida, e que, em consequência, não mais é independente. Ele não tem qualquer deferência pela religião, pelo Estado principalmente, ou por toda a classe cultivada da sociedade, e não deve daí esperá-las igualmente. Nele se constrói a alegoria de que revolucionário e sociedade travam um combate mortal; uma luta aberta ou clandestina, sem trégua ou graça, devendo aquele estar disposto a arcar com todos os tormentos e recorrer a quaisquer medidas, ainda que drásticas e violentas (BAKUNIN, 2009).

lacionando, no contexto revolucionário, opositores a inimigos –, assim justificava a necessidade do terrorismo vermelho:

A intimidação é o mais poderoso meio de ação política tanto na esfera internacional como no interior. A guerra, como a revolução, assenta na intimidação. Regra geral, uma guerra vitoriosa só extermina uma parte ínfima do exército vencido, mas desmoraliza os outros e quebra-lhes a vontade. A revolução age do mesmo modo: mata algumas pessoas e assusta mil (TROTSKY, 2005, p. 31, tradução livre).

O paralelo estabelecido entre as duas revoluções é inegável, e a partir delas foram estabelecidas as bases que permitiram edificar as múltiplas noções acerca do terrorismo – marcado pela ideologia (por vezes cega) e pela espiral de violência (caracterizando um revanchismo). Ambas buscaram cada qual ao seu modo, utilizar a exculpante da “defesa legítima de um bem maior”, ou do próprio Estado, como autorização para o uso do terrorismo contra seus opositores, incorporando um discurso maniqueísta que reconhece no outro um inimigo. Para tanto, a repercussão dos atos de violência simbólica que caracterizam o terrorismo deveriam ser disseminados, isto é, as ações isoladas deveriam ser levadas ao conhecimento de todos para lograr ganhar adeptos e produzir o sentimento de terror e insegurança generalizados, de modo que o processo de midiaticização do terror é indissociável à discussão acerca do terrorismo.

A instrumentalização do terror como estratégia de controle, semelhante ao período de terror branco que se seguiu à Revolução Francesa, foi uma característica igualmente presente nos governos totalitários da Alemanha nazista e da Rússia soviética. A diferença fundamental entre estas e os regimes tirânicos do passado,

como destaca Arendt (1998, p. 26), é que o terrorismo deixou de se voltar ao extermínio e amedrontamento dos oponentes, tornando-se instrumento para governar as massas obedientes.

Especificamente no caso do regime nazista, a campanha de terror foi dirigida contra parcela determinável, selecionada em razão de características comuns aleatórias e independentes da conduta individual¹⁵. O processo de naturalização do antisemitismo, que se tentou justificar e encobrir através da teoria do bode expiatório, foi um fator decisivo para instauração do governo de terror total – essência do regime totalitário já em seu último estágio de desenvolvimento (ARENDRT, 1998). Esse elemento de doutrinação ideológica que marca o totalitarismo no período da Segunda Guerra Mundial, pronunciada contra grupos minoritários considerados indignos de viver, é revisitado e redefinido na atual forma de combate ao terrorismo internacional através da associação ao islamismo.

Os campos de teste e extermínio – expressão última do governo de terror total – foram de tal modo incorporado na dinâmica totalitária, que as incontáveis atrocidades contra os direitos humanos¹⁶ se diluíram no contexto de uma falsa coerência, artificialmente forjada através da propaganda totalitária, cujo efeito foi potencializado pela inserção e posterior substituição, em etapa seguinte, daquela pelo terror, já enquanto forma de

15 Segundo Arendt (2013, p. 26-28), o terror do regime soviético, comparativamente ao regime nazista, foi particularmente mais avançado em razão da arbitrariedade dos alvos, porquanto não se possa identificar circunstâncias ou características específicas quanto às vítimas do terror policial. Nesse sentido, a ausência de alvos identificáveis produz a constância necessária para subjugar, com maior eficiência, parcela maior da população.

16 Dentre as mais chocantes, ainda que não tenha sido a única espécie de violação aos direitos humanos, destaca-se o genocídio do povo judeu. Para maior compreensão sobre a história do antisemitismo e a questão judaica, vide Arendt (1998, p. 23-110).

governo, dirigido contra uma população ideologicamente subjugada (ARENDT, 1998, p. 390-413).

Na visão de Arendt (1998, p. 526), o isolamento foi um fator decisivo para o desenvolvimento dessa forma original de tirania, estruturado a partir da impotência coletiva dos homens politicamente isolados. Mas o domínio totalitário não se contentou com esse isolamento, baseando-se também na solidão¹⁷ na esfera dos contatos sociais, criando uma coerção interna que, operada coletivamente, cria uma massa organizada de sujeitos dessubjetivados, permitindo o controle baseado na experiência de não se pertencer ao mundo. Compreender essas características de desarraigamento e superfluidade, isolamento e solidão, serão fundamentais para o desenvolvimento do contraponto apresentado no quinto capítulo.

No apogeu do domínio totalitário, as práticas terroristas estavam de tal modo inseridas nas engrenagens de controle, ao ponto em que os membros da hierarquia na cadeia de comando, subjugados pela coerção da lógica totalitária, não mais detinham a humana percepção acerca da manifesta ilicitude das ordens executadas. Esse nível de influência de um aparato organizado de poder foi particularmente relevante, inclusive, para o avanço da ciência jurídico-penal, notadamente para aferição da responsabilização penal do autor mediato a partir do conceito de domínio funcional do fato, desenvolvido por Claus Roxin a partir de uma aula inaugural ministrada em 1963, cuja recepção internacional

17 Segundo Arendt (1998, p. 530), “o que prepara os homens para o domínio totalitário no mundo não-totalitário é o fato de que a solidão, que já foi uma experiência fronteiriça, sofrida geralmente em certas condições sociais marginais como a velhice, passou a ser, em nosso século, a experiência diária de massas cada vez maiores. O impiedoso processo no qual o totalitarismo engolfa e organiza as massas parece uma fuga suicida dessa realidade”.

foi e continua sendo amplamente referendada pela jurisprudência dos Tribunais internacionais (ROXIN, 2014, p. 182-187).

2.2 O prelúdio ao terrorismo contemporâneo

Esse retrospecto histórico, entretanto, não é suficiente para explicar os atentados ocorridos no dia 11 de setembro nos Estados Unidos, os quais não possuíam uma conotação político-revolucionária, a finalidade de incitar a insurgência popular e muito menos uma forma institucionalizada de violência. A isso escapa o fenômeno da transnacionalidade que hoje identifica o terrorismo, associado principalmente à intolerância religiosa de grupos ortodoxos extremistas.

A Revolução Francesa deixou um legado que serviu de base para as demais revoluções que se sucederam; enquanto referência tornou-se um modelo a ser imitado, não apenas naquilo que toca à tríade revolucionária, mas também quanto à cultura francesa. Essa posição de destaque assumida pela França construiu as bases para o [neo]colonialismo, sob o argumento altruísta de que a sua intervenção em outros países, sobretudo da África¹⁸, se justificaria pela necessidade de humanização dos povos bárbaros, o que evidencia a concepção etnocentrista que norteou todo esse processo.

Como resultado, a França, partindo de uma verdade própria – segundo a qual seria ela um veículo de libertação – e desconsiderando toda noção de pluralismo, soberania e autotutela dos povos, estabeleceu colônias ao longo da África e da Ásia¹⁹, cuja resistên-

18 A África foi oficialmente partilhada entre os países europeus (que detiveram 90% do território africano) na Conferência de Berlin, realizada entre os anos de 1884 e 1885.

19 Iniciando com a Argélia, no ano de 1830 (posteriormente tratada como um prolongamento da própria metrópole), e chegando a ocupar todo o nordeste

cia popular fora enfrentada belicosamente. A ocupação não se deu através de um processo natural, de aceitação e reconhecimento da nova cultura, mas através de uma imposição armada, a qual implicava no desfazimento das bases que estruturavam e identificavam social, política e culturalmente o povo “conquistado”.

Aquela forma brutal de colonização gerou uma natural insatisfação dos povos dominados, fato que culminou no despertar do nacionalismo e na conseqüente criação de grupos de resistência organizada. Dentre eles se destacou a FNL (Frente de Libertação Nacional) da Argélia, o qual, conforme destaca Vergès (2009, p. 130, tradução livre),

herdeiro dos movimentos nacionalistas precedentes – União Democrática do Manifesto Argelino e Movimento pelo Triunfo das Liberdades Democráticas –, deles tomou seu sistema de defesa, que era – como o do Movimento Democrático de Renovação Malgache em Madagascar e a União Democrática Africana na África durante a dominação francesa – a denuncia dos regimes de exceção (Decreto Réginier na Argélia) e a reivindicação das liberdades democráticas.

Em resposta à repressão violenta e à perseguição política do Estado francês, esses movimentos nacionalistas, destacadamente a FNL, assumiram uma vertente militarizada que passou a utilizar estratégias terroristas na tentativa de forçar o reconhecimento da almejada autonomia que lhes era negada. Os atos de resistência armada, na tentativa de potencializar a repercussão dos atentados, passaram a ocorrer não no território colonizado, mas na própria

africano, bem como Somália e Madagascar. Na Ásia foram estabelecidas colônias na região da Indochina, formada por Laos, Camboja e Vietnã.

França, sobretudo em Paris, assim inaugurando a internacionalização do terrorismo nos moldes atualmente concebidos. A cobertura midiática dada aos casos foi imediata, e os integrantes desses grupos passaram a ser tratados enquanto terroristas, e nesta condição foram presos e processados.

Os julgamentos dos membros da FNL levaram ao campo judicial reivindicações que se assemelhavam aos ideais da própria revolução. O ponto fundamental era, assim, a legitimidade para se julgar, enquanto criminosos, militantes políticos que utilizaram estratégias terroristas no contexto de uma luta armada e em resposta à violência e opressão do próprio Estado, bem como a aplicabilidade da legislação francesa àqueles que reivindicavam uma nacionalidade própria.

Conforme aponta Vergès (2009, p. 131, tradução livre), “o processo se convertia abertamente em processo de ruptura”, denunciando a violação das liberdades democráticas no processo de “descolonização”, cuja violência originária havia construído o cenário que justificou o levante popular pela independência; naquele contexto, a violência instrumental estaria legitimada, também enquanto reação ao terrorismo branco estatal. A discussão se mostra atual, tendo em vista que a origem dos atentados terroristas transnacionais se trata, na maioria dos casos, de uma resposta contra aquilo que se percebe como um estado de ocupação militar do próprio país (ZOLO, 2006).

Essa “pretensão universalizante”²⁰ foi posteriormente assumida pelos Estados Unidos ao final da segunda guerra mundial,

20 Termo utilizado por Pierre Bourdieu (2003) em seu ensaio “Dois imperialismos do universal”, no sentido negativo de universalidade fechada, que substitui o imperialismo em declínio do modelo revolucionário francês pela nova forma de imperialismo em ascensão dos Estados Unidos. A expansão do modelo estadunidense de continuidade democrática não prescinde, neste processo, de dispositivos de

com a consequente polarização que marcou o período da Guerra Fria. Elevado ao posto de superpotência e símbolo maior do bloco capitalista, os Estados Unidos, pretendendo intervir internacionalmente com o escopo de ocupar espaços de modo a conter o avanço da União Soviética, construiu o mito do modelo democrático estadunidense a ser espalhado pelo mundo como véu de legitimidade à sua política imperialista.

Parte dessa estratégia de embate ao avanço do comunismo e do socialismo – que possuíam experiências já consolidadas na América Central, Caribe e sudeste asiático – consistiu na ocupação militar das regiões de maior influência na Ásia, passando a intervir em disputas locais seculares e internacionalizando conflitos marcadamente regionais (sobretudo envolvendo disputas por locais considerados sagrados por judeus e muçumanos). O escopo era combater a ameaça comunista a qualquer custo, inclusive através do treinamento e financiamento de guerrilhas locais. Essa prática, denominada de contra insurgência, lançava mão do terror como estratégia de combate.

Nesse contexto se desenvolve o confronto no Afeganistão no final da década de 70, o qual envolvia o treinamento e aparelhamento de grupos muçumanos locais pelos Estados Unidos por intermédio da ISI (*Inter-Services Intelligence*, agência de inteligência paquistanesa), de sorte a não estabelecer uma ligação direta com os rebeldes chamados *mujahedin*, que se opunham à ocupação soviética no Afeganistão. Segundo Degenszajn (2006, p. 121), “essa foi uma empreitada que reuniu somas monumentais de recursos e mobilizou a economia regional que cresceu graças à guerra sustentada, principalmente, pelos Estados Unidos e União Soviética”

exceção e a convivência constante com o terror desencadeado pelo próprio Estado (BOURDIEU, 2003, p. 13-19).

Os rebeldes locais, desconhecendo o patrocínio e a intervenção norte-americana, desenvolveram uma *jihad*²¹ contra a União Soviética, financiada localmente por organizações islâmicas, dentre as quais estava a Maktab al-Khadamat (MAK), comandada pelo saudita Osama bin Laden, que havia recebido treinamento de guerrilha custeado indiretamente pelo Estado norte-americano. Com a retirada da União Soviética do Afeganistão em 1989, teve início uma guerra civil que resultou na tomada do poder pelo grupo Talibã no ano de 1996, conferindo à antiga MAK, agora sob o nome de Al-Qaeda, as condições necessárias para seu desenvolvimento enquanto célula terrorista que incorporava a soberania do ideal islâmico através da luta armada contra todos os que professassem outros credos.

Ao passo que os Estados Unidos avançavam em sua pretensão universalizante, personificando um ideal democrático e simbolizando o processo de globalização, se consolidava no Mundo Árabe um modelo no qual a religião exercia forte influência na política e no próprio Estado, em contraponto à laicidade defendida pelo ocidente. Com a queda da União Soviética, os Estados Unidos passaram a simbolizar o modelo de sociedade diametralmente oposta aos preceitos e valores do islamismo, criando um confronto que se agravava em face da intervenção militar norte-americana em países do Mundo Árabe e a ingerência daquele em assuntos que diziam respeito aos muçumanos.

Não tardou para que daí surgisse correntes religiosas que defendiam uma leitura radical do Alcorão, reconhecendo no mundo ocidental um inimigo a ser combatido em defesa da pureza religiosa do Islã. Tratava-se de uma rejeição da modernidade a favor de um retorno ao passado sagrado, com forte inspiração no mo-

21 Guerra santa em defesa da causa de Deus.

vimento *wahhabista* surgido na Arábia do século XVIII (LEWIS, 2004, p. 116). Tal visão fomentou a criação de grupos terroristas, a exemplo da Al-Qaeda, que desvirtuaram essa concepção de modo a pretender justificar suas ações. Conforme ressaltado por Gonçalves (2014, p. 58), “a manipulação da fé é determinante para que esse novo modelo, baseado no terror, tivesse sucesso em sua cruzada contra seus inimigos”, de modo que a mídia logo associou os movimentos terroristas ao extremismo islâmico – incorporando nessa expressão o termo “fundamentalismo”²².

Os atentados cinematográficos ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, cuja autoria foi reivindicada pela Al-Qaeda, então sob a liderança de Osama bin Laden, consolidaram essa nova fase do terrorismo internacional e revelaram ao mundo um cenário de caos, no qual simbolicamente se destruía a imagem de onipotência dos Estados Unidos através de um espetáculo de violência com ampla cobertura midiática. O sentimento de medo logo se transformou em vingança, em revanchismo, considerando os atentados como um ato de agressão injustificada e sublimando o fato de que havia um passado de intervenção militar e terrorismo estatal por trás de tudo aquilo.

Não se pretende com isso exculpar através de um retrospecto histórico o uso simbólico da violência, mesmo que tenha sido ela praticada sob pretextos altruístas do ponto de vista dos seus autores. Entretanto, é necessário que se compreenda o seu contexto; os atentados não tiveram base exclusivamente no extremismo religioso da célula terrorista Al-Qaeda, mas também foram praticados após anos de intervenção militar norte-americana, com

interesses políticos e econômicos velados em uma região estrategicamente importante (inclusive do ponto de vista financeiro).

A análise de um fenômeno como o terrorismo, que se renova e se amplia ao longo do tempo, não pode apenas pretender repetir este discurso que tem sido utilizado como argumento de autoridade para arbitrariedades cometidas na guerra contra o terror: de que se trata de um crime contra a humanidade, colocando em perigo as bases democráticas do Estado. A visão polarizada é um atalho à compreensão humana, de modo que toda construção que se limite a analisar, e aceitar como verdade, apenas um ponto de vista, constrói em relação ao fenômeno observado uma imagem falha e tendenciosa.

22 Adverte Lewis (2004, p. 124), entretanto, que descrever esses movimentos como fundamentalistas é um equívoco, sobretudo porque o termo, em sua origem, se reporta à designação de algumas igrejas protestantes norte-americanas menos ortodoxas.

3 O Tratamento Penal do Terrorismo Internacional e seus Obstáculos Dogmáticos

Não há dúvidas de que o direito penal é essencialmente tecnicista, o que acaba por explicar a importância dada à dogmática jurídica. Com efeito, analisar o fenômeno do terrorismo internacional a partir de aspectos teóricos – tema central deste capítulo –, pressupõe identificar o que se compreende por dogmática jurídico-penal, utilizando como referencial a noção de sistemas.

Há uma corrente denominada como funcionalista que adota a premissa metodológica de que o sistema penal deve determinar-se em função do que resulte socialmente adequado, servindo como instrumento, não como molde. Como consequência interna mais decisiva, na tipicidade se contempla o fato desde o ponto de vista da necessidade da pena em abstrato, logo a valoração que se realiza é independente da pessoa do autor e da situação concreta da ação. Nessa perspectiva, a dogmática jurídico-penal assume uma função intra-sistêmica, conferindo validade científica ao direito penal.

De modo tal, as normas que criminalizem condutas são ilegítimas sempre que não proteja um bem jurídico expressamente identificado, o que somente é possível acaso se renuncie ao uso de conceitos gerais vagos, restringindo a discricionariedade na definição do injusto. As construções penais, para lograr o posto de teoria, devem não apenas observar esta função social, como passar

pelo crivo do método científico consubstanciado no esquema de validade imposto pela dogmática jurídico-penal.

A sumária associação de dogmática jurídica ao conceito de positividade conduz à apressada conclusão de que haveria entre eles aparente equivalência. Ocorre que, a construção legislativa que concretiza o princípio da reserva legal não é propriamente o momento de criação ou origem do Direito, que resulta de elementos causais muito mais complexos. A decisão do legislador, segundo Luhmann (1985, p. 8) “se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade”. Tal afirmação indica que existe uma estrutura que condiciona não somente a atuação legislativa e a construção de enunciados normativos, como a própria produção do conhecimento.

Em matéria penal, não se outorga ao legislador liberdade criativa plena ao positivar um valor voltado à tutela de bens jurídicos, enquanto fundamento e limite do direito penal²³. Ao contrário disto, o processo de positivação é internamente associado à prévia estrutura jurídica, à qual toda reflexão sobre o direito deve se reportar; e externamente condicionado por um filtro de legitimação, pelo qual todas as formulações têm que passar para se tornarem socialmente operantes. Sem olvidar da importância desse aspecto de ordem prática, tem ele como pressuposto a existência da norma posta, cuja elaboração, por sua vez, deve observar os conceitos científicos que permitem a verificabilidade intersubjetiva do Direito.

Embora admitida a relevância do filtro social como circunstância variável, isto é, o reflexo da historicidade na posi-

23 Sobre o princípio da proteção de bens jurídicos como fundamento e limite do direito penal, vide Schünemann (2013a, p. 39-68).

vação do direito, esse elemento de causalidade deve respeitar os critérios científicos pré-existentes para uma modificação válida do sistema jurídico. Com efeito, tal concepção sistemática não deve ceder diante do imediatismo de uma perspectiva puramente casuística e indutiva (AMBOS, 2008, p. 100). Desse modo, há o condicionamento de que a harmonização comunicativa entre sociedade e direito penal resulte da pressão seletiva exercida pelo tempo²⁴, mas que isto se reflita de acordo com os arranjos estruturais e processuais do sistema.

Dessarte, a influência do ambiente externo no processo de autopoiese²⁵ do direito penal, além do aspecto cronológico, deve passar pelo crivo de parâmetros científicos, sob pena de se produzirem normas penais estruturalmente insustentáveis do ponto de vista autorreferencial. Dita contingência, que faz parte do ambiente externo, porquanto não seja uma porta incondicionalmente aberta na barreira que o separa do sistema, não autoriza que se adote todo e qualquer tipo de decisão política na produção legislativa, notadamente quando tenha como escopo restringir liberdades mediante o complexo processo de tipificação.

24 A configuração social, quando constante, se reflete na repaginação do direito penal, mantendo através da imposição de pena a expectativa social defraudada. Segundo Jakobs (2004, p. 77), “um direito penal que se dirija contra o arraigado espírito dos tempos, não produz uma coesão com sentido, senão uma mistura de manifestações individuais incoerentes” (tradução livre).

25 O termo autopoiese, no sentido aqui empregado, diz respeito à autorreprodução das normas penais, ou seja, a necessidade de que novas disposições devam respeitar as demais regras penais previamente estabelecidas, sobretudo aquelas que digam respeito à estrutura da parte geral ou que compreendam direitos e garantias invioláveis no marco do Estado Democrático de Direito. Sobre autopoiese, vide MATURANA R., Humberto; VARELA, Francisco J.. *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, c1980. 141p. v.8 ISBN 9027710155 (enc.) *apud* LUHMANN, 1985).

O direito positivo, afirma Luhmann (1985, p. 44), “é inevitavelmente um direito politicamente escolhido”, o que não significa sujeitar ao livre arbítrio político as questões jurídicas, como se não existisse no sistema condições de seletividade. Em uma sociedade complexa e multifacetada, não deve haver hierarquia entre sistemas diferenciados, que devem não somente coexistir, mas interagir, segundo seus esquemas de funções, para formação do direito possível. Com efeito, a legítima influência do sistema político sobre o legislativo, naquilo que por sua vez se refira ou afete diretamente o sistema do direito, deve ser condicionada, e reputada ilegítima quando pretenda interferir nos processos de interpretação e aplicação da norma, função exclusiva do judiciário que deve se revestir de neutralidade (LUHMANN, 1985, p. 45-52).

Na medida em que a dogmática assume uma função estruturante, garantindo homogeneidade científica, limites são naturalmente impostos enquanto requisitos teórico-normativos de validade sistêmica. Desse modo, se criam regras previamente acordadas que cumprem uma importante função pedagógica; uma espécie de caráter de linguagem comum que, no campo do direito penal, permite uma conversação hermenêutica, orientando a utilização dos institutos e categorias que o definem (GADAMER, 2015). Por essa razão, existem na dogmática penal elementos ontológicos, quase-lógicos ou, em todo caso, valorativamente neutros e que aspiram validade *erga omnes* (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 301).

Entretanto, há necessidade de precisar o que se entende por dogmática e o papel fundamental que ela cumpre no direito penal. Na esteira de Muñoz Conde (2000, p. 40), trata-se do conjunto de critérios interpretativos e sistematizantes, em parte baseados no direito posto, em parte fundado em elementos filosóficos que vão além do próprio Direito positivado. A síntese exposta nesse conceito, inobstante acertado, encobre o complexo papel de orde-

nar e racionalizar a criação e aplicabilidade em abstrato da norma penal, deslocando o centro do debate para o estrato da tipicidade.

Segundo Ordeig (1970, p. 521), uma das suas funções pre-cípua é justamente averiguar os pressupostos necessários à imputação de um tipo penal em específico, qual o elemento capaz de identificá-lo e distingui-lo dos demais, delimitando a fronteira entre o comportamento impunível e onde se inicia o penalmente relevante. Desta feita, ao precisar referenciais teóricos, conceituar categorias e definir institutos, a dogmática torna possível o controle dos tipos penais em nível jurídico-científico – tanto previamente, quando ainda em fase de elaboração, quanto no momento em que condutas são a ele subsumidas, na aplicação do direito posto ao caso concreto, evitando com isso a imprevisibilidade das decisões.

Em contraponto, argumentar-se-ia que tal nível de compreensão encontra limites intransponíveis no próprio ordenamento jurídico em que editada a norma penal, restringindo sensivelmente seu alcance. Nessa perspectiva fechada, a construção jurídico-científica deve ser primordialmente dirigida à interpretação do direito nacional e a respectiva codificação que lhe sirva de substrato. Para tanto, se vincula total ou principalmente com base nos preceitos vigentes em cada momento e lugar, admitindo tacitamente uma liberdade irrestrita do legislador na construção de seus conceitos e regulações.

Surge, pois, um obstáculo elementar: saber se é correta uma visão nacionalmente independente da dogmática jurídico-penal ou se é defensável a construção de conhecimentos que se pretendam universais. Acaso se observe as codificações penais de cada Estado, é possível constatar que o desenvolvimento científico não se vincula necessariamente ao direito posto e, por esta razão, se compartilha a tese de que a dogmática

jurídico-penal não é uma disciplina nacionalmente independente (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 300).

Exemplificativamente, as legislações penais não conceituam princípios e institutos elementares à estruturação do delito, resultado de longo período de maturação e desenvolvimento de suas abordagens teóricas. Com efeito, as elaborações dogmáticas não derivam do legislador; inobstante disponha de amplo espaço de discricionariedade na decisão de penalizar uma conduta, tal espaço de escolha encontra limites no modelo ao qual esteja vinculado. Antes de tudo, ao legislador é dada a incumbência de decidir previamente acerca dos possíveis modelos existentes.

Feita a escolha, cumpre à dogmática ou ciência jurídico-penal assinalar, com base no princípio da proibição da negação dos pontos de partida, quais as estruturas lhe servem como fundamento (HIRSCH, 2000). Todas as projeções normativas que pretendem vigência jurídica devem respeitar essas condições, obstando a desestabilização decorrente da direta influência exercida pelos demais sistemas. As expectativas políticas e os valores sociais nelas refletido, mesmo quando possam ser adequadamente captados pelo direito penal, o resultado daí decorrente, inclusive no que tange ao legislador, deve estar em conformidade com o modelo adotado e seus consectários dogmáticos.

Como decorrência do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, de inspiração ocidental, o modelo em geral adotado foi o do direito penal do fato, cabendo à dogmática obter, em relação a este, juízos universais acerca do comportamento punível e seus pressupostos (HIRSCH, 2000). Além de estabelecer os fundamentos de legitimidade que devem pautar as decisões judiciais e a produção legislativa, isso proporciona à discussão penal em nível internacional fundamentos comuns, servindo como base à estruturação de um direito penal supranacional cujos contornos,

em parte distintos do direito penal nacional, se observam no horizonte como um avanço.

Desse modo, as vantagens de tal concatenação vão além de garantir segurança jurídica e racionalidade das decisões (ORDEIG, 1970). Depreende-se que a dogmática assume a função de estabelecer uma suficiente linearidade das operações sistêmicas, definindo as unidades próprias que, a um só tempo, identificam o direito penal, diferenciando-o dos demais subsistemas do Direito e do próprio ambiente. Para tanto, ela produz efeito, sobretudo, na formação de significados através de uma linguagem tecnológica conceitual uniforme, isto é, na construção de signos com valor expressivo, enquanto pressuposto do processo comunicativo em nível jurídico-penal (LUHMANN, 2016).

Isso não significa, entretanto, coadunar com a visão puramente instrumental, consoante a superada visão argumentativa. Tanto ao legislador quanto ao operador do direito, a dogmática se apresenta como um conjunto ordenado de conceitos vinculantes, elevando sua capacidade de rendimento enquanto sistema configurado segundo uma racionalidade específica. É inconcebível, por exemplo, a edição de um tipo penal cuja estrutura não observe os elementos gerais da imputação e os limites que lhe são estabelecidos; tal desordem conduziria ao isolamento da norma como consequência de sua incomunicabilidade interna e, ao final, em sua eliminação. De igual modo, constitui uma clara disfunção sistêmica o uso político de tipos penais para, independentemente do fato praticado e da sua relevância, simbolicamente atingir um grupo determinado de indivíduos, cedendo às pressões políticas favoráveis à incriminação.

Por outro lado, pondera Ambos (2008, p. 101), deve haver prudência para que o excessivo refinamento da ciência penal não se converta na contraproducente “hiperdogmatização”, hermeti-

camente fechada e autossuficiente quanto aos seus postulados. É necessário, pois, repensar o seu papel para que ela de fato assuma funcionalidade sistêmica enquanto instrumento de racionalização; nesse caso, para que sirva como garantidora da solidez da estrutura teórica e, em última análise, dos direitos fundamentais naturalmente envolvidos sempre que discutida a opção pela criminalização de condutas.

Impõe-se ressaltar que dita funcionalidade não deve estar cegamente vinculada apenas aos próprios elementos normativos do direito penal, desprezando por completo a diferenciação em relação ao ambiente social e sua necessária observação pelo sistema, internamente diferenciado pelo processo de reprodução autopoietica. Segundo Luhmann (2016, p. 202), o ambiente não deve ser tido como categoria residual na relação mantida com o sistema. Ao contrário, ela é antes constitutiva para a formação do sistema, identificando-o e lhe oferecendo dados externos capazes de influenciá-lo²⁶. Até mesmo por ser o sistema um mecanismo aberto, ele sofre influências do meio externo.

Nessa medida, a perspectiva estruturalista aqui adotada avança na concepção sistêmica defendida por Jakobs, que tem no distanciamento dos aspectos sociais sua principal fragilidade – inclusive contrária, como visto, à própria teoria dos sistemas sociais que lhe serve como referencial teórico. Conquanto se parta da mesma compreensão de que a estrutura normativa

cumprir internamente o papel de regularizar expectativas de comportamento nos contatos sociais, admitir a função penal como mera “confirmação da eficácia da norma” (JAKOBS, 2008, p. 26) implicaria desconsiderar a relação mantida com os destinatários dela e, em última análise, o impacto empírico provocado no ambiente.

O ato de penalizar um comportamento comunica que a sociedade se nega a modificar seus padrões de configuração, mantendo-se firme ao *status quo*. A pena, na visão de Jakobs (2004), consiste em uma refutação ao comportamento contrário à existência da norma, assumindo o direito penal a função de estabilizar a validade desta norma, independentemente das consequências psicossociais produzidas. Contudo, ao dispensar questões valorativas e desprezar o conteúdo da norma a ser estabilizada, tal concepção torna estéril qualquer posição crítica, na medida em que tacitamente admite a válida existência de tipos penais que na prática possam implicar em dano a direitos fundamentais indisponíveis (ROXIN, 2014).

Conceber a norma como bem jurídico a ser tutelado, independentemente do seu conteúdo, pode inadvertidamente transformar o direito penal em instrumento motivado por uma agenda político-ideológica. A edição de um tipo penal não se legitima apenas como resultado da vontade da maioria formalmente representada, mas como reflexo desta vontade cientificamente limitada por enunciados que traduzam preceitos inderrogáveis e constitucionalmente previstos. No marco de um Estado Democrático de Direito, deve ele funcionar como ferramenta vocacionada à manutenção cogente de expectativas sociais, mas orientada em última instância à “proteção de bens jurídicos frente aos riscos não permitidos” (ROXIN, 2009, p.61).

Em que pesem as críticas difundidas ao princípio da proteção de bens jurídicos, ele permanece fecundo e indispensável

26 O relacionamento do sistema com o meio que o circunda pode ser explicada pelo uso do esquema *input/output*. O ambiente é responsável por fornecer ao sistema dados que são apreendidos e transformados de acordo sua estrutura interna e novamente projetados de volta como resultado deste processo. O sistema, contudo, segundo suas próprias regulações, é seletivo quanto às características que deve ter o *input* para ser admitido segundo critérios pré-estabelecidos. Mas ao mesmo tempo se admite a hipótese de que os próprios limites possam ser modificados, como reflexo indireto do *input* na própria estrutura do sistema (LUHMANN, 2016, p. 228-235).

vel enquanto diretriz normativa, que consolida a limitação do direito penal à última razão na defesa de direitos e garantias fundamentais. Esta tarefa atribuída ao direito penal, de salvar bens jurídicos aos quais deve estar vinculado, possui, segundo Baratta (2010, p. 495), “uma função imanente ao sistema do direito penal positivo, e uma função extra-sistemática”, repercutindo também no ambiente. Por essa razão, deve servir como norte para guiar as políticas públicas no atual Estado da segurança, que “seria a forma política que assume a ‘sociedade de risco’” (BARATTA, 2010, p. 506).

3.1 A dificuldade conceitual e suas implicações para o direito penal

Segundo o princípio da taxatividade, basilar ao Estado Democrático de Direito, a legitimidade de um tipo penal pressupõe certeza quanto à forma do delito e aos limites que devem ser observados ao se impor a sanção, servindo não só como critério para intervenção estatal na liberdade do cidadão, mas também como garantia dada a este frente à potestade. Desde que não se admita o retrocesso a regimes totalitários, toda imputação penal exige o prévio conhecimento de qual conduta é passível de reprimenda, de modo a se afastar conceitos vagos e a necessidade de complementação valorativa para atribuir significado.

Isso porque, no sentido da advertência feita por Roxin (1997), uma lei indeterminada ou imprecisa é incapaz de proteger ao cidadão da arbitrariedade, porque não implica em uma autolimitação do *jus puniendi* estatal a que se possa recorrer; ademais, é contrária ao princípio da divisão de poderes, ao passo que franqueia ao juiz a liberdade de fazer qualquer interpretação que o queira, invadin-

do o legislativo através do ofício judicante. Uma lei de tal modo abstrata não consegue programar uma eficácia preventivo-geral, “porque o indivíduo não pode reconhecer o que se quer proibir; e precisamente por isso sua existência tampouco pode proporcionar a base para reprovação de sua culpabilidade” (ROXIN, 1997, p. 169, tradução livre).

Feitas essas considerações iniciais, é possível afirmar que, ao menos dogmaticamente, o ponto de partida no problema quanto à tipificação penal do terrorismo reside no indeterminismo do seu significado, o qual não pode ser sintetizado através da descrição objetiva de uma conduta humana em abstrato. A tentativa de compactar em um único conceito a complexidade que carrega o termo “terrorismo”, em moldes minimamente precisos e mantendo uma necessária imparcialidade teórica, encontra obstáculo no fato de que o entendimento acerca da sua simbologia está associado, invariavelmente, a uma perspectiva político-ideológica que relativiza seu significado.

Mañalich Raffo (2017, p. 368) alude a essa mesma incerteza definicional, segundo ele insolúvel por critérios meramente linguísticos, como questão fundamental à compreensão jurídico-penal do terrorismo, sobretudo pela fragilidade decorrente do seu uso manipulativo, frequentemente inserido em uma estratégia adversarial estigmatizante²⁷. A depender do intérprete, um sujeito a quem se impute o status de terrorista poderá ser considerado um mártir revolucionário, defensor heroico de uma causa maior, ou um criminoso visto como inimigo declarado da ordem vigen-

²⁷ Nesse sentido, tendo em vista uma aproximação essencialista, a denominação de um ato como terrorista ou a adjetivação de alguém como terrorista, com base em asserções retóricas, é uma forma de desqualificar e deslegitimar as ações e os sujeitos assim identificados.

te²⁸. Como bem apontado por Schereer (2013, p. 250), “assim, se explica que terroristas exitosos, quando conseguem alcançar seus objetivos, possam tornar-se exitosos homens de Estado, pacificadores e inclusive prêmios Nobel da Paz”, demonstrando que a interpretação histórica é capaz de atribuir ao fenômeno significações distintas e inicialmente não consideradas.

Com efeito, “quem foi criado numa determinada tradição cultural e de linguagem vê o mundo de uma maneira diferente daquele que pertence a outras tradições” (GADAMER, 2015, p. 577). Exemplo disso é o fato de a história do terrorismo, como já destacado no capítulo anterior, tem em sua gênese movimentos de reação e libertação exercidos por grupos revolucionários ou oprimidos contra o arbítrio e o autoritarismo; lutas que envolveram o uso instrumental e recíproco da violência, cuja distinção quanto às estratégias de enfrentamento e uso da força decorre exclusivamente a partir do local de fala, ou seja, de onde ela foi exercida e contra quais alvos.

Dessarte, o terrorismo comporta conceitos antagônicos que se relacionam pelo uso da violência simbólica como estratégia de enfrentamento, permitindo com ele identificar, tanto o uso estatal enquanto política de governo, quanto atentados dirigidos contra o Estado, deliberadamente ou no fenômeno de contra insurgência à opressão. Justamente por isso,

Não são uníssonas na doutrina a divisão e subdivisão das formas de terrorismo e, se as várias modalidades de utilização do terror dificultam uma convergência no sentido doutrinário do termo, de igual modo [...] torna mais pro-

blemática a elaboração de uma regra geral para definição e aceitação dessas divisões (GUIMARÃES, 2007, p. 27).

O termo incorporou em sua noção condutas que originalmente não estavam compreendidas no seu espectro, inicialmente limitado a identificar genericamente as práticas violentas abusivamente exercidas pelo Estado, a exemplo do período de terror revolucionário. Essa variedade de conceitos validamente atribuíveis a um mesmo termo constitui inegável obstáculo para que se possa estabelecer um diálogo entre mundos distintos que se estruturam através da linguagem. Segundo os domínios da semiologia, toda palavra dotada de sentido é considerada um signo linguístico, onde a unidade linguística é uma coisa dupla, formada pela união de significante e significado (CUNHA, 2008).

Significante seria o elemento que exterioriza o signo, isto é, a forma pela qual o identificamos; seria a imagem ou face fonológica desta entidade, de sorte a torná-lo perceptível pelos sentidos. Com efeito, ele constitui a própria materialidade do termo; o conjunto de letras ou fonemas justapostos, numa identidade que se limita à condição de instrumento. Significado, por sua vez, é a representação mental do significante, situado assim no plano do conteúdo da imagem.

É o significado quem delimita o conceito do signo, atribuindo-lhe sentido e expressão capazes de dar significação ao elemento que o identifica materialmente. Se dois sujeitos pretendem estabelecer um diálogo, é necessário existir entre eles uma comunicação viabilizada pela adoção de signos linguísticos a ambos conhecidos, de sorte que um possa compreender o que o outro diz – tanto quanto aos termos em abstrato, quanto ao que eles pretendem identificar.

Há também nisto um problema hermenêutico, que, segundo Gadamer (2015, p. 499), não é propriamente “um problema

28 O rótulo de terrorista pode ser aplicado de diferentes maneiras e arbitrariamente a grupos insurgentes e contra insurgentes, à violência praticada por Estados ou grupos independentes, a grupos que exigem formas de governo mais democráticas, a grupos radicais, às ações norte-americanas no Oriente Médio e mesmo aos críticos das ações dos Estados Unidos (ALMEIDA; BAZZANO, 2014, p. 97).

de domínio correto da língua, mas de correto acordo sobre um assunto, que se dá no *medium* da linguagem”. É pressuposto evidente que se fale a mesma língua, é dizer, que se faça uso de signos equivalentes e de identidade recíproca no agir comunicativo. Entretanto, mais importante e complexo que o acordo prévio da linguagem é a tarefa interpretativa que decifra a mera literalidade e dota de significado um elemento que até então permanecia em estado latente. Daí a relevância de se chegar a um consenso, até hoje não alcançado, quanto ao significado de terrorismo para se criar uma unidade referencial que satisfaça aos requisitos exigidos pela taxatividade penal.

Ferrajoli (2014), partindo do que ele concebe como “teoria do significado”, chega a conclusões semelhantes. Segundo o autor italiano, “o problema da verificabilidade e da falseabilidade são evidentemente prejudiciais a todos os demais” (FERRAJOLI, 2014, p. 114), razão pela qual o princípio da legalidade deve constituir o ponto de partida na discussão jurídica acerca das antinomias, tanto no processo legislativo assim como na aplicação da lei penal. De modo tal, o problema da inexactidão conceitual de um termo, destacadamente para o direito penal, deve ser enfrentado no plano da legalidade.

Para que se possa considerar uma proposição como sendo verdadeira ou falsa há que se saber exatamente àquilo que se refere com as palavras nela utilizadas – tanto na extensão do seu objeto, quanto na intenção das propriedades por ele evocadas e possuídas por aquilo que está compreendido em sua extensão. Quanto a um termo excessivamente amplo, como é o caso do terrorismo, e por isso impreciso, as proposições nas quais aparecem não são verificáveis nem refutáveis, “ao não terem qualquer valor de verdade e ao serem por tudo mais argumentáveis com referência a outros valores” (FERRAJOLI, 2014, p. 116).

No plano internacional, os sujeitos de um diálogo externo são os Estados soberanos, que adotam como veículos formais de interação os tratados, convenções e acordos. Se estes atores assumem significados distintos para um mesmo termo ou atribuem a ele intenções divergentes, instaura-se uma incompreensão quanto ao signo utilizado, gerando uma impossibilidade de diálogo por ausência de comunicação – o obstáculo, para muito além de um empecilho à construção de um conceito, representa um sério problema no âmbito da estrita legalidade.

Todavia, o processo de significação no campo do direito penal não é algo tão simples, vez que não se podem desprezar, na tentativa de unidade internacional, os caminhos internamente percorridos. O signo é refratário à ideia de que hajam categorias ideais previamente estabelecidas, pois ele apenas se realiza no instante em que é circunstancialmente empregado; por isso, segundo Gadamer (2015, p. 514), é que não pode haver interpretação “em si”, vez que toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence. Sob tal perspectiva, uma única forma é capaz de comportar legitimamente conceitos distintos e representar significados que não se identifiquem, a depender das circunstâncias ou intenções nas quais o significante estiver sendo empregado.

Nesse recorte teórico, seria essa a justificativa para a problemática das particularidades no enfrentamento penal do terrorismo, vez que a noção acerca do crime – *topos* no qual o terrorismo tem sido trabalhado – comportaria mais de um significado, considerando a perspectiva contextual no processo de construção do tipo penal em cada país. Não há dúvidas quanto ao fato de que o fenômeno da criminalização possui uma forte base empírica que caracteriza e identifica as razões para sua edição, em que o direito penal é reativo às experiências vivenciadas, da qual extrai os

comportamentos reputados como intoleráveis à incolumidade do contrato social em dado contexto.

Com efeito, a construção de um tipo penal representa uma repulsa legitimada por meio da descrição genérica de uma conduta, regulando a vida em sociedade através da marginalização de comportamentos com base em um substrato fático antecedente. De tal pressuposto se extraem os elementos e premissas necessários à identificação dos bens jurídicos a serem preservados, e que são artificialmente postos em perigo com a prática de um comportamento humano voluntário inconciliável com o bem-estar coletivo. Trazendo isso ao caso particular do terrorismo, a construção dos núcleos de conduta típica representa a forma segundo a qual o termo é compreendido naquela sociedade, com arrimo nos fatos por ela vivenciados que autorizaram a opção pela criminalização.

Uma sociedade que, por exemplo, tenha experimentado uma forma de governo marcado pelo uso simbólico da violência desmedida como instrumento de medo, e por meio desse sentimento ordenar e oprimir os corpos indóceis, nisso reconhecerá uma justificativa para editar um tipo penal que identifique e criminalize o terrorismo estatal²⁹. Isso possui inegável importância para construção do conceito por trás do terrorismo, haja vista que os pressupostos da imputação articulados no tipo penal não apenas descrevem em abstrato uma conduta intolerada, como definem os contornos do que se concebe como sendo uma prática terrorista em si segundo determinada tradição.

²⁹ O qual deverá, invariavelmente, descrever condutas praticadas por sujeitos, não pelo próprio Estado, mesmo que aquele supostamente tenha agido em nome deste; seja pela incapacidade delitiva do Estado no âmbito interno, ou mesmo pela ideia inconcebível de autoflagelo do Estado por seus próprios atos.

Ao passo em que tais particularidades, incorporadas ao processo de tipificação e atribuição de significado, são legítimas no contexto nacional, revelam um sério problema quando ampliada a discussão ao terreno internacional, onde a ausência de unidade tem impedido uma maior efetividade nas ações coordenadas. É nesse contexto que a multiplicidade de conceitos passa a entrar em rota de colisão e constituir obstáculo à construção de uma identidade.

3.1.1 A tentativa de formação de um conceito comum

O terrorismo, antes afeto mais ao direito interno e dirigido a alvos de projeção meramente nacionais, em virtude do fenômeno de globalização, fortalecido desde o final do século XX, passou a se colocar como “força contra hegemônica em face do papel tradicionalmente hegemônico do Estado” (GUIMARÃES, 2007, p. 107). As primeiras tentativas de atribuição de uma identidade internacional ocorreram ao longo da década de 1930, inicialmente com a III Conferência Internacional para a Unificação do Direito penal (ocorrida em Bruxelas no ano de 1930), seguida pela IV Conferência, promovida em 1931 na cidade de Paris, e com a V Conferência Internacional de Direito penal, realizada em Madri, no ano de 1933.

As proposições encaminhadas não influenciaram de modo significativo para um tratamento coeso do terrorismo, nem contribuíram para defini-lo, embora a V Conferência tenha surtido algum efeito ao propor uma distinção entre os delitos terroristas e os crimes de perigo comum. O ano de 1934 foi marcado por um aumento significativo dos atentados, que naquele ano vitimaram o rei Alexandre I, da Iugoslávia, e o ministro das Relações Exteriores da França, Louis Barthou.

O governo francês, então, propôs que a Liga das Nações adotasse uma convenção sobre terrorismo. O texto³⁰ foi apresentado na Conferência para a Repressão do Terrorismo, que ocorreu na sede da Liga em Genebra, em novembro de 1937. O documento não somente buscou definir o crime de terrorismo³¹, mas também requeria que os Estados signatários promulgassem leis que tornassem os atos ofensas extraditáveis, buscando com isso impedir o tratamento do terrorismo enquanto espécie de crime político, de sorte a afastar daqueles os chamados institutos de favor, como a concessão de anistia. Todavia, não houve consenso quanto à proposta apresentada, o que impediu a sua ratificação.

Ao passo que não se chegou a uma unanimidade no plano internacional, deixando temporariamente de lado a tentativa de construir um conceito comum³², as legislações internas seguiram de forma autônoma no tratamento penal da matéria. Isso consolidou a problemática acerca da definição do que vem a ser terrorismo para a ordem jurídica internacional, que não é capaz de conformar todas as particularidades de cada situação nacional e as diversas formas pelas quais os Estados têm encarado e combatido o fenômeno (PELLET, 2003, P. 16).

30 Disponível em: <<http://www.wdl.org/pt/item/11579/view/1/8/>>. Acesso em: 18/12/2016.

31 O art. 1º do documento define atos de terrorismo como “atos criminosos dirigidos contra um Estado e com a intenção calculada de criar um estado de terror nas mentes de pessoas específicas ou de um grupo de pessoas ou do público em geral”.

32 Entretanto, houveram outras convenções internacionais, a exemplo da Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, elaborado no ano de 1988 em Nova Iorque. Antes dela ainda houve o Convênio de Haia para a repressão do sequestro ilícito de aeronaves (1970), o Convênio de Montreal para a repressão de atos ilícitos dirigidos contra a segurança da aviação civil (1971) e a Convenção Européia para a Repressão do Terrorismo (1977).

Após terem sido alvos em setembro de 2001, os Estados Unidos rerepresentaram a necessidade de retomar os passos no caminho rumo a uma unidade que permitisse maiores avanços na repressão e combate ao terrorismo, agora sob o slogan da “guerra ao terror”. A despeito da contrariedade ao conceito de agressão até então estabelecido pela Carta das Nações Unidas³³, buscou-se no direito imanente à legítima defesa preventiva uma carta branca ao uso imoderado da força³⁴, ao argumento retórico de que o enfrentamento bélico, inclusive no território de outros Estados, estaria legitimado diante do potencial de futuros ataques.

Naquele contexto, foi elaborada a Resolução nº 1.373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que buscava combater o terrorismo através da cooperação internacional em diversos setores, dando especial ênfase às medidas de caráter preventivo. A resolução, em sua superficialidade – apenas reafirmando o que outras convenções inexitosamente antes estabeleceram –, tinha um visível enfoque midiático, no sentido de demonstrar que a reação estava sendo imediata; que o povo não estava refém do medo e que os países, sob a liderança norte-americana, se preparavam

33 O direito natural à legítima defesa, em casos de ataque armado, vem previsto no art. 51 da Carta das Nações Unidas. Entretanto, nos termos da Resolução nº 3.314, de 1974, que define o que seria uma agressão apta a autorizar o exercício da legítima defesa, esta apenas se legitima quando nos casos de uso da força por um Estado, direta ou indiretamente, através de forças regulares ou não, contra a soberania, a integridade territorial ou a independência de outro Estado. Com efeito, até os atentados ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, a intervenção bélica apenas se justificaria, ato contínuo à agressão ou na iminência desta, quando diante de um conflito entre Estados soberanos.

34 Ato contínuo ao ocorrido em setembro de 2001 nos Estados Unidos, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, relativizando o que seria um ataque armado, aprovou a Resolução nº 1.368, na qual se decidiu combater os ditos atos terroristas por todos os meios, por reconhecê-los como uma ameaça à segurança internacional.

para combater um inimigo que passara a ser o alvo da chamada “coalisão dos dispostos”.

Com efeito, os Estados Unidos guiaram o processo de mudanças legislativas que recrudescer o tratamento penal do terrorismo em diversas frentes, não apenas através da proliferação de tipos penais específicos, mas editando normas processuais que regulavam, além da persecução penal em juízo, o procedimento investigativo através da ampliação de poderes de organismos como o FBI e o Departamento de Justiça. A tônica era restringir a liberdade individual e suprimir direitos civis, o que se mostrava como sendo um preço módico em prol da segurança comum.

De início, o governo Bush decretou, em caráter retroativo, estado de emergência nacional, com fundamento no *National Emergencies Act*, conferindo poderes excepcionais ao presidente, enquanto chefe das Forças Armadas, ao classificar os atentados inicialmente como atos de guerra, muito embora não tenham sido praticados ou financiados por um Estado. Nesse cenário de exceção, prorrogado sucessivamente até setembro de 2005, foram editadas diversas ordens executivas, as quais, segundo Álvarez Conde e González (2008, p. 03, tradução livre), constituíram “a expansão mais forte da autoridade executiva desde a guerra fria”.

O Parlamento Europeu, em 5 de setembro de 2001, já havia aprovado uma recomendação sobre a luta contra o terrorismo. Os atentados ocorridos em setembro daquele ano aceleraram a aprovação do Plano de Ação em matéria de terrorismo do Conselho Europeu Extraordinário, através do qual se pôde demonstrar que as modificações introduzidas pelos Estados Unidos em sua legislação não se limitaram a produzir efeitos internos, e que a “luta contra o terror” seria travada numa perspectiva de cooperação internacional.

Isso serviu de prelúdio à Decisão-Quadro nº 475/2002³⁵ do Conselho da União Europeia, a qual deve ser observada por ter introduzido, pela primeira vez, bases mais precisas a uma definição comum para o crime de terrorismo aos Estados membros. Vale destacar que os países da União Europeia, reconhecendo os riscos decorrentes das complexidades inerentes aos distintos sistemas, decidiram, já no ano de 1999, no Conselho de Tampere, adotar o princípio do reconhecimento mútuo de sentenças e decisões judiciais, o que se deu através do método da decisão-quadro criado pelo Tratado de Amsterdã.

A Decisão-Quadro apresenta um total de onze considerações, onde faz um retrospecto das diversas medidas adotadas pela União Europeia que se seguiram à Declaração de La Gomera³⁶, destacando a preocupação em combater o terrorismo através de uma ação cooperada. Foi através do seu emblemático artigo 1º que se estabeleceu que os Estados-membros tomariam as medidas necessárias para considerar como sendo infrações terroristas uma sucessão de atos intencionais que, pela sua natureza ou pelo contexto em que foram cometidos, pudessem afetar gravemente um país ou uma organização internacional.

O dispositivo especifica as finalidades que qualificariam as infrações como sendo terroristas, destacadamente quando o seu autor ou partícipe os praticar com os seguintes objetivos: 1) intimidar gravemente uma população; 2) constranger indevidamente os poderes públicos, ou uma organização internacional, a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato; 3) desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, econômicas ou so-

35 Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0475&from=PT>>. Acesso em: 20/12/2016.

36 Aprovada em 1995, condenando o terrorismo como uma ameaça para a democracia, o livre exercício dos direitos humanos e o desenvolvimento econômico e social.

ciais de um país, ou de uma organização internacional mediante a prática de uma série de crimes em caráter instrumental. Entretanto, essa pretensão de europeização do direito penal para erradicação do terror, mesmo que sob pretextos altruístas, não escapou a críticas quanto aos métodos utilizados, o que fragilizou o impacto das proposições.

Nesse sentido são os apontamentos de Schünemann (2013a), ao ressaltar, em linhas gerais, que o princípio da legalidade requer um processo legislativo. Segundo o autor, “disso decorre que a União Europeia, enquanto órgão de poder estruturado de modo governamental e burocrático, não pode criar leis penais diretamente, nem pode determinar aos parlamentos que aprovelem leis penais” (SCHÜNEMANN, 2013a, p. 267). Desse modo, a proposta de unificação apresentada pela Decisão-Quadro nº 475/2002 constitui uma afronta ao princípio da separação de poderes, ao passo que um órgão de natureza executiva pretenda interferir no processo legislativo interno de cada Estado-membro.

Por tais motivos os parlamentos dos Estados escandinavos, da Holanda, Reino Unido e Irlanda mantêm reservas à adoção das decisões-quadro. Também com base nisso é que o Tribunal Constitucional Federal alemão, invocando a soberania parlamentar em manifestar recusa às disposições da decisão-quadro, derrubou a lei que pretendia implementar o mandado de detenção europeu³⁷, haja vista a complexidade advinda das particularidades dos diversos contextos internos e a dificuldade de se chegar a um consenso.

Nos anos de 2004 e 2007, após os atentados ocorridos em Madri e Londres, foram apresentados relatórios³⁸ que pretendiam

analisar o nível de conformidade das legislações, considerando que a decisão-quadro possui natureza meramente diretiva³⁹. Foi constatado que houve uma aplicação deficiente de diversos artigos, marcadamente o artigo 1º, que constitui a base das demais disposições, demonstrando que a pretensão de alcançar um conceito harmônico não havia sido atingida a contento.

3.1.2 As consequências da falta de consenso

Em que pese as tentativas apresentadas pelo Conselho da União Europeia e o protagonismo internacional dos Estados Unidos, a busca por uma unidade que identifique o terrorismo segue sendo um problema, repercutindo decisivamente para a existência de disparidades nas políticas de combate⁴⁰ – inclusive quanto ao perigoso uso da legítima defesa preventiva como justificativa ao enfrentamento militar. Ao passo que não se tem um conceito comum, não há como estabelecer parâmetros precisos de controle, permitindo assim uma execução desigual e seletiva do direito penal em razão dessa notável dificuldade em articular reflexivamente uma compreensão jurídico-penal do terrorismo.

A garantia de objetividade, além de afastar o indeterminismo, implica numa proibição de generalização de tipos penais e, conseqüentemente, contribui para a formação de um sistema que imponha limites ao processo interpretativo e ao alcance do texto legal. Ao contrário, a imprecisão constrói campo fértil ao uso sim-

37 Acordado na mesma data da Decisão-Quadro nº 475/2002, no dia 13 de junho de 2002.

38 Relatórios da Comissão da União Europeia SEC (2004) 688 e SEC (2007) 1463, apresentado nos termos do artigo 11º da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo.

39 As decisões-quadro não possuem efeitos diretos, deixando a competência e a escolha dos meios a cargo das instâncias internas.

40 Como aponta Pellet (2003, p. 9), é a “[...] ambigüidade quanto à noção de terrorismo que faz com que a comunidade internacional e os Estados, no quadro de sua legislação interna, cheguem a respostas insatisfatórias para lutar contra este flagelo que a própria doutrina jamais soube definir completamente”.

bólico do direito penal, que se eleva a primeira razão, permitindo uma maleabilidade que autoriza o direcionamento político da norma e da sanção aos opositores do poder institucionalizado.

Como aponta Hassemer (2007, p. 50), é a legalidade o principal instrumento na busca por igualdade de tratamento aos cidadãos – pressuposto fundamental para a justiça da administração do direito penal –, em razão de ele exigir a aplicação igual das normas que o integram. Sem uma precisão conceitual, essa busca pela igualdade na aplicação da lei constitui uma utopia cada vez mais distante, sobretudo ao reconhecermos na atual sistemática de enfrentamento penal do terrorismo uma tendência expansionista.

Ao se identificar o terrorista pelo olhar beligerante que o encara como inimigo a ser eliminado – literal ou metaforicamente, pelo uso de armas ou da jurisdição –, a aplicação do direito penal se dá num plano vertical. Ao terrorista-inimigo não se reconhece as garantias conferidas a um cidadão, o que pressupõe uma noção de horizontalidade no tratamento e uma identidade para com o outro. Pelo contrário, trava-se um processo de exceção marcado pela negativa a direitos fundamentais do acusado.

Essa insegurança, decorrente da imprecisão quanto ao que vem a ser o fenômeno e quem de fato o integra, é característica ao direito penal moderno, o qual “tem se tornado menos uma reação a uma violação severa de um interesse de liberdade do cidadão e mais um instrumento ladeado pela política interna” (HASSEMER, 2007, p. 200), onde a lógica de proteção aos bens jurídicos se transformou em autopreservação institucional através da edição de legislações pautadas por um discurso simbólico e midiático.

Sem que se saiba ao certo o conceito que identifique com maior exatidão o traço distintivo capaz de caracterizar uma conduta terrorista, permite-se um alargamento na imputação de modo a qualificar como crime de terrorismo práticas que em essência

não possuem uma natureza criminosa, a exemplo dos movimentos políticos de grupos da sociedade civil organizada – realidade marcante nos países de capitalismo periférico. Adota-se, com isso, o autoritarismo de um direito penal do autor, onde a pena não busca sancionar um comportamento, mas a conformidade ao estandarte de criminoso (ROXIN, 1997).

Para tanto, entende-se por direito penal do fato uma regulação em virtude da qual a punibilidade resta vinculada a uma ação concreta, tipicamente descrita, em que a sanção está associada ao fato penal propriamente dito – não à condução de vida do acusado que, quando muito, é considerada na medida da culpabilidade. Ao contrário, compreende-se como um direito penal do autor quando o flagelo imposto se vincula à personalidade do agente, à sua propensão delitiva, onde o que se faz culpável não é a prática de um fato penalmente relevante, mas a conformidade do perfil sujeito ao modelo de criminoso objeto da censura legal.

Tudo que possa, direta ou indiretamente, representar uma contrariedade ao poder vigente ou ao modelo de governo adotado, mesmo que de forma legítima, é passível de ser tratado no plano interno como uma ação terrorista, dando margem inclusive à criminalização do direito de resistência. Nesse sentido é a advertência feita por Zilli (2014, p. 23), vez que em decorrência dessa falta de consenso, aliada à carga ideológica e política na percepção do terrorismo, “há um acentuado receio de que os chamados exercícios legítimos de resistência ao arbítrio e à opressão sejam alvo de criminalização e de persecução”.

Essa perigosa abertura conceitual, ao seu modo, também renova a discussão entre o que de fato pode distinguir, no caso concreto, a prática reputada terrorista do crime político. O terrorismo ocupa o posto outrora ocupado antes das codificações modernas pelos *crimina laesae maiestatis*, “pela sua natureza subtraídos do

princípio de estrita legalidade porque compreensivos de qualquer ofensa” (FERRAJOLLI, 2014, p. 748).

A noção de crime político funcionava como instrumento exclusivo de defesa do poder, não apenas para proteger sua legitimidade e estabilidade, mas para amparar seus excessos (PRADO; CARVALHO, 2000). Na atual conjuntura, em que o terrorismo tem sido criminalizado mediante tipos penais abertos, ainda sem um consenso quanto aos limites que permitam compreendê-lo precisamente, ele vem sendo utilizado como instrumento de autoafirmação do Estado, na pretensão de conferir um véu de legitimidade aos excessos cometidos no processo que marca a desconstrução de direitos e garantias fundamentais.

Apenas com a Revolução ocorrida na França em julho de 1830⁴¹ o crime político foi revisto, passando a receber tratamento distinto dos crimes comuns. Hoje, está amplamente consagrada internacionalmente a vedação à extradição de condenados ou processados por crimes políticos, assim como se autoriza o asilo aos refugiados. Entretanto, assim como ocorre com o terrorismo, o crime político, até mesmo em razão da sua associação a aspectos ideológicos não uniformes, permanece num limbo conceitual.

Coube à doutrina tentar suprir a lacuna, buscando defini-lo com base no bem jurídico tutelado (teoria objetiva), na finalidade política perseguida pelo autor (teoria subjetiva) ou num misto entre os elementos objetivos e subjetivos. Contudo, não se chegou a um consenso, o que permitiu uma problemática aproximação com o terrorismo, já que ambos seriam marcados pela prática instrumental de outros crimes com intenções políticas-ideológicas – a distinção estaria no fato de que a finalidade política no crime de

terrorismo seria uma elementar subjetiva mediata, posição esta que não foi desenvolvida de forma exaustiva ao ponto de constituir uma corrente teórica.

Essa aproximação quanto ao elemento motivador deu margem à construção doutrinária segundo a qual o crime político seria um gênero, do qual o terrorismo é espécie. Nesse sentido a posição defendida por Fragoso (1981, p. 124), para quem “só impropriamente se pode falar em terrorismo como crime comum”. Segundo ele, o terrorismo não é um delito específico, “mas um conjunto de crimes contra a segurança do Estado, que se caracterizam por causar dano considerável a pessoas ou coisas, pela criação real ou potencial de terror ou intimidação, com finalidade político-social” (FRAGOSO, 1981, p. 125).

Destarte é possível verificar que o mesmo fato ganhou a denominação ora de terrorismo, ora de crime político. Evidencia-se, portanto, que “os dois fenômenos se confundem no tempo e, sobretudo, se a parte que alega é vítima desse ato ou não” (PAMPLONA, 2011, p. 24), demonstrando haver subjetividade na escolha do significado atribuído. Nessa conjuntura, observa-se o oportunismo, o casuísmo e o uso retórico dos termos “terrorismo” e “crime político”, ora tratados como sinônimos, ora como espécies de gêneros distintos, mas que inegavelmente se aproximam em sua essência ideológica, a despeito de lançarem mão de métodos distintos.

Exemplo claro dessa simbiose ocorreu durante a segunda metade do século XX, já durante o período pós-fordista, quando eclodiram na África e na Ásia os movimentos revolucionários de descolonização. Estabelecido o conflito entre colonos e colonizados, estes, massacrados por anos de exploração de uma metrópole que tentou a todo custo aniquilar sua cultura como meio de dominação, organizaram-se em grupos de resistência que logo assumiram um caráter reacionário.

41 Marco para a consolidação do liberalismo, com a queda da dinastia Bourbon e a ascensão da família Orléans.

Fanon (1997) defendia que o recurso à violência contra aqueles que simbolizam o poder opressor, diante de um conflito assimétrico, seria o único caminho possível à redenção; estaria ela legitimada como instrumento na defesa de um ideal. Segundo o autor, “a mobilização das massas, quando se efetua por ocasião da guerra de libertação, introduz em cada consciência a noção de causa comum, de destino nacional, de história coletiva” (FANON, 1997, p. 73), onde o desdobramento da violência no seio do povo colonizado seria proporcional à violência exercida pelo regime contestado. A natureza eminentemente política dos crimes praticados pelos grupos nacionalistas em detrimento da ordem política era inequívoca. Todavia, os mesmos foram duramente reprimidos pelos países europeus enquanto atos de terrorismo, posição historicamente revista após o processo de descolonização.

Na tentativa de melhor conceituar o crime político, Pamploña (2011) afirma que seria ele uma espécie de criminalização estratégica por parte de um governo arbitrário, na pretensão de obstar a ocupação democrática e legítima de espaços públicos, motivo pelo qual sequer deveria ser crime. Sendo assim, o crime político não seria um delito comum propriamente dito, mas o exercício de um direito legítimo em determinado contexto.

A ele se aproxima a noção de direito de resistência, “como um direito político, em sua feição de último recurso da cidadania contra a opressão e tirania” (GENTIL, 2003, p. 202), em cujo conteúdo se poderiam melhor enquadrar os movimentos nacionais de libertação da segunda metade do século XX. Seria a prática do crime constitucionalmente adequado, por imperativo democrático, o qual teria como fundamento metajurídico o próprio pacto social. É justamente no direito de resistência que se informa a concepção de crime político, enquanto espécie de

direito natural de grupos sociais a opor-se com qualquer meio contra o exercício abusivo do poder estatal.

Embora se tenha avançado em delinear os contornos da criminalidade política, as várias facetas assumidas pelo terrorismo impediram que o mesmo ocorresse quanto a ele. Com efeito, o processo de diferenciação se dá pelo método da exclusão, vez que as semelhanças ainda continuam latentes – embora se reconheça o argumento de que o especial fim de agir no crime de terrorismo seria “provocar terror, medo ou pânico generalizado”, enquanto a motivação político-ideológica seria, mesmo que acaso existente, secundária, e nisso se distinguiria do crime político.

O debate, entretanto, ganha novo fôlego ao se levar em consideração os efeitos práticos decorrentes da amplitude com a qual se tem tipificado internamente o crime de terrorismo. Segundo adverte Aponte (2014, p. 303-304),

esse adjetivo, de ‘terrorista’, se converteu praticamente em uma espécie de apelido para um grande número de pessoas, tanto atores que cometem crimes, mas que não eram em nenhum caso ações de terrorismo, como o mais grave, se converteu em uma espécie de apelido para sindicalistas, defensores de direitos humanos, membros de organizações de defesa dos direitos, membros de partido de oposição. O uso demagógico da noção de terrorista se converteu em um costume (tradução livre).

Esse elástico conceito de terrorista admite englobar “inimigos não usuais” e inicialmente não considerados como alvos hipotéticos da criminalização. Isso equivale a uma carta branca para eliminação do espaço judicial, que se converte em instrumento perfeitamente integrado ao aparato político, de modo que essa amplitude legal assume especial importância para re-

frear ou sufocar uma conduta política que se julga nociva à ordem pública (KIRCHHEIMER, 1968, p. 54). Com efeito, o desvirtuamento da estrutura de imputação serve também para justificar, frente à opinião pública, os excessos no tratamento dirigido aos opositores que eventualmente se queira eliminar, adjetivando-os como terroristas.

No contexto internacional, essa amplitude opera efeitos também no que toca à possibilidade de extradição, que constitui importante meio de cooperação jurídica. A imprecisão terminológica não só atinge os países que já possuem legislação que versa sobre o terrorismo, quando então se trava um confronto hermenêutico com base no direito positivado – entre a legislação aplicável no Estado requerente, com fundamento no processo penal já iniciado, e a legislação em vigor no Estado requerido –, mas também àqueles que, embora não convivam com tal realidade, sejam forçados a analisar a matéria quando diante de um pedido de extradição.

A margem interpretativa nesses casos é ainda maior, permitindo uma aplicação seletiva do direito penal, que tem se estruturado como instrumento político em casos onde o tratamento ocorra por meio de tipos penais abertos. Mesmo que a análise do pedido de extradição não exija uma dupla tipicidade, mas apenas uma identidade conceitual quanto à criminalização do fato descrito em ambos os países, essa ausência de parâmetros comporta que se considere como crime político aquilo que outro Estado soberano reputa como um atentado terrorista.

Uma diferenciação exclusivamente normativa – com o único intuito de afastar do terrorismo as benesses conferidas aos crimes políticos –, é incapaz de suplantar os efeitos da indefinição conceitual, decorrente da proximidade existentes entre as duas espécies. Com efeito, afirmar quanto à vagueza com a qual o ter-

rorismo vem sendo tratado não se limita a um argumento retórico, mas possui implicações práticas factíveis.

3.2 Os problemas dogmáticos identificados na tipificação interna do terrorismo internacional

Não se pode olvidar que alguns países, sobretudo aqueles que já conviviam com uma realidade de enfrentamento a grupos considerados terroristas⁴², haviam legislado penalmente sobre o tema antes do incidente ocorrido no dia 11 de setembro de 2001. Contudo, essas legislações internas, bem ou mal acostumadas com o horizonte de nacionalidade, não estavam adequadas à nova face-ta transnacional. Tudo muda radicalmente com os trágicos atentados às Torres Gêmeas, que chamou a atenção para um fenômeno terrorista supranacional que, apesar de já existente há alguns anos em muitas partes do mundo, tinham sido desvalorizados em relação aos seus efeitos diretos nos Estados Unidos e nos países da União Europeia (GAMBERINI; FRONZA, 2014).

Houve uma efervescência legislativa, quer através da edição de novos tipos penais, quer através de modificações pontuais na legislação em vigor. Essa profusão de normas não se limitou ao direito material, mas estendeu seus braços às regras processuais, que perderam sua natureza garantista originária e assumiram uma faceta inquisitorial ao incorporar a relativização de direitos funda-

42 Tem-se como exemplo: a Alemanha, que desde a década de 1970 tinha preocupações concretas com as ações do *Rote Armee Fraktion* (RAF); a Inglaterra, que convivia com os atentados promovidos pelo *Provisional Irish Republican Army* (IRA); a Espanha, que deu tratamento ao terrorismo em seu Código Penal de 1995 devido à atuação do grupo separatista *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA).

mentais como instrumento na busca por maior eficácia no combate ao novo inimigo global (CHOUKR, 2002).

Diante da diversidade de dispositivos penais que tratam do terrorismo nas legislações do mundo ocidental, compreendê-lo como fenômeno transnacional exige a análise conjunta desse vasto acervo. É possível estabelecer, partindo desse breve estudo comparado, pontos de tensão que encontram obstáculos na ideia de subsidiariedade que deveria ser uma de suas características mais marcantes – problemas sintomáticos de um sistema penal que, ao não aprender com a pouca efetividade de suas normas, segue multiplicando-se sem parâmetros de controle.

O primeiro aspecto diz respeito à sua categorização, isto é, se alçá-lo ao posto de crime autônomo, através da edição de um tipo penal que sancione especificamente uma conduta terrorista, seria a resposta mais adequada segundo os preceitos da dogmática penal. Há duas tendências marcantes: um grupo de países que, entoando o discurso punitivo de maior rigidez no combate ao terrorismo, reconhece nele uma conduta e o considera um crime autônomo; outro grupo reconhece no terrorismo uma estratégia que lança mão de crimes diversos para atingir seu desiderato, motivo pelo qual deve ser tratado como espécie de qualificadora.

Jakobs (2009, p. 221) ensina que “na imputação jurídico-penal, não resulta consequência alguma da circunstância de que algo seja uma conduta; ao contrário, para a imputação ao sujeito atuante, sempre interessa apenas a conduta penal típica”. Isso passa a constituir um problema a partir do instante em que a imputação do crime de terrorismo pressupõe, invariavelmente, a prática instrumental – simbólica e estrategicamente projetada – de outros delitos.

É possível verificar que a criminalização autônoma do terrorismo se constrói através de uma saturação do preceito incriminador, insistindo na reprimenda de comportamentos intole-

ráveis já tipificados, os quais são novamente sancionados com base na intenção do autor: causar terror. É como se esse especial fim de agir desfigurasse de tal modo a conduta penalmente relevante, que o ordenamento devesse então lhe impor um adorno distinto, concebendo uma nova moldura para um quadro cuja imagem permanece inalterada.

Segundo as clássicas lições de Welzel (2011, p. 58), “o ordenamento jurídico deve concretizar suas disposições penais, isto é, deve descrever objetivamente a conduta que proíbe: matar, furtar etc. Deve especificar a ‘matéria’ de suas proibições”. Mesmo considerando a multiplicidade de tipos penais que criminalizam o terror, todos eles convergem ao condicionar a ocorrência deste à prática instrumental de outros crimes, de modo que não descrevem um comportamento humano imputável propriamente dito, mas apenas reforçam proibições já existentes por meio de uma técnica descritiva de quais crimes são potencialmente capazes de provocar indistintamente o terror.

A questão que se coloca é que o terrorismo, enquanto método, não contém os elementos necessários para que possa receber tratamento por meio de tipo penal próprio, vez que “ele se realiza por um ou vários crimes comuns e autônomos grafados pela violência” (PAMPLONA, 2011, p. 219). Nesse sentido se posiciona Scheerer (2013, p. 250), ao reconhecer no terrorismo um método na luta armada, que não deve ser compreendido como derivado de um autor patológico ou simples manifestação do mal.

Sendo assim, ele constitui um concurso específico de condutas típicas que se conectam e concorrem para gerar o sentimento de terror, que constitui a finalidade dos atentados, os quais devem permanecer associados ao fato propriamente dito, não à condução de vida do seu suposto autor. Em outros termos, o terrorismo conforma uma particular estratégia co-

municativa para provocar um sentimento coletivo através da prática dirigida de outros delitos, os quais lhe servem como instrumento de intimidação generalizada, que adquire particular significação pelo método com que essa mensagem de violência é transmitida (MELIÁ, 2010).

Além disso, conceber sua existência implicaria aquiescer com a teratológica possibilidade de haver uma dupla punição pelo mesmo fato, vez que a criminalização da ação terrorista não se equivaleria propriamente às condutas que lhe sirvam como meio. A prática de um crime de homicídio, por exemplo, não implica necessariamente que dele advenha um sentimento de insegurança ou medo generalizado, que não decorre diretamente do resultado morte, mas pela forma como ele [homicídio] é praticado, quais as suas vítimas e, sobretudo, o tratamento que lhe é dado pelos veículos de comunicação.

No exemplo dado, a mesma conduta seria então capaz de produzir dois resultados simultâneos: a morte propriamente dita, dando materialidade ao crime, e o sentimento de medo e insegurança produzidos com sua execução. Ocorre que o terror, como dito, não é consequência direta de nenhum dos crimes instrumentais, embora possa ser a motivação para praticá-los. Daí não possuir existência autônoma, vez que não pode ser definido propriamente como a ação de causar o terror, mas apenas vinculada, afastando com isso a hipótese de um concurso formal próprio – quando uma única conduta produziria dois resultados lesivos iguais ou distintos, que poderiam ser individualmente alcançados.

Há uma clara distorção do sistema ao se pretender a criminalização genérica com o escopo de combater o fenômeno do terrorismo, utilizando o direito penal como instrumento para consecução de políticas públicas de enfrentamento através do direcionamento da norma àqueles que seriam a causa do problema,

independentemente da existência de um fato penalmente relevante. Nestes casos, em que o esquema de incriminação dispensa o próprio fato ofensivo, a lei, segundo Ferrajoli (2014, p. 98),

não proíbe nem regula comportamentos, senão configura *status* subjetivos diretamente incrimináveis: não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conforme ou contrárias.

Todavia, isso não ocorre apenas no plano legislativo, mas também judicial, ao passo que as decisões proferidas estejam pautadas em juízos de culpabilidade desapegados a qualquer fato em específico, mas justificadas com base nos antecedentes dos acusados ou à sua identificação política e social, como sói ocorrer com os terroristas. Para Jakobs (2006, p. 78), defensor de uma visão normativa segundo a qual o Direito penal deve buscar garantir a integridade e coerência do ordenamento jurídico, a punição dos terroristas, nesse caso, é uma meta intermediária. Através do castigo se pretende combater ao terrorismo em seu conjunto, funcionando a pena como um meio para atingir um fim policial (JAKOBS, 2006, p. 78)

Ao se criar um tipo penal modulável, que não descreva uma conduta que lhe seja própria, mas apenas elenque um rol exemplificativo de outros crimes com base na motivação para praticá-los, desnaturam-se de tal modo as garantias decorrentes do princípio da legalidade e seus consectários que o Direito penal assume uma feição simbólica de instrumento na gestão de riscos – nesse sentido, estar-se-ia entre o risco de se colocar em perigo a vida e a segurança de cidadãos e a livre auto-

-administração daqueles que se comportam conforme o direito, e o risco de se admitir os danos colaterais pela adoção de um direito de exceção voltado aos inimigos a quem se deve negar a condição de “pessoa”.

Isso não significa, entretanto, que o sistema penal deva se manter inerte, mas que a tipificação é um caminho tecnicamente incorreto, sobretudo quando considerados os danos secundários decorrentes do processo de expansionismo penal. Daí o equívoco de legislações como da França⁴³ e da Colômbia⁴⁴ – que já enfrentavam internamente grupos considerados terroristas –, apressadamente reformadas sem a necessária reflexão acerca de qual seria a solução mais adequada. No mesmo sentido está a legislação portuguesa⁴⁵ – aprovada em cumprimento à Decisão-Quadro nº 475/2002 –, que, além de prever

43 Art. 421-1 do Código Penal da França. “Constituem atos de terrorismo quando cometidas intencionalmente em conexão com uma ação individual ou coletiva, que tem o objetivo de perturbar gravemente a ordem pública através de intimidação ou pelo terror, as seguintes infracções: 1º ataques intencionais contra a vida, a integridade física, o sequestro de pessoas, e sequestro de aviões, navios ou outros meios de transporte [...]; 2º roubo, extorsão, destruição, danos ou deterioração [...]; 3º As infracções de grupos de combate e movimentos de dissolução [...]; 4º O fabrico ou posse de máquinas, dispositivos perigosos ou explosivos [...]; 5º a recepção do produto de alguma das infracções mencionadas acima; 6º as infracções de lavagem de dinheiro [...]; 7º os delitos de uso de informações privilegiadas [...]”. (tradução livre).

44 Art. 343 do Código Penal da Colômbia. “El que provoque o mantenga estado de zozobra o terror a lapoblación o a un sector de ella, mediante actos que pongan em peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzasmotrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá em prisión de diez (10) a quince (15) años [...]. Sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta”.

45 Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto, chamada de Lei de combate ao terrorismo.

um tipo penal autônomo, também considera a finalidade terrorista como circunstância agravante⁴⁶.

Por essas razões, tendo em vista a característica multifacetária do terrorismo, suas diversas definições pluridimensionais, assim como a variedade de crimes que podem ser estrategicamente utilizados através de uma relação meio/fim, há uma exigência de generalização no tratamento que não cabe ser feita através da tipificação autônoma. Desse modo, parece ser tecnicamente mais adequado que o terrorismo deva ser considerado enquanto espécie de causa qualificadora, permitindo uma gradação na medida da culpabilidade pela prática dos diversos delitos agravados pela motivação e por seus efeitos secundários.

Apenas no caso concreto, e não na descrição hipotética de um tipo penal, é possível aferir se um crime foi ou não praticado com a finalidade de provocar o terror. Com efeito, a solução dogmaticamente adequada seria, “tanto na legislação interna quanto na internacional, acrescentar aos tipos penais a qualificadora ‘terror’ atingindo uma resposta legal possível e razoável, ao invés de se insistir na definição da tipicidade do terrorismo” (PAMPLONA, 2011, p. 221).

Essa foi a saída encontrada por países de reconhecida tradição penal, como a Espanha e a Alemanha, que apenas tipificam o terrorismo de maneira autônoma quando inserido num contexto associativo. Nas demais hipóteses, os crimes a ele relacionados são tratados como delitos comuns qualificados⁴⁷, onde a motivação

46 Artigo 4º da Lei nº 52/2003. “Terrorismo. 1 - Quem praticar os factos previstos no nº 1 do artigo 2º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela, não podendo a pena aplicada exceder o limite referido no nº 2 do artigo 41.º do Código Penal”.

47 “En el Código penal español los delitos de terrorismo son – con excepción de las infracciones de pertenencia a (arts. 515 ss.) y de colaboración con (arts. 575 y 576, vi. infra) organización terrorista – delitos comunes agravados” (MELIÁ, 2014, p. 183).

para cometê-los e os efeitos por eles provocados são considerados no estrato da culpa, como medida da pena.

No Código Penal alemão, por exemplo, a conduta intencional de “matar alguém” pode receber dois enquadramentos típicos distintos: como sendo crime de assassinato (art. 211 do StGB) ou como crime de homicídio (art. 212 do StGB). O homicida seria “aquele que mata um ser humano sem ser assassino”, enquanto este [assassino] seria aquele que mata alguém “por prazer de matar, para satisfazer seu instinto sexual, por ganância, ou de outra forma por motivos ignóbeis, com premeditação, cruelmente, por outros meios que constituam um perigo público, ou para facilitar ou acobertar a prática de outro crime”. Segundo afirma Tangerino (2014, p. 279), o assassinato por motivo “terrorista” tem sido considerado como sendo ignóbil, “assim entendido pela jurisprudência do BGH como sendo aquele motivo desprezível sob a perspectiva ética geral”, crime punível com a prisão perpétua⁴⁸.

Desse modo, o que se verifica na prática é uma tendência de parte das legislações em buscar dar tratamento penal ao terrorismo enquanto crime, caminho que encontra obstáculo intransponível na sua própria indefinição. A tipificação, que guarda particular relação com o rigor que advém da certeza exigida pelo princípio da legalidade, é um fenômeno pelo qual se conceitua determinado comportamento em abstrato como intolerável, dotando-lhe de sentido aos olhos do direito penal. Isso impõe uma precisão terminológica e uma exatidão descritiva impossíveis de serem alcançadas quanto ao terrorismo que, enquanto tática ou técnica de

48 Embora o art. 57-A do Código de Processo Penal alemão preveja exceções nas quais se admite o livramento condicional.

enfrentamento⁴⁹, apenas se realiza circunstancialmente através do cometimento simbólico ou instrumental de delitos já tipificados⁵⁰.

Com base nos pressupostos teóricos abordados no primeiro capítulo, é possível identificar que não há adequação aos requisitos de validade sistêmica, o que se torna claro em razão das diversas inconsistências dogmáticas nas quais esbarra a incorreta opção pela criminalização do fenômeno. Porquanto indefinido seu próprio conceito, o comportamento humano ao qual se refere e o bem jurídico concreta e particularmente protegido, o terrorismo, no marco de um Estado Democrático de Direito, não pode constituir objeto de tratamento através da edição de um tipo penal próprio. Não ao menos sem que se admita, *ad absurdum*, a ilegítima vigência de uma norma configurada contrariamente às estruturas sistêmicas, pensadas para coibir cientificamente a existência de formulações incompatíveis.

49 Importa destacar, em sentido contrário, a posição de Laqueur (2002). Segundo o autor, não através de uma perspectiva pena, porém histórica, reduzir o terrorismo a uma técnica implicaria desconsiderar que entre os praticantes sempre há certas crenças em comum. “Eles podem pertencer à esquerda ou à direita; podem ser nacionalistas ou internacionalistas, mas, em alguns aspectos essenciais, sua maquiagem mental é similar. [...] E como a tecnologia do terrorismo pode ser dominada por pessoas de todos os credos, a sua filosofia também transcende as linhas tradicionais de mergulho entre a doutrina política” (LAQUEUR, 2002, p. 4-5). Contudo, na perspectiva utilizada no texto, a qualificação do terrorismo enquanto tática ou técnica de enfrentamento não alude à inexistência de pactos ou consensos ideológicos entre membros de um mesmo grupo, mas precisamente ao fato de exigir ele a prática instrumental de crimes já tipificados, ainda que com particular motivação.

50 A expressão “cometimento simbólico ou instrumental de delitos já tipificados”, no sentido empregado no texto, se reporta aos crimes com tipos penais autônomos, praticados em um contexto de ação terrorista com propósito intermediário ou fase do *iter criminis*, isto é, como via instrumental para alcançar a finalidade última de provocar uma sensação generalizada de terror.

3.2.1 O fator organizacional e a imprecisão teórica da criminalização de uma ideologia

Essa compreensão funcional do terrorismo como método ou estratégia – que tanto pode estar orientada por uma lógica subversiva de ruptura, quanto de preservação da ordem ou *status quo* – é particularmente relevante para dar sentido à tese segundo a qual a relevância jurídico-penal do terrorismo depende da consideração daquilo que Mañalich Raffo (2017, p. 371) identifica como “fator organizacional”. Nessa perspectiva, a noção de terrorismo, a despeito do dilema sobre como defini-lo, é equiparada à noção de “delito de organização terrorista”, enquanto categoria jurídico-penal autônoma.

Nisso se assenta dogmaticamente a convergência legislativa no sentido de criminalizar a adesão ou pertencimento a uma célula terrorista. Mesmo nos países que reconhecem no terrorismo uma estratégia, percebe-se haver consenso em se colocar o grupo terrorista no contexto de uma organização criminosa, estruturada e mantida com o propósito específico de cometer crimes que se alinham na causa reitora de provocar o terror. Justamente nisso estaria a sua singularidade: naquilo que qualifica a organização como sendo terrorista; ou seja, na subjetividade característica dos delitos que se pretenda praticar na constância do elo associativo.

Aqui são inteiramente aplicáveis as críticas doutrinárias já construídas a respeito da problemática em se punir de forma autônoma atos que em si são preparatórios, e que enquanto tais não atingem em efetivo quaisquer bens jurídicos nem os coloca em perigo concreto. Os limites da preparação, nos casos em que não se leve a efeito a intenção criminosa que deu origem à *societas sceleris*, ainda hoje é alvo de críticas, sobretudo ao se considerar a proteção de bens jurídicos como fundamento e limite do direito penal.

Conforme sintetizado por Schünemann (2013b, p. 39), a determinação do bem jurídico “não é formulada apenas ao final do processo de interpretação, como etiqueta final, mas ela dirige, com sua orientação liberal, isto é, contrária a limitações desnecessárias das liberdades civis”, de modo que a noção de bem jurídico seria uma espécie de norma em branco que permite ao princípio desempenhar um papel dinâmico-constutivo no processo de interpretação. Dito de outro modo, enquanto diretriz, apenas um interesse urgente à convivência pacífica em sociedade pode receber tutela penal; e no caso concreto, apenas uma lesão social efetiva pode justificar a sanção.

Partindo dessa noção, o reproche a um grupo que se organize para cometer delitos apenas encontraria legitimidade, diante do caráter fragmentário do direito penal, em havendo fundamento em um passado de crimes, do que se poderia identificar com maior plausibilidade a existência de um determinado programa delitivo. De outro modo, inexistindo um substrato fático real como pressuposto, não se justificaria a intervenção com base exclusiva na “potencialidade delitiva”, vez que não se poderia projetar, estando ausente esse histórico, que a finalidade em se cometer crimes interligados por um mesmo fio condutor – que constitui o elo associativo – alçaria voos além dos atos preparatórios em si mesmos e incursionaria de fato pelas fases do agir criminoso propriamente dito.

Com efeito, ao contrário do que sustenta Mañalich Raffo (2017), há irreduzível dificuldade dogmática em sustentar uma forçosa desvinculação entre o delito de organização e os injustos autônomos nesse contexto intencionados. Admitir a coexistência entre essa variante de associação ilícita e as condutas efetivamente perpetradas por seus membros durante sua vigência, implicaria, em todo caso, aquiescer com a controvertida

possibilidade de um obrigatório concurso de crimes, identificável sempre que houver a prática dos ilícitos projetados pela organização. Em todo caso, tal construção parece desconsiderar o princípio *ne bis in idem*, tendo em vista que a referência à característica do “fator organizacional” é refratária à possibilidade de que possam existir delitos de terrorismo individuais ou isolados e desvinculados de uma estratégia de comunicação violenta, operável apenas coletivamente.

Além disso, em um conceito volátil e aberto como o é da “sociedade para delinquir”, o exato momento da consumação do crime é particularmente impreciso. O liame entre a efetiva associação e uma cooperação instantânea que não estabeleça vínculos de continuidade constitui um obstáculo difícil de ser transposto, levando a discussão ao plano da intencionalidade do autor. Nesse sentido se posiciona Jakobs ao colocar o problema acerca da incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico, ponderando que, se já são incertos o começo e um fim de um estado prévio materialmente determinado, “não pode surpreender que seja mais incerto por onde discorre o limite entre a conduta prévia que é ainda legitimamente punível e a que não pode já ser castigada” (JAKOBS, 2012, p. 131).

Ao passo que para a concepção clássica o direito penal era um instrumento de liberdade do cidadão, na atual dialética da modernidade ele assume a função de primeira razão na solução de conflitos. A tutela preventiva, para esse direito penal, tornou-se um paradigma dominante, tendo como principal instrumento a ampliação dos delitos de perigo abstrato, que renunciam à comprovação de um dano ao bem jurídico, abdicando da causalidade e facilitando sobremaneira a aplicação antecipada da pena (HASSEMER, 2007, p. 195).

Ferrajoli, ao tratar daquilo que ele denomina como “modelo punitivo irracional”, pautado na ideia de simples prevenção do

delito, nos apresenta características dessa atual sistemática, onde a ausência de limites à intervenção punitiva estatal evidencia uma tendência ao expansionismo penal. Segundo adverte o autor,

O direito e o processo penal se transformam de sistema de retribuição, dirigido a prevenir fatos delituosos por meio da comprovação e da punição dos já ocorridos, em sistema de pura prevenção, dirigido a afrontar a mera suspeita de delitos cometidos, mas não provados, ou o mero perigo de delitos futuros (FERRAJOLI, 2014, p. 99).

O problema se agrava particularmente quando transportamos essa discussão a respeito da tutela preventiva aos domínios do terrorismo, marcado fortemente pelo aspecto ideológico. Definir o que seria uma organização terrorista deságua na mesma dificuldade em se definir o que seria o próprio terrorismo, cuja complexidade já fora antes destacada. Simplesmente tomar emprestado os requisitos que dogmaticamente definem uma organização criminosa e qualificá-la pela espécie de delitos que se pretende cometer, em nada contribui para a construção de um conceito.

Os delitos praticados no contexto de uma estratégia terrorista se distinguem pela motivação, e nisso consiste a justificativa para se afirmar que o terror qualifica a conduta. Com efeito, aqueles que venham a integrar uma associação terrorista não apenas devem comungar da finalidade em cometer crimes de modo estável, mas também aderir à causa que encerra a prática instrumental destes.

Sendo assim, o aspecto subjetivo da conduta de participar de um “grupo terrorista”, deve compreender, além da finalidade criminosa da organização, também o fim mediato de que esses crimes sirvam como um símbolo, de modo a causar um sentimento de medo e insegurança, a serviço de uma ideologia política, cultural ou religiosa. Esse nível teórico de exigência é

extremamente difícil de constatar na prática; diverso do que se costuma veicular midiaticamente, nem todo integrante de uma “organização terrorista” é um religioso extremista, de rosto mascarado e que leva consigo armas de grosso calibre. Acaso fosse assim, bastaria a causalidade, que daria conta de aferir o próprio aspecto subjetivo dos que assim se mostrassem.

O nó górdio está justamente nos níveis mais incipientes da associação, quando a adesão ao grupo se limite ao compartilhamento da ideologia por ele defendida. Posto não se cogitar de um pertencimento imprudente, aquele que integre uma organização considerada terrorista sem compactuar, ou mesmo desconhecendo, os crimes qualificados pelo terror praticados por parte dos seus membros, não completa o dolo exigido pelo tipo penal – que pressupõe conhecimento e vontade –, de modo que essa ausência quanto ao requisito subjetivo é capaz de afastar o enquadramento típico.

Na organização terrorista, de acordo com a construção que lhe posiciona como um ato preparatório punível qualificado pela intenção, levando em conta as espécies de crimes motivados pelo terror que constituem a finalidade da associação, não há uma exigência (requisito objetivo) de que tais delitos cheguem a ser cometidos; basta que sejam intencionados. Entretanto, essa extensão da punibilidade ao campo prévio às ações concretas, com base no subjetivismo de se antecipar a reprimenda penal por algo ainda não praticado, castigando meras manifestações internas, “pode ser absolutamente duvidosa sua admissibilidade desde os pontos de vista do Estado de Direito” (ROXIN, 1997, p. 59, tradução livre).

Não é algo distante da realidade que um membro de uma dessas organizações caracterizada pela defesa de um ideal, reconheça nesta a intenção associativa, ou seja, que a união ocorra por

uma comunhão de pensamentos, sendo este o seu limite cognitivo para aderir ao grupo. Nesse recorte, escapa ao dolo do agente suas duas principais referências normativas segundo uma perspectiva tipológica: o domínio do fato quanto aos crimes pretendidos, vez que lhes nega conhecimento ou ao menos não reconhece a possibilidade de existência concreta; e a atitude contrária aos bens jurídicos, posto que a adesão a uma causa, mesmo que criticável do ponto de vista ético ou moral, com base em valores e conceitos pré-concebidos, não ataca ou expõe a perigo qualquer interesse social legítimo (SCHÜNEMANN, 2013c).

Em perspectiva diversa, considerando a categoria pragmática de atribuição do dolo⁵¹, o substrato interno, inacessível ao observador e de difícil demonstração prática, apenas pode ser alcançado pela investigação dos elementos externos que possam servir como indícios da intenção do agente. No caso da “organização terrorista”, os tipos penais existentes condicionam, de um modo geral, que a associação tenha como objetivo praticar, ou estar orientada a cometer, crimes que se qualifiquem pela motivação “causar terror”. Desse modo, não haveria conformidade típica quando diante de uma conduta que não apresente elementos que caracterizem uma pré-disposição à participação nesses delitos, vez que ao mero pertencimento escapa a finalidade da organização em praticar crime e conceber a propensão delitiva implicaria admitir uma lei que “não proíbe nem regula comportamentos, senão configura status subjetivos diretamente incrimináveis” (FERRAJOLI, 2014, p. 98).

Na Inglaterra, por exemplo, o *Terrorism Act 2006* não apenas criminalizou a adesão ou participação em uma organização terrorista, mas inclusive previu a punição de manifestações que

51 Segundo Busato (2014, p. 81), “o dolo não pode ser considerado uma categoria ontológica [...]. O dolo não existe, se atribui”.

pudessem ser consideradas como defesa ou apoio a uma organização terrorista; idêntica criminalização era encontrada no art. 300, nº 1, do Código Penal português⁵² – posteriormente revogado pela Lei nº 52/2003. A mesma conduta, sob a nomenclatura de “apologia à associação terrorista”, também é criminalizada na Alemanha⁵³ como sendo uma modalidade do próprio crime de associação. Na Espanha, por sua vez, coube aos tribunais diluir os limites da definição típica de colaboração⁵⁴, tendendo nos últimos anos, segundo Meliá (2014, p. 203), à incorporação de condutas de apoio ideológico.

Esse problema também foi enfrentado pela jurisprudência italiana, que buscou dar ao art. 270-*bis* do seu Código Penal –

52 Art. 300 do Código Penal de Portugal. “1. Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos”. A redação foi repetida no art. 2º, nº 2, da Lei nº 52/2003.

53 Art. 129a do Código Penal da Alemanha. “Conformación de asociaciones terroristas. (1) Quien funde una asociación cuyos objetivos o actividad estés orientados a cometer: 1. asesinato, homicidio, o genocidio (§§ 211, 212 o 220a); 2. hechos punibles contra la libertad personal en los casos del § 239a o del § 239b; 3. hechos punibles según el § 305a o hechos punibles que constituyen un peligro público en los casos de los arts. 306 a 306c, o 307 inciso 1 a 3, del art. 308 inciso 1 a 4, del art. 309 inciso 1 a 5, de los arts. 313, 314 o 315 inciso 1, 3 o 4, del art. 316b inciso 1 o 3, o del art. 316c inciso 1 a 3, o quien participe en tal asociación como miembro, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años. [...]. (3) Quien apoye a una asociación de las descritas en el inciso 1, o haga propaganda a favor de ella, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años”.

54 Art. 576 do Código Penal da Espanha. “1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista. 2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, com las actividades de las citadas organizaciones o grupos terroristas”.

que criminaliza a conduta associativa com fins terroristas – uma interpretação constitucionalmente orientada com os direitos à liberdade de associação e à livre manifestação de pensamentos, reforçando uma necessária separação entre direito e moral. Como solução, foi adotada uma linha que exige como requisito uma periculosidade concreta da conduta associativa, “a existência de um sério, concreto e atual programa criminoso da associação” (GAMBERINI; FRONZA, 2014, p. 263, tradução livre), que vá além do mero compartilhamento ideológico.

Ademais, considerar o aspecto ideológico como causa fundante implica em igualmente sopesar os planos culturais, políticos e sociais por trás da ação. Um dito crime ideológico não pode ser encarado no contexto da mera causação, ou seja, dos resultados porventura produzidos no plano material, já que o resultado causal produzido é mera exteriorização da ideologia adotada. Mesmo o agente que pratique o fato de relevância penal, executando diretamente uma conduta típica instrumental à causa terrorista, na prática não possui uma autonomia propriamente dita, cuja compreensão de mundo adotada pode servir como argumento para reconhecer em abstrato uma causa exculpante, afastando a existência do crime no estrato da culpabilidade.

Em casos tais, em que o autor da conduta sirva como mero instrumento para consecução de fins culturais ou políticos-ideológicos, agindo em prol de um aparato organizado de poder que para ele funcione como espécie de núcleo intelectual, as categorias típicas do direito penal não são capazes de dar uma resposta satisfatória ao problema. A fungibilidade do autor mediato, que facilmente poderia ser substituído por qualquer outro cuja adesão aos motivos fosse determinante o suficiente para legitimar moralmente sua conduta, já colocaria, em um primeiro momento, o autor direto como sendo mero partícipe, posto que lhe faltasse um

domínio funcional que pudesse influir decisivamente na existência do fato penal.

Aquilo que se entende como terrorismo necessita, invariavelmente, de uma organização minimamente estruturada, o que implica reconhecer a necessária existência de um grupo de pessoas, cuja união se faça através da cumplicidade ideológica, em prol da visão de mundo que se chame de “causa reitora” – que não apenas justifique a existência da organização, mas também os meios persuasivos adotados, motivando os atos eventualmente praticados durante essa constância. De igual modo, a existência do grupo deve possuir um aspecto de continuidade, tendente à prática dos atos reputados como necessários à defesa, na compreensão dos seus membros, do contraponto à ordem vigente.

Isso faz com que a discussão a respeito de um eventual liame subjetivo em relação às condutas ulteriormente praticadas ocupe uma posição secundária. Tal assertiva se justifica dogmaticamente ao se considerar a hipótese aparente de que a união daqueles que integram o que se concebe, por aproximação essencialista, como grupo ou organização terrorista possa não ocorrer com o intuito preponderante de atacar a norma vigente – o que necessariamente exigiria a compreensão e o reconhecimento da incriminação como um imperativo vinculante –, assim como não ter a finalidade precípua de cometer ilícitos.

O que motiva o elo associativo é necessariamente a presença opressora de um ideal de estatura política. Há, em todo caso, a forte inspiração em uma particular visão de mundo contra-hegemônica através de um desfocado prisma antidemocrático, no qual a imperiosa necessidade de mudança, manutenção de domínio ou ruptura de paradigma propulsiona uma postura reacionária de violência estrategicamente projetada, dirigida contra o Estado ou à intimidação generalizada de um grupo social. A finalidade é o

ataque à ordem vigente, por não reconhecê-la como legítima⁵⁵. Essa carga ideológica, comungado pelos membros do grupo, cria uma união através da adesão em prol de uma causa maior, que justificaria a própria existência daquele.

Essa “autorização” supralegal em defesa de uma ideologia vinculante significa, por outro lado, uma desconsideração do poder e da ordem pelos integrantes. Isso ocasiona uma crise de legitimidade, ao passo que o direito posto não é reconhecido como tal, tornando sua inobservância algo que não pode ser sancionado pela norma despida de coercibilidade. Não se atua sob o império da lei, pois esta, enquanto exteriorização de poder, não possui autoridade para ser imposta ao grupo que o confronta e o desautoriza.

Isso, contudo, não deve ser encarado como uma “ação” em moldes penais. Jakobs (2012), ao tratar do conceito jurídico-penal de ação, diz que o direito penal reage à falta de reconhecimento da vigência da norma, sempre que concorra culpabilidade. Desta forma, propõe que o comportamento do autor seria, enquanto expressão de sentido, uma exteriorização “que a norma que se opõe a seu comportamento para ele não é a máxima de comportamento reitora” (JAKOBS, 2012, p. 74). Com efeito, considerando as posições do direito penal para teorizar o injusto, o problema em relação às ações praticadas na constância de um chamado “grupo terrorista” pode ser resolvido através do estudo da culpabilidade, neste caso para excluí-la, destacando a incongruência dogmática na criminalização do terrorismo segundo aspectos culturais ou ideológicos subjetivamente vinculantes.

⁵⁵ Cabe registrar que esse conceito é notadamente apropriado para identificar o terrorismo internacional de vertente *jihadista*, motivado pela coexistência de razões religiosas, políticas e culturais. Escapa a essa definição as características que melhor descrevem o terrorismo praticado pelo próprio Estado, nos casos em que o exercício da violência criminal é convertido em instrumento de governo.

Tendo como pano de fundo os fenômenos conexos ao multiculturalismo, no qual o terrorismo internacional está invariavelmente inserido, é particularmente representativa a contribuição de De Maglie (2017, p. 147-181) sobre a noção de *cultural defense* como causa de exclusão ou diminuição da responsabilidade penal. Nesse sentido, as propostas de novas *excuses*⁵⁶ para os casos de crimes culturalmente motivados, pela aproximação quanto à forma como se colocam, parecem ajustar-se ao tema para problematizá-lo ainda mais.

Os estudos mais recentes sobre tais excludentes de punibilidade partem da justificação ética que se encontra na base do instituto, com forte conexão com a teoria da *compassion*. Em suma, explica De Margio (2017, p. 153), “por detrás da brutalidade de certos crimes, existe sempre uma história de marginalização, de degradação social”. Nesses casos, há uma espécie de responsabilização do sistema pelo crime gestado como produto de um ambiente social corrompido, impondo a escusa do autor como mecanismo de compensação.

Nos casos envolvendo atentados terroristas perpetrados por alegada motivação político-religiosa e segundo imperativo de razão moral, é possível admitir, ao menos em tese, o reconhecimento antropológico de um *background* cultural, tendo em vista o grupo étnico de pertença. Embora não se processe linearmente ante as possíveis resistências à construção do argumento, a identificação do comportamento como “fato culturalmente motivado” é uma hipótese a ser considerada e, ainda que não confirmada ou aceita, sensibiliza o debate quanto à punibilidade do agente, não obstante o perigo que ele possa representar.

⁵⁶ Causa excludente de punibilidade.

Examinados os obstáculos dogmáticos até aqui apresentados, conceber a punição pela mera adesão a uma causa – por mais criticável ou incompreendida –, transita perigosamente pelo risco de se aceitar o retrocesso à tirania e adotar o direito penal, para além de uma forma de controle social, como verdadeira arma de opressão apontada contra inimigos eleitos. Insere-se nesse contexto, como exemplo mais próximo de legislação simbólica, a edição da Lei Federal n. 13.260/2016⁵⁷, que, ao tipificar em termos excessivamente vagos o crime de terrorismo, passa a admitir o preenchimento do vazio conceitual da norma para utilizá-la como instrumento político contra alvos estereotipados.

É necessário, pois, que se ampliem os horizontes na discussão acerca da inadequação da última razão do ordenamento jurídico para se combater laços associativos que se estreitam na defesa de um ideal, haja vista o direito penal se estruturar como sistema cujas normas não devem ser apenas motivadas ideologicamente (ROXIN, 2009, p. 20). Nesse sentido, possibilidades outras devem ser ao menos consideradas, ainda que se afigurem pouco ortodoxas de início.

⁵⁷ O terrorismo é definido nacionalmente, nos termos do art. 2º da Lei n. 13.260/2016, como sendo a “prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública”. Sobre a Lei n. Lei n. 13.260/2016, vide Callegari, Lira, Reghelin, Meliá, Linhares (2016, p. 89-102).

4 O Combate ao Terrorismo sob a Perspectiva do Direito Penal Internacional

A partir das parciais conclusões extraídas do capítulo anterior, houve uma natural reorientação no eixo na pesquisa, eliminando-se a hipótese de que poderia o problema do terrorismo internacional ser validamente enfrentado dentro do microcosmo do direito penal interno. Consideradas as indissociáveis limitações sistêmicas já apresentadas, a complexidade do fenômeno, aliada ao intolerável risco decorrente da amplitude conceitual, indicam que o objeto escapa às barreiras de contenção teórica que ainda devem permanecer vigentes como regra de ouro para elaboração de tipos penais em cada Estado.

Entretanto, concluir quanto às imprecisões teóricas nas elaborações restritas ao enfrentamento do terrorismo internacional no âmbito do direito penal interno, ainda que relevante para construção de um pensamento crítico de suas consistências internas violadas nesse processo⁵⁸, pouco contribui para o intento primário de se chegar a uma solução factível – ainda que propositiva – e minimamente compromissada em resguardar os direitos e garantias fundamentais vilipendiados na atual conjuntura de criminalização sumária. Mantido o enfoque no direito penal, cumpre, pois,

58 Entende-se por “consistências internas violadas” a desestruturação ocasionada, no direito penal interno, pela deflagração do processo legislativo para tipificação, insustentável do ponto de vista dogmático, do terrorismo internacional.

perquirir se no caminho da sua internacionalização é possível encontrar respostas que se afigurem mais apropriadas.

Na elaboração do capítulo anterior, se lançou mão da teoria dos sistemas como um dos marcos teóricos para chegar até a constatação quanto à fragilidade estrutural, no campo da dogmática jurídico-penal, na escolha pela criminalização do objeto de estudo. Esta mesma teoria, destaca Elmauer (2015, p. 140), foi revista em razão dos complexos desafios do século XXI, passando a adotar tendências expansivas no plano da sociedade mundial. Dessarte, a diferenciação e consequente autonomia dos subsistemas sociais houve de ser ressignificada, passando a lidar com a emancipatória emergência de matrizes transnacionais compromissadas com o efetivo desenvolvimento dos direitos humanos.

Nesse contexto de regeneração das relações da sociedade mundial, o aperfeiçoamento do direito somente pode ocorrer através da maior adequação e responsividade ao ambiente em que tais relações efetivamente se desenvolvem, e como na prática o fazem (ELMAUER, 2015). É possível identificar como sendo uma das reações provocadas o desenvolvimento de um direito penal internacional e a consequente estruturação de uma nova justiça penal internacional (AMBOS, 2013). A questão, contudo, radica em saber se o terrorismo, exemplificativo de um evento mundial⁵⁹, “satisfaz aos critérios decisivos de um crime internacional, tornando assim possível a persecução em escala global” (AMBOS; TIMMERMANN, 2015, p. 25, tradução livre).

59 Segundo Stichweh (2017, p. 13), eventos mundiais são acontecimentos que, embora temporal e espacialmente delimitados, possuem repercussão e relevância em escala mundial. O terrorismo, pois, tanto se constitui como um evento mundial em razão do seu planejamento – porquanto os atentados são pensados e executados para produzir significado – quanto por sua representatividade nos meios de comunicação.

4.1 A estruturação do Direito Penal Internacional

Segundo prognóstico de Silva Sánchez (2013, p. 97), “o direito penal da globalização econômica e da integração supranacional será um direito já crescentemente unificado”. Entretanto, para que as peculiares exigências da reação punitiva às novas formas de delinquência não acentuem perigosamente as tendências autoritárias e antigarantistas, se fazem necessárias medidas de contenção frente a evoluções ilegítimas dos ordenamentos penais. A reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto de estudo novas modalidades delitivas que, a exemplo do terrorismo, têm regulação legal insuficiente e uma dogmática parcialmente pendente de elaboração (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 99).

Mas as novas bases não podem ser configuradas sem antes elidir os riscos de abusos a que o *jus puniendi* nacional está sujeito (ESER, 2013), notadamente em razão das limitações até aqui apresentadas quando em mira as novidades do que Zapatero (2010, p. 946) identifica como “criminalidade pós-moderna”⁶⁰. O elemento político-ideológico, indissociável à prática mediata de condutas associadas a uma estratégia terrorista, aliado à forte carga simbólica multiplicada pelo impacto midiático, são fatores que desestabilizam os elementos nucleares do direito penal clássico e indiscutivelmente dificultam um julgamento imparcial.

Esse novo cenário parece exigir do direito penal uma mutação; não propriamente a completa revisão dos tradicionais elementos nucleares, mas uma necessária diferenciação que, sem romper

60 O século XXI vem sendo marcado não apenas pelo incremento da criminalidade, mas o surgimento e desenvolvimento de uma criminalidade nova e diferenciada da tradicional. Como moderno, exemplifica Zapatero (2010, p. 946), “surge o terrorismo atual, que em nada se relaciona com o terrorismo clássico [...], mas sim com uma criminalidade pós-moderna, inclusive em suas formas organizativas”.

com o conjunto de direitos e garantias fundamentais, consiga validamente cotejar as novas necessidades sociais. Quanto ao objeto de pesquisa, essa modulação deve ser criticamente construída na perspectiva de uma jurisdição igualmente ampla aos reflexos mundiais provocados, mas distante das vicissitudes internas e do risco de contaminação política do processo.

Na visão de Ambos (2013, p. 192-193), a estruturação do direito penal internacional representa um salto qualitativo nesse processo, porquanto vocacionado a cobrir o vazio de punibilidade fática decorrente da falta de responsabilização individual de graves violações aos direitos humanos. É indubitável a correlação que neste ponto se estabelece com a teoria crítica dos sistemas, na medida em que esta preconiza a importância da proteção dos direitos humanos interculturalmente reconhecidos – fundamento ontológico do direito penal internacional – “para a manutenção da diferenciação funcional e da inclusão de toda a população mundial no sistema jurídico” (ELMAUER, 2015, p. 142).

Houve, com efeito, uma complementação ao sistema de responsabilização coletiva no qual se baseia o Direito Internacional Público, introduzindo o instituto da pena enquanto instrumento de reforço à proibição, e adicionando a esta elementos necessários à conformação da ilicitude. Trata-se, pois, de uma concentração de princípios e normas de direito internacional que estabelecem consequências jurídico-penais, disto decorrendo uma forma particular e autônoma de punibilidade, tendo como foco o reconhecimento da dimensão individual⁶¹ dos comportamentos

61 O Direito Internacional Público era classicamente caracterizado pelo predomínio das soberanias estatais, restringindo a tutela do indivíduo à jurisdição interna. Contudo, a acelerada evolução da proteção internacional dos direitos humanos, aliado ao grande clamor contra graves atrocidades, conduziu a importantes alterações quanto à figura do indivíduo, não só para reconhecê-lo como sujeito de direitos e

macrocriminais (AMBOS, 2008, p. 42-43), cujo conceito será posteriormente trabalhado.

Tal estruturação, inobstante dialogar em suas fundações com as regras penais elementares de imputação, se condiciona ao desenvolvimento de uma particular sistematização do delito, necessariamente aberto frente aos diferentes obstáculos impostos pelos ordenamentos jurídicos divergentes. Daí a necessidade em se harmonizar as tensões existentes nos sistemas legais sob uma condensação geral de princípios e estandartes conceituais (MUÑOZ CONDE, 2013, p. 84), mas com a cautela necessária para se evitar o engessamento de uma normatização extrema.

Esse sistema de direito penal, aduz Ambos (2008, p. 65), “caracteriza-se como orientado aos problemas, às situações e às consequências; assim aberto e flexível aos novos desenvolvimentos político-criminais”. Mas dita abertura não prescinde de uma regulação mínima, haja vista a vinculação à legalidade enquanto princípio geral do direito, que cobra sua importância, por um lado, na interpretação dos tratados e, por outro, na garantia mínima de segurança jurídica. Neste sentido, os desenvolvimentos que culminaram na aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional contribuíram decisivamente para consolidação de um ordenamento jurídico-penal internacional e, nas palavras de Zapatero (2010, p. 957), “para a consolidação da consciência internacional da antijuridicidade relacionada com os crimes mais graves”.

Naturalmente aqui não se pretende fazer uma análise exaustiva do Tribunal Penal Internacional (TPI), pois isto exigiria um tratamento suplementar que inegavelmente excederia os limites desta dissertação. Contudo, dada sua importância para o desen-

garantias no plano internacional, mas para também admitir sua responsabilização pela prática de crimes de extrema gravidade (TRINDADE, 2004).

volvimento, ainda rudimentar, da parte geral do direito penal internacional, algumas considerações se fazem necessárias para esclarecer em que medida a estruturação daquele [TPI] interfere na configuração de uma jurisdição penal universal, cuja competência esteja adequada às particularidades do processo de internacionalização do ilícito e as formas para legalmente combatê-lo.

A inclusão deste ponto pode aparentar distanciamento metodológico ao objeto de pesquisa, dado que o terrorismo não consta no rol de crimes submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a indicar possível inaplicabilidade ou imperitância temática. Isto porque, nos termos dos artigos 22 e 23, topograficamente localizados na terceira parte do Estatuto de Roma, a imputação de fato típico, a responsabilização pessoal e a imposição de pena somente podem ocorrer de acordo com suas disposições. Em outras palavras, a competência ordinária da Corte se restringe aos crimes elencados no artigo 5º, a saber: a) o crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra e; d) o crime de agressão.

Contudo, os postulados constantes no Estatuto de Roma e as normas dele extraídas, na medida em que se organizam como estrutura de codificação universal, aspira validade transcendente às barreiras jurídicos-materiais de sua regulação. Para o escopo da pesquisa, dele se importam, pois, não seus tipos penais, mas o esforço de sistematização que plasmou no texto a condensação de princípios gerais em matéria de direito penal, indispensáveis em qualquer sistema legal (PRIETO, 2010). Por esta razão, deve ele ser tratado e interpretado como fonte normativa do direito penal internacional, independentemente da sua esfera de competência.

Nesse sentido, afirma Moccia (2010, p. 1095) que a parte geral contida no Estatuto representa, talvez,

A expressão mais significativa da elaboração dogmático-sistemática, entendida não no adulterado sentido de mero exercício tecnicístico, mas como rigorosa disciplina orientada à elaboração de parâmetros confiáveis de igualdade, de justiça, conexos às várias definições e distinções exercitáveis no interior do material normativo.

Dele se extraem padrões juridicamente vinculantes que desempenham o importante papel de preencher as lacunas existentes, harmonizando a interpretação das normas positivadas com o conteúdo daquelas não positivadas e fundadas no *ius cogens*. São particularmente relevantes para a construção de um sistema normativo internacional penal: o princípio da complementaridade da jurisdição, o princípio da vedação ao *bis in idem*, o princípio da responsabilidade penal internacional individual, o princípio da legalidade em sentido amplo e em sentido estrito, princípio da irretroatividade e imprescritibilidade, e o princípio da irrelevância da função de oficial (LIMA, 2011).

Tais princípios, como já afirmado, constituem a contribuição mais relevante do Estatuto de Roma para o desenvolvimento de regras gerais de direito penal que pretende validade universal, tanto quanto às regras de imputação, quanto do ponto de vista da teoria das fontes (AMBOS, 2008). Fica evidente o alinhamento desta corrente de pensamento à concepção, já tratada no capítulo anterior, de uma dogmática jurídico-penal transcendente, na medida em que se busca fornecer estruturas lógico-objetivas para construção do conhecimento científico de validade supranacional.

Ao passo em que objeta questões nacionais e toma como parâmetro a tutela dos direitos humanos em escala mundial, a intervenção do direito penal internacional não se restringe aos tipos penais que demarcam a competência do Tribunal Penal Internacional, mas a todas as formas de violência supranacional basea-

da no indivíduo. Resta implicitamente admitida a existência de crimes internacionais que, inobstante não tipificados no Estatuto de Roma, não podem ter sua existência simplesmente negada, porquanto seus efeitos igualmente afetem a comunidade internacional no seu conjunto.

Com base nisto, é defensável a existência de uma macrocriminalidade internacional que abrange, destacadamente, comportamentos contextualizados dentro de um aparato organizacional ou através de uma ação coletiva – embora a responsabilização penal, em última análise, deva ser sempre pessoal e individualizada aos limites da culpabilidade. Definir os contornos dessa espécie de criminalidade, cujas condutas a ela associadas não necessariamente se subsumem aos tipos penais de competência da jurisdição permanente da Corte Penal Internacional, constitui elemento sensível para se avançar na premissa de que pode o direito penal internacional dar ao problema do terrorismo internacional resposta mais adequada.

Scheerer (2013, p. 147) pondera que, “o campo conceitual da criminalidade vem modificando suas fronteiras”. A macrocriminalidade, antes vinculada ao conceito de criminalidade fortalecida pelo Estado e orientada para dentro, contra os próprios cidadãos, hoje se reporta à prática, por atores não estatais, de graves violações aos direitos humanos em tempos de paz. E pelo princípio da responsabilidade penal internacional individual, tais violações devem ser ademais imputadas aos seus responsáveis, não ao ente coletivo, porquanto incapaz de responsabilização criminal.

Em sentido amplo, o conceito de macrocriminalidade “compreende os crimes internacionais realizados com atos não estatais” (AMBOS, 2008, p. 55), ainda que se possa imputar ao Estado uma postura conivente ou omissa quanto aos atos praticados. É,

particularmente, a existência de grupos não estatais que cometem crimes internacionais o principal argumento para uma compreensão extensiva do conceito. Em sentido contrário, a existência dos mesmos grupos implicaria em se admitir a responsabilização objetiva através da automática caracterização territorial como circunstância suficiente para conversão do Estado em aparato organizacional criminoso. O terrorismo internacional, compreendido como evento mundial, se enquadra nessa acepção ampliada de macrocriminalidade. Mas isso não esclarece como deva ocorrer a imputação individual de condutas coletivas.

Durante muito tempo, o Direito Penal Internacional, também em razão do desenvolvimento ainda prematuro, permaneceu alheio aos debates acerca da imputabilidade nos casos de crimes sistemáticos, internacionalmente puníveis, praticados mediante a estrutura de uma empresa criminal, ou seja, através de uma cadeia de comando minimamente estável e hierarquizada. A questão da responsabilização pessoal por atos de terrorismo internacional é particularmente sensível a este debate, na medida em que a realização de tais atos pressupõe a existência de um aparato de poder necessário para garantir a extensão e sucesso (ROXIN, 2013, p. 314).

Se a existência de estrutura organizacional já é por si só uma característica que dificulta a identificação do responsável pelo êxito da empreitada, o aspecto ideológico que confere unidade de desígnios torna esta tarefa muito mais complexa, porquanto envolva não somente a imputação em sentido estrito⁶², mas a individualização da reprovação jurídico-penal do elemento anímico e da culpabilidade, dos quais o direito penal interna-

62 Compreende-se por “imputação em sentido estrito” os pressupostos objetivos da tipicidade e da antijuridicidade, equivalentes à ação, causação do resultado, enquadramento formal ao tipo penal objetivo e antijuridicidade.

cional não pode prescindir. Sob este vértice, se debruçou Herbert Jäger sobre até que ponto o indivíduo pode responder pessoalmente por ações atribuíveis a uma coletividade, sobretudo ao considerar a despersonalização do indivíduo na dinâmica do grupo (AMBOS, 2008, p. 163-173).

O conceito de macrocriminalidade, vinculado ao objeto de pesquisa, refere-se à estrutura organizacional envolvida na comissão de delitos relacionados ao contexto de terrorismo internacional. Ainda que praticado por parte dos integrantes, inclusive nos casos do cometimento de condutas individualizáveis⁶³, exige-se sempre o pertencimento ao sistema, conectando atos de execução material com a etapa de cooptação de membros e planejamento de estratégias que se desenvolvem sob coordenação e domínio ideológico. Nesse sentido, embora a princípio a ideia de macrocriminalidade estivesse originalmente vinculada aos crimes cometidos no contexto de regimes ditatoriais violentos, ela se torna útil para compreensão de como é possível haver imputabilidade individual pela dimensão total dos danos causados coletivamente por um grupo terrorista (BÖHM, 2017).

Uma investigação desse tipo tem por objetivo destacar que a função do direito penal internacional consiste em encontrar mecanismos de afastar os entraves da ação coletiva, para identificar e tornar visível a culpabilidade individual nos comportamentos conforme ao sistema ilícito supra-individual; a finalidade, pois, consiste na responsabilização individual como etapa para resolução do conflito. A contribuição pessoal ao fato, como sugere Ambos

63 Ressalva-se, neste ponto, o cometimento de atos de terrorismo por agentes que atuam isoladamente, sem pertencer efetivamente a um grupo ou organização internacional. Igualmente excepcionam-se aqueles que unilateralmente compartilhem de suas ideologias, delas seja simpatizante ou membro autodeclarado, mas sem associação de fato.

(2008, p. 174), “não restaria absorvida, por assim dizer, no feito coletivo, e, em consequência, não fracassaria uma responsabilidade individual”. Ainda que exposto a pressões e potentes influências do fenômeno psicológico de perda ou diminuição do sentimento de responsabilidade, isto não produz um efeito exculpante.

De modo tal, a associação ao regime criminal de um grupo terrorista internacional – ao menos quando comprovadamente o propósito seja o cometimento transfronteiriço, em linhas gerais, de crimes graves e motivados por uma ideologia distorcida, com o fim mediato de impactar social e politicamente através da instauração de um estado de medo generalizado –, embora passível de criminalização autônoma, não encerra o comportamento de relevância penal, devendo antes considerar os próprios ilícitos cometidos dentro do grupo e em prol deste. Isto, por sua vez, implica considerar o problema de gravidade⁶⁴, ou seja, se o terrorismo apresenta, para o direito penal internacional, elementos suficientes para defini-lo como crime segundo critérios causais – produção do resultado –, objetivos – prática de uma conduta – e subjetivos – conhecimento e vontade. Este ponto, contudo, será retomado mais a frente.

Em última análise, os argumentos até aqui apresentados parecem inadvertidamente limitar a responsabilização aos executores materiais, criando uma lacuna em relação àqueles que tenham sob comando os demais membros, fato que diz respeito ao tema da teoria do domínio da organização e sua aplicabilidade no direito penal internacional. A situação se modificou desde

64 O problema de gravidade consiste em que “só as condutas típicas de uma determinada gravidade poderiam representar um crime de direito penal internacional” (AMBOS, 2008, p. 181), exigindo um conceito material de delito que não pode ser proporcionado nacionalmente, suscitando, por sua vez, o problema aqui abordado sobre a estrutura de imputação dos crimes de direito penal internacional.

as primeiras resoluções a respeito do TPI, haja vista que o Estatuto de Roma, em seu artigo 25, passou a reconhecer a autoria mediata através de um executor completamente responsável. A sentença do “Caso Katanga”, do ano de 2008, se apoiou expressamente na teoria do domínio da organização para responsabilizar penalmente uma pessoa que atua por meio de outra (ROXIN, 2013, p. 314-315).

Há nesse caso uma diferença quanto ao concurso de agentes, vez que não se trata de mera instigação ou assessoramento para que o autor direto e penalmente responsável execute o crime. Nos casos do domínio da organização há uma peculiar relação de sujeição psíquica ou dependência moral – notadamente nos casos de terrorismo internacional, acrescenta-se ainda o dado da motivação ideológica –, automatizando a obediência e convertendo “o que seria instigação em autoria mediata, pelo domínio da vontade por parte de quem é, autenticamente, um autor atrás do autor” (BATISTA, 2008, p. 149). Como destaca Roxin (2013, p. 333), a “fungibilidade dos executores” é um dado subjacente à teoria, porque a garantia do cumprimento da ordem e do resultado se sustenta através da aniquilação da liberdade decisória do executor, porquanto a ponta da cadeia de comando seja substituível.

Referidos critérios de imputabilidade pessoal do injusto, que cumprem a função elementar de responsabilizar não apenas os autores diretos, mas, sobretudo aqueles que dirigem o aparato de poder do grupo terrorista e são responsáveis pelas ações e desígnios coletivos originariamente desvinculados ao direito, tem como questão prejudicial a própria definição, para o direito penal internacional, do terrorismo. Isso é igualmente relevante para concluir quanto à competência jurisdicional para processar e julgar esse controvertido exemplo de macrocrime.

Segundo Pérez-Gonzalez (2009, p. 267), a Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia⁶⁵, no julgamento do “Caso Duško Tadic”, chegou a uma conclusão ampliada, no sentido de que os crimes mais atrozes cometidos em um conflito armado não internacional também devem ser considerados crimes internacionais⁶⁶. Isto significa que as normas internacionais, neste caso, são aplicáveis a pessoas acusadas de ter cometido um crime durante conflitos armados não internacionais, incluindo atos de terrorismo, que constituem graves violações do direito internacional humanitário. Nesta perspectiva, seria em tese possível uma visão progressista, admitindo a inserção de vários crimes de guerra, classificáveis como atos terroristas, dentro da competência do Tribunal Penal Internacional, nos termos do artigo 8º que os tipifica.

Lado outro, o significado inexato do que seriam graves violações aos direitos humanos em tempos de paz, enquanto elemento idôneo para demarcar o espectro de uma jurisdição penal aos fenômenos internacionais parece ofender ao princípio da vedação

65 O Tribunal Internacional para ex-Iugoslávia foi constituído pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas após aprovação, em 25 de maio de 1993, da Resolução n. 827. O tribunal internacional foi constituído com a finalidade exclusiva de julgar os supostos responsáveis pelas graves violações ao direito internacional humanitário, cometidas no território da ex-Iugoslávia desde janeiro de 1993 até sua data de instauração.

66 Segundo a decisão da Câmara de Apelação (1999, p. 38, tradução livre), “esta conclusão, baseada na letra e no espírito das Convenções de Genebra, é corroborada por toda a lógica do direito internacional humanitário. Este corpo de lei não é fundamentado em postulados formalistas. Não se baseia na noção de que apenas aqueles que têm o estatuto formal dos órgãos do Estado, ou seja, são membros das forças armadas de um Estado, têm o dever de abster-se de violar o direito humanitário e, se eles estão em posição de autoridade - prevenir ou punir a comissão de tais crimes. Em vez disso, é um corpo realista de direito, fundamentado na noção de eficácia e inspirado no objetivo de impedir o desvio de seus padrões, na medida do possível”.

ao *bis in idem*, na medida em que haveria sobreposição ao crime tipificado no artigo 7º do Estatuto de Roma⁶⁷, fato que igualmente atrairia a competência da Corte Penal Internacional. Resolver todos esses conflitos aparentes demanda uma análise pormenorizada dos elementos que caracterizam o que se compreende por terrorismo internacional, para então precisar se de fato a ampliação dos tipos penais de competência do TPI seria a melhor solução.

4.2 A definição acerca do terrorismo internacional e o debate entre *fattispecie* e *ius cogens*

Como já tratado nos capítulos anteriores, claro está que as dificuldades de definição decorrem das implicações culturais, políticas e simbólicas que permeiam o debate sobre o assunto. Questões limites, a exemplo da noção de crimes políticos e terrorismo, intrincam-se em disputas conceituais de emaranhado invencível,

67 Para os efeitos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

resultando na incapacidade de uma definição suficientemente abrangente e ao mesmo tempo responsável com os limites que o direito penal clássico lhe impõe.

Por esta razão, como constata Laqueur (2002, p. 7, tradução livre), “nenhuma definição tem a capacidade de cobrir todas as variantes de terrorismo que apareceram ao longo da história”. Esta mesma indefinição, no campo da política, é tomada em sentido diametralmente oposto: não como um problema, mas precisamente como uma vantagem, na medida em que permite sua utilização para construção de um discurso retórico de legitimação da “guerra ao terror”. Este ponto, contudo, será desenvolvido no capítulo seguinte.

O que importa por enquanto é destacar que, contrariamente ao que ocorre com o direito penal clássico, as particularidades inerentes ao sistema do direito penal internacional o tornam tolerante com certa margem de amplitude conceitual na descrição da conduta típica. Não possui relevância prática, neste aspecto, processar todas as particularidades que definem e diferenciam cada espécie de terrorismo – mesmo porque este esforço, em todo caso, implicaria na redundância de se elaborar mais um conceito parcial e incompleto.

A sociedade internacional sempre evitou posições rígidas quanto ao terrorismo internacional. Segundo Velloso (2003, p. 206), “desde a tentativa de fixar-lhe conceito, a opção das Nações Unidas foi pelo exame de cada caso concreto”, de modo que ainda não foi adotada uma convenção abrangente sobre terrorismo, nem existe uma definição universalmente aceita de terrorismo. Em resposta à dificuldade de chegar a um consenso sobre uma definição genérica de terrorismo, a comunidade internacional concluiu uma série de convenções individuais que identificam categorias específicas de atos que toda a comunidade internacional condena,

independentemente dos motivos dos perpetradores e que exigem que os Estados criminalizem a conduta especificada, processem ou extraditem transgressores e cooperem internacionalmente para a efetiva implementação dessas disposições.

Na visão de Díaz-Barrado (2009, p. 30), estamos lidando apenas com abordagens de certos atos que podem ser qualificados como atos terroristas, não havendo até agora nenhuma definição abrangente genérica de terrorismo para formar parte do atual sistema jurídico internacional. Na melhor das hipóteses, pode-se dizer que a comunidade internacional identificou certos atos de violência que geralmente são considerados como formas particulares de terrorismo. É importante destacar que em nenhuma das três últimas convenções⁶⁸ oferecem uma definição geral e amplamente aceita de terrorismo, uma vez que todas elas se esquivaram à questão, quando muito se reportando às convenções já existentes, como o fez a Convenção de Barbados. Particularmente, a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, no entanto, descreve atos e comportamentos que poderiam ser facilmente contidos em qualquer definição de terrorismo⁶⁹.

Inobstante o fracasso reiterado da comunidade internacional em seus esforços para chegar a um consenso sobre uma defini-

68 Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 15 de dezembro de 1997, em Nova York e promulgada no Brasil pelo Decreto 4.394/2002; Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, concluída em Nova York em 1999 e promulgada no Brasil pelo Decreto 5.640/2005; Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Convenção de Barbados), concluída em Barbados em 2002 e promulgada no Brasil pelo Decreto 5.639/2005

69 Nos termos do Artigo 2º da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, “qualquer pessoa estará cometendo um delito, em conformidade com o disposto na presente Convenção, quando, por qualquer meio, direta ou indiretamente, ilegal e intencionalmente, prover ou receber fundos com a intenção de empregá-los, ou ciente de que os mesmos serão empregados, no todo

ção genérica de terrorismo, convocar uma conferência específica para considerar esta questão mais uma vez provavelmente resultaria em um debate não produtivo e desviaria a atenção e os recursos das Nações Unidas dos esforços para desenvolver medidas efetivas e concretas. Em todo caso, elementos já consensuados para definição geral do crime de terrorismo internacional, como constam Ambos e Timmermann (2015, p. 38), podem ser inferidos da atual versão do Projeto de Convênio Geral Contra o Terrorismo Internacional das Nações Unidas, que vem sendo redigido por um Comitê *ad hoc* designado especificamente para este fim.

Mas o caráter geral dos atos terroristas, no entanto, já é claramente circunscrito e definido em muitas legislações nacionais e regionais, e geralmente inclui três características: (a) atos terroristas têm que ser uma ofensa grave; (b) são dirigidos contra a vida humana, integridade pessoal ou liberdade ou outros valores fundamentais; e (c) a intenção específica é intimidar ou obrigar um governo ou autoridades a fazer ou abster-se de fazer alguma coisa e possivelmente mudar sua política. A Resolução n. 1566 do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre o terrorismo internacional, de 8 de outubro de 2004, continha os mesmos elementos. De igual modo, várias leis específicas sobre crimes contra pessoas internacionalmente protegidas, tomada de reféns, segurança de aeronaves civis e de navegação marítima, terrorismo nuclear, adotam definições semelhantes na sua abordagem temática sobre o terrorismo (PFANNER, 2009).

ou em parte, para levar a cabo: a) Um ato que constitua delito no âmbito de e conforme definido em um dos tratados relacionados no anexo; ou b) Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.

Mais recentemente, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2016, recordando e reafirmando todas as resoluções aprovadas relativas a medidas para eliminar o terrorismo internacional, bem como o propósito de estreitar ainda mais a cooperação internacional entre os Estados, inseriu novos elementos para chegar a uma definição adequada à jurisprudência e à *opinio iuris*. A Resolução n. 71/151 passou a considerar também a finalidade política dos atos, calculados ou realizados com a intenção de provocar um estado de terror na população em geral (UNITED NATIONS, 2016).

A recorrência dessas características elementares, embora não sejam suficientemente exaustivos para atribuir contornos definitivos sob o paradigma do direito penal clássico, constitui-se em dado relevante no campo internacional. Isto porque o direito consuetudinário, juntamente com os tratados e os princípios gerais do direito, é uma das principais fontes do direito internacional. O uso reiterado das características acima indicadas, além de encontrar previsão em tratados multilaterais, ainda que não se possam estabelecer descrições concretas dos comportamentos puníveis, pelo diálogo das fontes, as transforma em elementos constitutivos do crime de terrorismo internacional.

Contudo, a fundamentação no direito consuetudinário de normas de direito penal internacional coloca especial dificuldade em relação ao princípio do *nullum crimen*, que parece excluir a existência de tipos penais não escritos, contrariando os termos do artigo 22 do Estatuto de Roma, onde consta a garantia de que a previsão de um crime deverá ser “estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia”. Entretanto, o terceiro item do mesmo dispositivo admite que, independentemente do Estatuto, nada impede a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional. Nesses termos ressalvado, torna-

-se defensável a utilização das regras de direito internacional para estruturação de um crime não submetido à competência taxativa do TPI (BRASIL, 2002; AMBOS, 2008).

É evidente a desformalização que isto implica, sobretudo considerando-se a carga normativa do princípio do *nullum crimen*. Mas a leitura não deve ser feita de modo estritamente formal, isto é, como um princípio que exige um tipo penal previamente escrito; a relativização decorre da compreensão do direito internacional como ordenamento jurídico dinâmico. “Antes bem, é suficiente como *standard* razoável ou inteligível. Assim, em direito penal internacional se há de tolerar um determinado grau de insegurança” (AMBOS, 2008, p. 103), conquanto esta relativa maleabilidade ainda deva se manter inadmissível no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Para Ambos e Timmermann (2015), embora haja espaços de dissenso internacional ainda não resolvidos, é difícil imaginar que fora da *opinio iuris* geral possa ter um ato criminal que constitua ou forme parte do terrorismo internacional. Mesmo não existindo uma declaração clara quanto à sua criminalização internacional, haja vista não constar dentre os crimes nucleares do Estatuto de Roma, constitui ele uma das principais preocupações da comunidade internacional, que de forma consensuada o reconhece como uma grave ameaça para importantes valores universais.

Por outro lado, isto não parece autorizar uma arbitrária ampliação interpretativa dos delitos internacionais nucleares que constam no Estatuto de Roma. Seja pelas especificidades do terrorismo internacional, cujos requisitos não se encaixam nos tipos penais já existentes, seja pelo enfraquecimento que esta manobra hermenêutica acarretaria, submeter forçosamente o crime de terrorismo internacional à competência do TPI não se afigura a solução mais adequada. Mesmo porque, sendo ele um crime baseado

em tratados, alicerçado no direito internacional consuetudinário e em resoluções da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança das Nações Unidas, haveria invariavelmente a necessidade de alteração formal do Estatuto de Roma.

Admitida como válida e defensável a hipótese de que o direito internacional consuetudinário é capaz de converter em autêntico crime internacional o terrorismo internacional, haja vista satisfazer aos critérios de assimilação acima expostos, permanece o entrave jurisdicional. Na medida em que a Corte Penal Internacional não teria sua competência ativada até que haja modificação do Estatuto de Roma, e que a jurisdição a nível nacional não consegue se desvencilhar dos riscos de parcialidade e contaminação política – ainda que forçadas a aplicar as regras de direito penal internacional –, surge a necessidade de considerar uma terceira via.

Como desdobramento, após o marco que foi a criação do Tribunal Penal Internacional, constituindo-se como a primeira corte penal de jurisdição permanente, observa-se um movimento de dinamização através do desenvolvimento de um novo tipo de tribunal: os tribunais penais internacionais mistos, caracterizados pela coexistência de componentes nacionais e internacionais em sua estruturação. Trata-se de uma resposta penalmente diferente às condutas que impliquem graves violações internacionais, buscando não apenas a responsabilização individual por crimes internacionais, mas a atuação conjunta com o sistema judiciário interno no processamento e julgamento do fato (ANNONI; MENDONÇA, 2015).

Sem olvidar a importância, necessidade e funcionalidade, ainda que limitada, do TPI, os denominados Tribunais Híbridos passaram a ganhar cada vez mais destaque. Sobretudo em sociedades pós-conflito, as instituições jurídicas nacionais sempre convivem com a crise de legitimidade decorrente da dificuldade em

se levar a efeito um tratamento imparcial e independente. Nestes casos, a inclusão de normas e elementos extraídos do direito penal internacional garante transcendência às naturais limitações da jurisdição interna, com vistas a um julgamento justo e que não se distancie da cultura e sociedade locais (LIMA, 2011).

Ademais, o trabalho em equipe permite a partilha de experiências e conhecimento em ambas as direções: os atores internacionais têm a oportunidade de ganhar maior sensibilidade a questões locais, cultura local e abordagens locais à justiça ao mesmo tempo que os atores locais podem aprender com os atores internacionais. Com efeito, a instituição dos Tribunais Híbridos acabou, na prática, capacitando e adequando os ordenamentos e sistemas jurídicos dos Estados às exigências internacionais, não somente para atuação delimitada ao espectro de competência jurisdicional, mas para o adensamento do judiciário e seus operadores (LIMA, 2011).

É justamente na jurisprudência de um Tribunal Híbrido, estruturado de modo a aplicar os princípios gerais e regras de imputabilidade do direito penal internacional, em sua maioria constante no Estatuto de Roma, que se encontra a consagração de uma regra consuetudinária e a consequente formação de uma *opinio juris* mais sólida sobre o crime de terrorismo internacional. Em 13 de dezembro de 2005, o Primeiro Ministro do Líbano enviou uma carta ao Secretário Geral das Nações Unidas, solicitando a criação de um tribunal internacional, baseado nas mais altas normas de justiça penal, para processar todos os responsáveis pelo atentado terrorista que em fevereiro daquele ano ocasionou a morte do ex-primeiro-ministro do Líbano, Rafiq Hariri e outras pessoas (NACIONES UNIDAS, 2006).

Ao término das negociações, o Conselho de Segurança aprovou em 30 de maio de 2007 a Resolução n. 1757, na qual foram estabelecidas as normas para o Tribunal Especial para o Líbano,

dispondo sobre: competência, legislação aplicável, responsabilidade penal individual, primazia de jurisdição em relação aos tribunais nacionais do Líbano, composição e organização interna da corte (NAÇÕES UNIDAS, 2007). Deste modo, houve a compatibilização entre a legislação penal interna já existente, com disposições oriundas do direito penal internacional, utilizando como critério os princípios gerais positivados no Estatuto de Roma e a opinião reiterada dos elementos característicos do terrorismo internacional. Ao passo em que isto possibilitou a internacionalização dos mecanismos de persecução penal, as particularidades locais foram igualmente sopesadas, harmonizando realidades jurídicas distintas para admitir a criação de uma jurisdição especial capaz de cobrir a lacuna de competência internacional para processamento e julgamento.

Por outro lado, as modificações exigidas pela confrontação do direito penal internacional com a macrocriminalidade, especificamente relacionada ao terrorismo internacional, se mantêm contrária à reserva de última medida. Entretanto, o impedimento e superação deste tipo particular de criminalidade, com suas múltiplas formas de reflexo político e social, não deve se radicar exclusivamente na via punitiva da sanção penal. Como admite Meliá (2010), o direito penal, sozinho, não é suficiente para combater uma forma de criminalidade tão complexa, sendo necessárias medidas outras de política internacional que atuem paralelamente à jurisdição penal.

Não se pode hoje desconsiderar a observação feita por Eser (2013), de que o direito internacional público cada vez mais tem se desprendido da sua tradicional restrição às relações estatais, concedendo ao indivíduo papel ativo – seja como autor capaz de ser internacionalmente processado, seja como vítima a ser protegida. Esse avanço, resultante da necessidade de aprimoramento do dever de proteção supranacional, não deve ter no princípio da soberania um obstáculo.

5 A Guerra Contra o Terrorismo e o Terror da Guerra

A terceira e última hipótese a ser considerada diz respeito ao questionamento se o terrorismo se constitui em uma agressão bélica ou em um fenômeno delitivo internacional, conforme tratado no capítulo anterior. Desde os acontecimentos ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, como destaca Prittwitz (2004), permanece irresoluta a pergunta se ali de fato houve uma declaração de guerra, ou se com guerra se respondeu a um crime, a evidenciar que ilícitos foram igualmente cometidos em retaliação coordenada pelo governo dos Estados Unidos.

Nas declarações que se seguiram àqueles fatos, tanto por parte da imprensa quanto pelo pronunciamento oficial da presidência, o tom adotado foi que ali se iniciara uma guerra global, justificada pelas atrocidades cometidas contra a civilização auto-proclamada como farol do mundo civilizado. Os veículos de comunicação se transformaram em importante aliado na estratégia de combate, transmitindo “a certeza de que o mundo se divide entre bons e maus e que a única solução para os conflitos é a punitiva e violenta” (ZAFFARONI, p. 320). Contando com forte adesão popular, ações belicistas, ancoradas na problemática retórica da legítima defesa preordenada⁷⁰, foram disseminadas pelo oriente médio sob a forte liderança norte-americana (FERREIRA, 2016).

⁷⁰ O *Department of Defense* (2016, p. 49, tradução livre) dos Estados Unidos alega que “a comunidade internacional reconheceu claramente o direito dos Estados Unidos e das forças aliadas de recorrerem à força armada em defesa própria como resposta aos ataques. Por exemplo, as Nações Unidas reconheceram explicitamente

Paralelamente, como reação institucional imediata, o congresso estadunidense aprovou o *USA PATRIOT Act*⁷¹, que, dentre várias outras medidas, reforçou a segurança nacional, fortaleceu drasticamente os poderes de investigação, permitiu a interceptação ampla e irrestrita dos meios de comunicação de estrangeiros e possibilitou detenções de pessoas suspeitas de terrorismo. A lei também ampliou os poderes de diferentes agências e órgãos decisórios norte-americanos, a exemplo do *Federal Bureau of Investigation*⁷², que simultaneamente passaram a ocupar-se da tarefa de definir o terrorismo e orientar tanto na política externa quanto nos esforços legislativos (ESSADO, 2014).

Essa normalização de um estado excepcional, identificada a partir das características presentes no *USA PATRIOT Act*, revela a face biopolítica do controle exercido através do esquema retórico do discurso soberano de combate ao terrorismo, cuja “absoluta matabilidade” (AGAMBEN, 2002, p. 16) do terrorista se expressa pelo próprio tratamento jurídico que lhe é dado. Neste ponto, é possível perceber o uso do direito penal como instrumento de captura, tragando ao centro da discussão os inomináveis acusados de

o ‘direito inerente à autodefesa individual e coletiva’ imediatamente após o 11 de setembro. É neste contexto que a OTAN e outros reconheceram que os ataques de 11 de setembro constituíam um ‘ataque armado’, uma conclusão inerente no reconhecimento do direito da autodefesa pelo Conselho de Segurança da ONU”.

71 *USA PATRIOT* é uma sigla para *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, que, em tradução literal, significa “unindo e fortalecendo a América fornecendo ferramentas adequadas necessárias para interceptar e obstruir o terrorismo”.

72 Segundo informações do site oficial do *Federal Bureau Investigation - FBI* (Agência Federal de Investigação), o combate ao terrorismo é sua maior prioridade de investigação. O *FBI* define o terrorismo internacional, em linhas gerais, como sendo atos perpetrados por indivíduos e/ou grupos inspirados ou associados a organizações terroristas estrangeiras ou patrocinadas por Estados estrangeiros. <https://www.fbi.gov/investigate/terrorism>

terrorismo, ao mesmo tempo em que se promove a exclusão destes do espectro de tutela legal, negando-lhes qualquer vestígio de direitos e garantias supostamente inalienáveis.

No Título 22 do *The United States Code*⁷³ – Código dos Estados Unidos, em tradução livre –, especificamente na seção que trata dos relatórios anuais do país sobre terrorismo, este é conceituado como sendo “a violência premeditada e politicamente motivada, perpetrada contra alvos não combatentes por grupos subnacionais ou agentes clandestinos”. Terrorismo internacional, por sua vez, é definido como “terrorismo envolvendo cidadãos ou o território de mais de um país” (UNITED STATES OF AMERICA, 2017, p. 1608, tradução livre).

Entretanto, sequer internamente houve consenso conceitual. Na medida em que distintos órgãos norte-americanos foram suplementados com competência concorrente para atribuir significado ao terrorismo, isto acarretou na ausência de unidade e consequente divergência na elaboração das políticas de enfrentamento. Cita-se como exemplo o conceito de terrorismo internacional disposto no *Code of Federal Regulations*, que laconicamente o define como sendo:

Atos violentos ou perigosos para a vida humana que constituem uma violação às leis penais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado [...], os quais se destinam a intimidar ou coagir uma população civil, influenciar a política de um governo por intimidação ou coerção, ou afetar a conduta de um governo através de assassinatos ou sequestros (*U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2005, p. v, tradução livre*).

73 *The United States Code* é um compêndio organizado por assunto das leis gerais e permanentes dos Estados Unidos, organizado anualmente pelo Escritório do Conselho de Revisão Legislativa da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos.

A amplitude dos conceitos aqui exemplificados não se deu ao acaso; foi o resultado de proposital elaboração, servindo como fundamento legal para permitir ao governo um espectro de atuação ilimitado, inclusive para influenciar na política externa e na tomada de decisão por organismos internacionais (FERREIRA, 2016). Nesta perspectiva, a insuficiência conceitual – também herdada pela trajetória histórica do terrorismo –, em que pese representar obstáculo aparentemente insuperável para o subsistema interno do direito penal, propicia “uma amplidão de possibilidades que, menos que um equívoco metodológico, trata-se de um grande acerto político - ao menos para os interessados em expandir uma política antiterrorista para outros cantos do planeta” (PAULA, 2013, p. 40).

A guerra ao terror, conquanto também sirva como recurso retórico, foi levado a efeito pelas prerrogativas que o arcabouço legal outorgava ao país e seu presidente. Com efeito, desde a mudança de paradigma ocasionada pelo marco temporal do dia 11 de setembro de 2001, o tratamento beligerante tornou-se um dado empírico para identificar a forma de enfrentamento ao terrorismo internacional. Isso reforça a ideia de que hoje não mais se exige a suspensão da lei para vigência de um estado de exceção, ainda que tecnicamente não declarado. Pelo contrário, a lei tornou-se o instrumento pelo qual se viabiliza uma emergência permanente no combate ao terrorismo (AGAMBEN, 2004).

Em diversas passagens do *Department of Defense Law of War Manual*⁷⁴, estratégias militares de combate e eliminação de alvos terroristas são descritas como padrão de comportamento a ser adotado. Consta no documento a afirmação de que o direito de

74 Em tradução livre, Manual de Direito de Guerra do Departamento de Defesa dos Estados Unidos.

guerra⁷⁵, firmemente estabelecido no direito internacional costumeiro, adota princípios diferentes daqueles aplicáveis em tempos de paz (DEPARTMENT OF DEFENSE, 2016, p. 11). Consequentemente, na medida em que o documento se ocupa dos atos de terrorismo internacional, tacitamente reconhece a prática destes como ato ilegítimo de agressão.

Isso é expressamente previsto ao se afirmar que, inobstante os Estados não sejam obrigados a aplicar regras do direito de guerra no contexto da criminalidade doméstica, admite-se recorrer à força militar para combater uma ameaça terrorista ou similar que ultrapassa as capacidades das autoridades policiais comuns – hipótese em que as restrições do *ius in bello*⁷⁶ devem então ser respeitadas (DEPARTMENT OF DEFENSE, 2016). Uma ameaça ou ato concreto de terrorismo internacional, com base em tal perspectiva, é automaticamente reconhecido como causa justa e precisa – *ius ad bellum*⁷⁷ – para legitimar o uso [excepcional] das forças armadas.

75 A expressão “direito de guerra” é aqui empregada por tradução livre à expressão “law of war”, utilizada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos para se referir ao conjunto de normas aplicáveis para regulamentar as ações em um conflito armado.

76 O *ius in bello* diz respeito ao direito convencional de Haia, que desenvolve os princípios básicos de limitação, dedicando-se à regulação das hostilidades, limitando meios e métodos de combate. “Estabelece, dentre outras regras, que as hostilidades somente podem se dirigir contra combatentes e objetivos militares, proíbe os meios de combate que causem males supérfluos ou sofrimento desnecessários, e proíbe o uso de armas e meios que causem às pessoas civis danos excessivos em relação à vantagem militar concreta e diretamente prevista” (VILLA, 2013, p. 38).

77 O *ius ad bellum* regulamenta as condições de legitimidade de uma guerra. Deve ela ter como propósito o bem comum. Deve ser iniciada por uma causa justa, limitando-se à autodefesa própria ou de terceiros, à restauração da paz, à defesa dos direitos violados e castigo dos infratores. Deve haver proporcionalidade, de modo que o dano global que possa ser causado em uma guerra seja inferior ao mal que se tenta corrigir. Por fim, como critério prudencial, o recurso à força deve se mostrar como único meio ou mecanismo mais proporcional, para reparação do dano sofrido. Villa

A preferência pelo uso oficial do termo *law of war*, em detrimento da correta expressão *international humanitarian law applicable in armed conflict*, para identificar o direito internacional humanitário aplicável para casos de conflitos armados, não deve ser encarada como opção acrítica, tal como não deve sê-lo o alcance que a imprecisão conceitual do terrorismo propicia. Pelo contrário, o emprego do “direito de guerra” constitui um forte elemento simbólico para expressar que ali não se trata apenas de uma resposta legítima e o foco não está nas razões humanitárias, mas sim vinculado ao objetivo precípua da vitória, que apenas pode ocorrer através da rendição ou eliminação do inimigo – figura que, como destaca Habermas (2004, p. 165), nunca foi capaz de ser de fato identificada.

Desde a elaboração da Carta das Nações Unidas, a exclusividade do *ius ad bellum* – direito à guerra – foi retirado dos Estados e passado ao controle das Nações Unidas, cujo Conselho de Segurança, fracassadas as iniciativas para resolução pacífica da controvérsia sem o emprego de armas, poderá admitir o uso excepcional da força, recorrendo aos Estados-membros para fornecerem efetivos militares e outros recursos necessários. Neste ponto, ao contrário do que se infere do *Department of Defense Law of War Manual*, não cabe aos Estados fazer juízo acerca da existência subjetiva do direito à guerra, demonstrando haver contrariedade à

norma imperativa de direito internacional segundo a qual o uso da força deva sempre ser evitado⁷⁸.

Apenas de forma excepcional e transitória é que os Estados, nos limites expressamente previstos na Carta das Nações Unidas, estão autorizados a recorrer às forças militares, destacadamente para exercer o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado. Por este se entende, segundo a Resolução n. 3.314 de 1974 da Assembleia Geral, “o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado”.

Foi precisamente com base no argumento de legítima defesa que se buscou autorização para a resposta armada aos atentados terroristas. Contudo, o exercício escorreito desse direito natural de autotutela, consagrado no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, para que se possa falar em legítima defesa – cuja noção não difere do instituto consagrado em todos os códigos penais do ocidente – e não em represália, pressupõe o preenchimento de condições que não se faziam presentes. A inexistência de tais elementos, por sua vez, destaca a contradição em termos de uma “defesa preventiva” já após a ocorrência dos atentados.

Ato contínuo aos fatos ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, os Estados-membros que à época compunham o Conselho de Segurança das Nações Unidas realizaram uma reunião extraordinária, ao final da qual aprovaram a Resolução n. 1.368. Segundo

destaca que, a despeito da riqueza teórica sobre o *ius ad bellum*, desde um ponto de vista normativo, há décadas o direito à guerra está proibido. Segundo o autor, o Pacto Briand-Kellog de 1928 e a Carta das Nações Unidas de 1945 proíbem o uso da força, de modo que o *ius contra bellum* – vedação à guerra ou ao uso da força – encontra fundamento legal (VILLA, 2013, p. 29-37).

78 Esta norma de direito cogente, além de constar nos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, também se faz presente, de forma exemplificativa, no artigo 22 da Carta da Organização dos Estados Americanos, onde consta o compromisso, em suas relações internacionais, a não recorrer ao uso da força, salvo em caso de legítima defesa, em conformidade com os tratados vigentes, ou em cumprimento dos mesmos tratados”.

ela, os ataques terroristas em Nova York, Washington e Pensilvânia consistiram em verdadeira ameaça à paz e à segurança internacionais, reconhecendo como legítimo o uso do direito natural à legítima defesa individual e coletiva. Essa autorização, conforme identifica Salomão (2016, p. 160), “facilitou a legitimação da Doutrina Bush de usar a legítima defesa para perseguir os grupos terroristas”, fortalecendo o que Hobsbawm (2007, p. 13) denomina de imperialismo dos direitos humanos⁷⁹.

Aquela não havia sido a primeira vez que Estados buscaram assim justificar suas ações armadas para supostamente repelir atos de terrorismo internacional. Entretanto, mesmo naqueles precedentes o Conselho de Segurança não enfrentou “a questão específica da legítima defesa contra atos terroristas” (VELLOSO, 2003, p. 204), destacando o ineditismo da Resolução n. 1.368 do Conselho de Segurança da ONU. Embora ela tenha sido integralmente corroborada por outros organismos internacionais, não houve a preocupação em se discutir a contento o fato de que os ataques não haviam sido perpetrados por outro Estado, e que ali não houve chancela internacional para o início de uma guerra.

Como se indicava desde o início, constatou-se que o regime Talibã que à época liderava o Afeganistão não havia sido responsável pelo ataque armado desencadeado contra os EUA. O envolvimento, ao menos em tese, apenas ocorreu por causa de seu posterior comportamento omissivo, haja vista a regra de direito consuetudinário, fundado na jurisprudência da Corte Internacio-

79 Imperialismo dos direitos humanos, para Hobsbawm (2007, p. 13), identifica a proposição que se tornou parte do debate público no transcurso dos conflitos balcânicos que derivaram da desintegração da Iugoslávia comunista, especialmente na Bósnia, segundo a qual “apenas o uso externo da força armada poderia pôr fim a um massacre mútuo e infundável”, onde apenas os Estados Unidos teriam vontade e capacidade de levar a efeito.

nal de Justiça, de que todo Estado tem a obrigação de não permitir que o território seja usado para atos contrários aos direitos de outros Estados (DSTEIN, 2009).

Contudo, não existiam dados concretos para cabalmente autorizar uma ação forçada contra a Al-Qaeda⁸⁰ no território do Afeganistão, para lá fazer o que este não havia sido supostamente capaz. Igualmente não havia justificativas terroristas para invasão ao Iraque em 2003, que não a própria dinâmica da guerra ao terror e o pretexto de exportação da democracia aos países totalitários. A política adotada em relação ao Oriente Médio transformou-se em um conjunto de equívocos, capazes de levar ainda mais intolerância cultural, política e religiosa, fortificada no pensamento de haver aparente tentativa de colonização ou simples dominação de toda a região (SALOMÃO, 2016, p. 162).

Ainda quanto ao recurso da legítima defesa como justificativa à postura beligerante, há também que se considerar o obstáculo concernente aos critérios condicionantes, cuja inobservância conduz ao reconhecimento do ato como revide ou represália. Isto porque o exercício escorreito do instituto, porquanto não seja uma autorização para que se inicie uma guerra, pressupõe: haver proporcionalidade em relação ao ato agressor; o imediatismo da resposta e; restrição a um mínimo necessário.

Na medida em que o objetivo da legítima defesa é pôr termo a uma agressão inicial injusta, atual ou iminente, a reação defensiva deve guardar proporção à ofensa, bem como restringir o uso da força àquilo que de fato seja necessário para cessar a agressão ou aplacar as chances de que ela ocorra. O instituto, pois, não significa uma autorização do uso, irrestrito e despro-

80 Grupo islâmico extremista que assumiu a autoria dos atentados ocorridos no dia 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos.

porcional, das forças armadas em território estrangeiro até que ocorra a eliminação do inimigo.

Com base nestas condições, há uma clara diferenciação entre uso legítimo da força, que se configura na hipótese real de legítima defesa, de uma ação bélica com todas as características empíricas de uma guerra. Por esta razão, tanto pela ausência de justa causa quanto de finalidade humanitária em respeito às normas de direito internacional, conclui Ferrajoli (2009, p. 21) que nenhuma das guerras desencadeadas pelo ocidente nos últimos anos foi legítima; foram todas elas utilizadas como instrumento de governo e forma de sumarização de um senso deturpado de justiça.

A despeito da falsa compreensão de que os atentados terroristas poderiam ser contestados adequadamente através da força, a ideia de “guerra ao terror” também é altamente questionável do ponto de vista conceitual, havendo barreiras teóricas no plano do direito internacional público (FERREIRA, 2016, p. 75). Para Dinstein (2009, p. 241), a expressão não passa de uma metáfora, haja vista que o conceito de guerra pressupõe a existência de ao menos dois Estados beligerantes em lados opostos de um conflito armado. E no caso do terrorismo, é particularmente difícil associá-lo a um determinado Estado (VELLOSO, 2003, p. 203).

É preciso, pois, considerar a ruptura que a decisão tomada pelo Conselho de Segurança provocou em relação ao direito internacional humanitário, que estabelece regras suficientemente rigorosas e claras para identificar e condenar as ações terroristas como crimes de guerra – as quais, naquele caso e em todos os outros, não se fizeram presentes. Houve uma conseqüente desconstrução de toda doutrina de guerra justa, e a distinção entre *ius in bello* e *ius ad bellum*, que ainda se encontra implicitamente na base da Convenção de Genebra de 1949, encontra-se na prática superada (ZOLO, 2006, p. 21) Desde então, afirma Ferrajoli (2009, p. 18,

tradução livre) que houve a “reabilitação da guerra como instrumento de solução dos problemas e das controvérsias internacionais de manutenção da ordem pública mundial”.

A crença errônea de que o conceito de guerra possa ser a tal ponto estendido deve-se ao uso incorreto da expressão “guerra contra o terrorismo” que não pode ser como tal classificada (PÉREZ-GONZALEZ, 2009, p. 257). Quanto a este ponto, é necessário cautela com a manipulação da linguagem, na qualificação do terrorismo como guerra e da guerra como luta contra o terrorismo. Isso traz uma contradição entre termos – transformando agressor em agredido e agredido em agressor –, com a qual se busca legitimar o uso desarrazoado e antijurídico da força militar contra um tipo específico de violência privada (FERRAJOLI, 2009).

Embora se reconheça uma notável dificuldade em estabelecer nitidamente uma distinção entre atos de terrorismo e atos de guerra, os conceitos e as conseqüências não devem ser confundidos. Justamente por não se configurar um ato de guerra, o terrorismo carece de poderio militar para contraposição simétrica⁸¹. Isso implica reconhecer as táticas de terror e contraterroismo como situação de escalada: por estar associado à estratégia do grupo mais débil, o terrorismo necessita apelar à seleção de alvos simbólicos como forma de equivalência à força bélica que não possui; em represália, se responde com uso desproporcional de meios de destruição massivos e potencialmente mais violentos (MELIÁ, 2010, p. 70-71).

81 Também por isso, como destaca Anglí (2008, p. 116-118), o dano que o terrorismo inflige aos sistemas democráticos é meramente simbólico. Em geral, as organizações terroristas não tem poder suficiente para ocupar um território nacional ou mesmo oferecer resistência aberta ao poder estatal. E mesmo os bens jurídicos diretamente afetados – vida, integridade física, segurança coletiva – são igualmente lesionados por outros tipos de criminalidade.

Como adverte Pfanner (2009, p. 276), atos de terrorismo internacional, via de regra, ocorrem fora do conflito armado e, portanto, não são abrangidos pelo direito internacional humanitário, mesmo que possam constituir um crime internacional. Desta forma, qualquer tentativa de expandir a noção de guerra para situações que não se enquadram na aplicação da lei sobre os conflitos armados é uma via extremamente perigosa. Outorgar equivocadamente o status de guerra e, conseqüentemente, atrair indevidamente a incidência das normas de direito internacional público a esta forma de violência, pode trazer como consequência indesejada a legitimação do revide, imunizando a prática destes atos à jurisdição penal internacional. Ademais, o uso inapropriado da “guerra contra o terror” tem a transcendência de, a nível interno, “criar a ficção de que é necessário limitar direitos e liberdades individuais para contrariar esse perigo, o que implica a imposição de um estado de exceção permanente” (ANGLÍ, 2008, p. 121). Seria aqui a instauração de um tribunal Híbrido para resolver essa questão.

Sob o ponto de vista prático, o esboço da contraposição através da guerra pode parecer, em curto prazo, mais eficiente que o horizonte apresentado por uma perspectiva de resolução pacífica; mas este discurso de máxima eficiência, típica do funcionalismo extremo, vai demasiado longe. O direito, embora mais lento e de resultados relativamente incertos – inclusive com o risco constante da inefetividade –, ainda se mantém como instrumento racional de contraposição desigual frente à postura simétrica de uma guerra. E como tal, deve ser preservado, haja vista a inadmissibilidade do inequívoco retrocesso que isto implicaria na proteção dos direitos humanos.

Inobstante o salto quantitativo das ações terroristas, bem como o fato de que a representatividade estratégica e geopolíti-

ca de algumas delas assumam relevância para ser tratadas simbolicamente como atos de guerra, a escala e natureza das mesmas não as transformam em verdadeiros conflitos armados (PÉREZ-GONZALEZ, 2009, p. 259). E não parece deva ser o caso de ceder aos esforços daqueles que defendem a mutação normativa, para reconfigurar as normas do *ius ad bellum* ao ponto de torná-lo a principal ferramenta jurídica para lidar com atos de terrorismo internacional. Como destaca Pérez-González (2009, p. 268), no desenvolvimento do direito internacional humanitário, qualquer processo de revisão pode envolver o risco de os Estados decidirem aproveitar a oportunidade para estender a liberdade de ação em vez de reforçar a proteção das vítimas.

Por outro lado, na medida em que o direito internacional humanitário contempla um conjunto de normas, de origem convencional e consuetudinária, cuja finalidade consiste em restringir ou limitar a utilização de determinados métodos e meios de combate, torna-se o próprio direito internacional humanitário aplicável quando há uma situação de conflito armado no contexto do antiterrorismo (CORIA, 2015, p. 160). Neste caso, os atos terroristas cometidos durante as hostilidades, pelos Estados, assim como os crimes internacionais cometidos pelos membros dos grupos terroristas, devem ser igualmente sancionados de acordo com os princípios e regras daquele conjunto normativo que dispõe sobre o *ius in bello*.

Em última análise, operações militares que produzem inevitavelmente o extermínio de civis inocentes, “também deveriam ser consideradas terroristas e, por tanto, proibidas pelo Direito Internacional, qualquer que tenha sido sua justificação inicial” (ZOLO, 2006, p. 21, tradução livre). Com efeito, a inexistência de causa justa, independentemente de sua origem, não deve afastar a necessária observância ao direito de Genebra e ao di-

reito de Haia⁸², ainda que o respeito se torne na prática exigível apenas dos Estados que, embora juridicamente desautorizados a assumirem uma postura beligerante, devem sempre se sujeitar às barreiras humanitárias.

Além da dificuldade em distinguir combatentes de civis, que não podem ser alvos de ataque segundo os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, atos de terrorismo não estão abarcados pela lei quando os perpetradores atuam sem pertencer a uma das partes em conflito (PFANNER, 2009, p. 279). Também por não haver propriamente uma situação de guerra, tecnicamente não há respaldo para atribuir aos terroristas o status de combatente, que só pode ser predicado sobre pessoas que fizeram parte das forças armadas inimigas. Destarte, se houver apenas evidências de atividades criminosas associadas a organizações terroristas, não se pode transformar um civil – cujo conceito neste caso se atribui por exclusão – em um “combatente inimigo”, razão pela qual não pode ser simplesmente eliminado (ANGLÍ, 2008, p. 111).

Isso não significa, entretanto, que os membros dos grupos terroristas – porquanto ilegítimos e impassíveis de figurar como parte em uma guerra justa – na prática, se tornem imunes ou que não devam se submeter à ordem internacional; muito pelo contrário. Como já havia sido destacado pela Câmara de Apelação do Tribunal Internacional para ex-Iugoslávia, a responsabilização individual não mais se baseia na noção de que apenas aqueles que têm o estatuto formal dos órgãos do Estado, ou seja, são membros das forças armadas de um Estado, têm o dever de abster-se de violar o direito humanitário. Mas o desrespeito, entretanto, não os

82 São correntes complementares e convergentes do direito internacional humanitário, ambas com motivação pacificadora, que estipulam limites aos conflitos armados, com a finalidade de proteger civis e pessoas não combatentes, bem como evitar o uso de determinadas armas e métodos cruéis de combate.

torna equivalentes em uma guerra, mas sim passíveis de responsabilização individual pelo direito penal internacional (UNITED NATIONS, 1999, p. 35-40).

É inegável que a política de enfrentamento, aliado à constante ocupação militar de zonas estratégicas, na prática tem negativamente repercutido na violação de direitos humanos, e essa responsabilidade deve ser imputada a ambos – ainda que sua voluntária observância por parte dos grupos terroristas, sobretudo os de vertente extremista-religiosos, se afigure absolutamente irrealizável. O etiquetamento das respostas bélicas como reação justa não deve encobrir o fato de que, como se sucede na lógica de uma guerra, se tem afetado a milhares de inocentes, provocando uma cadeia ininterrupta de outros atos de terrorismo, potencializando ódios, violências e fanatismos.

No curso das represálias, a tentativa de resolver irracionalmente o problema através do extermínio tem se mostrado, pois, uma estratégia contraproducente. “Isto se prova com o fato de que o terrorismo não tem sido debilitado, sim pelo contrário incentivado e reforçado pelas guerras” (FERRAJOLI, 2009, p. 24, tradução livre), no curso das quais milhares de inocentes têm sido mortos, já que “as ‘bombas’ nunca serão suficientemente ‘inteligentes’ para evitar que as vítimas respondam, pessoalmente ou por interposta pessoa” (DERRIDA, 2003, p. 164); isso sem contar com a desestabilização cultural, política e social causada nas zonas de conflito⁸³. A questão repercute ainda em outros fatores, a exemplo do fluxo migratório que ocasionou a crise dos refugiados enfrentada pela União Europeia.

83 Segundo Salomão (2016, p. 162), há uma correlação direta entre a política internacional de repressão ao terrorismo no oriente médio e o risco de guerra civil entre os palestinos, aumentando a influência fundamentalista e dificultando o avanço das discussões de paz pelo crescente incentivo de boicote a qualquer acordo.

Nesse contexto, rejeitar a aplicabilidade de um daqueles corpos normativos em situações em que deveriam ser respeitados, ou propor uma implementação parcial e diferenciada das regras sob pretexto de maior eficiência na supressão de determinadas condutas, pode violar severamente o direito internacional humanitário e, por fim, colocar os Estados vingadores no mesmo nível que os grupos terroristas transgressores. As regras do direito internacional humanitário, é válido reiterar, destinam-se a limitar a violência da guerra e devem ser respeitadas, quaisquer que sejam as causas defendidas pelas partes no conflito ou quais tenham sido as razões – legítimas ou não – para recorrer às armas.

Existe, no entanto, um fator mais perigoso na geração da violência das novas formas de “guerra global infinita” (FERRAJOLI, 2009). É a convicção ideológica, que tem dominado os conflitos internacionais, de que a causa que se defende é tão justa, e a do adversário é tão terrível, que todos os meios para conquistar a vitória e evitar a derrota não só são válidos como necessários. Isso significa que tanto os Estados quanto os grupos terroristas sentem ter uma justificativa para barbárie e, neste ponto, ambos se colocam no mesmo patamar primitivo de confronto simétrico. Neste ponto, terrorismo e contraterrorismo acabam por igualmente se opor à lógica do direito (HOBSBAWM, 2007, p. 127).

O efeito rebote é que tacitamente se tem outorgado relevância aos grupos terroristas, elevando-os ao mesmo nível de um Estado beligerante, dando-lhes inegável visibilidade e reconhecimento enquanto força paramilitar. Parece evidente que os efeitos transgressores dessa espiral de violência, mais ainda que os danos diretos e colaterais⁸⁴ das vidas humanas perdidas representam

84 Neste ponto, a utilização do termo “dano colateral” diz respeito às mortes ocasionadas, porém não intencionadas, pelas forças armadas dos Estados engajados na “guerra contra o terror”. Essa diferenciação é importante, na medida em que, para os grupos

uma ameaça para a manutenção do Estado Democrático de Direito como paradigma dominante.

5.1 Perspectivas para uma proposta de enfrentamento fora da guerra e do direito penal

Inobstante a importância em se reconhecer ao terrorismo internacional seu caráter de atividade criminosa supranacional, o direito penal internacional, sozinho, não é capaz de satisfatoriamente responder a uma forma tão complexa de criminalidade. Ao mesmo tempo na tentativa de se fortalecer uma jurisdição penal internacional efetiva, é necessário desenvolver de forma coordenada estratégias políticas intermediadas por organismos internacionais. Não a estratégia intervencionista e militarizada, insensata e suicida, de “opor o ódio ao ódio, guerra terrorista à violência terrorista” (FERRAJOLI, 2009, p. 30, tradução livre), mas sim questionar sobre os motivos do ódio; analisar o terrorismo sob o aspecto fenomenológico, buscando compreender suas causas e fatores determinantes e tentar transformá-los.

Em sentido amplo, a abordagem do terrorismo implica necessariamente uma reflexão sobre como manter a paz e a segurança internacionais, e essa análise afeta questões cruciais como a tutela efetiva dos direitos humanos, o não uso da força, a cooperação internacional e o direito à autodeterminação para todos os povos (DÍAZ-BARRADO, 2009). É imperativo não reforçar o confronto simétrico que se estabelece através da guerra, mas começar a desenvolver vias de atuação paralela à jurisdição penal internacional, que trata de iniciativas no campo humano, social e cultural.

terroristas, a morte de civis constitui objetivo imediato na estratégia de impactar a opinião mundial através do medo generalizado (LEWIS, 2004, p. 136).

O direito penal somente pode ser um instrumento eficaz para impedir e sancionar as injustiças dos crimes internacionais se garantida, por um lado, a satisfação apropriada às vítimas e, por outro, o devido processo legal aos acusados, de modo a compreender amplamente as partes envolvidas no conflito. Destarte, todo esforço deve estar orientado à preservação e restauração da paz social sobre a base da liberdade e da segurança. Não é menos importante, e talvez seja inclusive mais urgente, o resultado político e social alcançado por mecanismos restaurativos, a exemplo das investigações feitas por comissões de reconciliação, reabilitação e indenização das vítimas, ou medidas de natureza não penal de caráter similar (ESER, 2013).

Para evitar maiores divisões entre civilizações, é essencial, primeiro, promover um verdadeiro diálogo intercultural, no qual se deva considerar o fato de que “a maior parte dos muçulmanos não é composta de fundamentalistas e a maior parte desses não é terrorista” (LEWIS, 2004, p. 129). No debate religioso que orbita essa questão, é igualmente relevante que os atentados terroristas não podem ser justificados em termos do Islã. Segundo Lewis (2004, p. 142), “a resposta de muitos árabes e muçulmanos ao ataque ao World Trade Center foi de choque e horror diante da terrível destruição e carnificina, junto com vergonha e raiva de que isso tivesse sido feito em seu nome e em nome de sua fé”.

Talvez seja este o ponto de convergência para dar início a um processo de construção da paz, através do fortalecimento de um espaço de cidadania que contemple o multiculturalismo. Como destaca Thieux (2005, p. 13, tradução livre), “o terrorismo é uma estratégia reversível, que pode desaparecer se modificam determinadas condições políticas e econômicas e os motivos diretos que propiciam sua emergência em determinado momento”.

Se for verdade, conforme sustentam os partidários da teoria do choque de civilizações, que cultura e religião são fatores decisivos na explicação de estratégias políticas, estes pontos não podem ser desprezados; pelo contrário, devem ser fortemente compreendidos e utilizados (THIEUX, 2005, p. 14). Na medida em que os grupos terroristas de vertente extremista se utilizam da religião como força motora e argumento deturpado na ação de recrutamento, um estreitamento diplomático com autoridades do Islã contribuiria para o enfraquecimento da capacidade persuasória do discurso de aliciamento.

A proposta não é inteiramente nova. O Relatório do Grupo Consultivo sobre Diplomacia Pública para o Mundo Árabe e Muçulmano, elaborado no ano de 2003, já destacava a necessidade do estreitamento dos laços diplomáticos. Segundo levantamentos, o governo dos Estados Unidos é responsável por apoiar regimes no mundo árabe e muçulmano que, embora contrários aos seus valores, em curto prazo, permitem o avanço da política externa para região do oriente médio e do mundo muçulmano (DJEREJIAN, 2003).

Em razão da postura considerada invasora, “muitos árabes e muçulmanos acreditam que tal apoio indica que os EUA estão determinados a negar-lhes liberdade e representação política” (DJEREJIAN, 2003, p. 23, tradução livre). Neste aspecto, como destaca Zolo (2006, p. 23-24), o terrorismo que tem se desenvolvido no interior do mundo árabe-islâmico é uma resposta estratégica à hegemonia do mundo ocidental, de modo que o fenômeno em sua gênese está ligado à pressão ideológica e ao que se percebe como ocupação militar que se propõe a transformar as estruturas sociais e econômicas.

Embora o documento esteja direcionado à política externa dos Estados Unidos, as constatações e críticas que nele estão

postas são extensíveis aos demais países que, sob os auspícios da guerra contra o terror, interveem diretamente na região. Uma das consequências mais negativas dessa política é a tendência de por sob suspeita generalizada as comunidades de imigrantes mulçumanos. Ao invés de buscar o fortalecimento dos vínculos através da exaltação dos fatores comuns, considerando que todos são vítimas do fenômeno, Estados Unidos e Europa têm dado novo impulso às políticas de controle global de imigrantes.

Tal forma de tratamento estigmatizante, além de influenciar internamente a atividade legiferante em torno de um direito penal simbólico protagonizado pela figura do inimigo⁸⁵, tem propiciado a deterioração dos direitos humanos no plano discursivo (CARVALHO, 2009, p. 46). As diversas formas de preconceito que decorrem dessa postura institucional retroalimentam, social e politicamente, uma aversão cultural e religiosa que tira de foco a dimensão político-ideológica do problema. Nesse sentido,

a imposição do prisma cultural e religioso para explicar o terrorismo é, em suma, contraproducente porque incrementa a desconfiança e obstaculiza ainda mais os processos de integração, já complexos nas sociedades ocidentais. A marginalização social e os obstáculos à integração de gerações ou famílias de imigrantes são fatores que elevam a vulnerabilidade e a propaganda terrorista (THIEUX, 2005, p. 17).

85 Como dado concreto, somente nos Estados Unidos, desde a publicação da Lei Patriota até a captura de Osama Bin Laden, “inúmeras pessoas, cerca de 800, foram detidas e submetidas praticamente a um simulacro de processo, com ausência de defesa técnica e os direitos que lhe decorrem, conforme padrões mínimos conquistados pela civilização” (ESSADO, 2014, p. 164).

Aliado a isso, ainda que não se possa estabelecer uma direta correlação entre pobreza e as causas determinantes para o surgimento e proliferação de grupos terroristas, fatores econômicos estruturais podem potencializar a criação de um cenário favorável ao recrutamento de pessoas socioeconomicamente marginalizadas. A ausência de recursos, que repercute decisivamente nos baixos índices de saúde e educação, aumenta os riscos de alienação política, favorecendo a perpetuação de regímenes autoritários no mundo árabe⁸⁶, que se mantêm no poder através da manipulação direta de grupos terroristas ou contando com o financiamento de governos ocidentais (THIEUX, 2005, p. 24-25). E sem democracia não há emancipação do indivíduo na sociedade nem caminho possível para a resolução dos conflitos insuperáveis que surgem pela distorção da comunicação (HABERMAS, 2003, p. 48).

Como exemplifica Ferrajoli (2009, p. 33), o fundamentalismo religioso teria hoje um alcance muito menor se, com o dinheiro investido para criação de mais de vinte mil centros de treinamento de grupos de guerrilha fundamentalistas no Afeganistão, durante o período de ocupação soviética, programas de escolarização primária tivessem recebido os mesmos esforços e investimentos externos. Dessarte, a atuação dos organismos internacionais, tanto diretamente quanto no sentido de estabelecer diretrizes aos Estados-membros para priorizar essas questões na elaboração de políticas externas centralizadas no oriente médio, seria um investimento muito mais eficaz contra o terrorismo do que qualquer ação militar.

86 Segundo Lewis (2004, p. 124), os movimentos extremistas religiosos são uma válvula de escape, dentre outras coisas, para os efeitos políticos negativos gerados pela opulência da riqueza petrolífera, que deu ao governo o poder de não mais precisar preocupar-se com a opinião pública.

Nesse diapasão, é imprescindível considerar o destacado papel argumentativo que a dignidade humana desempenha nas propostas sedimentadas no tratamento extrapenal do terrorismo. É o próprio preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece essa correlação entre a busca pela paz – que, em última análise é o desiderato da luta pela erradicação do terrorismo – e a necessidade de garantia dos direitos humanos.

Evidentemente, qualquer iniciativa concreta de resolução pacífica deva partir da construção de uma esfera pública internacional (FERRAJOLI, 2009, p. 32), que somente pode ocorrer através da ampliação dos espaços de consenso. A questão, por sua vez, está invariavelmente inserida no debate acerca do multiculturalismo; na dificuldade em se alcançar o necessário equilíbrio e estabelecer valores comuns essenciais. Embora para alguns esta política não tenha qualquer chance de êxito, diante do radicalismo e da intransigência de certos grupos, a resistência deve ser superada para consagração de valores universais baseados na tolerância e no respeito, não mais no domínio e na subjugação.

Desde a segunda metade da década de 90, tanto partidos europeus quanto partidos fundamentalistas islâmicos de países multiculturais compartilham ideias semelhantes, evidenciando, a partir da aparente divergência, que existem demandas comuns a serem trabalhadas. Segundo Huntington (1997, p. 251), ambos eram grupos que mantêm bases ideológicas semelhantes, explorando mazelas econômicas, “fazendo chamamentos étnicos e religiosos e atacando as influências forâneas em suas respectivas sociedades. Em ambos os casos, uma fímbria extremista se engajou em atos de violência e terrorismo”.

É possível, pois, correlacionar os debates acerca do fluxo migratório com as causas e circunstâncias favoráveis ao desenvolvimento do terrorismo, reforçando o argumento de que a so-

lução está na capacidade de adequação e respeito às diferenças. Com efeito, as questões a serem respondidas não devem se referir a quem irá dominar e quem será dominado, mas quais mecanismos homeostáticos podem contribuir para se chegar a um ponto de equilíbrio duradouro entre as distintas concepções de mundo; quais estratégias políticas devem ser adotadas para garantir uma igualdade em substância para alcançar uma convivência harmoniosa, mas sem desrespeitar as diferenças.

A manutenção de qualquer política relativista, isolacionista ou segregacionista destrói profundamente o tecido social e deve, pois, ser evitada. O ambiente individualista é inóspito para o desenvolvimento de uma ação solidária, cujo alicerce é o estreitamento dos laços sociais. Com efeito, é encargo das presentes e futuras gerações, enquanto agentes históricos, manterem flamejante a esperança de tornar o mundo um lugar mais hospitaleiro para humanidade (BAUMAN, 2008, p. 208-209). Há nisso um inegável aspecto missionário, no sentido de se estabelecer uma ruptura com o paradigma de liquidez das relações⁸⁷ em prol de objetivos não mais fulcrados em interesses egoísticos, mas fortemente inspirados por um senso coletivo de fraternidade.

Existem em todas as culturas disposições universais; uma “moralidade minimalista” (HUNTINGTON, 1997, p. 406) derivada da condição humana comum e o caminho construtivo reside justamente em aceitar a diversidade e buscar os aspectos identitários nos valores, instituições e práticas que nuclearmente se repetem em todas as culturas. Com inspiração no dever de soli-

87 A liquidez é uma metáfora adequada para captar o atual estágio da pós-modernidade ou era da sociedade pós-Panóptica, identificada pelo fim do engajamento mútuo. Com efeito, a expressão “liquidez das relações” é empregada no sentido de imediatismo e fugacidade dos vínculos sociais, onde a auto-realização individual é priorizada em detrimento do bem-estar coletivo (BAUMAN, 2001).

dariedade, Cossedu (2016) fala em restabelecer a relação dialógica humana natural para alcançar o adensamento dos vínculos sociais, através do processo de identificação, que apenas pode surgir através da sedimentação de valores essenciais comuns.

Nessa perspectiva, a dimensão da fraternidade pode oferecer um relevante contributo para estas questões, justamente pela virtude de ser “o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade” (BRITTO, 2007, p. 98). Esse aspecto deve ser buscado nos limites de uma fraternidade compreendida enquanto solidariedade horizontal, fundamentada na ideia da responsabilidade de socorro mútuo. “Um espaço de reconhecimento de responsabilidade social com o outro, responsabilidade identificada não como uma faculdade ou como ação voluntária, espontânea, mas como um dever ativo” (MACHADO, 2017, p. 207).

A proposta centrada na metateoria do direito fraterno⁸⁸, segundo Resta (2004, p. 15), consiste em um modelo dialógico convencional, plural e decisivamente não violento, “que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos”. Não se trata, pois, de apagar as características particulares diferenciadoras – o que, em última análise, implicaria em colonização cultural ou civilizatória, através da imposição de um modelo dominante –, mas de deixar “espaço à soberania de cada um sobre si mesmo” (RESTA, 2004, p. 16), para efetivamente alcançar a uniformidade das relações políticas e normativas ade-

88 Para Vial (2006), estudiosa da obra de Eligio Resta, “pode-se dizer que o Direito Fraterno é uma metateoria, pois se está diante de uma teoria das teorias, e que propõe uma nova forma de análise do direito atual”, através de uma abordagem transdisciplinar dos fenômenos sociais.

quadas à coexistência em um ambiente plural, onde novas formas de convivência possam ser experimentadas sem restrição aos limites de soberania dos Estados.

Conclusões semelhantes podem ser extraídas da teoria da ação comunicativa, da qual parte Habermas para analisar o terrorismo internacional, tendo como marco os atentados ocorridos no dia 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. Segundo ele, a comunicação é condição de possibilidade em uma sociedade, que deve ser levada a efeito por uma ação estratégica instrumental. A base de uma relação pacífica está assentada em “pressupostos culturais já admitidos e expectativas recíprocas” (HABERMAS, 2003, p. 66, tradução livre), levadas a efeito por intermédio de jogos habituais ou veículos de linguagem. Ao passo que perturbações e incompreensões na comunicação podem ser reparadas, a completa ruptura, por ausência de pressupostos comuns essenciais, é a causa para o surgimento de um conflito anormal como o terrorismo.

A eclosão do terrorismo internacional, notadamente em sua atual perspectiva, se coloca no contexto da relação entre ocidente e mundo islâmico, destacadamente no processo de aculturação acelerado com o final da segunda guerra mundial, tendo como motor o avanço da influência política, econômica e cultural do ocidente. A ruptura parece ter havido na súbita exposição, gerando uma crise manifestada em níveis intraindividual – uma dissonância cognitiva que tem lugar no interior dos indivíduos – e no plano interno das culturas ameaçadas pelo contato acelerado entre civilizações, ainda que, ao contrário de Huntington (1997), não se reconheça nisto propriamente um “choque” (HABERMAS, 2003).

Por certo ultrapassa os limites desta pesquisa uma análise pormenorizada da ação comunicativa e a aplicabilidade da teo-

ria habermasiana para compreensão do terrorismo. Nem consiste em objetivo levar a frente uma análise do discurso, o que por si só demandaria imersão muito superior que não cabe aqui ser realizada. Entretanto, é válida a breve síntese para expor a linha argumentativa que leva Habermas a defender a necessidade de rever a postura dos países ocidentais, tanto do ponto de vista político quanto econômico, até chegar ao conceito de tolerância (HABERMAS, 2003).

Qualquer projeto de resolução, pois, perpassa pela constituição de pressupostos comunicativos para que um espaço comum de razões possa se desenvolver. Trata-se, com efeito, de criar mecanismos para construção de uma cultura da tolerância, compreendida não no sentido paternalista de imposição unilateral dos limites quanto àquilo que se tolera, mas de uma comunidade inclusiva. É dizer, “uma comunidade moral aberta para todos, [que] promete não apenas solidariedade e uma inclusão não discriminatória; ela significa também, ao mesmo tempo, o mesmo direito de cada um a sua individualidade e a ser de outra maneira” (HABERMAS, 2003, p. 76).

Com efeito, a ruptura com a violência sem que ela reproduza uma nova violência, radica na desconstrução do monopólio da sanção penal como única resposta possível para a questão complexa e multifacetada do terrorismo. A opção por uma perspectiva relacional-dialógica emergente, inobstante a restrição quanto ao número de experimentos levados a efeito, tem dado factíveis sinais de avanço, notadamente nos resultados obtidos pelas propostas extrapenais a partir de uma abordagem reparadora e de justiça transicional (COSSEDDU, 2016).

Nesse panorama, guardadas as devidas proporções, importa destacar o sucesso obtido na história recente com a utilização de métodos negociais de resolução pacífica de controvérsias para

por termo aos conflitos com os grupos terroristas ETA⁸⁹, na região da Espanha compreendida como País Basco, e as FARC⁹⁰, na Colômbia. É possível correlacionar exemplos como estes, de busca por um caminho de pacificação, como concretização de uma proposta extrapenal inclusiva, pautada nas ideias e valores até aqui apresentados.

É necessário consignar, entretanto, que as resoluções dos conflitos com o ETA e as FARC devem ser interpretadas como precedentes remotos para construção de um processo muito mais amplo, envolvendo questões religiosas e culturais que não se fizeram presentes naqueles casos. Isto porque ambos os grupos possuíam características comuns que permitem inseri-los em um mesmo contexto, onde as estratégias terroristas, ainda que tenham assumido relevância internacional, tinham como objetivo a insurreição nacional através de um movimento de libertação destinado a tomar o poder.

A nova roupagem do terrorismo internacional, todavia, ainda que constitua etapa de um fenômeno mais complexo e abrangente, possui distinções que impedem a aplicabilidade irrestrita das mesmas estratégias de negociação adotadas para aqueles casos. Mas estas relativizações, contudo, não menosprezam a importância de se compreender em que medida cada uma das etapas foram exitosas e como podem elas servir de inspiração.

Em ambos os casos, houve diversas iniciativas frustradas de conciliação, que ganharam maior resolutividade somente quando os diálogos de paz passaram a ocupar centralidade na agenda dos respectivos países. Com efeito, o efetivo comprometimento político

89 ETA é uma sigla para *Euskadi Ta Askatasuna* (Patria Vasca y Libertad), autoproclamada como organização socialista revolucionária basca de libertação nacional.

90 FARC é uma sigla para *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo*, guerrilha-revolucionária do Partido Comunista Colombiano.

co, a despeito das inúmeras resistências internas, constituiu fator decisivo para construção dos alicerces do processo de pacificação, cujo efetivo avanço ocorreu com o engajamento da comunidade internacional nas tratativas (EDITORIAL, 2016; GONÇALVES, 2017; PEÑA, 2013).

No caso do ETA, foi adotado como metodologia de abordagem o paradigma negociador, onde as partes, embora sob diferentes leituras, assumem a existência de um conflito e iniciam diálogo com a confiança na possibilidade de acordo (PEÑA, 2013). Após um lapso entre o rompimento das conversas que haviam se iniciado em 1998, a partir de 2002 se produziu uma nova etapa de encontros, culminando com a decisão tomada pelo ETA no final de 2003, passados seis meses do seu último homicídio cuja autoria foi reivindicada pelo grupo, de não mais recorrer à violência (FISAS, 2010).

A partir de então, enviados do Herri Batasuna⁹¹ mantiveram reuniões em um centro sul-africano especializado na capacitação de pessoas para negociar em um processo de paz. Impelido pelos atentados ocorridos em 11 de março de 2004 em Madrid, José Luis Rodríguez Zapatero, que vencera a eleição presidencial daquele ano, expôs ao congresso sua proposta de paz em maio de 2005, dando maior formalidade ao processo e às sucessivas “reuniões exploratórias”, no curso das quais se acordou as etapas do esquema de negociação⁹² (FISAS, 2010). O texto da resolução

91 Herri Batasuna, Unidade Popular em basco, foi uma coligação política de ideologia nacionalista basca, independentista e socialista, identificada como grupo de esquerda patriótica. O coletivo político foi reconhecido pelo governo espanhol como partido ilegal, com expressa proibição de levar a cabo qualquer atividade política.

92 Segundo Fisas (2010, p. 9), foi acordado nas reuniões exploratórias que o esquema negociador seria o seguinte: contatos prévios; diálogos iniciais; trégua; negociações com abertura de duas mesas paralelas, uma política e outra militar; acordos; implementação dos acordos; regularização do ETA.

aprovada pelo Congresso, que deva respaldo político e parlamentar para os contatos iniciais, “estabelecia que os contatos oficiais com o ETA se iniciariam quando produzidas as ‘condições adequadas’, baseadas na constatação da vontade do ETA de por fim à violência através da demonstração de ‘atitudes inequívocas’” (PEÑA, 2013, p. 41).

A primeira reunião oficial ocorreu na cidade de Genebra em 25 de junho de 2005 entre membros do ETA e Jesús Eiguren, representante do partido que governava a Espanha, contando com a mediação do Centro de Diálogo Henri Dunant; as mesas continuaram a ocorrer tanto em Genebra como também na cidade de Oslo⁹³ (PEÑA, 2013). De setembro a novembro de 2006 foram realizadas doze reuniões no santuário de Loyola entre a Mesa de Partidos e o ETA⁹⁴, resultando em uma série de compromissos políticos e técnicos. Como principal reflexo, o ETA, em 24 de março de 2006, declarou um cessar fogo permanente, convocando o apoio da opinião pública para o avanço das negociações pela paz e reafirmando o desejo de avançar até a consecução de uma situação democrática (EUSKADI TA ASKATASUNA, 2006).

Disputas políticas e dissensos internos acarretaram em uma ruptura dos diálogos oficiais com o governo espanhol, que passou a não reconhecer os contatos que prosseguiram através da mediação internacional. Houve um parcial retorno às ações ofensivas pelo ETA, que entre os anos de 2006 a 2010 assumiu a responsabilidade pelo homicídio de doze pessoas – quantitativo assaz inferior

93 A opção por cidades na Suíça e Noruega, explica Fisas (2010, p. 15), se justifica no fato destes países não estarem sujeitos às restrições das listas antiterroristas da União Europeia.

94 Essa rodada de negociações ficou conhecida como “processo de Loyola”. Para maiores detalhes sobre métodos utilizados, conteúdo das tratativas e as inúmeras dificuldades encontradas no processo, vide Uría (2010).

em comparação com a ruptura havida em 1999, que ocasionou naquele ano quarenta e seis vítimas fatais (PEÑA, 2013, p. 44-47). A retomada somente aconteceu com a Declaração de Bruxelas, firmada pela Fundação Nelson Mandela e diversas personalidades internacionais⁹⁵, na qual se saldava “os passos propostos e o novo compromisso público da Esquerda Aberta com os meios exclusivamente políticos e democráticos” (FISAS, 2010, p. 14), fazendo um chamamento ao ETA para que apoiasse esse compromisso, declarando permanentemente o fim da violência (FISAS, 2010).

O ETA atendeu àquela convocação, emitindo comunicado em 08 de janeiro de 2011 que havia decidido declarar um cessar-fogo permanente e de caráter geral, que poderia ser verificado pela comunidade internacional, se comprometendo em definitivo com o fim da confrontação armada e com o término do processo até a democratização no País Basco (EUSKADI TA ASKATA-SUNA, 2011). Houve ali o início de uma fase derradeira, introduzindo uma nova variável ao cenário: a entrega de armas, sendo isto algo sujeito à verificação internacional. Como imediata implicação, foi constituída em 28 de setembro de 2011 a *Comisión Internacional de Verificación (CIV)*, com o objetivo de assegurar o efetivo fim da violência, tal como havia se comprometido o ETA.

Em março de 2017 intermediários civis, em nome do ETA, notificaram à Justiça francesa seu desarmamento unilateral e incondicional a partir de 8 de abril, indicando os esconderijos onde o arsenal do grupo estava acondicionado (AIZPEOLEA, 2017). Trabalhando conjuntamente com as instituições e a sociedade civil do País Basco, a CIV, após verificar que o ETA havia cumprido seu compromisso de cessar suas atividades violentas, comunicou

o fim dos seus trabalhos em julho de 2017, após a confirmação da entrega voluntária de 3,5 toneladas em armas (COMISIÓN INTERNACIONAL DE VERIFICACIÓN, 2017).

Do ponto de vista legal não houve grandes alterações, de maneira que seguiu a Espanha aplicando uma legislação antiterrorista já consolidada⁹⁶, com restrições ou modificações pontuais (AGUADO, 2013). Destaca-se apenas a aprovação da Lei Orgânica n. 02/2015, modificativa do Capítulo VII do Código Penal espanhol que trata “das organizações e grupos terroristas e os delitos de terrorismo”. A lei, entretanto, não possui correlação direta com as negociações⁹⁷; foi resultado da Resolução n. 2.178 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, aprovada em setembro de 2014, que solicitou aos Estados a modernização de suas legislações para contemplar, conforme descrito em seu preâmbulo, condutas associadas às “novas ameaças do terrorismo internacional de corte jihadista” (ESPANHA, 2015).

No caso da Colômbia, o processo de paz que pôs fim ao conflito mais longo do hemisfério ocidental, foi ainda mais amplo e complexo, tanto do ponto de vista normativo quanto pelos danos exorbitantes de que se estava a tratar – estima-se que ao longo dos 52 anos de confronto houve pelo menos 220.000 mortos, 45.000 desaparecidos e milhões de refugiados (EDITORIAL, 2016). Contando com a mediação de Cuba, Venezuela e Noruega, o governo

95 Dentre outros: Desmond Tutu, Frederick W. De Klerk, Mary Robinson, John Hume, Albert Reynolds, Jonathan Powell e Betty Williams.

96 Segundo Aguado (2013, p. 101), a Espanha não optou por vias excepcionais de combate legal, bem como não recorreu a respostas militares, garantindo-se, no tratamento processual todas as garantias básicas aplicáveis aos demais crimes, com os limites impostos e típicos de um Estado Democrático de Direito.

97 Ainda que não possa ser diretamente incluída como política de governo associada às negociações com o ETA, não devem passar despercebidas as duras críticas feitas por Meliá (2016), para quem a reforma estende o conceito de terrorismo a condutas que nenhum país livre tem tal consideração, tornando claro que “com esta regulação é possível construir uma ditadura” (MELIÁ, 2016, P. 118).

colombiano, sob a presidência de Juan Manuel Santos, iniciou em 2012 negociações com as FARC, que culminaram no acordo de paz celebrado em setembro de 2016. Tal acordo, entretanto, após sofrer derrota no plebiscito convocado para dar legitimidade aos termos da negociação, precisou ser revisto para incluir demandas feitas por diferentes setores da sociedade (GONÇALVES, 2017).

A estratégia adotada pelo presidente colombiano Juan Manuel Santos foi de manter diferentes níveis de densidade no tratamento, evitando que as conversações pela paz em curso em Havana interferissem na continuidade das políticas públicas internas de combate e repressão às FARC. Tal postura garantiu seriedade e distanciamento institucional, fortalecido pela participação ativa da comunidade internacional, evitando o retrocesso dos diálogos nos momentos mais delicados do processo (EDITORIAL, 2016).

Ao contrário do que ocorreu na Espanha, a Colômbia decidiu conferir legalidade ao processo. Para tanto, foi adotado um “procedimento legislativo especial”, criando um novo título de disposições transitórias na Constituição Política da Colômbia para chegar ao término do conflito armado e a construção de uma paz estável e duradoura. Através dele foi instaurado o *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición* (SIVJRNR), com especial ênfase em medidas restaurativas e reparadoras, visando alcançar a justiça não apenas com a responsabilização individual através de sanções penais de natureza retributiva, mas, sobretudo na recomposição dos laços de sociabilidade e no empoderamento das vítimas (COLÔMBIA, 2017a, p. 1-2).

Paralelamente, foi constituída, como ente autônomo dotado de personalidade jurídica e regime legal próprios, a *Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición*. O foco de atuação da comissão ocorre no âmbito extrajudicial e não está na imputação penal, mas no compromisso de esclarecer às

vítimas e à sociedade todas as violações, bem como no voluntário reconhecimento das responsabilidades individuais e coletivas daqueles que participaram no conflito (COLÔMBIA, 2017a, p. 3).

Do ponto de vista criminal, a reforma criou uma Jurisdição Especial para Paz, transitória, autônoma e sujeita a um regime legal próprio que muito se assemelha à estruturação de um Tribunal Híbrido. Isto porque a qualificação jurídica das condutas deverá se basear não apenas no Código Penal Colombiano, como também “nas normas de Direito Internacional em matéria de Direitos Humanos (DIDH), Direito Internacional Humanitário (DIH) e Direito Penal Internacional (DPI), sempre com aplicação obrigatória do princípio da favorabilidade” (COLÔMBIA, 2017a, p. 6). Ademais, a Jurisdição Especial possui competência material para processar e julgar as condutas direta ou indiretamente relacionadas com o conflito armado, notadamente em respeito àquelas consideradas graves violações aos direitos humanos.

Como etapa decisiva no processo, foi previsto através do Ato Legislativo n. 03 que, com a consecução do acordo final para terminação do conflito e construção de uma paz estável e duradoura, haverá a conversão das FARC em movimento ou partido político legítimo, reconhecendo-lhes personalidade jurídica, com previsão de regras transitórias de financiamento e participação no processo eleitoral (COLÔMBIA, 2017b). Com efeito, o apogeu dar-se-á com a democratização das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, reforçando a compreensão de que não há adjetivação plena ou imutável; que a identificação de um grupo como terrorista é algo circunstancial, não uma identidade constante.

Há, por fim, um fator que justifica a sedimentação da proposta com base nos efeitos práticos provocados no fortalecimento e significação do próprio sentido da sanção e os efeitos dela esperados. Em linhas gerais, existe imputabilidade quando a ação

possa ser reconduzida ao seu autor como fruto de um processo decisório, de escolha livre e emancipada do sujeito, identificando o agente ao seu ato como expressão de motivação e vontade. No campo da inimputabilidade, por outro lado, este processo decisório segue impulsos diversos da capacidade de autodeterminação, faltando à ação humana a nota distintiva do sentido, que reflete uma escolha valorativa. A possibilidade de motivar-se em conformidade ao imperativo de conduta e agir de outro modo, pois, é fator determinante para aferição da culpabilidade e da responsabilização individual pelo comportamento.

Em casos limites, haverá sempre o debate acerca da legitimidade jurisdicional em julgar uma ação motivada por fortes impulsos políticos e religiosos, que se colocam em um plano moral mais elevado que a própria concepção de justiça, fundada em pactos rarefeitos e historicamente variáveis que, por lei ou convenção, estabelecem regras lineares de convivência. A sanção penal, nestes casos de crimes envoltos por uma ideologia, ainda que sob uma perspectiva internacional, é esvaziada de efetiva coatividade, porquanto não produza efeitos dissuasórios ou intimidatórios – quer ao próprio indivíduo apenado, quer à sociedade.

Com efeito, o empoderamento das partes envolvidas – não somente dos autores, mas, sobretudo, da sociedade vitimada –, como nos casos acima expostos, conduz ao reconhecimento da legitimidade da sanção através da aceitação da culpabilidade. Considerando que o modelo dialógico de justiça transicional não implica no afastamento da jurisdição penal e da responsabilização pessoal pelo injusto, através dele se evita um processo de ruptura da ordem e esvaziamento da legitimidade da sanção, fortalecendo, em última análise, o próprio sentimento de justiça.

6 Considerações Finais

No marco de um Estado Democrático de Direito, toda intervenção penal deve sempre ocorrer enquanto medida de exceção. Desse postulado básico extraem-se diversas conclusões, todas elas no sentido de que a drasticidade com a qual o direito penal atua exige dele uma exatidão acerca da conduta sancionada. Isso porque ele representa o mais poderoso instrumento de controle posto à disponibilidade do poder constituído, por meio do qual o Estado, detentor da prerrogativa do uso da força, molda a sociedade através das estruturas dogmáticamente fundadas no princípio da legalidade penal, dizendo quais comportamentos são intoleráveis por considerá-los ofensivos a bens jurídicos.

Entretanto, a tutela penal é um caminho de mão dupla; ao estabelecer coercitivamente as condutas passíveis de punição, o direito penal paralelamente se constitui em prerrogativa cidadã contra os desmandos do poder estabelecido, sendo esta a principal função extraída da sua visão enquanto sistema cujas regras são previamente estruturadas. Com efeito, a criminalização não só impõe padrões de comportamento, como também estabelece um limite intransponível em defesa da liberdade. Na medida em que se apagam as luzes que deveriam clarear os critérios objetivos segundo os quais uma imputação penal é legitimada, chega-se ao crepúsculo de todo o sistema de garantias a duras penas construído em defesa, deixando novamente sociedade refém do Estado em sua representação hobbesiana.

A análise do acervo legislativo mundial, dentro dos limites tratados nestes breves escritos, evidencia um entendimento insa-

tisfatório acerca do terrorismo enquanto tática, e que os crimes nesse contexto praticados possuem um caráter instrumental de levar a efeito a ideologia que sustenta a ação terrorista enquanto método qualificado de comunicação. Em razão desta incompreensão, fruto da forte carga política em torno deste tema, parte considerável das legislações penais alienígenas adotam características marcadamente punitivistas, insistindo no equívoco teórico em tipificá-lo penalmente como delito autônomo e individualizável, legitimando com isso arbitrariedades mediante o uso simbólico do sistema penal interno.

Isso não apenas encerra um problema dogmático, como na prática tem contribuído para perenizar a vagueza conceitual que constitui o principal obstáculo à compreensão e, conseqüentemente, ao correto tratamento da matéria. A falta de consenso, inclusive terminológico, permitiu que ao longo do tempo cada país outorgasse ao seu modo significados distintos e através de diversas formas de abordagem penal, limitando a refletir uma demanda política interna – não raramente de duvidosa vocação garantista. Sem uma unidade, os esforços para enfrentar internacionalmente as ameaças de novos atentados não têm surtido o efeito esperado, vez que esbarram nas múltiplas incompatibilidades legislativas e na finalidade político-criminal de controle que orienta a criminalização no plano nacional.

A proposital edição de tipos penais abertos e a tutela em estado prévio à lesão do bem jurídico, sobretudo, neste caso, quando não bem diferenciada a autonomia do comportamento organizativo, constituem características marcantes de um direito penal politicamente orientado à criação e eliminação de inimigos públicos. A subserviência acrítica do direito penal a razões de Estado, mediante abandono à ideia de subsidiariedade, aliado à maleabilidade decorrente dos termos genéricos e imprecisos

utilizados em tal contexto, aumenta perigosamente o alcance da norma. O resultado disto é a criação do intolerável risco de que determinados atores, independentemente de terem praticado uma conduta típica, se tornem alvos em potencial de uma racionalidade punitiva que se estabelece através da retórica de guerra contra o terror.

Do ponto de vista teórico, a tipificação do terrorismo desconsidera o fato de que ele não possui uma conduta específica que possa ser precisada em atenção aos preceitos da legalidade penal, mas que, enquanto estratégia que utiliza crimes outros com tipos penais próprios, somente poderia servir como causa qualificadora. Esta seria a única saída dogmaticamente aceitável, mantido o debate no campo do direito penal nacional, diante da clara impossibilidade de se estabelecer com maior precisão quais condutas podem ser consideradas terroristas, que não pela intenção do autor em provocar o terror. Mesmo assim, tal resolução não é capaz de afastar as imprecisões decorrentes do substrato político-ideológico. Haverá sempre uma margem temerária de discricionariedade, influenciável por variantes externas, que enfraquecem e deslegitimam a opção pela edição de tipos penais autônomos.

A proliferação de células terroristas, cada vez mais estruturadas e contando com um número de membros e adeptos que cresce vertiginosamente, é evidência de que a ordinária criminalização é instrumento ineficaz na luta contra o terrorismo em escala internacional. Diante disso, é necessário interpretar esses dados da realidade e analisar até que ponto o aumento da tipificação de condutas a ele associadas pode contribuir para combatê-lo. A ameaça da sanção, além de não produzir o efeito dissuasivo esperado, tem sido responsável por desnaturar o escopo da norma e relativizar a finalidade da intervenção penal, que tem se afastado cada vez mais da sua natureza de último expediente.

Incongruências como estas aqui expostas implicam na ocorrência de injustiças, voluntárias ou involuntárias, como reflexos de uma legislação fundamentada na lógica de um direito emergencial. Todavia, essa construção do discurso punitivo do Estado, fundado nas razões soberanas de perpetuidade do atual modelo e na retórica proteção do mundo contra o risco de novos atentados terroristas, para manter a estrutura de poder e realizar seus objetivos, pode conduzir a um regime que, depois de implementado, tende a se perpetuar como autoritário. Com efeito, corre-se o risco de que abusos levados a efeito através do direito penal passem a servir como parâmetro.

Por outro lado, é igualmente inconciliável com o Estado Democrático de Direito sustentar um discurso que abertamente defenda a permanência do vazio de punibilidade para os casos de terrorismo internacional. A resposta ao problema de como enfrentá-lo, ainda sob uma perspectiva jurídico-penal, transita pelo reconhecimento de que o limitado horizonte da jurisdição nacional, pelos insuperáveis desafios até aqui expostos, não é capaz de lidar com questões que transcendam interesses locais. Isto impõe considerar como necessidade premente a estruturação de mecanismos internacionais de jurisdição, adotando como estrutura normativa aplicável o conjunto formado pelo Estatuto de Roma, o direito consuetudinário, o direito convencional e os precedentes das cortes internacionais.

Para tanto, é urgente dissociar o problema do terrorismo internacional com a noção de guerra global, haja vista os danos diretos e colaterais por ela provocados. A guerra não é simplesmente um ato político, mas um perigoso instrumento político-criminal de dominação opressiva, essencialmente inconciliável com uma perspectiva de paz duradoura. Não significa dizer, entretanto, que o adensamento do direito penal internacional

ou mesmo a criação de Tribunais Híbridos, capazes de dialogar com as jurisdições nacionais e fortalecê-las, seja suficiente para dar solução derradeira. Justamente por isso, ante a incapacidade congênita do direito penal na resolução de conflitos através da reconstrução dialógica, deve-se paralelamente apostar no desenvolvimento de mecanismos extrapenais.

Não há dúvidas quanto à desconstrução que uma perspectiva de resolução pacífica implica, nem a dificuldade em dar concretude e efetividade a noções abstratas como “identidade”, “altruísmo” e “solidariedade”. Mas ela não deve ser vista como substitutiva à jurisdição penal internacional, muito menos como forma de escamotear a responsabilização individual. Pelo contrário, abordagens reparadoras e de justiça transicional acabam por fortalecê-la e legitimá-la, impactando positivamente na reconstrução das relações sociais.

Dessa forma este estudo respondeu a sua proposta de pesquisa quando analisou por comparação diversos autores em suas bibliografias visando aclarar questões acerca do enfrentamento ao terrorismo internacional e sua realocação ao campo do direito humanitário, salvaguardando as estruturas elementares do direito penal interno e o próprio sistema penal, para validamente admitir o tratamento penal do fenômeno no contexto de um direito penal internacional ainda em desenvolvimento. Assim, o objetivo foi alcançado quando analisou a legitimidade quanto à utilização do direito penal considerando seus instrumentos típicos e os limites de intervenção no combate ao terrorismo, a partir da concepção deste como estratégia de enfrentamento.

Destaca-se também o estabelecimento frente à análise da dogmática do direito penal sobre o olhar dos conceitos de direito de guerra, do direito penal internacional e a aplicação do direito de guerra dentro do direito penal interno, enquanto caminhos possí-

veis para que se adote uma saída minimamente danosa aos direitos e garantias fundamentais comprometidos no processo de criminalização. O recorte teórico adotado foi de extrema importância na consubstanciação da análise, adotando como premissa os equívocos epistemológicos na recorrente tentativa em se lançar mão das categorias penais ordinárias para combatê-lo, demonstrando em seu escopo, que a desenfreada criminalização do terrorismo, ao não se ater previamente aos obstáculos teóricos existentes, tem passado ao largo de questões dogmáticas aparentemente inconciliáveis.

Assim, a hipótese de que a estrutura sistêmica do direito penal impõe limites que condicionam a validade da norma, e que o terrorismo internacional, por não se adequar a tais requisitos, esbarra em postulados vinculantes que o tornam matéria inadequada ao sistema em sua clássica estruturação. Isso leva a concluir que o problema deva ser tratado não apenas no campo das variáveis do direito, mas sim deve se levar em conta questões de ordens históricas, antropológicas e sociais, geopolíticas, militar e até mesmo econômica.

Não se desconsidera que o terrorismo é um dos grandes males da moderna sociedade líquida em risco e que suas ações sejam nefastas. A questão é que não há características específicas e imutáveis que possam defini-lo como espécie de *malum in se*, mas compreensões que convergem e divergem ao longo do tempo, a partir variáveis múltiplas que influenciam diretamente o prisma interpretativo adotado. Essa constatação, somada aos fatores tratados ao longo do texto, descredita metodologicamente a proibição e a sanção, ao passo em que fortalecem a conclusão de que caminhos paralelos, além do direito penal, devem ser simultaneamente traçados e experimentos.

Por fim, a presente obra não esgota a necessidade de avançar a pesquisa e debate decorrentes da análise jurídico-penal no pro-

cesso de criminalização do terrorismo internacional. Digo, ela abre consideravelmente mais lacunas para que os obstáculos dogmáticos à tipificação do fenômeno e novas perspectivas de enfrentamento sejam identificados, catalogados, analisados e discutidos a fim de neutralizar opressões ideológicas que, de forma maniqueísta, considerem apenas uma única via como sendo capaz de responder a um fenômeno multidimensional como é o terrorismo internacional.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AIZPEOLEA, Luis R. ETA anuncia seu desarmamento unilateral e incondicional a partir de 8 de abril. **El País**: o jornal global, San Sebastian, 17 de março de 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/17/internacional/1489746514_043951.html>. Acesso em: 29 jan. 2018.

ALEMANHA. **Código penal alemão**. Título original: Strafgesetzbuch. Tradução de Cláudia López Díaz. 34^a Ley modificatoria del derecho penal: § 129b StGB (34. StrÄndG) vom 22. August 2002 (BGBl. I, 3390). Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2016.

ALMEIDA, Alvaro Okura de; BAZZANO, Ariana. 11 de setembro e o discurso do terror: uma reflexão. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal**: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 73-102.

AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Tradução de Carlos E. Adriano Japiassú, Daniel A. Raizman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Dogmática jurídico penal y concepto universal del hecho punible. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). **Estudios**

penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Madrid: Edisofer, 2008, p. 97-124.

ANGLÍ, Mariona Llobet. **Terrorismo y “guerra” contra el terror**: límites de su punición en un Estado democrático. Tese (Doutorado) – Universitat Pompeu Fabra, Espanha, Departament de Dret, 2008. 491f.

ANNONI, Danielle; MENDONÇA, Camila Dabrowski de Araújo. Tribunais mistos: uma análise do conceito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35.1, jan./jun. 2015, p. 11-133.

APONTE, Alejandro. Derecho penal y terrorismo: dilemas de la legislación penal antiterrorista en Colombia. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal**: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 291-311.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BAKUNIN, Mikhail. **Catecismo revolucionário**: programa da sociedade da revolução internacional. Tradução de Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Imaginário, 2009.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Maria Amélia Augusto. Oeiras: Celta Editora, 2000, p. 1-51.

BÖHM, María Laura. Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico. **Revista Crítica Penal y Poder**, Universidad de Barcelona, OSPDH, n. 13, p. 37-61, octubre, 2017.

BRASIL, Lei Federal n. 13.206, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial da União**, Casa Civil, Brasília, DF, 17 de março de 2016. Edição extra e retificada em 18.3.2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOURDIEU, Pierre. Dois imperialismos do universal. In: LINS, Daniel; WACQUANT, Loic. **Repensar os Estados Unidos**: por uma sociologia do superpoder. Campinas: Papirus, 2003.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014.

CALLEGARI, André Luís; LIRA, Cláudio Rogério Sousa; REGHELIN, Elisangela Melo; MELIÁ, Manuel Cancio; LINHARES, Raul Marques. **O crime de terrorismo**: reflexões críticas e comentários à lei de terrorismo (de acordo com a Lei nº 13.206/2016). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

COLOMBIA. Código penal colombiano. Ley 599 de 2000. **Diário Oficial de Colômbia**, n. 44.097, 24 de julho de 2000. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016.

_____. Acto Legislativo n° 01, por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. **Diário Oficial de Colômbia**, 4 de abril de 2017a. Disponível em: <<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

_____. Acto Legislativo n° 03, por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. **Diário Oficial de Colômbia**, 23 de maio de 2017b. Disponível em: <<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2003%20DE%2023%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE VERIFICACIÓN. **La CIV anuncia la conclusión de su actividad**. País Basco, 6 de julho de 2017. Disponível em: <<http://ivcom.org/la-civ-anuncia-la-conclusion-de-su-actividad/>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

COSSEDDU, Adriana. Ripensare la legalità nello “spazio” giuridico contemporaneo: un “ponte” fra teoria e prassi. In: COSSEDDU, Adriana. **I sentieri del giurista sulle tracce della**

fraternità: ordinamenti a confronto. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 20-93.

DEGENSZAJN, André Raichelis. **Terrorismos e terroristas**. 2006. 154 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais, área de concentração Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

DE MAGLIE, Cristina. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Department of Defense (United States of America). General Counsel of the Department of Defense. **The Department of Defense law of war manual**. Washington, D.C., 2016. 1236p. Disponível em: <<https://www.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

DJEREJIAN, Edward Peter. **Changing minds winning peace: a new strategic direction for U.S. public diplomacy in the arab and muslim world**. Washington D.C.: U.S. House of Representatives, 2003. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/24882.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

EDITORIAL. Colômbia em paz: conclusão das negociações com as FARC constitui um êxito para toda a região. **El País**: o jornal global, Madrid, 26 de agosto de 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/25/opinion/1472144590_017971.html>. Acesso em: 29 jan. 2018.

ELMAUER, Douglas. Direito global e responsividade: uma abordagem crítico-sistêmica do direito em face dos novos desafios da sociedade mundial. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 132-149, jul./dez., 2015.

ESER, Albin. Medidas nacionais e transnacionais contra a impunidade da criminalidade amparada pelo Estado e de crimes internacionais: conclusões de política jurídica a partir de um projeto comparado sobre a justiça de transição. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 155-174.

ESPANHA. **Código penal e legislación complementaria**. Ley Orgánica n. 10/1995, de 23 de noviembre. Última modificación: 04 de diciembre de 2014. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 30 dez. 2016.

_____. Ley Orgánica n. 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. **Boletín Oficial del Estado**, n. 77, 31 de marzo de 2015. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

ESSADO, Tiago Cintra. Terrorismo conforme o direito norte-americano. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 135-166.

EUSKADI TA ASKATASUNA. **Comunicado de Euskadi Ta Askatasuna a la opinión pública española**. País Basco, 2006. Disponível em: <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2006/06/comunicado_eta_texto.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. **Declaración de ETA**. País Basco, 2011. Disponível em: <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/10/20/comunicado_eta.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2018.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Z. Sica, Fauzi H. Choukr, Juarez Tavares e Luís F. Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Guerra y terrorismo internacional: un análisis del lenguaje político**. In: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. IX, 2009, p. 13-33.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISAS, Vicenç. El proceso de paz en el País Vasco. **Quaderns de Construcció de Pau**, Escola de Cultura de Pau, Barcelona, n. 36, setembro 2010.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Terrorismo e criminalidade política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANÇA. **Code pénal**. Entrée en vigueur le 1er mars 1994. Version consolidée du code au 15 novembre 2014. Disponível em:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEX T000006070719&dateTexte=20150102>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GAMBERINI, Alessandro; FRONZA, Emanuela. La disciplina dei fenomeni terroristici in Italia: spunti di riflessione travecchi strimenti e nuovi conflitti. In: FERNANDES, Antônio Scarrance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal**: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 243-271.

GENTIL, Maurício. **O direito de resistência na ordem jurídica constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Fernanda. Colômbia e o processo de paz: breve análise dos avanços e desafios. **Revista Mundorama**: Divulgação Científica em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, DF, 18 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.mundorama.net/?p=23689>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Tratamento penal do terrorismo**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Fundamentalismo y terror. In: BORRADORI, Giovanna. **La filosofía en una época de terror**: diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida. Tradução de Luis Eduardo Hoyos. Madrid: Taurus, 2003, p. 53-77.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HIRSCH, Hans Joachim. Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente? **Revista de derecho penal y criminología**: Espanha, Madrid, n. 5, p. 171-187., jan. 2000. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=1542>. Acesso em: 12 fev. 2017.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Tradução de Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

_____. ¿Terroristas como personas enderecho? In: MELIÁ, Manuel Cancio; Gómez-Jara Díez [Coord.]. **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006, v. 2.

_____. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto e culpabilidade. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia política**: empleo del procedimiento legal para fines políticos. Tradução de R. Quijano R. México: Uteha, 1968.

LAQUEUR, Walter. **A history of terrorism**. New Jersey: Transaction Publishers, 2002.

LEWIS, Bernard. **A crise do islã**: guerra santa e terror profano. Tradução de Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

LIMA, Renata Mantovani de. **A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento da justiça internacional penal**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Belo Horizonte, 2011. 323f.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, vol. II.

_____. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antônio C. Luz Costa, Roberto D. Torres Júnior e Marco Antonio dos S. Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance** (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Terrorismo y organización. **Revista Ius et Praxis**, año 23, n. 1, p. 367-418, 2017.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Los delitos de terrorismo: estrutura típica y injusto**. Madrid: Reus, 2010.

_____. El derecho penal antiterrorista español tras la reforma de 2015. In: CALLEGARI, André Luís; LIRA, Cláudio Rogério Sousa; REGHELIN, Elisangela Melo; MELIÁ, Manuel Cancio; LINHARES, Raul Marques. **O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à lei de terrorismo** (de acordo com a Lei nº 13.206/2016). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 103-118.

MOCCIA, Sergio. O Tribunal Penal Internacional: os perfis de legalidade. Tradução de Heloisa Estelita. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas**

essenciais: direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 1085-1108.

MONTEIRO, Fabrício Pinto. O anarquismo terrorista na imprensa escrita do século XIX. Temporalidades: **Revista Discente do Programa de Pós-graduação em História da UFMG**, vol. 1, n.º 2, ago./dez. 2009. Disponível em: <<https://seer.ufmg.br/index.php/temporalidades/article/view/3031/2240>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Presente y futuro de la dogmática jurídico penal. In: GIORGI, Raffaele de (Org.). **Il diritto e la differenza**. Lecce: Pensa Multimedia, 2002, p. 463-475.

_____. Derecho en la guerra contra el terrorismo - el derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 9, p. 77-11, jul./dez. 2013.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? In: **Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho: libro en homenaje al profesor Jiménez de Asúa**. Buenos Aires: Ediciones Panedille, 1970, p. 495-523.

PAMPLONA, Gustavo. **Crimes políticos, terrorismo e extradição: nos passos de Hannah Arendt**. Porto Alegre: Simplíssimo, 2011.

PELLET, Sarah. A ambiguidade da noção de terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord). **Terrorismo e direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEÑA, Aleix Romero. El proceso de negociación con ETA durante la etapa de José Luis Rodríguez Zapatero. **História Actual Online**, Universidad de la Rioja, Espanha, n. 30 , p. 39-51, inverno 2013.

PÉREZ-GONZÁLEZ, Manuel. Combating terrorism: an international humanitarian law perspective. In: FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pablo Antonio. **International legal dimension of terrorism**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 253-274.

_____. El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto. In: José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.). **Derecho internacional humanitario**. 2. ed. Valencia: Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2007, p. 25-47.

PFANNER, Toni. Scope of application, perpetrators of terror, and international humanitarian law. In: FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, Pablo Antonio. **International legal dimension of terrorism**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 275-290.

PORTUGAL. **Código penal**. Lei n. 59/2007. Diário da República, 1ª série, n. 170, 4 de Setembro de 2007. Vigésima terceira alteração ao código penal, aprovado pelo Decreto-Lei n. 400/82, de 23 de setembro. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s-dip/2007/09/17000/0618106258.PDF>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. **Revista dos Tribunais**: doutrina penal, Primeira Seção, ano 89, n. 771, janeiro de 2000.

PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco: defesa de um papel necessariamente modesto. Tradução de Adriana Filizzola D'Urso. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. ¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra. Tradução de Fernanda Navarro Cardoso. **Revista Penal**, n. 14, p. 174-181, 2004.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz: Edunisc, 2004.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Política criminal y derecho penal: estúdios**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Diego-Manuel Peña, Miguel Diaz Conlledo e Javier de Vicente Remansal. Madrid: Civitas, 1997, tomo I.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Organização de Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 70-97.

_____. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Organização de Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 98-115.

SALOMÃO, Wiliander França. **Os conflitos entre palestinos e israelenses: a trajetória dos fatos históricos e o direito internacional**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SCHEERER, Sebastian. Desvantagens e utilidade da criminologia crítica nos tempos do terrorismo. Tradução de Erika Camargo Vegners. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos**

atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. Tradução de Heloisa Estellita. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Coordenação de Luís Greco. **Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013a.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Coordenação de Luís Greco. **Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013b.

_____. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. Tradução de Luís Greco e Ana Cláudia Grossi. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord). **Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013c.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas essenciais:** direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 1283-1300.

TANGERINO, Davi Paiva Costa. Aspectos penais do terrorismo na Alemanha: uma breve introdução. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo**

e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

THIEUX, Laurence. **El terrorismo internacional:** causas e implicaciones estratégicas. Madrid: Centro de Investigación para la Paz, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 199-264.

TROTSKY, León. **Terrorismo y comunismo.** Madrid: Fundación Federico Engels, 2005.

URÍA, Imanol Murua. **El triángulo de Loiola:** crónica de un proceso de negociación a tres bandas. San Sebastián: Tarttalo, 2010.

VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa em Direito Internacional: o artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **Terrorismo e direito:** os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 183-208.

VERGÈS, Jacques. **Estrategia judicial em los procesos políticos.** Tradução de María Teresa López Pardina. Barcelona: Anagrama, 2009.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos,** Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

VILLA, Alejandro Valencia. **Derecho internacional humanitário**: Conceptos básicos. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WERMUTH, Maiquel A. D. **A dimensão (des)humana do processo de expansão do direito penal**: o papel do medo no e do direito punitivo brasileiro e o disciplinamento das classes populares. 2010. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010.

ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do direito penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas essenciais**: direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 935-966.

ZILLI, Marcos. O terror como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal**: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 21-31.

ZOLO, Danilo. Las razones del terrorismo global. **Mientras Tanto**, Barcelona, n. 101, p. 17-26, invierno 2006.

