

DIREITOS FUNDAMENTAIS, BENS JURÍDICOS E A LEI DO TERRORISMO

Aline Marques Marino¹
Álvaro Marton Barbosa Júnior²

Resumo: O trabalho que se inicia tem como tema o “terrorismo”. Busca-se, a título de objetivo, analisar a Lei nº 13.260/2016, a partir dos direitos e das garantias fundamentais, cuja base serve para definição do bem jurídico penalmente tutelado na hipótese de se estabelecer norma incriminadora que tipifique o “terrorismo”. Assim, trata-se de se estabelecer tutela penal para os direitos e garantias fundamentais essenciais à cidadania. A discussão parte das dificuldades inerentes ao assunto, visto que o “terrorismo” ganha importância a nível internacional, sobretudo após o ataque do 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, o que obsta a precisão necessária, sobretudo quando se trata de norma penal, eis que este conteúdo abarca conceitos de natureza transindividual. A temática se justifica diante da atualidade da referida lei, que entrou em vigor em março de 2016, e tem como alcance profissionais da área jurídica voltada ao Direito Penal Internacional e aos Direitos Humanos Fundamentais. Como metodologia, predomina no decorrer do texto a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos Humanos Fundamentais. Direito Penal Internacional. Terrorismo.

Abstract: The paper that begins has as its theme "terrorism". The purpose of this article is to analyze Law 13.260 / 2016, based on fundamental rights and guarantees, whose basis serves to define the legal right criminally protected in the hypothesis of establishing an incriminating norm that typifies "terrorism." Thus, it is a question of establishing criminal protection for the fundamental rights and guarantees essential to citizenship. The discussion is based on the difficulties inherent to the subject, since "terrorism" is gaining importance internationally, especially after the attack of September 11, 2001, in the United States, which prevents the necessary precision, especially when it comes to criminal law, this content encompasses concepts of a transindividual nature. The theme is justified by the current law of this law, which came into force in March 2016, and is aimed at legal professionals focused on International Criminal Law and Fundamental Human Rights. As a methodology, the bibliographic review predominates throughout the text.

Key-words: Fundamental Human Rights. International Criminal Law. Terrorism.

¹ Mestra em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto AVM Faculdade Integrada e WDireito. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Faculdade de Ciências Humanas de Cruzeiro (FACIC). Graduada em Direito pelo UNISAL. Graduada em Teologia pela Faculdade Evangélica de Ciência e Tecnologia (FAECAD). Professora de Direito na Universidade Federal de Itajubá (UNIFEI) (2016-2017). Advogada. Contato: alinemarinoadv@gmail.com.

² Advogado. Professor. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Pós-Graduado em Direito Militar pela Universidade Cruzeiro do Sul (UNICSUL). Pós-Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Ex-aluno e pesquisador no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Contato: alvaromarton@uol.com.br.

Introdução

Há tempos se discute no Direito brasileiro hipóteses de definição para o terrorismo no intuito de se prever uma infração penal com a devida tipificação nas conformidades dos princípios penais em vigência.

O assunto ganhou relevância no cenário internacional, sobretudo após os ataques suicidas de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, em que terroristas coordenados pela organização fundamentalista islâmica Al Qaeda, liderada por Osama Bin Laden, sequestraram quatro aviões comerciais de passageiros. Desses aviões, dois colidiram contra as Torres Gêmeas do complexo empresarial e financeiro do World Trade Center (WTC), em New York, um se chocou contra o Pentágono, Departamento de Defesa dos EUA, em Washington, e o outro caiu na Pensilvânia, sem atingir a Casa Branca, sede do Poder Executivo. Os prejuízos atingiram grandes proporções, quais sejam: humanitárias, com a morte de milhares de pessoas e o aumento da xenofobia em face dos árabes e da intolerância religiosa quanto aos muçulmanos; econômicas, pois as bolsas de valores entraram em crise e a mobilização de seguradoras foi intensa; e ambientais e à saúde, com a eliminação de resíduos de amianto, mineral cancerígeno utilizado como isolante térmico-acústico no prédio do WTC (ALVES, 2001; ANGELO, 2011).

Como reação ao ataque, o Presidente dos Estados Unidos George Walker Bush declarou a “Guerra ao Terror”, invadindo o Iraque e o Afeganistão para derrubar o Talibã, grupo nacionalista afegão com posicionamento radical em defesa da jihad, pilar de difusão da fé islâmica (ALVES, 2001; ANGELO, 2011).

Além disso, Bush aprovou o USA Patriot Act, em 26 de outubro de 2001, com o propósito de salvaguardar a democracia, porém com medidas restritivas a esta, como espionar, interrogar suspeitos por terrorismo, invadir residências, entre outras (ALVES, 2001; ANGELO, 2011).

As justificativas para o atentado do 11 de setembro de 2001 abrangem conflitos de cunho, notadamente, políticos, como as disputas étnicas locais entre judeus e árabes, na tentativa de criação de um Estado judaico pós-holocausto e de ocupação do Estado de Israel. O apoio dos Estados Unidos à nação de Israel trouxe a rivalidade dos grupos radicais. A reação contra a interferência norte-americana também foi sentida quando os Estados Unidos invadiram o Iraque durante a Guerra do Golfo em 1991 e instalaram bases militares no Oriente Médio, local dos maiores santuários do islamismo (ALVES, 2001; ANGELO, 2011).

As consequências advindas do ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, tiveram repercussão internacional, sendo que, no presente trabalho, o destaque se dá na legislação brasileira sobre o terrorismo. Sendo assim, este estudo foi subdividido em três tópicos.

No primeiro tópico, “Contexto de análise: a Lei nº 13.260/2016”, colocar-se-á o estado da arte quanto à tipificação do terrorismo como infração penal, até se alcançar a aprovação da recente Lei nº 13.260/2016.

No segundo tópico, “Terrorismo e as dimensões dos direitos fundamentais”, abordar-se-á o terrorismo na condição de “crime”, diante de possíveis enquadramentos teóricos no que se convencionou chamar de dimensões dos direitos fundamentais.

No terceiro tópico, “Terrorismo e a proteção dos bens jurídicos ante o reconhecimento de direitos fundamentais”, ater-se-á para as dificuldades em se tutelar penalmente uma infração com reflexos nos direitos transindividuais.

Por fim, seguem as considerações finais e as referências.

Para tanto, utilizar-se-á dos métodos da revisão bibliográfica e da análise documental.

01. Contexto de análise: a Lei nº 13.260/2016 e a tipificação do crime de terrorismo

O ataque ao WTC refletiu nas políticas mundiais no trato com o estrangeiro. No Brasil, essa “preocupação” com a segurança é traduzida na legislação e nos diplomas internacionais de que o Brasil é signatário, tornando-se evidente, por exemplo, nos artigos 1º, 2º, 3º, 6º, inciso II, 21, *caput*, 57, § 2º, 65, *caput*, 67, 68, *caput*, 71, 110, 130, todos da Lei nº 6.815/1980, que mencionam a segurança e os interesses nacionais como pilares interpretativos, e os artigos 1º, F, e 2º, ambos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, os quais impõem aos refugiados o dever de se conformar às leis e regulamentos, assim como às medidas tomadas para a manutenção da ordem pública e, também, trazem situações em que é vedado o reconhecimento da condição de refugiado – cometimento de crime contra a paz, crime de guerra ou crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais; cometimento de crime grave de direito comum fora do país de refúgio, antes de serem nele admitidos como refugiados; e culpa por atos atentatórios aos fins e princípios das Nações Unidas.

Aliás, as características peculiares ao Brasil justificam o porquê da preocupação legislativa, como aduz Nunes et all (2017):

O Brasil não é palco de atentados terroristas há algum tempo, mas certas questões o forçam a se pronunciar sobre o assunto e a adotar medidas internas: extensão territorial, problemas políticos e atentados relativamente recentes nos países vizinhos, projetos regionais (v.g. Conselho de Defesa Sul-americano) e a aspiração de obter um assento permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas. Além disso, há a dimensão transnacional que o terrorismo alcançou nas últimas décadas e as pressões internacionais em virtude da necessidade de combatê-lo e impedir o seu financiamento. (NUNES et all, 2017, p. 72)

Mais recentemente, lembra-se, também, da Lei nº 13.260/2016, denominada Lei do Terrorismo, oriunda da aprovação do Projeto de Lei nº 2.016/15. Nunes et all (2017) sugere que os eventos de repercussão internacional da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos contribuíram para a rapidez no trâmite legislativo, que serviu para que o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) se utilizasse como justificativa para exigir do Brasil a adoção de uma legislação mais rígida em relação ao financiamento do terrorismo, visto que o país, no terceiro trimestre de 2014, “sofreu críticas por não se associar à coalizão internacional contra o Estado Islâmico, sob o argumento de ser contrário a intervenções militares como forma de combate” (NUNES et all, 2017, p. 68). Assim explicam os autores:

Tudo leva a crer que o país buscou atender às resoluções do Conselho de Segurança e recomendações do GAFI sem comprometer a relação com países, ou grupos de países, que relutam em associar o terrorismo às lutas emancipatórias. Esse é um ponto delicado para muitos Estados do Oriente Médio dos quais o Brasil vem se aproximando comercial e politicamente desde o início deste século. Vale também ressaltar que, em dezembro de 2010, Luís Inácio Lula da Silva reconheceu a Palestina como Estado. O país aspira ser reconhecido como potência global, mas não deseja associar sua imagem ao hard power ou às políticas intervencionistas. (NUNES et all, 2017, p. 71)

As incorporações elencadas acima no que tange ao “refugiado”, contudo, protetivas da segurança e dos interesses nacionais parecem que se tornaram obsoletas quando se avaliam as decisões emitidas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF)³, já que a Corte Máxima tem indeferido os pedidos de extradição com base em crime de terrorismo praticado no estrangeiro, pela ausência de tipificação precisa de tal infração e, conseqüentemente,

³ Anota-se que este levantamento retrata a situação antes da Lei nº 13.260/2016, que entrou em vigor na data de sua publicação, em 18 de março de 2016. Apesar disso, o fato de a lei ser recente, eventuais ocorrências e julgamentos ainda estão principiantes para se tomar uma conclusão incisiva, tendo tão-somente raras divagações doutrinárias a respeito do assunto. Aliás, no dia 01 de junho de 2017, ao se utilizar o mecanismo de busca no site do Supremo Tribunal Federal (STF), digitando a palavra “terrorismo” no campo referente à pesquisa de jurisprudência, foram encontrados 71 acordãos. Destes, apenas um foi proferido posteriormente à entrada em vigor da mencionada lei. Contudo, para efeitos do estudo que se faz neste trabalho, o teor dessa decisão prolatada em sede de habeas corpus não vem ao caso.

ausência do requisito da dupla tipicidade, exigido para que se conceda a extradição, daí uma das importâncias práticas em se tipificar o crime de terrorismo. Duas discussões são trazidas quando se fala em extradição por terrorismo no Brasil.

A primeira discussão se refere à definição e à tipificação do crime de terrorismo na legislação brasileira, já que, para que haja extradição, é necessário o cumprimento do requisito da dupla tipicidade, isto é, previsão de definição legal na lei brasileira e, ao mesmo tempo, na lei estrangeira respectiva.

Há divisão de opiniões entre os juristas que, antes da entrada em vigor da Lei nº 13.260/2016, ora defendiam a inexistência de definição para o crime de terrorismo na legislação brasileira, sendo que a Lei de Segurança Nacional apenas menciona “atos de terrorismo”, sem uma definição precisa o que parecia ser o posicionamento dominante na doutrina e na jurisprudência (FRANCO, 2005; CRETELLA NETO, 2008; JESUS, 1990; OLIVEIRA, 1990; MONTEIRO, 2002; WOLOSZYN, 1990; PRADO, 1990; CARVALHO, 1990; HADDAD, 1990; STF, QO na PPEExt 730/DF), ora assinalavam que o terrorismo é o crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.170/1983 e que, inclusive, é crime equiparado a hediondo, conforme a Lei nº 8.072/1990 (MIRABETE, 1990; CAPEZ, 2006; NUCCI, 2010; NOGUEIRA, 1990).⁴

A segunda discussão importa-se em classificar o terrorismo em crime político ou em crime comum, caso entenda que existe a tipificação do crime de terrorismo no Brasil, por interpretação sistemática da Constituição Federal, o STF entende que se trata de crime comum, pois o artigo 4º, inciso VIII, da Lei Maior, coloca o repúdio ao terrorismo como princípio que rege as relações internacionais da República Federativa do Brasil, não fazendo sentido a previsão do artigo 5º, inciso LII, da Carta Magna, que impõe a não extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião, caso fosse adotado o outro posicionamento.⁵

Com a Lei nº 13.260/2016, a discussão jurídica quanto à tipificação do crime de terrorismo não parece ter sido solucionada, acabando por manter o mesmo ciclo vicioso dos debates com as mesmas divergências. É o que se depreende da redação do artigo 2º deste diploma legal, *in verbis*:

Lei nº 13.260/2016, art. 2º. O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou

⁴ Os autores aqui mencionados foram citados no acórdão do STF na Questão de Ordem para Prisão Preventiva na Extradição 730/DF, em 16/12/2014.

⁵ Na Questão de Ordem para Prisão Preventiva na Extradição 730/DF, em 16/12/2014, o STF entendeu pelo indeferimento, em razão da ausência do requisito da dupla tipicidade. Para maiores informações: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866348>

preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

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

II - (VETADO);

III - (VETADO);

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

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

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

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Nota-se que a redação deste dispositivo é deveras ampliativa, não trazendo exatamente um conceito, como tenta, impropriamente, sugerir o verbo “consistir”, no *caput*. Ademais, este dispositivo apenas elenca algumas condutas consideradas “atos de terrorismo”, sem fazer uma definição precisa.

Além disso, algumas infrações tipificadas no Código Penal podem ser utilizadas para eventual defesa que pretenda uma desclassificação. A título exemplificativo, tem-se os artigos 129 a 136 e o Título VIII, que traz os crimes de perigo comum (artigos 250 a 259), os crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos (artigos 260 a 266), os crimes contra a saúde pública (artigos 267 a 285), todos do Código Penal. Da mesma forma, também poder-se-á arguir o artigo 16, incisos III, V e VI, da Lei nº 10.826/2003.

Uma análise desses artigos mencionados permite verificar que há crimes cuja pena é menor do que a prevista na Lei do Terrorismo para fatos que podem ser enquadrados em ambas as tipificações. Isso torna a Lei nº 10.826/2003 desprovida de eficácia, tornando-a apenas mais um diploma normativo figurativo e, o que é pior, desprotege o que se aparentemente tenta proteger: a segurança pública.

Na mesma esteira, o artigo 3º prevê uma sanção um pouco menor, de 5 a 8 anos de reclusão e multa, para quem “promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente

ou por interposta pessoa, a organização terrorista”. Entretanto, a lei não define o que seria a “organização terrorista”, tornando este dispositivo tão vago quanto o artigo 2º *retro* comentado.

Ainda quanto à tipificação do crime de terrorismo, vale destacar os artigos 5º e 6º da Lei nº 13.260/2016.

No artigo 5º, o legislador estabeleceu punição por atos preparatórios, vejamos:

Lei nº 13.260/2016, art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

Ressalta-se que, ao estabelecer esta determinação, há uma evasão da regra geral do *iter criminis* no sentido de não punir os atos preparatórios, consistentes em meras cogitações não exteriorizadas. Assim elucida Cabette (2016):

O que certamente gera na comunidade jurídica certo desconforto é a inusitada invasão punitivista de fase tradicionalmente considerada impunível do “*iter criminis*”. A regra é que o “*iter criminis*” se faça com uma fase de “*ante factum*” não punível constituída da cogitação (“*cogitatio*”), ou seja o mero pensamento, a mera vontade psicológica de prática da conduta; passando pelos atos preparatórios, em que o autor ainda não adentra no núcleo do tipo penal. A fase punível vem com os atos executórios, onde pode caber a pena por crime ao menos tentado (artigo 14, II, CP) e com a efetiva consumação (artigo 14, I, CP). Depois ainda vem o “*post factum*” impunível chamado de exaurimento do crime. (CABETTE, 2016)

Como se não bastasse essa atécnica legislativa, não há de que se olvidar que a penalidade estabelecida para os meros atos preparatórios pode ser mais grave do que no caso da ocorrência de tentativa. O legislador fixou, para os fatos descritos no *caput* (atos preparatórios), uma diminuição de pena de ¼ a ½. Já na tentativa, segue-se a regra prevista no Código Penal, pois a referida lei especial não trouxe quaisquer determinações em sentido contrário. Assim, se houver tentativa, a pena do crime consumado é aplicada com a diminuição de 1/3 a 2/3, nos termos do artigo 14, inciso II, do Código Penal. Desse modo, na hipótese de se aplicar a diminuição máxima, ou seja, ½ para os atos preparatórios e 2/3 para a tentativa, configurar-se-á a afronta ao princípio da proporcionalidade, já que a tentativa seria

mais grave quando comparada aos atos preparatórios, não se admitindo, pois, uma diminuição de pena maior do que a destes (MARTINELLI; BEM, 2016).

Já no artigo 6º, embora também preveja mais um exemplo de “ato terrorista”, quis o legislador diferenciar a sanção da prevista no artigo 5º, como pode se conferir da redação abaixo:

Lei nº 13.260/2016, art. 6º. Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei:

Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, manter em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei.

Como parece sugerir o texto do dispositivo acima transcrito, a interpretação teleológica permite aferir por uma sanção que pode ser mais gravosa no caso de alguém auxiliar, recebendo, provendo, oferecendo, obtendo, guardando, mantendo em depósito, solicitando, investindo recursos ativos ou contribuindo para a obtenção do ativo, para planejar / financiar organização criminosa cuja atividade principal é algum ato terrorista, em detrimento daquele que pratica os atos terroristas por ação. Parece coerente a aplicação deste dispositivo apenas para as hipóteses de o partícipe exercer o domínio do fato, sendo que eventual participação de somenos importância na execução em si deveria adequar-se às mesmas penas do executor, e não neste artigo.

Percebe-se, pela explanação feita até então, que a Lei nº 13.260/2016 apenas trouxe a previsão de situações que o legislador entendeu como “atos terroristas”, sem estabelecer uma definição precisa de “terrorismo”.

Há, contudo, em andamento na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.764/2002, que acrescenta o Título XII, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, à Parte Especial do Código Penal, a saber: crime contra a soberania nacional, crime contra as instituições democráticas, crime contra o funcionamento das instituições democráticas e dos serviços essenciais, crime contra autoridade estrangeira ou internaional e crime contra a cidadania.

Entre os crimes contra o funcionamento das instituições democráticas e dos serviços essenciais, o PL nº 6.764/2002 acrescenta o artigo 371 ao Código Penal, tipificando o crime de terrorismo da seguinte forma:

PL nº 6.764/2002, art. 371. Praticar, por motivo de facciosismo político ou religioso, com o fim de infundir terror, ato de:

I - devastar, saquear, explodir bombas, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo ou dano a pessoas ou bens;

ou
II - apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, de meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, 4 estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população:

Pena – reclusão, de dois a dez anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem pratica as condutas previstas neste artigo, mediante acréscimo, supressão ou modificação de dados, ou por qualquer outro meio interfere em sistemas de informação ou programas de informática.

§ 2º Se resulta lesão corporal grave:

Pena – reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º Se resulta morte: Pena – reclusão, de oito a quatorze anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um terço, se o agente é funcionário público ou, de qualquer forma, exerce funções de autoridade pública.

Nota-se que a redação do PL nº 6.764/2002 não difere substancialmente do que já existe em lei, pois, da mesma forma, este PL também não traz uma definição precisa de terrorismo, limitando-se a elencar atos que infundem terror.

Resta, deste modo, verificar o conceito de terrorismo nas normas internacionais. Na esfera das Nações Unidas, há cerca de 13 instrumentos internacionais sobre a matéria, contudo, não há um consenso universal sobre quais elementos essenciais devem compor a definição de terrorismo, nem dos requisitos para configurar a prática de atos terroristas.

Em 03 de junho de 2002, o Brasil assinou, em Barbados, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, que foi promulgada pelo Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005. A referida Convenção define terrorismo como “grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais”, explicitando que, para fins extradicionais, o delito não tem natureza política. É evidente o caráter genérico dessa definição, o que dificulta a aplicação no caso concreto.

Nunes et all (2017) aponta alguns motivos para a dificuldade em se caracterizar o terrorismo: o fato de tratar-se de um crime-fim que depende de um crime meio e a difícil separação entre facções terroristas e grupos beligerantes⁶.

Diante da omissão legislativa, Stephen Nathanson (2007) estipula quatro elementos essenciais para caracterizar o terrorismo. São eles:

⁶ Essa separação guarda a sutileza de que tanto nas facções terroristas, quanto nos grupos beligerantes há uma legitimidade da luta como forma de autodeterminação. Porém, as facções terroristas lutam contra o Estado soberano, ao passo que os grupos beligerantes coagem a população civil.

- 1- São atos de violência séria
 - 2- Eles estão comprometidos para avançar em um objetivo político
 - 3- Eles geralmente visam um número limitado de pessoas, a fim de influenciar um público mais amplo de pessoas comuns e / ou decisores públicos
 - 4- Eles intencionalmente matam e ferem pessoas inocentes.
- (NATHANSON, 2007, p. 172)⁷

A essas características, Merari (2007) acrescenta o uso psicológico da violência e a finalidade de chamar a atenção para uma causa. Ainda, pode-se acrescentar o uso dos meios de comunicação por terroristas.

Observa-se que, independentemente da definição e/ou dos critérios adotados para se definir o crime de terrorismo, há unanimidade entre os teóricos no sentido de que a tipificação abrange a esfera dos direitos transindividuais, o que traz à baila as discussões quanto aos bens jurídicos penais tutelados para além do âmbito individualista comumente empregado no Direito Penal, questionamentos que serão abordados adiante.

02. Terrorismo e as dimensões dos direitos fundamentais

Convencionou-se fazer a divisão dos direitos e das garantias fundamentais em gerações ou dimensões, com base no lema da Revolução Francesa: liberdade (1ª dimensão); igualdade (2ª dimensão); e fraternidade (3ª dimensão). O surgimento dessa divisão foi teorizado pelo jurista Karel Vasak, em aula inaugural do curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo (MARMELSTEIN, 2008).

Os direitos de primeira geração ou dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas que, em meio ao contexto histórico do liberalismo e das revoluções burguesas, abrangem os direitos civis e políticos, ambos de cunho individual, com a abstenção do Estado, cujas ações são limitadas “em prol da liberdade dos governados (SARMENTO, 2006).

Os direitos de segunda geração ou dimensão referem-se às liberdades positivas, tendo como referência a Revolução Industrial, que demandou atitudes do Estado no intuito de assegurar a igualdade, limitando a liberdade individual típica do liberalismo, em detrimento dos interesses coletivos. Relacionam-se, sobretudo, aos direitos sociais, culturais e

⁷ No original: “1- They are acts of serious violence; 2- They are committed in order to advance a political goal; 3- They generally target limited numbers of people in order to influence a wider audience of ordinary people and / or public decision-makers; 4- They intentionally kill and injure innocent people.” (NATHANSON, 2007, p. 172)

econômicos, que exigem do Estado a formulação de Políticas Públicas quanto ao trabalho, saúde, lazer, habitação, entre outras (BONAVIDES, 2006).

Os direitos de terceira geração ou dimensão são marcados pela ideia de fraternidade, traduzida na solidariedade para com as gerações atuais e futuras. Protege-se, pois, os direitos de titularidade difusa e coletiva, também chamados de transindividuais, como o meio ambiente, a auto determinação dos povos, a comunicação, o patrimônio comum da humanidade, entre outros. São marcados, principalmente, pela terceira Revolução Industrial (BONAVIDES, 2006).

Embora não haja consenso na doutrina jurídica, há quem defenda que essa divisão se estende a outras gerações ou dimensões.

Assim, os direitos de quarta geração ou dimensão seriam, para Bobbio (2004), os direitos relacionados à Engenharia Genética. Já para Bonavides (2006), são os direitos afetos à globalização política e se relacionam à democracia, à informação e ao pluralismo, o que também é defendido por Novelino (2008).

Já os direitos de quinta geração ou dimensão estão associados ao direito à paz, destaque empregado por Bonavides (2006), em face de acontecimentos como o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Há, ainda, entendimento de que se tratam dos direitos à compaixão pelas formas de vida (Tehrarian) e dos direitos oriundos da resposta à dominação biofísica, como a proteção contra os abusos das técnicas de clonagem (Marzouki), citados por Sampaio (2002).

Quanto aos direitos de sexta geração ou dimensão, salienta os ambientalistas que se trata dos direitos à água potável (FACHIN, 2008). Neste ínterim, há defensores pelos direitos de sétima geração ou dimensão, caracterizados pelo direito à impunidade, e pelos direitos de oitava geração ou dimensão, relacionados à segurança pública (RAMOS, 2014).

Como se vê, da quarta dimensão em diante, os autores procuram salientar algum direito que já se incluiu em uma das três primeiras dimensões, sem trazer novidades substanciais.

Quanto ao terrorismo, assunto abordado no presente trabalho, pode-se perceber que não dá para dissociá-lo dessas dimensões dos direitos fundamentais. No Brasil, em regra, tem-se a liberdade individual, em que o cidadão tem o direito de fazer o que não é vedado por lei (1ª dimensão de direitos). Ao mesmo tempo, esta liberdade individual é limitada pelas regras de convenção social, em nome da tutela *pro societatis* (2ª dimensão de direitos). A esfera de consequências e de ações terroristas vão além das fronteiras geográficas, inserindo este tema também para além da individualidade, tratando-se dos direitos metaindividuais e

transindividuais, o que dificulta a análise quando tão-só se atém ao padrão de legalidade preconizado na esfera do Direito Penal, demandando interpretações que se dinamizam entre assegurar os direitos à liberdade e à segurança e, simultaneamente, não recair na tirania. Questiona-se, pois, até que ponto a legitimidade protetiva do bem jurídico é preservada, problemática que se pretende desenvolver no tópico a seguir.

03. Terrorismo e a proteção dos bens jurídicos ante o reconhecimento de direitos fundamentais

A pergunta que fecha o item anterior transporta-se para o presente subtítulo, na tentativa de se delimitar contornos para se tutelar o bem jurídico penal, sobretudo quando se trata de direitos transindividuais.

O dinamismo que se tem no ordenamento jurídico, mais especificamente nos tempos de neoconstitucionalismo, requer um sistema compatível com a efetividade e a legitimidade jurídica, não necessariamente com a “inflação” de normas que se tem, como parece ter se dado com a Lei do Terrorismo, conforme já explanado.

A passagem do Estado Liberal, em que se desenvolveu, notadamente, os direitos de primeira dimensão, para o Estado de bem-estar social, rompe com o ideal da liberdade individual por si só, devendo esta ser lida dentro da liberdade coletiva (demais dimensões do direito).

Tem-se, então, a dificuldade em se poderar os direitos e as garantias à liberdade e à segurança, já que ambos, em determinadas hipóteses, podem soar contraditórios. Com efeito, Silva Filho (2011) explica que a introjeção de valorativa da sociedade nas normas penais podem trazer consequências drásticas, como a patrimonialismo, o paternalismo e o assistencialismo, gerando uma crise na hermenêutica ao, por exemplo, se tipificar condutas que não trazem necessariamente lesões concretas a bens jurídicos, sob o mito de se sustentar a segurança jurídica por meio da proliferação de normas, sendo que estas não estão devidamente concretizadas na mentalidade social. Assim diz o autor:

A busca do controle do comportamento por meio da repressão de crimes de perigo materializa um ideal de busca de eficácia, que na prática tem mostrado resultados nefastos por permitir, em nome de uma proteção abstrata, vários abusos concretos. Da incapacidade de se resolver crises novas, tendemos para a busca de soluções velhas, remodeladas, mas mesmo assim impróprias. Um Direito Penal formado a partir da estrutura típica dos crimes de perigo, nomeadamente de perigo abstracto, referida à proteção de bens jurídicos, mas através de normas que assegurem o

controle de comportamento é uma ficção que nos leva a excessos, como (por todos) os de Guantânamo, que gerou mais vítimas (indiretas) de 11 de setembro. (SILVA FILHO, 2011, p. 133)

Também Batista (2002) preleciona:

O bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, revelando e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro legitima. (BATISTA, 2002, p. 95)

Nesse diapasão, Silva Filho (2011) sustenta que o modelo de bem jurídico individual liberal encontra-se desgastado pela crise de legitimidade, precisando “ser reconstruído mediante uma adequação do Direito aos bens jurídicos penais constitucionais, no paradigma da Constituição transformadora” (SILVA FILHO, 2011, p. 124), sendo que, para a concretização desse modelo, propõe-se que o Estado deve superar a crise hermenêutica descrita por Streck, para elevar o individualismo da esfera liberal ao patamar supraindividual, visando ao bem-estar de todos com a promoção do bem comum.

Lênio Streck, na obra *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, aponta vasta doutrina que traz diversas alternativas à interpretação de cunho tradicional, abrangendo constitucionalistas e jusfilósofos, como a crítica de Bonavides ao positivismo, a preocupação com a inefetividade da Constituição, proposta por Bandeira de Mello, Comparato e Dallari, a Teoria Geral do Constitucionalismo de Baracho, a teoria de Roberto Lyra Filho com base marxista, entre outros. Apoiando-se nestes estudos, Streck propõe a crítica hermenêutica do Direito, de modo que há a necessidade de se desconstruir a metafísica dominante para uma melhor compreensão do que estiver encoberto. Dessa forma, segundo Streck, a interpretação da norma se alcança com base nos princípios constitucionais que estruturam o Estado Democrático de Direito.

É certo que, se visualizarmos o ordenamento jurídico como um todo, o paradigma estipulado por Streck tem a devida lógica, já que a construção jurídica baseia-se na norma constitucional como a estrutura que as demais normas devem guardar. Em suma, a Constituição Federal se apresenta como a Lei Maior, de forma que as outras normas devem respeitá-la.

Apesar de sedutoras as propostas de Streck e de Silva Filho, há que se observar que, embora a Constituição Federal seja, no matiz do positivismo kelseniano, a norma hipotética fundamental que serve de paradigma para as demais espécies normativas, atenta-se para o fato de que existem muitas normas programáticas ausentes de regulamentação. De acordo com um

levantamento realizado pela Comissão da Câmara dos Deputados, em 2013, há cerca de 117 dispositivos da Constituição Federal de 1988 que ainda não foram regulamentados, o que, torna, sobretudo as normas de cunho programático, meros objetos de demagogia, nos dizeres de Cardoso (2010).

Salienta-se que essa discussão voltada para a esfera do Direito Constitucional recai nos questionamentos sobre as delimitações utilizadas para se preservar o bem jurídico, in casu, o bem jurídico penal. Com efeito, adverte Prado (2003):

O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais. Podem ser agrupadas em teorias de caráter geral e de fundamento constitucional estrito. A divergência entre elas é tão-somente quanto à maneira de vinculação a Norma Constitucional. (PRADO, 2003, p. 62-63)

Conjugando as afirmações de Luiz Régis Prado com a proposta de Streck, parece que a atitude mais lógica para se estabelecer um ponto de legitimidade de proteção do bem jurídico recai numa interpretação estrita constitucional, em que pese a abertura dada pela corrente neoconstitucionalista.

Isso porque os elementos estruturantes que organizam o Estado, entendidos como as normas materialmente constitucionais, mais especificamente o mínimo existencial relacionado aos direitos e às garantias fundamentais, como nossa proposta, devem servir para valorar a legitimidade que recai sobre a proteção do bem jurídico, sob pena de se tutelar em demasia qualquer tipo de norma positivada constitucionalmente, ainda que apenas na formalidade, abrindo-se para um sistema de normas na esteira neoconstitucional. Todavia, esta deve ser também delimitada, senão poderá recair nos mesmos problemas já especificados anteriormente, como a criminalização de condutas que não trazem danos concretos, caindo na tirania.

Nesse sentido, são válidas as observações de Clauss Roxin (2007):

(...) em primeiro lugar, resulta claro que são ilegítimas aquelas normas penais que vêm exclusivamente motivadas pela ideologia ou atentam contra os direitos humanos ou fundamentais; em segundo lugar, a mera delimitação da finalidade da lei não constitui um bem jurídico; em terceiro lugar, a mera ilicitude não basta para justificar uma disposição moral; em quarto lugar, a lesão à própria dignidade não supõe a lesão de um bem jurídico; em quinto lugar, a proteção de certos sentimentos somente pode considerar tutela de bens jurídicos quando se trate de sentimentos de insegurança; em sexto lugar, nem a autolesão consciente nem sua possibilidade ou favorecimento podem legitimar a ameaça de pena; em sétimo lugar, leis penais simbólicas não servem à proteção de bens jurídicos; em oitavo lugar, tampouco os tabus são considerados bens jurídicos dignos de proteção por meio do Direito Penal;

finalmente, tampouco devem ser reconhecidos como bens jurídicos aqueles objetos de abstração impalpável.
(ROXIN, 2007, p. 449-452)

Baseando-se nas colocações de Roxin, depreende-se que a lei de Terrorismo requer ainda mais delimitação pelo fato de os efeitos dos atos terroristas serem, como já dito, transnacionais. Do contrário, ter-se-á apenas uma “lei penal simbólica” ou, ainda, um “objeto de abstração impalpável”.

Passando-se da tipificação para a subsunção da norma, a interpretação baseada no mínimo existencial pode ser assim traduzida, no magistério de Canotilho (2002):

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. (CANOTILHO, 2002, p. 511)

Dessa forma, a legitimidade da proteção do bem jurídico deve passar pela estrutura constitucional, porém a delimitação interpretativa com fulcro no neoconstitucionalismo deve se dar estritamente, nos limites do mínimo existencial, para se atender ao princípio da mínima intervenção do Direito Penal.

Considerações finais

Diante do exposto, no primeiro tópico, colocou-se o objeto de estudo do presente estudo, qual seja, a Lei de Terrorismo, principalmente no que se refere às discussões sobre a tipificação.

No segundo e no terceiro tópicos, observou-se a correlação entre o Terrorismo e os direitos fundamentais, bem como as dificuldades oriundas do fato de os atos terroristas escaparem ao tradicional aspecto relacionado ao liberalismo, tornando-se um desafio na nova ordem constitucional, em que o Estado de bem-estar social demanda compatibilidade com os preceitos democráticos e com as propostas dos direitos transindividuais.

Por fim, concluiu-se que a legitimidade para a proteção do bem jurídico penal requer uma interpretação conforme a Constituição, porém, diferente do defendido pela maioria da doutrina, essa interpretação deve ser adstrita ao mínimo existencial, para melhor delimitação aos preceitos do Direito Penal.

Referências

ALVES, Lorena Castro. Os ataques terroristas de 11 de setembro. *Escola Educação*, 11 set. 2001. Disponível em: <escolaeducacao.com.br/os-ataques-terroristas-de-11-de-setembro>. Acesso em: 31 maio 2017.

ANGELO, Vitor Amorim de. 11 de setembro de 2001: o maior atentado terrorista de todos os tempos. *Uol Educação*, 11 set. 2011. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/11-de-setembro-de-2001-o-maior-atentado-terrorista-de-todos-os-tempos.htm>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 95-96.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. *Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005*. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 03 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5639.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. *Projeto de lei nº 2.016/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1514014>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. *Projeto de lei nº 6.764/2002*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=51185>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Prisão Preventiva para Extradicação 730/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866348>>. Acesso em: 31 maio 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Atos preparatórios de terrorismo, tentativa e proporcionalidade: uma via para solução. *JusBrasil*, set. 2016. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/367343014/atos-preparatorios-de-terrorismo-tentativa-e-proporcionalidade-uma-via-para-solucao>>. Acesso em: 31 maio 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOSO, Juliana Pizzetti. As demagogias constitucionais disfarçadas de normas programáticas. OAB/SC, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/as-demagogias-constitucionais-disfarcadas-normas-programaticas/114>>. Acesso em: 31 maio 2017.

CONVENÇÃO Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estato_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

GONÇALVES, Anderson. 25 anos depois, ainda há 117 dispositivos da Constituição sem regulamentação. *Gazeta do Povo*, 03 out. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/25-anos-depois-ainda-ha-117-dispositivos-da-constituicao-sem-regulamentacao-35bqqltgi4rwr1c4e2yeubxam>>. Acesso em: 31 maio 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Shmitt de. Os atos preparatórios na nova Lei “Antiterrorismo”. *Boletim IBCCrim*, n. 284, jul. 2016. p. 11-12.

MERARI, Ariel. Terrorismo as strategy of insurgency. In: CHALIAND, Gerard; BLIN, Arnaud (Ed.). *The history of terrorismo: from Antiquity to al Qaeda*. Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 2007. p. 12-51.

NATHANSON, Stephen. Terrorismo and the ethics of war. In: LEE, Steven P. (Ed.). *Intervention, terrorismo and torture: contemporary challenges to just war theory*. Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Paulo Henrique Faria; MACIEL, Daniela Anacleto; SANTOS, Juliana Alves dos et al. Lei antiterrorismo no Brasil: análise do quadro normativo e institucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 132, jun. 2017. p. 61-83.

PRADO, Luís Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: RT, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, in *La Teoría del Bien Jurídico*. Trad. Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 449-452.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do Direito Penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Prof. Dr. Lênio Luiz Streck. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/nO4cZD>>. Acesso em: 31 maio 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.