



CAROLINE CARVALHO GUIMARÃES

**OS REFLEXOS DO COMBATE AO TERRORISMO NO DIREITO PENAL
MODERNO: SEGURANÇA X DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**

**BRASÍLIA,
AGOSTO/2015**

CAROLINE CARVALHO GUIMARÃES

**OS REFLEXOS DO COMBATE AO TERRORISMO NO DIREITO PENAL
MODERNO: SEGURANÇA X DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal como requisito parcial para obtenção do título de especialista.

BRASÍLIA,

AGOSTO 2015

CAROLINE CARVALHO GUIMARÃES

**OS REFLEXOS DO COMBATE AO TERRORISMO NO DIREITO PENAL
MODERNO: SEGURANÇA X DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal como requisito parcial para obtenção do título de especialista.

Brasília-DF, ___ de _____ de 2015.

Examinador

Examinador

Examinador

RESUMO

Esta monografia versa sobre os reflexos provocados pelo combate ao terrorismo no direito penal moderno. Após os atentados terroristas ocorridos em Nova York, Washington, Madrid, Londres e Paris no século XXI; houve uma alteração substancial nas leis contra o terrorismo e nas políticas de imigração e de segurança pública. Nesse contexto, a segurança dos cidadãos tem sido utilizada como fundamento para justificar a adoção de leis antiterroristas e construções teóricas que mitigam ou excluem diversos direitos e garantias individuais. Este estudo analisa as diferentes posturas adotadas pelos países-alvo de ataques terroristas em relação ao terrorismo. Ademais, o presente trabalho aborda as mudanças geradas pela luta contra o terrorismo na legislação dos Estados Unidos e dos países europeus; bem como examina as teorias do direito penal do inimigo e da Constituição de emergência, as quais consideram o direito penal e/ou constitucional comum insuficiente para enfrentar o terrorismo. Por fim, esta monografia verifica se é possível lidar com o terrorismo sem renunciar aos preceitos do garantismo penal.

Palavras-chave: Terrorismo. Segurança. Direitos e garantias individuais. Garantismo penal.

ABSTRACT

This monograph examines the reflections caused by the fight against terrorism in modern criminal law. After the terrorist attacks that happened in New York, Washington, Madrid, London and Paris in the twenty-first century; there was a substantial change in the laws against the terrorism and in the policies of immigration and public security. In this context, the citizens' security has been used as foundation to justify the adoption of counterterrorism laws and theories that mitigate or exclude some individual rights and guarantees. This study analyzes the different positions adopted by the target countries of terrorist attacks about the terrorism. Furthermore, the present work approaches the alterations brought by the fight against the terrorism in the legislation of the United States and of the European countries; as well as explores the theories of Criminal Law of the Enemy and of the Emergency Constitution, which consider the criminal law and/or constitutional law aren't enough to face the terrorism. Lastly, this monograph checks if it's possible to deal with terrorism without renounce the guaranteeism's precepts.

Keywords: Terrorism. Security. Individual rights and guarantees. Guaranteeism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. TERRORISMO.....	9
1.1. RESPOSTA ESTADUNIDENSE AO TERRORISMO	13
1.2. RESPOSTA EUROPEIA AO TERRORISMO	22
2. A LUTA LEGISLATIVA CONTRA O TERRORISMO E AS TEORIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DA CONSTITUIÇÃO DE EMERGÊNCIA	25
2.1. DIREITO PENAL ANTITERRORISTA NO SÉCULO XXI	25
2.1.1. LEIS ANTITERRORISTAS NOS ESTADOS UNIDOS.....	26
2.1.2. LEIS ANTITERRORISTAS NA EUROPA	29
2.2. TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	34
2.2.1. CRÍTICAS À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	38
2.3. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DE EMERGÊNCIA.....	42
2.3.1. CRÍTICAS À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DE EMERGÊNCIA.....	47
3. QUAL É A MELHOR FORMA DE LIDAR COM O TERRORISMO?	53
3.1. LUTA CONTRA O TERRORISMO: SEGURANÇA X DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	54
3.2. TERRORISMO E GARANTISMO PENAL.....	58
3.3. OUTRAS VISÕES QUANTO AO TERRORISMO.....	64
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

Após os atentados terroristas ao *World Trade Center*, no dia 11 de setembro de 2001, em Nova York, o combate ao terrorismo passou a ser um assunto recorrente nos meios de comunicação e na sociedade. Tal situação foi acentuada em razão dos ataques ocorridos em Madrid, no dia 11 de março de 2004; em Londres, no dia 07 de julho de 2005 e em Paris, nos dias 16 de janeiro e 13 de novembro de 2015.

Os atentados terroristas perpetrados contra países ocidentais no século XXI tiveram influência no meio jurídico. Houve uma mudança nas leis contra o terrorismo, bem como nas políticas de imigração e de segurança pública.

Nesse contexto, passou-se a questionar se o direito penal e/ou constitucional comum, dotado de diversas garantias aos acusados, seria adequado para lidar com o terrorismo. Teorias que negam isso ganharam evidência, como a do direito penal do inimigo e a da Constituição de emergência.

Isso não afeta apenas os autores de atos terroristas, mas a todos, devido à possibilidade de adoção de uma política criminal que privilegie a segurança em detrimento dos direitos e garantias dos cidadãos.

Diante desse quadro, é importante verificar qual é a melhor forma de lidar com o terrorismo e compreender se o direito penal comum, orientado pelo garantismo penal, é capaz de enfrentar tal fenômeno ou se é necessário adotar um tratamento diferenciado, sem as garantias penais e processuais penais.

Ressalta-se que o objetivo desta monografia não é apresentar uma solução definitiva para o terrorismo, afinal a análise de tal fenômeno não engloba apenas questões jurídicas, mas também políticas, históricas e religiosas. Na verdade, o intuito é examinar os reflexos que o terrorismo provocou no direito penal moderno e, assim, verificar qual é a direção mais adequada que esse ramo do Direito deve tomar para lidar com os ataques terroristas.

No capítulo I, serão vistos o conceito de terrorismo e as diferentes posturas adotadas pelos países-alvo de atentados quanto ao tratamento dado aos terroristas. Por um lado, os Estados Unidos optaram por tratar o terrorista como combatente inimigo e iniciaram a guerra ao terror. Nesse modelo, são negados aos terroristas os direitos internacionalmente reconhecidos aos combatentes e aos prisioneiros de guerra. Por outro lado, os países europeus,

em geral, preferiram tratar os autores dos atos terroristas como criminosos. Nesse modelo, os agentes são julgados pelo sistema de justiça criminal e são aplicáveis a eles as normas penais e processuais penais.

No capítulo II, serão abordadas as mudanças geradas nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais após os atentados terroristas ocorridos no presente século; bem como serão analisadas as construções teóricas do direito penal do inimigo e da Constituição de emergência, as quais consideram o direito penal e/ou constitucional comum insuficiente para lidar com o terrorismo e, assim pregam a adoção de uma resposta diferenciada aos terroristas. Na teoria do direito penal do inimigo, Günther Jakobs prega que o terrorista deve ser tratado como uma não pessoa e, desse modo, deve ser privado das garantias penais e processuais penais. Na teoria da Constituição de emergência, Bruce Ackerman defende a adoção de um modelo constitucional de emergência para o terrorismo por um período determinado, que permite a prisão preventiva dos suspeitos de terrorismo, pelo poder executivo, sem que sejam necessários os requisitos da causa provável ou da suspeita razoável.

No capítulo III, será examinada a dicotomia entre segurança e direitos e garantias provocada pela luta contra o terrorismo. Ademais, serão demonstradas as propostas de diversos autores, como Ferrajoli, Zaffaroni, Scarance Fernandes, Miró Llinares e Cancio Meliá, sobre a possibilidade de lidar com o terrorismo sem renunciar aos direitos e garantias individuais.

Na abordagem do problema, a principal técnica empregada foi a pesquisa bibliográfica. Ademais, a monografia apresentou um aspecto teórico-argumentativo.

O eixo teórico-metodológico utilizado neste trabalho foi o dogmático, tendo em vista que a pesquisa consistiu na consulta e análise de livros, artigos e trabalhos acadêmicos relacionados ao tema.

Além disso, o presente estudo teve como objeto a possibilidade ou não de aplicação do direito penal tradicional, repleto de direitos e garantias, aos casos de terrorismo que estão acontecendo no século XXI. Desse modo, a problemática desta monografia foi: pode-se lidar com o terrorismo sem renunciar aos direitos e garantias individuais, tendo em vista, especialmente, os preceitos do garantismo penal?

Conforme será visto, o direito penal tradicional, repleto de princípios e regras de cunho garantista, é suficiente para lidar com os casos de terrorismo. Na busca pela adoção de meios mais eficientes de prevenção, investigação e instrução que assegurem a segurança da

população diante dos casos de terrorismo, é essencial a salvaguarda dos direitos e garantias individuais dos suspeitos, réus e condenados, bem como dos membros da sociedade. Com isso, o agente que praticar um ato terrorista responderá pelo delito de terrorismo, caso haja tipificação de tal crime, ou pelo crime que corresponder ao fato cometido (homicídio, sequestro etc.), sendo essencial a observância dos direitos e garantias fundamentais.

1. TERRORISMO

Os atentados terroristas ocorridos no século XXI em Nova York, Londres, Madrid e Paris provocaram reflexos não só na política e na sociedade ocidental, mas também no direito penal moderno. Surgiram leis que pregam a luta contra o terrorismo e foram adotadas medidas que afetam não apenas os agentes que praticaram atos terroristas, mas toda a população em geral, devido à possibilidade de restrição dos direitos e garantias individuais.

Houve uma alteração na política criminal internacional e, assim, o terrorismo passou a ser tratado de forma diferente. A nova legislação internacional é capaz não só de transformar o direito penal material, mas também os aspectos jurídicos relacionados à imigração e polícia. A luta contra o terrorismo pode modificar drasticamente o direito penal, tendo em vista a oposição que se apresenta entre a política criminal de segurança e a liberdade individual das pessoas (DÓMINE, 2008).

O terrorismo é um fenômeno que não apresenta uma definição clara, apesar de terem sido realizadas algumas tentativas de conceituação no plano internacional.

Não existe, no direito internacional, um conceito do delito de terrorismo, bem como não há conformidade sobre as elementares desse crime. Por esse motivo, o terrorismo não foi incluído no rol dos crimes internacionais que podem ser julgados pelo Tribunal Penal Internacional (BECHARA, 2014).

A ausência de um conceito unívoco e determinado no meio jurídico sobre tal fenômeno se dá em razão do terrorismo, além de representar uma conduta delitiva, configurar um conceito histórico, permeado de um intenso valor emotivo ou político, que tem sido empregado para situações muito diferentes, o que impede a adoção de uma concepção unitária (PÉREZ, 1993).

A expressão “terrorismo” foi utilizada, pela primeira vez, durante a Revolução Francesa e se refere ao período de terror e intimidação perpetrado por Robespierre entre janeiro de 1793 e julho de 1794 (PRADO; CARVALHO, 2000).

Como o terrorismo e o crime político se assemelham e este é regido pelo princípio da não extradição, surgiu a necessidade de definição daquele. Com isso, foram feitos vários convênios e acordos regionais sobre o assunto, tais como 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 Europeia para a

Repressão do Terrorismo (1977). Entrementes, um conceito uníssono de terrorismo não foi alcançado (PRADO; CARVALHO, 2000).

Entretanto, em geral, exige-se, para a caracterização do terrorismo, o caráter não estatal e a intenção de amedrontar, por meio de ações violentas, a população civil, com finalidades políticas, religiosas e/ou ideológicas (SOUZA; MORAES, 2014).

Observa-se, a propósito, que os autores divergem sobre a necessidade ou não de definição legal desse fenômeno.

De acordo com Cussac (2005), é imprescindível a conceituação legal e regulamentar do terrorismo, afinal a segurança jurídica exige a determinação prévia sobre o que e a quem se dirigem as normas antiterroristas.

Para Zaffaroni (2007), não é necessária a criação de tipos penais de terrorismo, pois a redação desses crimes pode ferir o princípio da legalidade estrita e gerar a impunidade.

Salienta-se, além do mais, que, na Europa, a técnica legislativa empregada para estabelecer o estatuto jurídico do terrorista compreende uma lista de comportamentos que, normalmente, compõem crimes comuns graves, como homicídio, sequestro e extorsão. Nesse contexto, vislumbram-se dois modelos: o objetivo e o subjetivo-objetivo. No primeiro, o conceito é estipulado pelo pertencimento a uma associação terrorista e pela prática de delitos comuns graves. Tal sistema é adotado pela Alemanha. No segundo, é necessária a finalidade de intimidar a população, subverter o sistema democrático ou perturbar a ordem pública. Esse modelo é o mais comum na Europa, sendo utilizado pela Espanha, França, Itália, Portugal e Reino Unido (CUSSAC, 2005).

Ressalta-se que, nos dois modelos, são criminalizados os meios violentos, e não as ideias políticas. Entretanto, todo pensamento político pode se transformar em fanatismo e, assim, gerar violência. Talvez não exista uma conceituação autônoma acerca das infrações terroristas devido à linha tênue que separa violência e política. Nota-se que, na Europa, a orientação majoritária é no sentido de não considerar os crimes políticos como atos terroristas (CUSSAC, 2005).

Tendo em vista a ausência de um conceito unívoco do terrorismo, os doutrinadores se empenham em apresentar uma definição sobre tal fenômeno a partir das características que lhe são mais comuns.

Para Cussac (2005), o primordial na configuração de um ato terrorista é o cometimento de atos violentos que representam crimes comuns com a finalidade de destruir a ordem constitucional e transformar a paz pública, não sendo importante se quem pratica tais condutas pertence a uma organização criminosa ou se atua isoladamente.

Segundo Dómine (2008), o terrorismo pode ser conceituado como a violência ou ameaça de violência, com capacidade de gerar um grave dano a um Estado ou a uma organização internacional, por meio de agressão indiscriminada contra alvos civis, privados ou públicos, com o objetivo de modificar seriamente a paz social ou ocasionar a troca da ordem constitucional do Estado.

Observa-se que, nessa definição, estão presentes cinco elementos: i) uso da violência ou ameaça – ameaça ou utilização da violência sistemática e não previsível perpetrada por agentes individuais ou coletivos e orientada contra alvos vulneráveis que apresentam alguma importância simbólica em seus respectivos ambientes culturais ou quadros institucionais; ii) potencial aptidão de causar prejuízos graves a um Estado ou a uma organização internacional; iii) utilização de instrumentos de agressão indiscriminados contra alvos civis, privados ou públicos, sendo que, em geral, os atos terroristas são bem projetados; iv) emprego da propaganda e do terror para criar um clima de medo nas vítimas – além das vítimas imediatas ou da finalidade principal dos atos, o terrorismo busca propagar, na população, efeitos psicológicos a longo prazo; v) objetivo de perturbar a paz social ou provocar a alteração da ordem constitucional estatal (DÓMINE, 2008).

De acordo com Dómine (2008), a ideia de criminalidade terrorista compreende os fatores indicados acima, mas isso não significa que todos devem estar presentes. Na verdade, tais elementos são traços que comumente aparecem na caracterização do terrorismo.

Para Dieter (2008), a expressão “terrorismo” pode ser vista de duas maneiras diferentes: em um sentido acadêmico e em um sentido político.

Do ponto de vista acadêmico, almeja-se a compreensão de tal fenômeno em seu sentido literal. Como os atos considerados terroristas estão presentes, normalmente, no Código Penal e nas leis penais especiais, é difícil conceituar objetivamente o terrorismo. Desse modo, subsiste apenas a análise subjetiva. Entretanto, os doutrinadores não chegaram ainda a um consenso quanto aos elementos constitutivos do tipo subjetivo do terrorismo (DIETER, 2008).

Segundo Dieter (2008), essa possibilidade de conceituar um crime por meio de uma dimensão subjetiva pode acarretar na ampliação das razões para o uso do poder punitivo, o que impediria o exercício de um controle jurisdicional baseado em um critério racional, bem como pode trazer de volta a ideia de direito penal do autor, que não é coerente com o atual direito penal da culpabilidade.

Do ponto de vista político, primeiro, identifica-se o terrorista e, posteriormente, enquadra-se o ato praticado pelo agente como terrorismo. Assim, a qualidade de terrorista é atribuída somente a algumas pessoas ou grupos (DIETER, 2008).

De acordo com Dieter (2008), a ausência de uma definição do fenômeno terrorista pode ser utilizada, na política, para a legitimação do uso da força contra grupos ou indivíduos contrários aos governantes. Como não há um conceito de terrorismo, privilegia-se o reconhecimento do terrorista, ou seja, a imputação do crime passa a ser feita por meio da identidade do agente, e não dos fatos. Além do mais, conforme ensina tal autor, não existe um conceito por não interessar ao poder repressor, afinal, quanto maior for o grau de indefinição de um conceito, maior é o campo de criminalização autorizada.

Diga-se, ademais, que, apesar de apresentarem aspectos semelhantes, o terrorismo não se confunde com o crime político.

O delito político pode ser conceituado como a conduta lesiva à ordem política, jurídica ou social interna ou externa do Estado ou aos direitos políticos com a finalidade política de aniquilar, transformar ou subverter a ordem político-social vigente. Assim, o crime político é o que atenta contra o Estado como unidade (BECHARA, 2014; PRADO; CARVALHO, 2000).

O ato terrorista pode ser caracterizado pela vontade do agente de gerar medo ou insegurança na sociedade ou nos grupos visados. De forma genérica, o terrorismo pode ser conceituado como o uso intencional e sistemático de instrumentos dirigidos a causar o terror para atingir determinados fins, sejam eles políticos ou não (PRADO; CARVALHO, 2000).

Salienta-se, além disso, que o fenômeno terrorista representa uma das grandes inquietações dos países ocidentais e da população em geral, em razão dos atentados terroristas sofridos por diversos países no século XXI.

Nesse contexto, nota-se que os Estados Unidos e os países europeus reagiram de maneiras diferentes diante do terrorismo.

1.1. RESPOSTA ESTADUNIDENSE AO TERRORISMO

O atentado terrorista ao *World Trade Center* e ao Pentágono, em 11 de setembro de 2001, gerou a morte de mais de 2.900 pessoas e é considerado o pior ataque ao território dos Estados Unidos. Esse ataque provocou reflexos no Ocidente, especialmente devido à transmissão em tempo real do que acontecia pelos meios de comunicação (LARANJEIRA, 2009).

O governo estadunidense apresentou uma resposta rápida e tratou os ataques terroristas como atos de guerra, e não como crimes.

Em um discurso no dia dos atentados terroristas, o presidente Bush afirmou que os Estados Unidos e seus amigos e aliados se uniram a todos aqueles que desejam paz e segurança no mundo para vencer a guerra contra o terrorismo (LARANJEIRA, 2009).

Para tanto, o presidente Bush utilizou os poderes que lhe são concedidos pelos artigos I e II da Constituição dos Estados Unidos como Comandante Supremo das Forças Armadas (VERVAELE, 2007).

No dia 14 de setembro de 2001, foi decretado, pelo presidente Bush, o estado de emergência nacional, com efeitos retroativos (VERVAELE, 2007).

Ademais, três dias após os atentados terroristas, o Congresso promulgou a Autorização para o Uso de Forças Militares, que permitiu o emprego de todos os meios necessários e forças apropriadas pelo presidente no combate ao terrorismo. Posteriormente, em outubro de 2001, o Congresso aprovou o Ato Patriota (ECHEVERRIA, 2013; LARANJEIRA, 2009).

Salienta-se que, devido ao tratamento dos atentados terroristas como atos de guerra, adotou-se, nos Estados Unidos, o julgamento por juntas militares.

Assim, em novembro de 2001, o presidente Bush, na qualidade de Comandante Supremo das Forças Armadas, determinou que os integrantes da Al-Qaeda fossem julgados por juntas militares, o que é permitido em caso de ofensa às leis de guerra. Apesar de não ter havido uma declaração formal de guerra, a Suprema Corte considerou que os Estados Unidos podem se encontrar em um estado de guerra sem tal manifestação (VERVAELE, 2007).

Em 2002, o governo Bush, em uma tentativa de afastar a incidência das normas de direito internacional referentes aos prisioneiros de guerra, classificou os presos ligados à Al-

Qaeda como combatentes inimigos. Com isso, permitiu-se a prisão preventiva sem a denúncia do ato criminoso praticado (ECHEVERRIA, 2013).

Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, iniciou-se a guerra contra o terrorismo, que provocou reflexos não só nos Estados Unidos.

Logo depois dos ataques terroristas, o então Procurador-Geral dos Estados Unidos, John Ashcroft, anunciou que faria uma campanha agressiva de prisão preventiva. Até 2004, 5000 estrangeiros foram presos. Entretanto, não foi comprovado que algum desses presos estava envolvido com a Al-Qaeda ou com o ataque de 11 de setembro. Apenas três foram acusados de cometer crimes relacionados ao terrorismo, sendo que dois desses três foram absolvidos. A única condenação foi questionada posteriormente, pois foi descoberto que a acusação não divulgou a mentira da principal testemunha do caso no seu depoimento (COLE, 2004).

Em junho de 2003, o então Inspetor Geral do Departamento de Justiça revelou, por meio de um relatório extremamente crítico, que, na campanha de prisão preventiva em massa: i) muitos foram presos sem acusações; ii) mais de setecentas prisões foram mantidas em segredo; iii) mais de seiscentos presos acusados de violações às regras de imigração foram julgados em segredo; iv) a grande maioria dos presos não foi acusada pelo cometimento de um crime terrorista, bem como foi inocentada pelo FBI (COLE, 2004).

Ademais, a guerra global contra o terrorismo culminou, entre outras iniciativas na prisão de milhares de imigrantes árabes ou muçulmanos pelo FBI; na invasão ao Afeganistão em outubro de 2001 e no início da Segunda Guerra do Golfo em março de 2003. Para executar tais políticas, foram utilizados as Forças Armadas dos Estados Unidos, os aparelhos de inteligência criados na Guerra Fria, os controles de imigração e as diversas agências federais responsáveis pela segurança interna (LARANJEIRA, 2009).

Diga-se, além disso, que, na guerra contra o terrorismo, o presidente Bush usou vários poderes legais, como as controversas prerrogativas de rechaçar os estatutos que restringiam a autoridade presidencial, de suspender o emprego dos tratados e de estipular o *status* dos detidos sem possibilidade de controle legislativo ou judicial (LARANJEIRA, 2009).

Salienta-se que essa utilização de circunstâncias emergenciais como fundamento para ações que restringem direitos fundamentais por meio do fortalecimento do poder executivo em benefício da segurança nacional é recorrente nos Estados Unidos (ECHEVERRIA, 2013; LARANJEIRA, 2009).

Ressalta-se, ademais, que, com o objetivo de deixar os considerados inimigos estrangeiros em uma zona, praticamente, sem lei, os detidos ficaram presos em Guantánamo.

Trata-se de uma base conquistada pelos Estados Unidos em 1898, localizada em Cuba. A ideia do governo Bush era aprisionar os combatentes inimigos em uma área que não estivesse sob a jurisdição federal, o que impediria o acesso dos presos em Guantánamo a tribunais civis. Isso pode ser comprovado pela Ordem Militar de 13 de novembro de 2001 (LARANJEIRA, 2009).

Conforme dito anteriormente, os suspeitos de envolvimento com os atentados terroristas foram considerados combatentes inimigos e submetidos a julgamento por juntas militares.

Na qualidade de Comandante Supremo das Forças Armadas, o presidente Bush estabeleceu, de forma unilateral e discricionária, que qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, presa, nos Estados Unidos ou no exterior, no contexto da guerra contra o terrorismo, receberia a nomenclatura de combatente inimigo ilegal. Posteriormente, tal expressão foi oficialmente definida em um memorando do Secretário da Marinha, em julho de 2004, e no Ato de Comissões Militares, em outubro de 2006 (LARANJEIRA, 2009).

Como as atividades terroristas foram consideradas atos de guerra perpetrados por agressores estrangeiros, e não como crimes, não houve aplicação das normas penais e processuais penais. Entretanto, com a consagração do *status* de combatente inimigo, o governo Bush afastou a incidência da Convenção de Genebra e do *status* de prisioneiro de guerra (VERVAELE, 2007).

O julgamento dos combatentes inimigos por comissões militares trouxe à tona um direito especial, que não segue diversas normas do sistema penal tradicional e não respeita vários direitos civis consagrados na Constituição dos Estados Unidos. Tais julgamentos apresentam as seguintes características: i) os juízes e os membros do Ministério Público pertencem ao exército; ii) os advogados fazem parte do exército ou são advogados civis selecionados pelo governo; iii) o procedimento e os membros das comissões podem ser secretos; iv) o uso do *habeas corpus* não é admitido; v) os direitos de defesa são restringidos; vi) há normas probatórias especiais; vii) não há julgamento pelo Tribunal do júri; viii) a apelação é apresentada perante um órgão colegiado militar; ix) a sentença final, no que concerne à culpabilidade e à sanção, cabe ao presidente; x) a junta militar pode considerar alguém culpado caso seja alcançada a maioria de dois terços dos votos, sendo que, em caso de

decisão de não culpabilidade, o presidente da comissão pode considerar o agente culpado; xi) a unanimidade dos votos dos membros da comissão militar somente é exigida para a aplicação da pena de morte (VERVAELE, 2007).

Além disso, as regras processuais e probatórias trazidas pelo Departamento de Defesa e pelo Departamento de Justiça também denotam um direito peculiar, pois: i) diversos direitos fundamentais do sistema processual não são observados; ii) os julgamentos não são públicos; iii) os advogados não conhecem as testemunhas da parte adversária; iv) os advogados não têm o direito ao sigilo profissional e necessitam de permissão do Departamento de Defesa para se comunicar com a sociedade; v) as conversas entre os advogados e as testemunhas são registradas; vi) a acusação não precisa demonstrar como as provas foram obtidas (VERVAELE, 2007).

Nota-se, desse modo, que os Estados Unidos almejavam a mitigação ou a retirada de diversos direitos e garantias penais e processuais penais para os considerados combatentes inimigos.

Diante desse quadro, a partir de 2004, a Suprema Corte norte-americana começou a julgar diversos casos relativos aos presos classificados como combatentes ilegais.

Primeiramente, entretanto, é importante analisar dois casos julgados pela Suprema Corte, nos quais a definição de inimigo começou a ser delimitada.

Durante a Guerra Civil, o presidente Lincoln emitiu uma declaração de aplicação da lei marcial sobre qualquer cidadão, morador dos estados do norte ou do sul dos Estados Unidos, que fosse suspeito de comprometimento com o movimento separatista. Assim, quem se enquadrasse nessa previsão estaria sujeito ao julgamento por uma comissão militar, sendo que não caberia o uso do *habeas corpus* (ECHEVERRIA, 2013).

Tal lei marcial não foi utilizada para todos os casos. Aliás, grande parte dos moradores dos estados do norte se sujeitou à jurisdição civil. A opção pela jurisdição civil ou militar era incerta e competia ao presidente (ECHEVERRIA, 2013).

No caso Milligan, cuja decisão foi proferida após o fim da guerra, a Suprema Corte tratou da possibilidade de um cidadão morador de Indiana, acusado de planejar atos de sabotagem contra os estados do norte, ser submetido à jurisdição militar (ECHEVERRIA, 2013).

A Suprema Corte entendeu que um cidadão residente de um Estado do norte não poderia ser considerado um prisioneiro de guerra e, conseqüentemente, não poderia ser julgado por uma comissão militar (ECHEVERRIA, 2013).

Com base nesse precedente, nota-se que os requisitos para a sujeição à jurisdição militar são: pertencer ao exército americano, ser morador de um estado inimigo e integrar as forças armadas oponentes (ECHEVERRIA, 2013).

Além dessas razões, a Corte decidiu que Milligan não seria julgado por um tribunal militar pelos seguintes motivos: os tribunais civis estavam em pleno funcionamento; os Estados Unidos não estavam ocupados e o presidente Lincoln não foi autorizado pelo Congresso a criar tribunais militares (VERVAELE, 2007).

Desse modo, a Corte determinou que um cidadão civil não poderia ser enquadrado como inimigo e julgado por uma comissão militar. Assim, caso praticasse algum ato contra os Estados Unidos, seria julgado com base na cláusula de traição prevista na Constituição (ECHEVERRIA, 2013).

Posteriormente, a Suprema Corte adotou um entendimento que representou uma mudança de paradigma na concepção de inimigo.

Durante a Segunda Guerra Mundial, oito soldados alemães foram detidos após adentrarem no território estadunidense, por meio de um submarino, com a finalidade de provocar explosões em regiões industriais. A princípio, tais presos seriam submetidos à jurisdição militar em razão de serem soldados inimigos que entraram no território dos Estados Unidos com a intenção de praticar sabotagem. Entretanto, um desses soldados tinha cidadania norte-americana (ECHEVERRIA, 2013).

No julgamento do caso Quirin, o foco foi verificar se o ato cometido afrontou ou não o direito de guerra, já que a Suprema Corte distinguiu o combatente legal (soldado uniformizado) e o combatente ilegal (inimigo que adentra nos Estados Unidos como civil). O primeiro seria considerado prisioneiro de guerra, enquanto o segundo estaria sujeito à jurisdição militar (ECHEVERRIA, 2013).

No caso Quirin, a Suprema Corte estabeleceu que a nacionalidade estadunidense de um dos detidos não prejudicaria a competência militar, pois, como os soldados ocultaram os uniformes militares na chegada ao território norte-americano, seus atos foram tidos como de beligerância ilegal. Com isso, a Corte decidiu que a ordem executiva n. 2561, emitida pelo presidente Roosevelt, estava em conformidade com a Constituição. Salienta-se que tal ordem

se baseava na declaração de guerra emitida pelo Congresso e não suspendia o direito do *habeas corpus* (ECHEVERRIA, 2013; VERVAELE, 2007).

Assim, de acordo com esse precedente, qualquer cidadão estadunidense pode ser julgado por um tribunal militar se os seus atos configurarem ofensas ao direito de guerra. Antes, aceitava-se apenas a aplicação ao cidadão norte-americano da cláusula de traição, mas não se admitia a responsabilização por crime de guerra e a submissão à jurisdição militar. Surgiu, desse modo, a ideia do cidadão inimigo (ECHEVERRIA, 2013).

Observa-se, diante disso, que o caso Quirin simboliza a alteração de um paradigma de distinção entre a jurisdição civil e militar e entre os cidadãos estadunidenses e os estrangeiros, o que gerou a não incidência da cláusula de traição e a dúvida quanto à aplicação do *Bill of Rights* (ECHEVERRIA, 2013).

Conforme dito anteriormente, devido à reação adotada pelo governo dos Estados Unidos diante dos ataques terroristas, a Suprema Corte passou a julgar diversos *habeas corpus* impetrados pelos detidos em Guantánamo.

No caso Hamdi v. Rumsfeld, a Suprema Corte tratou da petição interposta em favor de Hamdi, um cidadão americano que foi preso pela Aliança do Norte no Afeganistão no final de 2001 e enquadrado como combatente inimigo por, supostamente, combater aliados norte-americanos (LARANJEIRA, 2009).

Primeiramente, o Quarto Circuito (Tribunal Federal Regional de Apelação) denegou o pedido de *habeas corpus* (ECHEVERRIA, 2013).

Posteriormente, a Suprema Corte entendeu que a prisão de um combatente inimigo é legal, por se basear na Autorização para Uso da Força Militar, mas deve ser fundamentada em provas robustas. Além disso, considerou que o preso apresenta o direito de ser assistido por um advogado, de ser comunicado sobre as razões de fato que justificam a sua classificação como combatente inimigo e de se opor às afirmações do governo norte-americano (ECHEVERRIA, 2013).

Depois disso, Hamdi foi libertado pelo governo dos Estados Unidos após abrir mão de sua cidadania norte-americana (LARANJEIRA, 2009).

Portanto, no caso Hamdi, a Suprema Corte admitiu a prisão dos combatentes inimigos, mas considerou que os detidos apresentam alguns direitos que não foram assegurados pelo governo estadunidense.

No caso *Rasul v. Bush*, a Suprema Corte julgou o *habeas corpus* em favor de dois britânicos e um australiano que foram presos no Afeganistão pela Aliança do Norte e classificados como combatentes inimigos (ECHEVERRIA, 2013).

O caso foi decidido primeiro pelo Tribunal do Distrito de Colúmbia, o qual negou a ordem por considerar que Guantánamo não faz parte do território soberano dos Estados Unidos. Tal decisão foi confirmada pelo Tribunal Federal de Recurso do Distrito de Colúmbia. Em seguida, o caso foi levado à Suprema Corte, que analisou a possibilidade de incidência da jurisdição dos tribunais norte-americanos perante os casos de estrangeiros capturados no exterior e detidos em Guantánamo (LARANJEIRA, 2009).

A Suprema Corte decidiu que tal tribunal possui jurisdição sobre os *habeas corpus* dos presos na Baía de Guantánamo. Assim, houve o reconhecimento da extensão da jurisdição dos tribunais federais para abranger os *habeas corpus* impetrados por quem argumentasse estar sob a custódia militar dos Estados Unidos (ECHEVERRIA, 2013).

Diante dessa decisão, a administração Bush criou os Tribunais de Revisão do *Status* de Combatente, cuja finalidade era a análise da condição de combatente inimigo; bem como o Congresso aprovou a Lei de Tratamento dos Presos, em 2005, a qual afastava a jurisdição dos tribunais federais sobre os *habeas corpus* impetrados em favor dos detidos em Guantánamo (ECHEVERRIA, 2013).

Desse modo, no caso *Rasul v. Bush*, a Suprema Corte entendeu que as petições interpostas pelos presos em Guantánamo podem ser julgadas pelos tribunais federais dos Estados Unidos, o que provocou a edição da Lei de Tratamento dos Presos, cuja intenção era justamente impedir o acesso dos combatentes inimigos aos tribunais federais.

No caso *Hamdan v. Rumsfeld*, a Suprema Corte julgou a petição interposta em favor de Hamdan, um cidadão do Iêmen que foi preso por um grupo indígena, no Afeganistão, em novembro de 2001, ao tentar vender o carro de Osama Bin Laden (ECHEVERRIA, 2013; LARANJEIRA, 2009).

A primeira decisão sobre esse caso foi dada pelo juiz distrital Robertson, o qual considerou que o presidente dos Estados Unidos, apesar de ser Comandante-Geral das Forças Armadas, não pode determinar a criação de tribunais com procedimentos diferentes dos adotados pela jurisdição militar. Além disso, entendeu que deve ser aplicada a Convenção de Genebra aos embates ocorridos no Afeganistão. Com isso, decidiu que Hamdan receberia o

tratamento de prisioneiro de guerra, salvo se algum tribunal competente afastasse essa classificação. Essa decisão foi alterada pela Corte de Apelação (ECHEVERRIA, 2013).

Em seguida, houve a promulgação da Lei de Tratamento dos Presos. Desse modo, a Suprema Corte analisou a possibilidade de incidência de tal lei no caso Hamdan (ECHEVERRIA, 2013).

A Suprema Corte estabeleceu que apresenta jurisdição para tratar dos casos em que não há uma decisão definitiva dos Tribunais de Revisão do *Status* de Combatentes, apesar do disposto da Lei de Tratamento dos Presos. Ademais, tal tribunal entendeu que a Autorização para o Uso da Força Militar não permitia a criação, pelo presidente, de comissões militares que contrariassem as normas do Código de Justiça Militar e da Convenção de Genebra. Assim, passou-se a exigir o emprego do artigo comum 3 da Convenção de Genebra, para que houvesse um padrão mínimo de proteção aos direitos dos presos (ECHEVERRIA, 2013).

Não obstante, foi promulgada a Lei de Comissões Militares, em 2006, que excluiu a jurisdição das cortes americanas sobre pedidos de *habeas corpus* em favor de estrangeiro preso pelos Estados Unidos que tenha sido considerado como combatente inimigo ou que espere tal determinação. Tal lei é aplicada para todos os casos de estrangeiros presos, em Guantánamo ou em outro estabelecimento militar, desde 11 de setembro de 2011 (ECHEVERRIA, 2013).

Com isso, no caso Hamdan v. Rumsfeld, a Suprema Corte, a despeito do disposto na Lei de Tratamento dos Presos, entendeu que possui competência para julgar os casos sem solução definitiva dos Tribunais de Revisão do *Status* de Combatentes e que o artigo 3 da Convenção de Genebra deve ser aplicado, para que os detidos tenham resguardados alguns direitos. Como reação a essa decisão, foi editada a Lei de Comissões Militares.

No caso Boumediene v. Bush, a Suprema Corte julgou o *habeas corpus* impetrado em favor de seis argelianos radicados na Bósnia, os quais foram presos, em outubro de 2001, por suspeita de planejamento de um atentado contra a embaixada dos Estados Unidos na Bósnia. Em janeiro de 2002, após a decisão da Suprema Corte da Federação da Bósnia e Herzegovina que concedeu liberdade aos suspeitos devido à ausência de provas de envolvimento no caso, estes foram entregues à força militar dos Estados Unidos e levados para Guantánamo (ECHEVERRIA, 2013).

A princípio, a Suprema Corte não concedeu a ordem, mas modificou tal entendimento em 2007. A Corte decidiu que a Lei de Comissões Militares não impedia a apreciação do

habeas corpus, pois a Constituição norte-americana proíbe a suspensão do direito de *habeas corpus*, salvo em caso de rebelião ou invasão (ECHEVERRIA, 2013).

Nesse julgamento, a Suprema Corte destacou que tal decisão foi inovadora, pois, até então, não havia admitido a aplicação de direitos constitucionais a estrangeiros capturados no exterior (ECHEVERRIA, 2013).

Desse modo, a Suprema Corte entendeu que os presos em Guantánamo apresentam o direito ao *habeas corpus*; o Ato de Comissões Militares não dispõe expressamente sobre a suspensão formal do *habeas corpus* e o procedimento de revisão da Lei de Tratamento dos Presos não representa um substituto apropriado para o *habeas corpus* por não estabelecer direitos mínimos. Ademais, a Corte determinou que os *habeas corpus* podem ser apresentados diretamente nos tribunais federais, sem necessidade de apreciação prévia das decisões do Tribunal de Revisão do *Status* de Combatente pelo Tribunal do Distrito, ao contrário do que dispõe o procedimento de revisão da Lei de Tratamento dos Presos (ECHEVERRIA, 2013).

No entanto, tal julgamento não retirou a possibilidade de submissão à jurisdição militar com base apenas na classificação como combatente inimigo (ECHEVERRIA, 2013).

Portanto, no caso *Boumediene v. Bush*, a Suprema Corte manteve o direito dos presos em Guantánamo apresentarem *habeas corpus* perante os tribunais federais dos Estados Unidos.

Nota-se que, em todos esses julgamentos, o foco foi a possibilidade ou não da retirada da garantia de não privação da liberdade sem o devido processo legal para alguns indivíduos (ECHEVERRIA, 2013).

Observa-se, além disso, que após as decisões que favoreceram os combatentes inimigos, foram criadas leis que contrariaram o entendimento da Suprema Corte, com o claro intuito de destituir os presos de diversos direitos e garantias.

No início do governo Obama, em janeiro de 2009, o atual presidente dos Estados Unidos emitiu uma ordem executiva sobre os sujeitos presos em Guantánamo. Nesse ato, o governo estadunidense determinou que tal centro de detenção será fechado; admitiu que os presos possuem o direito constitucional de utilizar o *habeas corpus* e estabeleceu a revisão dos casos, para verificar quem deve ser julgado pelos tribunais civis e quem deve ser julgado pelas comissões militares (ESSADO, 2014).

Percebe-se que, no modelo estadunidense, o terrorista é considerado um combatente inimigo e, assim, é privado de diversas garantias penais e processuais penais, não sendo concedidos a ele nem mesmo os direitos atribuídos aos prisioneiros de guerra e combatentes.

1.2. RESPOSTA EUROPEIA AO TERRORISMO

Apesar de a Europa ter sido alvo de diversos ataques terroristas entre as décadas de 60 e 80 (assassinato do Primeiro-Ministro italiano em 1968; bombardeio na *Piazza Fontana*, em Milão, em 1969; bombardeio contra as bases militares britânicas na Inglaterra e na Alemanha, em 1989; bombardeio no shopping Hipercor, em Barcelona, em 1987; sequestro e assassinato de 11 atletas israelenses, durante as Olimpíadas de Munique, em 1972, e explosão de um avião da Pan Am, que sobrevoava Lockerbie, na Escócia, em 1988, entre outros); os países europeus foram vítimas do mais temido tipo de terrorismo atualmente, o radical islâmico, somente no século XXI. Desde então, ocorreram atentados terroristas em Istambul, em 2003; em Madrid, em 2004; em Londres, em 2005 e em Paris, em 2015 (FERNANDES, D., 2015; LARANJEIRA, 2009).

Para que seja entendido o modelo europeu de resposta ao terrorismo, é preciso, primeiramente, compreender qual é a base constitucional dos países de tal continente. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países da Europa Ocidental adotou Constituições democráticas. Tais cartas políticas foram fortemente influenciadas pela Declaração Universal de Direitos Humanos, promovida pela Organização das Nações Unidas, em 1948, a qual assegura diversas garantias, como a presunção de inocência, o direito de ser julgado por um tribunal imparcial e o princípio da legalidade (LARANJEIRA, 2009).

Com isso, quase todos os países da Europa ocidental consagram, em suas Constituições, garantias processuais de liberdade individual e proibição de emprego de tribunais de exceção (LARANJEIRA, 2009).

Especificamente quanto ao terrorismo, os órgãos coletivos da União Europeia buscam a conservação dos direitos humanos. Dessa forma, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou as Orientações sobre os Direitos Humanos e a Luta contra o Terrorismo, em 11 de julho de 2002, que, entre outras medidas, proíbe o uso da tortura (artigo IV) e submete todas as prisões à supervisão dos tribunais. Além disso, o Conselho de Justiça e Assuntos Internos estabeleceu, no artigo 22 da Estratégia Antiterrorista da União Europeia, que, no

combate ao terrorismo, os direitos humanos e o direito internacional serão respeitados (LARANJEIRA, 2009).

A resposta ao terrorismo, nos países europeus, de forma geral, apresenta duas características essenciais: a opção pelo sistema de justiça criminal sob um rigoroso quadro constitucional e o respeito aos direitos humanos (LARANJEIRA, 2009).

Aliás, nos Estados Democráticos de Direito, com exceção do Reino Unido e dos Estados Unidos, opta-se, em geral, pela adoção de leis penais e processuais penais referentes ao terrorismo que apresentam uma tendência humanista, em contraposição às propostas securitárias e justicialistas (VALENTE, 2010).

Nesse contexto, destaca-se o caso da Espanha. A Constituição espanhola impede a adoção de tribunais de exceção, bem como consagra o *habeas corpus* como o principal instrumento de averiguação da legalidade das prisões. Além disso, o Código de Processo Penal da Espanha assegura o respeito ao princípio do devido processo legal, à presunção de inocência e ao princípio da não autoincriminação (LARANJEIRA, 2009).

No dia 11 de março de 2004, três dias antes das eleições legislativas na Espanha, dez bombas foram detonadas dentro de quatro trens do sistema de transporte de Madrid. Esse atentado resultou nas mortes de 191 pessoas e nas lesões de 1851 pessoas (LARANJEIRA, 2009).

No dia 03 de abril de 2004, a polícia espanhola encontrou alguns suspeitos em um apartamento em Leganés, mas estes conseguiram evitar a captura ao explodirem o prédio, o que gerou a morte dos próprios terroristas e de um policial (LARANJEIRA, 2009).

No dia 15 de abril de 2004, a estação de televisão Al-Jazeera divulgou uma mensagem feita por Osama Bin Laden, o qual afirmou que o atentado representou uma vingança pelo envolvimento da Espanha na invasão ao Afeganistão (LARANJEIRA, 2009).

Os acusados de serem os autores dos atentados de 11 de março de 2004 foram submetidos a um julgamento pelo poder judiciário, com o emprego de todas as garantias e princípios previstos no Código Penal e no Código Penal espanhol (VALENTE, 2010).

Em 2006, o Ministério Público ofereceu denúncia, perante a Audiência Nacional (tribunal comum competente para julgar casos de terrorismo), contra 29 pessoas pelo envolvimento nos ataques aos trens de Madrid. No dia 31 de outubro de 2007, foi proferida a sentença contra os acusados, sendo que seis foram absolvidos. Um dos absolvidos foi

“Mohamed El Egípcio”, tido como diretor da célula jihadista responsável pelo atentado terrorista, devido à ausência de provas (LARANJEIRA, 2009).

As partes envolvidas recorreram à Corte Suprema, a qual proferiu sua decisão dia 17 de julho de 2008. Tal tribunal absolveu quatro réus que foram condenados anteriormente e condenou um que foi absolvido pela Audiência Nacional, entre outras alterações menores do julgamento anterior. Ressalta-se que a absolvição de “Mohamed El Egípcio” foi mantida pela Corte Suprema. Tanto a decisão da Audiência Nacional quanto da Corte Suprema receberam críticas das famílias das vítimas e dos partidos políticos envolvidos na eleição de 2004 (LARANJEIRA, 2009).

Desse modo, a Corte Suprema espanhola optou por decidir o caso dos suspeitos de envolvimento com o atentado terrorista em Madrid de acordo com as leis penais e processuais vigentes, a despeito da forte pressão da opinião pública, que, certamente, almejava a condenação de todos os acusados, mesmo que isso significasse a inobservância dos direitos e garantias dos réus.

Nota-se que, no modelo europeu, em geral, o agente que pratica atos terroristas é julgado pelo sistema de justiça criminal, com a observância das garantias penais e processuais penais.

2. A LUTA LEGISLATIVA CONTRA O TERRORISMO E AS TEORIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DA CONSTITUIÇÃO DE EMERGÊNCIA

Os atentados terroristas ocorridos nos países ocidentais no século XXI geraram um grande impacto no direito penal moderno. O combate ao terrorismo culminou tanto na criação de diversas leis contra o terrorismo quanto na defesa de certas teorias que consideram o direito penal e/ou constitucional comum insuficientes para lidar com o terrorismo e, assim pregam a adoção de uma resposta diferenciada aos terroristas. Nesse contexto, destacam-se as teorias do direito penal do inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, e da Constituição de emergência, defendida por Bruce Ackerman.

2.1. DIREITO PENAL ANTITERRORISTA NO SÉCULO XXI

Percebe-se, que, após os atentados terroristas ocorridos nos Estados Unidos, Inglaterra, Espanha e França, diversos países ocidentais estabeleceram ou alteraram significativamente as leis referentes ao terrorismo.

Desde os ataques terroristas ocorridos nos Estados Unidos, em 11 de setembro, o modelo tradicional de legislação antiterrorista de intervenção penal desproporcionada e antecipada se transformou na luta legislativa contra o terrorismo em quase todos os países do mundo (MIRÓ LLINARES, 2006).

Desde então, o direito penal antiterrorista está em evidência nos países ocidentais. Os ordenamentos jurídicos foram estendidos consideravelmente. Houve uma ampliação das condutas típicas, sendo que até mesmo os comportamentos de apoio ideológico passaram a ser criminalizados, bem como um aumento das penas. Além disso, houve uma mitigação dos direitos penais e processuais penais do acusado de praticar terrorismo (CANCIO MELIÁ, 2008).

Esse processo de reformas das leis antiterroristas atingiu vários direitos fundamentais e liberdades públicas em nome da segurança (CONDE; GONZÁLEZ, 2006; VALENTE, 2010).

Além disso, algumas leis antiterroristas tratam do *status* jurídico dos estrangeiros residentes. No Reino Unido, os estrangeiros suspeitos de crimes de terrorismo podem ficar

presos indefinidamente. Nos Estados Unidos, podem ficar detidos sem que haja uma acusação (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

Em uma análise comparativa das respostas adotadas por diversos países ocidentais, observa-se que há duas tendências: pode-se utilizar uma opção militar ou quase militar ou aplicar uma legislação excepcional ou ordinária (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

Nota-se, desse modo, que os atentados terroristas ocorridos no século XXI provocaram uma alteração significativa na postura dos países democráticos em relação ao tratamento legal dado ao terrorismo.

2.1.1. LEIS ANTITERRORISTAS NOS ESTADOS UNIDOS

Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o governo estadunidense emitiu duas ordens executivas. A ordem executiva sobre o financiamento terrorista tratou do bloqueio dos bens de sujeitos e organizações terroristas relacionados com a Al-Qaeda. A ordem executiva sobre a preparação dos cidadãos na guerra contra o terrorismo versou sobre a criação de um grupo formado por responsáveis por agências executivas com o intuito de preparar os americanos caso houvesse um novo atentado terrorista e de oferecer suporte às autoridades sanitárias para a prevenção e atuação em caso de um ataque terrorista (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

Além disso, conforme dito no capítulo anterior, uma das medidas adotadas pelos Estados Unidos na guerra contra o terrorismo foi a edição do Ato Patriota (*USA Patriot Act*). Trata-se de uma longa lei que altera substancialmente 15 leis federais e concede singulares poderes executivos aos órgãos controladores e aos serviços de inteligência. Tal lei foi aprovada por meio de um procedimento de urgência pelo Congresso (VERVAELE, 2007).

O Ato Patriota representa um acrônimo da expressão *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, ou seja, Unindo e Fortalecendo a América pela Provisão das Ferramentas Necessárias para Interceptar e Obstruir o Terrorismo (DÓMINE, 2008).

A aprovação do Ato Patriota de forma rápida e sem um adequado debate no Congresso demonstra que tal lei configura uma legislação penal de emergência. A finalidade do Ato

Patriota é limitar diversos direitos constitucionais e estender significativamente o poder punitivo estatal sem a interferência do poder judiciário (DÓMINE, 2008).

O Ato Patriota reflete uma tendência estadunidense de utilização do direito penal de emergência, afinal essa lei consagra um novo modelo de segurança que reduz algumas liberdades em troca de uma maior segurança nacional (DÓMINE, 2008).

Na ponderação entre segurança e defesa social e liberdade e garantias individuais, a noção de segurança nacional prevalece. Assim, a norma tende a assegurar a segurança cidadã, o que gera notáveis mitigações no princípio da liberdade e no procedimento do *habeas corpus* (DÓMINE, 2008).

Entre as prescrições do Ato Patriota, algumas se destacam. Tal lei amplia as atribuições do poder policial por meio da possibilidade de: i) interceptação das comunicações telefônicas ou telemáticas; ii) realização de pesquisas em habitações privadas e escritórios sem necessidade de aviso ao proprietário; iii) remoção de documentos de bancos, bibliotecas, escolas e hospitais (DÓMINE, 2008).

Além disso, o Ato Patriota diminui as limitações para ações da inteligência nos outros países; amplia o poder da Secretaria do Tesouro para controlar o mercado financeiro e confere às autoridades policiais e migratórias o poder discricionário de prender e deportar imigrantes por meio da alegação de que são suspeitos de ligação com o terrorismo (DÓMINE, 2008).

Ademais, a seção 411, a qual trata do conceito de atividade terrorista, permite que qualquer conduta lícita seja enquadrada como terrorista em razão da mera caracterização subjetiva do autor. Com isso, a responsabilidade penal deixa de se referir a um fato culpável e passa a se relacionar ao tipo de autor (DÓMINE, 2008).

Além do mais, a seção 412 possibilita que o Procurador-Geral prenda qualquer estrangeiro que esteja envolvido em alguma atividade terrorista ou que coloque em risco a segurança nacional dos Estados Unidos, ou seja, o Procurador-Geral pode deter um estrangeiro com fundamento na periculosidade deste (DÓMINE, 2008).

Além disso, a seção 802 traz um conceito bem abrangente de terrorismo ao defini-lo como todo ato perigoso para a vida humana cujo fim seja influenciar a política de um Estado com recursos ou meios de intimidação ou coação, sendo que tal atividade pode ser praticada por um cidadão norte-americano; bem como prevê como terroristas atos que antes não eram assim considerados (DÓMINE, 2008).

Em 2005, a Câmara e o Senado apresentaram projetos de alteração do Ato Patriota extremamente distintos. Por um lado, o projeto do Senado pretendia deixar sem efeito grande parte das restrições aos direitos impostas em 2001. Por outro, o projeto da Câmara dos Deputados almejava a manutenção do Ato original e torná-lo permanente. Com a compatibilização desses projetos, o Congresso optou pela exclusão de boa parte das normas de reimplantação dos direitos previstas no projeto do Senado (DÓMINE, 2008).

Em 2015, o governo estadunidense passou por um impasse em relação à possibilidade de coleta e armazenamento de dados telefônicos dos norte-americanos pelas agências de inteligências. Tendo em vista o fim do prazo da permissão de monitoramento de comunicações feitas pela internet e pela telefonia pela Agência de Segurança Nacional (NSA), concedida pelo Ato Patriota, os parlamentares aprovaram a Lei da Liberdade. Tal lei é resultado de um acordo bipartidário feito na Câmara com o intuito de substituir o Ato Patriota. Trata-se de uma versão restrita do Ato Patriota que dispõe sobre um sistema de busca de dados por meio de mandados judiciais (WALKER, 2015).

Entretanto, a aprovação da Lei da Liberdade não aconteceu de forma simples. Em 13 de maio de 2015, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei. Entrementes, uma manobra articulada pelo senador Rand Paul impediu a votação de tal proposta antes do encerramento do prazo da autorização dada pela Lei Patriota (WALKER, 2015).

No dia 31 de maio de 2015, durante uma sessão extraordinária, Paul, que é contrário à espionagem realizada contra cidadãos norte-americanos, utilizou manobras previstas no regimento do Senado para impedir a votação sobre a Lei de Liberdade dos Estados Unidos. (CORREIO BRAZILIENSE, 2015a).

Com isso, a NSA permaneceu alguns dias sem a permissão para coletar dados telefônicos e de internet e para grampear as pessoas que, usualmente, alteram dispositivos de comunicação, bem como o governo ficou impedido de empregar instrumentos de segurança nacional contra os suspeitos de terrorismo que não apresentam relação com grupos terroristas (WALKER, 2015).

A manobra do senador Paul foi duramente criticada pelo presidente Obama, o qual considera a Lei da Liberdade como o melhor mecanismo na luta contra o terrorismo (WALKER, 2015).

No dia 02 de junho, o Senado aprovou a Lei da Liberdade, o que possibilitou o retorno dos programas de rastreamento dos dados telefônicos e de internet dos norte-americanos pela NSA (CORREIO BRAZILIENSE, 2015b).

Com a Lei da Liberdade, a NSA pode coletar dados sobre comunicações, acessos à internet e mensagens dos usuários estadunidenses. Entretanto, ao contrário do que ocorria durante a vigência do Ato Patriota, as empresas de telefonia e os provedores de internet reterão as informações por seis meses, sendo que tais informações só serão acessadas mediante autorização judicial. Essas restrições não se aplicam aos usuários de outros países, pois não são assegurados a eles os princípios de privacidade previstos na Constituição dos Estados Unidos (CORREIO BRAZILIENSE, 2015b).

Nota-se que as medidas empregadas pelo governo dos Estados Unidos após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 representam a ampliação mais profunda da autoridade executiva desde a Guerra Fria (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

Ademais, observa-se que a medida mais controversa utilizada pelo governo estadunidense na luta contra o terrorismo foi a utilização de tribunais militares para julgar os estrangeiros suspeitos de praticar atividades terroristas ou de colocar em risco a segurança nacional (CONDE; GONZÁLEZ, 2006). Salienta-se que tal assunto já foi analisado no capítulo 1 deste trabalho.

Com isso, percebe-se que, após os atentados terroristas de 2001, os Estados Unidos optaram por criar leis antiterroristas que atingem diretamente diversos direitos e garantias individuais.

2.1.2. LEIS ANTITERRORISTAS NA EUROPA

A União Europeia estabeleceu, em 13 de junho de 2002, na decisão-quadro 2002/475/JAI, um conceito de terrorismo e determinou que os Estados-membros inserissem tal crime nos seus Códigos Penais. Entretanto, somente alguns países integrantes da União Europeia adotaram tal medida (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

O Reino Unido já previa uma lei antiterrorista antes dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, intitulada *Terrorism Act 2000*. O artigo 44 dessa lei permitia que a polícia abordasse qualquer pessoa que estivesse na rua, sem que houvesse uma suspeita de

envolvimento com atividades terroristas. Para tanto, era suficiente que a polícia estabelecesse a região e o tempo de duração. Tal artigo foi considerado ofensivo aos direitos fundamentais dos cidadãos pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Em seguida, o artigo 44 foi substituído pelo 47A, o qual exige a necessidade de suspeita fundamentada para que a abordagem policial seja feita. Além disso, o artigo 47 possibilita a detenção e o interrogatório de qualquer pessoa que esteja na área internacional de embarque e desembarque nos aeroportos, sem que haja suspeita de relação com atos terroristas (PINHEIRO, 2013).

Ademais, posteriormente, em 2001, foi promulgada a lei antiterrorista que admitia a prisão indeterminada dos suspeitos de terrorismo estrangeiros que não podiam ser expulsos. Entre outras medidas, essa lei ampliava os poderes policiais de investigação dos cidadãos ao permitir o acesso aos números de telefones e endereços de e-mails usados pelos suspeitos; bem como impedia o acesso dos advogados às provas produzidas contra os acusados. A lei antiterrorista de 2001 foi considerada pela Câmara dos Lordes ilegal por ofender a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

Desde 2002, o governo britânico adota a tática conhecida como CONTEST para lutar contra o terrorismo. As finalidades dessa estratégia são o combate e a prevenção dos atentados terroristas e a geração da sensação de segurança e bem-estar nos cidadãos (FERNANDES, H., 2011).

Entretanto, apesar da adoção da referida estratégia, em 2005, o Reino Unido foi alvo de um atentado terrorista, o que resultou na criação de novas leis antiterroristas (FERNANDES, H., 2011).

Em 11 de março de 2005, foi promulgada a Lei de Prevenção do Terrorismo, a qual cria as ordens de controle. Por meio desse instituto, é possível a vigilância e, até mesmo, a prisão domiciliar dos estrangeiros. Entretanto, em sete dias, tal detenção deve ser confirmada por um juiz (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

Além disso, em 2006, foi criada a *UK Terrorism Act 2006*, que limita certos direitos, garantias e liberdades fundamentais; tipifica novas condutas relacionadas ao terrorismo e corrige as que já estavam em vigência. De acordo com essa lei, são puníveis até mesmo as manifestações que possam representar o apoio ao terrorismo. Tal legislação foi duramente criticada por diversos organismos internacionais devido à redução exagerada de diversos direitos, garantias e liberdades fundamentais (FERNANDES, H., 2011; GEMAQUE, 2014).

Ademais, em 2015, tramita, no parlamento do Reino Unido, um projeto de lei que concede mais poderes aos serviços de segurança. Entre outras medidas previstas em tal projeto, destacam-se as seguintes: i) o confisco dos passaportes dos suspeitos de praticarem atividades extremistas no exterior e a colocação dos nomes desses cidadãos em uma lista de passageiros impedidos de sair do Reino Unido novamente; ii) o recolhimento das passagens e dos passaportes dos cidadãos que são suspeitos de viajar para exercer atividades vinculadas ao terrorismo; iii) a comunicação, pelas companhias aéreas, dos dados pessoais dos passageiros que chegam no Reino Unido; iv) a sanção das empresas que pagam os resgates exigidos pelos grupos terroristas; v) a atribuição ao Ministro do Interior para decidir sobre as questões relacionadas aos suspeitos de terrorismo (CAVALCANTI, 2015).

Na Alemanha, entrou em vigência, no dia 01º de janeiro de 2002, um pacote de medidas antiterroristas que restringe diversas garantias, como a proteção à intimidade e aos dados pessoais. Com isso, houve a criação do tipo penal de participação e apoio a grupos terroristas no Código Penal; a ruptura da cisão entre serviços de polícia e de informação; o aumento das atribuições do Serviço de Contraespionagem Militar e do Serviço de Inteligência Federal; a alteração da legislação referente às associações, para que possa existir um forte controle sobre grupos religiosos e associações, e a mudança nas normas sobre imigração e asilo político, para impedir a entrada de pessoas que participem ou contribuam com as atividades terroristas (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

Ademais, o crime de constituição de associação criminosa, previsto no artigo 129-A do Código Penal alemão, foi ampliado; bem como foi criado o delito de constituição de associação terrorista no exterior, disposto no artigo 129-B (TANGERINO, 2014).

Além disso, em 2008, entrou em vigor, na Alemanha, a lei de segurança sobre informações, cuja finalidade é ter acesso aos dados de comunicação dos cidadãos para combater o terrorismo. As principais medidas previstas em tal lei antiterrorista são as seguintes: i) retenção dos dados das comunicações telefônicas e dos e-mails; ii) acesso aos remetentes, destinatários, origem, data, local e máquinas usadas nas comunicações. Tais dados poderiam ser disponibilizados à polícia, ao Ministério Público, aos serviços secretos e a outros países (MACHADO, 2008).

Essa lei é resultado da Diretiva Europeia 2006/24/EC, que foi aprovada pelo parlamento europeu em 2006. Tal Diretiva representa uma reação da União Europeia após os atentados terroristas em Madrid e Londres. A Diretiva 2006/24/EC estabelece que os fornecedores de serviços de telecomunicação são obrigados a manter os dados de ligações

telefônicas, textos, e-mails, telefonia pela internet e rede de comunicação social por seis meses a dois anos (CHAVES, 2010; MACHADO, 2008).

Entretanto, em março de 2010, o Tribunal Constitucional Alemão considerou inconstitucional a lei alemã de segurança sobre informações. Assim, decidiu que os dados armazenados deveriam ser apagados. Como fundamento para tal decisão, a Suprema Corte da Alemanha afirmou que o Estado não pode, por meio da utilização de critérios obscuros, atingir a esfera privada dos membros da sociedade sob o fundamento de que isso prevenirá o terrorismo (CHAVES, 2010).

Além disso, em 2009, foram estabelecidos os delitos graves periclitantes do Estado Democrático de Direito, nos artigos 89-A e 89-B do Código Penal da Alemanha, os quais podem se relacionar com os casos de terrorismo (TANGERINO, 2014).

Na França, a lei 1062/01 introduziu alguns artigos no Código Penal que admitem a pena complementar de confisco de bens das pessoas físicas ou jurídicas condenadas por atos de terrorismo e a destinação dos valores resultantes das penalidades financeiras ou patrimoniais impostas aos considerados culpados de atos de terrorismo a um fundo de garantia em favor das vítimas, entre outras medidas. Tal lei teve vigência até 31 de dezembro de 2003. No dia 18 de março de 2003, a lei 2003-239, que mantém algumas disposições da lei antiterrorista de 2011, foi promulgada (CONDE; GONZÁLEZ, 2006).

Posteriormente, no dia 23 de janeiro de 2006, a lei 2006-04 entrou em vigor. Tal lei aumentou consideravelmente as penas cominadas ao crime de participação em grupos ou associações que objetivam desenvolver qualquer tipo de atividade terrorista e aos líderes (FERREIRA; ALMEIDA, 2009).

Ademais, de acordo com essa lei antiterrorista, a polícia pode manter sob custódia os suspeitos por quatro a seis dias antes da investigação judicial ser oficializada; os advogados só podem ter acesso aos suspeitos após a custódia por três dias e os policiais não precisam avisar o suspeito de associação ao terrorismo sobre o direito de permanecer em silêncio (FERREIRA; ALMEIDA, 2009).

Em 2015, após o atentado terrorista à sede do semanário *Charlie Hebdo*, os parlamentares franceses aprovaram uma lei que amplia os poderes de espionagem outorgados pelo governo. Essa lei antiterrorista permite a colocação de escutas telefônicas nas casas dos suspeitos de terrorismo e de rastreadores nos veículos, sem que seja necessária a autorização

judicial. Com isso, as empresas de comunicação e de internet devem possibilitar o monitoramento dos cidadãos pelas agências de inteligência (CRAVEIRO, 2015).

Tal lei foi aprovada pelo Conselho Constitucional francês. Desse modo, os oficiais de segurança podem determinar a aplicação das medidas de vigilância, após receberem conselhos de um órgão de fiscalização; bem como as autoridades podem estabelecer o monitoramento dos suspeitos de terrorismo pelos provedores de internet (PICY; THOMAS, 2015).

Na Espanha, desde 2000, o direito penal antiterrorista se apresenta de maneira extensa e profunda. Tal direito penal pode ser caracterizado pela equivalência entre a manifestação de apoio político ao terrorista e a prática de um ato terrorista; pela cominação de penas muito altas e pela existência de um regime de execução separado (CANCIO MELIÁ, 2008).

Segundo Cancio Meliá (2008), o direito penal antiterrorista da Espanha é o mais rígido da Europa ocidental.

Após os atentados terroristas ocorridos em Madrid, houve uma intensa atuação legislativa com o intuito de combater o terrorismo, por meio da criação de novos delitos relacionados ao terrorismo, da cominação de penas altas para tais crimes e do fortalecimento da segurança (FERNANDES, H., 2011).

Antes de tal ataque terrorista, a lei orgânica 7/2000 já previa normas mais severas em relação aos casos de terrorismo. Além disso, a lei orgânica 7/2003 estabeleceu penas mais elevadas nos delitos de terrorismo; condicionou o gozo dos benefícios penitenciários ao arrependimento ou à reparação do dano para os terroristas condenados por crimes violentos e ampliou o prazo máximo de cumprimento de pena (de 30 para 40 anos) nesses casos (DAMIÁN MORENO, 2014; FERNANDES, H., 2011).

Ademais, a legislação processual penal espanhola dispõe sobre regras distintas em relação à prisão preventiva, à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo das comunicações se a investigação se referir a casos de terrorismo (FERNANDES, H., 2011).

Nas normas processuais penais espanholas, estão presentes inúmeras limitações com o intuito de conceder à investigação os instrumentos necessários para processar os suspeitos de praticar atos terroristas. Assim, entre outras medidas, o suspeito de terrorismo pode ficar preso preventivamente e incomunicável por mais tempo do que os agentes de outros delitos (DAMIÁN MORENO, 2014).

Ademais, a lei penitenciária admite a interceptação da comunicação, até mesmo telefônica, entre o detido e o seu advogado. Quanto a essa disposição, o Tribunal Constitucional espanhol não considerou tal norma inconstitucional e apenas determinou que a interceptação deve ser fundamentada (DÁMIAN MORENO, 2014).

Além do mais, houve a criação do Centro Nacional para a Coordenação Antiterrorista, órgão responsável pela administração de informações vinculadas à atividade terrorista e pela determinação da tática de combate ao terrorismo (FERNANDES, H., 2011).

Posteriormente, a lei orgânica 5/2010, que realizou uma grande reforma no ordenamento jurídico espanhol, também atingiu os crimes de terrorismo, sendo que se destacam as seguintes modificações: i) alguns crimes foram deslocados para outras seções; ii) a descrição das condutas de pertencimento a uma organização terrorista foram alteradas; iii) a definição de colaboração com organização terrorista foi ampliada; iv) um novo crime de financiamento do terrorismo foi criado; v) um novo crime de propaganda foi estabelecido (CANCIO MELIÁ, 2014).

Além disso, no dia 01º de julho de 2015, entrou em vigor um novo artigo no Código Penal espanhol, que considera a conduta de quem critica a monarquia nas redes sociais como terrorismo (CÍNDIO, 2015).

Nota-se, portanto, que os países europeus, tal como os Estados Unidos, também alteraram significativamente as leis antiterroristas e privilegiaram a segurança em detrimento dos direitos e garantias individuais.

2.2. TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Günther Jakobs, professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn, Alemanha, desenvolveu a teoria do direito penal do inimigo, na qual prega um tratamento diferenciado para quem for considerado uma não pessoa, por meio da mitigação ou redução de diversas garantias penais e processuais penais.

Ressalta-se que há uma discussão entre os doutrinadores acerca da posição adotada por Jakobs quanto ao direito penal do inimigo.

Uns compreendem que tal autor apresenta uma postura afirmativa, como Prittwitz, Schünemann, Muñoz Conde, Gómez Martín, Mir Puig, Zaffaroni e Díez Ripollés.

Outros consideram que Jakobs apenas descreve o fenômeno, como Silva Sánchez, Feijoo Sánchez e Polaino Navarette (CANCIO MELIÁ, 2010).

No presente trabalho, entende-se que Jakobs adotou uma posição legitimadora em relação ao direito penal do inimigo, afinal, como bem lembra Ferrajoli (2007), não há distinção entre os conceitos de “descritivo” e “prescritivo” na cultura jurídica e política do funcionalismo.

Nessa concepção teórica, há dois tipos de direito penal: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Segundo Jakobs (2010), em geral, esses direitos penais se apresentam de forma mesclada nos ordenamentos jurídicos.

O cidadão é aquele, a despeito de ter praticado uma conduta criminosa, oferece garantia de que será fiel ao ordenamento jurídico. O inimigo é aquele que não apresenta garantia de um comportamento pessoal, ou seja, que se autoexcluiu ou que coloca em risco a existência do Estado (JAKOBS, 2010).

O Estado vislumbra o cidadão e o inimigo de maneiras diferentes. O primeiro é visto como alguém que errou ao praticar um crime. O segundo, como um indivíduo que deve, por meio da coação, ser obstado de aniquilar o ordenamento jurídico (JAKOBS, 2010).

Para o cidadão, a sanção penal é a pena, que demonstra a vigência da norma apesar dela ter sido violada. Para o inimigo, é a medida de segurança, que representa a eliminação de um perigo. Portanto, nessa construção teórica, as funções do direito penal do cidadão e do direito penal do inimigo são, respectivamente, a manutenção da vigência da norma e o combate ao perigo (JAKOBS, 2010).

Ademais, por um lado, o cidadão só será responsabilizado criminalmente após exteriorizar a sua conduta. Desse modo, são puníveis os atos executórios. Por outro lado, o inimigo é alcançado antes do cometimento de uma conduta criminosa. Com isso, são puníveis os atos meramente preparatórios, como uma forma de combater a periculosidade do indivíduo (JAKOBS, 2010).

O direito penal do inimigo apresenta as seguintes características principais: i) há um adiantamento da punibilidade, ou seja, o ponto de referência para o ordenamento jurídico-penal é o fato futuro, e não o fato praticado; ii) há previsão de penas extremamente altas e desproporcionais; iii) há mitigação ou exclusão de certas garantias processuais, como o direito ao devido processo legal, à defesa técnica e a não produzir prova contra si (CANCIO MELIÁ, 2010; MUÑOZ CONDE, 2010).

De acordo com Jakobs (2010), a adoção do tratamento diferenciado em relação ao inimigo se fundamenta no direito à segurança dos cidadãos e na necessidade do Estado em conservar a sua configuração.

Como nem todo autor de um delito é um inimigo, Jakobs (2010) pretende delimitar claramente o que é direito penal do inimigo, para que todo o direito penal não seja contaminado.

Além disso, para tal autor alemão, o direito penal do inimigo não ofende o Estado de Direito, pois isso só aconteceria se viesse camuflado de direito penal do cidadão ou de direito processual penal comum (JAKOBS, 2010).

Diante do surgimento de diversas leis contra o terrorismo, Jakobs (2010) questiona se é possível realizar uma guerra contra o terrorismo por meios dos mecanismos do direito penal de um Estado de Direito. A finalidade precípua de tais leis é combater o terrorismo em sua unidade. Assim, a aplicação da pena ao terrorista é um meio para que esse objetivo seja alcançado, ou seja, para que a segurança seja mantida.

Segundo Jakobs (2010), tal situação demonstra que há uma contaminação jurídico-policia no direito penal e que é importante analisar se há necessidade de tal contaminação para tratar o terrorista.

Ademais, para Jakobs (2010), o objetivo do Estado de Direito não é assegurar o máximo de segurança possível para os bens, mas sim manter a vigência real do ordenamento jurídico. Pertence à vigência real o apoio cognitivo da norma, o qual é prestado pelos cidadãos, que atuam e se baseiam no Direito.

Nesse contexto, Jakobs (2010, p. 56-57) afirma:

No entanto, a expectativa de um comportamento correto não pode ser mantida contrafactualmente de modo ilimitado. Mais ainda: não deve ser mantida ilimitadamente, já que o Estado deve procurar uma vigência real do Direito, pelo que deve agir contra as violações do Direito ao perceber tais condutas. Uma expectativa normativa dirigida para uma determinada pessoa perde sua capacidade de orientação quando carece do apoio cognitivo prestado por parte desta pessoa. Neste caso, outra vez, a expectativa normativa é substituída pela orientação cognitiva, o que significa que a pessoa – a destinatária das expectativas normativas – muda para converter-se em fonte de perigo, em um problema de segurança que deve abordar-se de modo cognitivo. (...) O que acontece é que já não se espera o cumprimento do dever, a autodeterminação ordenada da pessoa, de modo que desaparece o elemento central de uma personalidade que dê orientação, quer dizer, a presunção da fidelidade ao ordenamento jurídico e, com isto, a “base do negócio jurídico” da livre autodeterminação.

Desse modo, somente poderia ser tratado como pessoa quem é fiel ao ordenamento jurídico (JAKOBS, 2010).

Além disso, Jakobs (2010) considera que o fim da sanção penal aplicada ao terrorista é diferente das penas cominadas em outros casos, devido ao elevado grau de periculosidade de tal agente. A intenção da sanção penal é a compensação do déficit presente na segurança cognitiva do terrorista. Para tanto, é necessário alterar o terrorista por meio da coação, ou seja, da custódia de segurança. Como não se admite a coação de pessoas, o terrorista é visto como um inimigo.

O direito penal aplicado ao terrorista se apresenta mais preocupado em assegurar a segurança do quem em conservar a vigência do ordenamento jurídico. Com isso, o direito penal do cidadão se transforma em direito penal do inimigo (JAKOBS, 2010).

O terrorista é visto, pela teoria do direito penal do inimigo, como alguém que opõe resistência ao ordenamento jurídico e almeja a aniquilação de tal ordem. Ele se autoexcluiu ou deixou de executar seus deveres na sociedade (JAKOBS, 2010). Desse modo, o terrorista é enquadrado como inimigo, sendo atribuído a ele um tratamento diferenciado.

Além disso, Jakobs (2010) entende que o direito penal do inimigo deve ser restringido ao necessário. No caso do terrorista, tal agente deve ser privado do direito à liberdade de conduta.

Quanto à questão da possibilidade de uma guerra contra o terrorismo, Jakobs (2010, p. 70) afirma:

Voltando à questão proposta no início: pode-se conduzir uma guerra contra o terror com os meios de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito? Um Estado de Direito que abarque tudo não poderia conduzir essa guerra, pois teria que tratar seus inimigos como pessoas, e, correspondentemente, não poderia tratá-los como fontes de perigo. Na prática, as coisas são diferentes no Estado de Direito ótimo, e isso lhe dá a possibilidade de não ser atingido por ataques de seus inimigos.

Observa-se, assim, que, nessa construção teórica, o direito penal comum não é visto como suficiente para enfrentar o terrorismo, sendo necessária a adoção do direito penal do inimigo, que restringe ou exclui diversos direitos e garantias penais e processuais penais para aqueles que não oferecem a garantia de um comportamento pessoal.

2.2.1. CRÍTICAS À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do direito penal do inimigo gerou muitos debates na área acadêmica, sendo criticada por diversos doutrinadores.

A maior parte dos autores se insurgiu contra a adoção de um direito penal do inimigo nas sociedades democráticas, devido à incompatibilidade de tal fenômeno com o Estado de Direito e os direitos humanos (MUÑOZ CONDE, 2010).

De acordo com Cancio Meliá (2010), o direito penal do inimigo surgiu da união entre o direito penal simbólico e o punitivismo exagerado.

O direito penal simbólico se refere ao fenômeno de criação de novos tipos penais que apresenta efeitos puramente simbólicos, em que os políticos editam novas leis penais apenas para acalmar a população (CANCIO MELIÁ, 2010).

O punitivismo exacerbado diz respeito à prática de estabelecimento de novos crimes e ao incremento das sanções nos tipos penais já existentes. Nesse clima punitivista, a ideia de aumentar qualitativa e quantitativamente a criminalização ganha relevância na política-criminal (CANCIO MELIÁ, 2010).

Além disso, Cancio Meliá (2010) entende que o direito penal do inimigo não integra o direito penal, pois atribui um caráter negativo a certos grupos de agentes e contraria o direito penal do fato.

De acordo com o princípio do direito penal do fato, não se pode responsabilizar penalmente alguém apenas em razão de seus pensamentos. Com isso, o direito penal não pode se basear na atitude interna do agente. O direito penal do inimigo ofende, em diversos aspectos, o direito penal do fato e, assim, representa o direito penal do autor (CANCIO MELIÁ, 2010).

Para Cancio Meliá (2010), o direito penal moderno, em geral, não pode responsabilizar sujeitos perigosos, mas sim condutas de agentes culpáveis. Como todos os homens são cidadãos, não existem inimigos no direito penal. Assim, a expressão “direito penal do cidadão” representa um pleonasma.

Ademais, Cancio Meliá (2010) observa que é utópica a ideia de que o direito penal do inimigo será limitado, pois tal fenômeno, fatalmente, corromperá o direito penal ordinário.

Desse modo, Cancio Meliá entende que: i) o direito penal do inimigo não pertence ao direito penal; ii) o direito penal do inimigo representa o direito penal do autor; iii) o direito penal do inimigo não pode ser limitado.

Além de Cancio Meliá, Zaffaroni também se insurgiu contra a construção teórica do direito penal do inimigo.

Segundo Zaffaroni (2007), o poder punitivo sempre tratou de maneira diferente certos sujeitos, considerados entes perigosos ou daninhos. Tais seres humanos são denominados inimigos da sociedade e são negadas a eles as garantias consagradas universal e regionalmente pelo direito internacional dos direitos humanos.

Ao trazer as noções de “inimigo” e “não pessoa” de forma explícita, Jakobs desnuda tal questão. Apesar de existirem outras teorias que pregam o tratamento penal diferenciado, as expressões empregadas pelo autor alemão não são comuns (ZAFFARONI, 2007).

Ao propor a teoria do direito penal do inimigo, Jakobs estava bem intencionado, pois acreditava que a simples contenção das não pessoas evitaria que todo o direito penal fosse contaminado (ZAFFARONI, 2007).

No entanto, a tática utilizada por Jakobs, ao permitir a figura do inimigo no Estado de Direito, se mostra semelhante às propostas anteriores, pois permite o uso do termo “inimigo” para situações que não se enquadram nos casos de guerras, o que não é compatível com o Estado Constitucional de Direito (ZAFFARONI, 2007).

Para Zaffaroni (2007), um dos aspectos problemáticos da proposta de Jakobs é a subjetividade no momento de imputação do grau de periculosidade do indivíduo.

Além disso, o governante pode suspender o Estado de Direito, com fundamento na necessidade e emergência, e tratar como inimigo quem ele quiser (ZAFFARONI, 2007).

De acordo com Zaffaroni (2007), a proposta de Jakobs de contenção do poder punitivo é estática, pois este acredita que a concessão de um espaço restrito ao direito penal do inimigo conterà o modelo do Estado de polícia. Entretanto, como a realidade é dinâmica, o Estado de polícia utilizará todo o campo que lhe foi outorgado para ampliar sua atuação.

O Estado de Direito é resultado das batalhas travadas contra o poder absoluto. No entanto, nessas lutas, não foi possível extinguir o Estado de polícia, o qual foi apenas contido. Com isso, o Estado de Polícia sempre tenta escapar dessa restrição que lhe foi imposta pelo

Estado de Direito. Nesse contexto, o ideal é que o direito penal consinta apenas a saída do poder punitivo menos irracional possível (ZAFFARONI, 2007).

Se o direito penal admitir o tratamento penal diferenciado dos inimigos, será aberto um espaço para que o poder punitivo alcance todos os cidadãos. Nesse sentido, o direito penal não pode ser neutro, afinal deve enrijecer a contenção das pretensões absolutistas (ZAFFARONI, 2007).

Diante disso, Zaffaroni (2007) considera que é essencial impedir a adoção do conceito de inimigo no Estado de Direito.

Ademais, Zaffaroni (2007) observa que o tratamento penal diferenciado destinado ao inimigo de baseia na negação de sua condição de pessoa, por meio da exclusão de determinados direitos individuais. No entanto, o Estado não possui a capacidade de retirar a condição de pessoa de alguém, pois tal circunstância é inerente a todo ser humano.

Portanto, Zaffaroni considera que: i) o tratamento diferenciado destinado ao inimigo permite a incidência do poder punitivo sobre todos os cidadãos, pois a classificação de alguém como inimigo é subjetiva; ii) a qualidade de pessoa é inerente a todo ser humano.

Além de Cancio Meliá e Zaffaroni, Muñoz Conde também refutou a teoria do direito penal do inimigo apresentada por Jakobs.

Segundo Muñoz Conde (2010), os exemplos históricos do nacional-socialismo na Alemanha, do fascismo na Itália, da ditadura de Franco na Espanha e das ditaduras comunistas na União Soviética e nos países do leste europeu demonstram que não se pode aceitar uma teoria que admita a concessão de um poder punitivo estatal ilimitado, mesmo que seja apenas para casos específicos, afinal isso permitiria a vigência de um Estado totalitário e autoritário.

Além do mais, tal autor observa que a definição do inimigo dada por Jakobs é extremamente vaga, o que permitiria a consideração de qualquer indivíduo que questionasse os parâmetros de segurança estabelecidos pelos poderosos, bem como possibilitaria a admissão de todo direito penal como direito penal do inimigo (MUÑOZ CONDE, 2010).

Para Muñoz Conde (2010), a teoria do direito penal do inimigo representa um direito penal ilegítimo, pois afronta os direitos fundamentais e os alicerces do Estado de Direito. Ademais, esse autor salienta que, caso o direito penal do inimigo seja considerado uma

espécie de direito penal de guerra, esse fenômeno ofende os direitos assegurados na Convenção de Genebra, que representam a base do direito humanitário.

Com isso, Muñoz Conde entende que: i) o conceito de inimigo dado por Jakobs é muito vago, o que permitiria o enquadramento de qualquer indivíduo como uma não pessoa; ii) o direito penal do inimigo ofende os direitos fundamentais e as bases do Estado de Direito.

Além dos autores citados acima, Miró Llinares também apresentou uma análise crítica quanto à teoria direito penal do inimigo.

De acordo com Miró Llinares (2006), o direito penal do inimigo não se compatibiliza com os Estados Sociais e Democráticos de Direito.

Segundo tal autor, o principal problema da teoria do direito penal do inimigo é a diferenciação entre cidadão e inimigo. As ciências sociais que estudam o comportamento humano, especialmente, a psicologia, demonstram que não é possível afirmar se alguém se comportará ou não de acordo com as normas. Com isso, a premissa de Jakobs de que o inimigo se autoexcluiu ao não oferecer garantias de que atuará conforme prescreve o ordenamento jurídico se mostra falha (MIRÓ LLINARES, 2006).

Além disso, segundo Miró Llinares (2006), um direito penal que retira a personalidade de um sujeito devido à proteção da segurança dos cidadãos, sob o fundamento de ausência de confiança de atuação conforme o direito, não representa, na verdade, um direito penal coerente com o Estado Social e Democrático de Direito. Nesse tipo de Estado, as pessoas são responsáveis penalmente pelos atos que praticam, e não por serem perigosos.

Quanto ao argumento empregado por Jakobs de que é preferível aceitar o direito penal do inimigo para que todo o direito penal do cidadão do cidadão não seja contaminado, Miró Llinares (2006) compreende que essa solução não é adequada pelos seguintes motivos:

Em primeiro lugar, caberia aos governantes decidir quem seria tratado de acordo com o direito penal do cidadão (direito penal no sentido estrito) e quem seria punido consoante o direito penal do inimigo (não direito penal, não protetor, não proporcional e não garantista). Isso, certamente, geraria uma aproximação com o Estado totalitário, ainda mais se for considerada a utilização cada vez mais frequente do direito penal simbólico e o surgimento de inimigos do Estado por todos os lados. Nota-se que os países democráticos admitem o emprego de um direito excepcional em casos de perigo. Entretanto, ao contrário do direito penal do inimigo, o direito de emergência é pautado pela transitoriedade (MIRÓ LLINARES, 2006).

Em segundo lugar, a admissão do direito penal do inimigo não impediria a incidência desse direito para o cidadão, em razão da restrição dos direitos e garantias processuais concedidas ao agente. Por mais que Jakobs almeje a não aplicação do direito penal do inimigo às pessoas, isso não pode ser evitado, afinal durante a fase investigatória, não se pode definir, claramente, quem é cidadão – pessoa – e quem é inimigo – não pessoa (MIRÓ LLINARES, 2006).

Desse modo, Miró Llinares entende que: i) o direito penal do inimigo não é compatível com os Estados Sociais e Democráticos de Direito; ii) a adoção do direito penal do inimigo geraria uma aproximação com o Estado totalitário.

2.3. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DE EMERGÊNCIA

Após o atentado terrorista ao *World Trade Center*, passou-se a discutir a possibilidade de alteração do direito constitucional em razão do conflito que surge entre segurança e liberdades individuais no momento em que os Estados nacionais contemporâneos almejam evitar a ocorrência de novos ataques terroristas (ARAÚJO, 2008).

Nesse contexto, Bruce Ackerman, professor de Direito e Ciência Política de Yale, propõe a adoção da teoria da Constituição de emergência.

Segundo Ackerman (2004), o atentado de 11 de setembro de 2001 representa apenas o início dos eventos que perturbarão o século XXI, pois os ataques terroristas serão frequentes no futuro. Como, após cada atentado terrorista, a tendência é a criação de leis repressivas e a promessa de segurança, é necessário reformular os conceitos constitucionais.

Para Ackerman (2004), o discurso de defesa absoluta da liberdade tradicional representa uma proposta sedutora contra essa perspectiva sombria, mas não é o mais adequado. De acordo com esse autor, os governos democráticos não conseguiriam manter o apoio da população se não agissem efetivamente para diminuir o pânico e prevenir um segundo ataque terrorista.

Ackerman (2004) busca a defesa das liberdades civis em longo prazo. Para tanto, prega a adoção de uma doutrina mais pesada, que admita o uso de medida de emergência de curta duração, mas que não permita limitações contínuas. Com isso, visa impedir a exploração do pânico momentâneo da população, pelos políticos, para criar restrições permanentes sobre a liberdade.

Nota-se, assim, que Ackerman considera que a teoria da Constituição de emergência será capaz de proteger, em longo prazo, as liberdades civis, devido à temporariedade do estado de emergência.

No modelo proposto por Ackerman, o ponto precípua é a criação de um sistema formal que evite a duração excessiva do estado de emergência. Percebe-se que tal autor se inquieta com a prisão indeterminada de uma pessoa, e não com a prisão de um inocente por si só (ARAÚJO, 2008).

De acordo com Ackerman (2004), após um ataque terrorista que coloque em xeque a soberania do Estado, é necessário que o governo aja de forma ostensiva e decisiva para mostrar que a ruptura foi somente temporária. Para isso, propõe a possibilidade de detenção, pelo governo, dos suspeitos de terrorismo sem as garantias tradicionais do direito penal de necessidade de causa provável ou suspeita razoável para a prisão preventiva.

Segundo Ackerman (2004), os mecanismos tradicionais de emergência previstos nas Constituições, como o estado de defesa e o estado de sítio, não são adequados para lidar com os casos de terrorismo, pois são direcionados às ameaças de uma invasão inimiga ou aos conflitos internos que buscam alterar o regime vigente.

Ackerman almeja a construção de uma moldura diversa para os poderes de emergência no caso de atentados terroristas, afinal, apesar de representarem uma ameaça física à população, os terroristas não tomam o poder dos governantes (ARAÚJO, 2008).

Com isso, Ackerman propõe a criação de um novo modelo de regime constitucional de emergência para o terrorismo, que seja previsto nas Constituições de vários países, observadas as peculiaridades de cada um (ARAÚJO, 2008).

Para Ackerman (2004), diante da possibilidade de uso de medidas autoritárias, pelo governo, por um período indeterminado, é importante procurar modelos inovadores que impeçam a utilização descontrolada das medidas de emergência.

Tal autor ressalta que sua teoria é cabível apenas nos casos de atentados terroristas ocasionais (ACKERMAN, 2004).

Na teoria da Constituição de emergência, devido à possibilidade de prisão de vários inocentes, Ackerman alerta que é imprescindível o emprego de um sistema político de freios e contrapesos, por meio da criação de dois institutos: a escalada supermajoritária e o controle minoritário de informação (ARAÚJO, 2008).

A escalada supermajoritária configura um mecanismo que limita o tempo de duração do estado de emergência ao exigir um quórum de aprovação cada vez mais rigoroso. A princípio, é necessário que a maioria dos membros do poder legislativo aprove a instauração do estado de emergência. Após dois ou três meses, sessenta por cento dos parlamentares deveriam anuir; após dois meses, setenta por cento; após um mês e a partir de então, oitenta por cento. Desse modo, o poder executivo receberia o poder de agir unilateralmente apenas por um breve período (ACKERMAN, 2004).

Para Ackerman (2004), a escalada supermajoritária não só torna o estado de emergência temporário, como também o torna mais brando.

Depois de alguns meses de vigência do estado de emergência, as minorias parlamentares passarão a exercer um papel fundamental na manutenção de tal regime. Além disso, por meio desse instituto, Ackerman almeja que o poder executivo não cometa abusos, bem como admita os erros de forma mais rápida, pois precisará do apoio expressivo do poder legislativo para sustentar o estado de emergência (ARAÚJO, 2008).

De acordo com Ackerman (2004), se novos ataques terroristas acontecerem, será mais difícil encontrar uma resposta que não cause a erosão permanente das liberdades civis. No entanto, considera que a escalada supermajoritária é melhor do que a situação anterior.

O controle minoritário de informação consiste na divulgação de informações do governo às minorias parlamentares, para que decidam de maneira mais acertada quanto à manutenção do estado de emergência (ARAÚJO, 2008).

Como o poder executivo, possivelmente, tentará ocultar às informações referentes aos erros típicos que podem surgir em razão da prisão preventiva em massa, o controle minoritário de informação se torna necessário (ACKERMAN, 2004).

Segundo Ackerman (2004), não é possível ter uma total abertura das informações, afinal os terroristas têm amplo acesso aos meios de comunicação. Na verdade, tal autor propõe que a Constituição de emergência contenha garantias para permitir que a minoria parlamentar seja bem informada para decidir melhor se autoriza ou não a extensão do regime emergencial.

Ademais, no modelo de Ackerman, os comitês de vigilância são compostos, majoritariamente, pelos partidos de oposição (ARAÚJO, 2008).

O poder executivo deve fornecer todos os documentos ao comitê, que decide quais informações devem ser reveladas. Com isso, cabe ao comitê intermediar o que é secreto e o que é público. Ademais, os membros do comitê podem se negar a compartilhar certas informações, mesmo que isso seja requerido pelos outros parlamentares, para evitar vazamentos maléficos (ACKERMAN, 2004).

Além disso, diante da possibilidade de detenção de vários inocentes, Ackerman (2004) sugere que tais pessoas sejam indenizadas.

Tal compensação financeira ocorreria tanto por uma questão de justiça, quanto de eficiência burocrática. Como as indenizações gerariam despesas para a administração, é mais indicado comprovar a culpa dos que já estão detidos do que prender mais suspeitos (ARAÚJO, 2008).

Ademais, Ackerman (2004) trata da função dos juízes ao discorrer sobre a teoria da Constituição de emergência. Segundo tal autor, os magistrados não devem ser responsáveis pela construção do regime emergencial, mas atuam de maneira essencial na permanência do estado de emergência.

Na proposta de Ackerman, os juízes agem por meio do macrogerenciamento e do microjulgamento (ARAÚJO, 2008).

Segundo Ackerman (2004), após a ocorrência de um ataque terrorista, a decisão política de instaurar o estado de emergência se mostra mais eficiente do que a judicial, por ser mais rápida. Desse modo, a princípio, é suficiente que o poder executivo convença os parlamentares a autorizarem a decretação do regime emergencial, sendo desnecessária a revisão judicial.

Como os parlamentares podem decidir pela extinção do estado de emergência, é possível que o governo não queira abdicar dos poderes emergenciais adquiridos. Nesse cenário, os juízes possuem a função de macrogerenciamento, pois, com a oposição dos magistrados à continuação do regime emergencial, a natureza da disputa é alterada. O governante passaria a ser visto como um inimigo da ordem constitucional (ACKERMAN, 2004).

Além disso, para Ackerman (2004), é importante que a Constituição de emergência permita as petições de *habeas corpus* logo após o término legal do estado de emergência, bem como autorize a atuação judicial se o poder executivo não repassar ao comitê de vigilância as informações.

Entretanto, segundo Ackerman (2004), os juízes atuarão mais no microjulgamento dos casos levantados por certos presos.

Quando o regime emergencial se encerrar, os promotores devem soltar todos os presos cuja prisão não se baseie em uma confiável evidência de envolvimento criminoso. Para tomarem tal decisão, os promotores devem preparar os casos durante o regime emergência. Devido à temporariedade do estado de emergência, é necessário que os membros o Ministério Público procurem por provas consistentes de maneira imediata (ACKERMAN, 2004).

Ademais, com o fim do estado de emergência, os magistrados devem recuperar suas funções no processo criminal e, assim, garantir os direitos individuais e o respeito ao devido processo legal (ACKERMAN, 2004).

Ackerman (2004) considera que, quanto maior a duração do regime emergencial, maior será a necessidade de supervisão judicial. Assim, propõe a adoção de um sistema progressivo de atuação judicial. Nos primeiros dois meses de prisão dos suspeitos, os juízes atuariam minimamente. A partir de então, os magistrados agiriam mais incisivamente.

Na proposta de Ackerman, os juízes não analisam, inicialmente, as evidências para detenções. Entrementes, pode ser realizada uma audiência para que as suspeitas que fundamentam as prisões sejam avaliadas (ARAÚJO, 2008).

Além disso, após 45 a 60 dias, os promotores devem revelar aos juízes se há prova concreta de cumplicidade com o terrorismo (ACKERMAN, 2004).

Quanto à possibilidade de análise de questões relacionadas à inocência dos presos, isso não ocorrerá inicialmente, apenas após 60 dias de prisão. Entretanto, enquanto isso, os advogados podem colher provas favoráveis aos presos, mas tais provas somente serão utilizadas após o fim do regime emergencial (ACKERMAN, 2004).

Caso, após 60 dias de detenção, o governo não consiga produzir a evidência de envolvimento com o terrorismo, o preso deve ser liberado. Para que este volte a ser preso durante o estado de emergência, as regras do direito penal comum voltam a vigorar (ACKERMAN, 2004).

Durante o estado de emergência, os juízes podem agir se os promotores prenderem suspeitos de crimes tradicionais, o que poderia ocasionar a perda da licença dos membros do Ministério Público. Além disso, os magistrados também podem atuar se os agentes públicos deterem alguém por questões pessoais ou preconceituosas (ARAÚJO, 2008).

Ademais, os magistrados também possuem um papel fundamental na coibição da tortura aos detidos. Para tanto, os conselhos formados por juízes devem visitar frequentemente os presos (ACKERMAN, 2004).

Percebe-se, assim, que Ackerman almeja, com a teoria da Constituição de emergência, a adoção de um novo modelo constitucional de emergência para o terrorismo. Para tanto, seriam empregados os institutos da escalada supermajoritária e o controle minoritário de informações, bem como os juízes atuariam por meio do macrogerenciamento e do microjulgamento. Devido à temporariedade do estado de emergência, Ackerman sustenta que o seu modelo permitirá a proteção das liberdades civis em longo prazo.

2.3.1. CRÍTICAS À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DE EMERGÊNCIA

Após a publicação da teoria da Constituição de emergência, David Cole, professor de Direito na Georgetown University Law Center, apresentou um ensaio em que critica duramente a proposta de Ackerman.

Segundo Cole (2004), as experiências anteriores comprovam que a prisão preventiva em massa nunca se mostrou bem sucedida. Assim, considera que a proposta de Ackerman de permitir a detenção preventiva sem que haja suspeita é imprudente. Ademais, tal autor entende que o ideal é limitar a prisão preventiva sem suspeita, e não ampliá-la.

Cole (2004) ressalta que o modelo de Ackerman não se baseia apenas na possibilidade de prisão preventiva sem a demonstração da causa provável ou da suspeita razoável. Na verdade, este almeja conceder ao poder executivo poderes emergenciais extraordinários e condiciona o estado de emergência à escalada supermajoritária para garantir a temporariedade do regime emergencial.

De acordo com Cole (2004), o principal problema é que Ackerman não aborda a questão normativa fundamental apresentada na sua proposta. Segundo aquele, a prisão de pessoas inocentes sob o fundamento de tranquilizar a população é inaceitável normativamente, independente da escalada supermajoritária ou da compensação financeira posterior.

Para Cole (2004), por mais que os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001 tenham alterado tudo, não se pode tratar as pessoas como fins em si mesmas. Assim,

não se pode tentar acalmar a população por meio da dispensa dos requisitos necessários para a prisão preventiva (suspeita e revisão judicial tempestiva).

Nota-se que Cole não se opõe à prisão preventiva, mas sim à utilização da detenção preventiva sem suspeita e sem revisão judicial para fazer com que a população se sinta melhor (ARAÚJO, 2008).

Na parte I do ensaio, Cole (2004) questiona as três premissas presentes na proposta de Ackerman. Para aquele, este: i) apresenta uma visão muito pessimista quanto à atuação dos tribunais e muito otimista quanto à atuação do poder legislativo no controle dos poderes emergenciais; ii) confia apenas em um instituto – escalada majoritária – para solucionar os diversos problemas que podem surgir durante o regime emergencial; iii) vincula a decisão da duração do período emergencial a uma minoria.

Como visto anteriormente, Ackerman propõe a ausência de revisão judicial quanto à legalidade das prisões efetuadas no estado de emergência.

De acordo com Cole (2004), apesar dos erros que podem ser cometidos, os tribunais apresentam uma importante função, pois restringem o que pode ser feito no próximo período de emergência. Como os Estados Unidos são adeptos do *common law*, os tribunais podem considerar as lições de experiência, bem como devem analisar as alegações de todos aqueles que se sentem prejudicados. Ademais, as cortes devem fundamentar suas decisões, o que, devido ao *stare decisis*, limita o que pode ocorrer no próximo regime de emergência.

Cole (2004) admite que Ackerman não objetiva a eliminação total da revisão judicial da detenção, pois este propõe que, após 45 a 60 dias, os tribunais podem analisar a legalidade das prisões. Entretanto, Ackerman permite a prisão sem que haja uma base objetiva para suspeita, mas não esclarece o que configuraria uma prisão ilegal.

Para Cole (2004), essa situação permitiria prisões arbitrárias, desde que não fossem fundadas em motivos pessoais ou racistas.

De acordo com esse autor, não só o poder judiciário é o mais adequado para proteger as liberdades durante os momentos de crises, como o poder legislativo é o menos indicado para tal função, pois os parlamentares, em geral, se reúnem com o chefe do governo, bem como concedem os poderes expansivos a este (COLE, 2004).

Para Cole (2004), não é prudente prescindir da atuação judicial quando o Estado prende pessoas. Os políticos, em geral, não demonstrarão simpatia aos detidos. Desse modo,

os presos somente poderão confiar nos tribunais, os quais apresentam o dever de analisar a legalidade das detenções.

O opositor de Ackerman reconhece que as cortes também podem ser pressionadas no momento de crise, mas acredita que o poder judiciário é menos suscetível às pressões do que o poder legislativo e o executivo (COLE, 2004).

Além disso, Cole (2004) critica a possibilidade de criação de um estado de emergência adequado às Constituições de todos os países, pois os poderes de emergência são distintos. Tal autor destaca que a prisão preventiva é apenas uma das respostas que pode ser dada após um ataque terrorista, afinal há muitas outras.

Nos Estados Unidos, várias medidas foram adotadas, como restrição do acesso a alvos potenciais, emprego de medidas administrativas para impedir o financiamento a grupos terroristas, aumento da utilização das forças militares para deter os terroristas, criação de perfis étnicos e expansão das sanções penais. Cada uma dessas providências suscita diferentes questões normativas referentes à dicotomia entre segurança e liberdade, sendo que nem todos os assuntos seriam solucionados pelo instituto da escalada supermajoritária (COLE, 2004).

Além disso, de acordo com Cole (2004), por mais que a escalada supermajoritária fosse bem sucedida e encerrassem o estado de emergência em um tempo hábil, a proposta de Ackerman ainda se mostra equivocada. A duração do regime emergencial é apenas uma das questões problemáticas em relação aos poderes emergenciais, pois o que se apresenta mais preocupante é saber quais poderes substantivos seriam consagrados ao chefe do poder executivo durante o estado de emergência.

Segundo esse autor, o problema central não é a duração das prisões, mas sim a possibilidade de deter pessoas sem que haja suspeita. É necessário criar regras que restrinjam a duração do período emergencial, mas só isso não basta. Independente do tempo de vigência do regime emergencial, os poderes extraordinários assegurados ao governante resultarão na oposição entre liberdade, privacidade, autonomia e igualdade e eficácia, eficiência e segurança. Entretanto, a escalada supermajoritária não é capaz de resolver tal dicotomia (COLE, 2004).

Nesse ponto, é importante salientar que Ackerman e Cole apresentam noções diferentes quanto ao significado da expressão “suspeita”. Para o primeiro, a “suspeita” prescinde de provas, sendo distinta da “evidência”. Para o segundo, a “suspeita” se funda em evidências e, assim, representa algo mais consistente (ARAÚJO, 2008).

Ademais, Cole (2004) considera que o estado de emergência proposto por Ackerman não teria uma curta duração, como demonstram as experiências de países que tiveram longos períodos de emergência. Tal autor também questiona a possibilidade de vinte e um por cento dos parlamentares poderem encerrar o estado emergencial após seis ou sete meses de duração do regime, pois, dificilmente, a maioria dos membros do poder legislativo concordaria com tal esquema de forma prévia.

Na parte II do ensaio, Cole (2004) trata dos erros da construção teórica de Ackerman sob o enfoque da eficácia. Assim, versa sobre: i) a falha dos limites prescritos por Ackerman no tocante aos abusos da prisão preventiva; ii) o sistema da compensação financeira direcionado aos presos inocentes; iii) a inutilidade da escalada supermajoritária em relação às prisões preventivas.

Cole (2004) adverte que, mesmo se a proposta de Ackerman fosse adotada, ela não contribuiria para limitar a prática atual de prisão preventiva em emergências. Nos Estados Unidos, as campanhas dos procuradores-gerais Ashcroft e Palmer demonstram que não é necessária a vigência de um regime emergencial para que ocorra a prisão preventiva em massa, pois podem ser utilizadas as leis criminais e de imigrações para tanto. Assim, o chefe do poder executivo, provavelmente, não optaria por adotar o modelo de Ackerman, já que se submeteria ao instituto da escalada supermajoritária.

Ademais, como dito anteriormente, Ackerman prevê a compensação financeira em caso de prisão de inocentes.

Entretanto, tal autor não define, claramente, quem seria inocente. Ackerman afirma que a compensação será concedida àqueles que não foram condenados, mas não indica o que seria uma condenação suficiente. Com isso, por exemplo, caso o agente fosse preso sem suspeita fundada, devido ao terrorismo, mas fosse condenado por outro delito, não se sabe se tal condenação seria válida. Além disso, Ackerman não esclarece se o agente preso com base em fortes suspeitas receberia a compensação financeira caso fosse absolvido (COLE, 2004).

Além do mais, o modelo de Ackerman apresenta uma contradição ao permitir a prisão preventiva sem suspeita e, ao mesmo tempo, almejar a não prisão de pessoas inocentes. Ora, a partir do momento em que a detenção sem suspeita for expressamente autorizada, não há ilegalidade na prisão de pessoas inocentes. Além do mais, se Ackerman é contrário à prisão de pessoas inocentes, como a ideia de compensação financeira demonstra, por que a necessidade de suspeita para a prisão preventiva deixaria de ser exigida? (COLE, 2004).

Ademais, segundo Cole (2004), Ackerman falha ao sugerir que o governo utilize o dinheiro adquirido com os considerados culpados para compensar os inocentes, afinal é extremamente difícil que os condenados paguem seus débitos.

Cole (2004) nota, além disso, que uma compensação financeira não repararia os danos sofridos por quem teve sua liberdade tolhida injustamente.

Outro problema que se vislumbra na teoria de Ackerman é a não utilização da escalada supermajoritária em relação às detenções preventivas. A maioria das prisões preventivas ocorreria nas semanas posteriores ao ataque terrorista. Para essas pessoas, a escalada supermajoritária seria desnecessária. Como só seria imprescindível a aprovação do estado de emergência por 60% (sessenta por cento) a 80% (oitenta por cento) dos parlamentares após o decurso de dois a sete meses, a maioria dos presos seria libertada em razão do fim do prazo imposto para as detenções por Ackerman (45 a 60 dias), e não da escalada supermajoritária (COLE, 2004).

Na parte III do ensaio, Cole (2004) apresenta críticas morais à proposta de Ackerman. Desse modo, considera que a teoria da Constituição de emergência: i) viola o direito constitucional norte-americano e os direitos humanos por permitir a prisão preventiva sem que haja fundada suspeita; ii) contraria o entendimento de que deve ser possível rever judicialmente as prisões preventivas; iii) falha ao justificar a detenção sem suspeita com o fim de reafirmar uma população em pânico.

Cole (2004) destaca que o ponto mais problemático da proposta de Ackerman é a possibilidade de prender seres humanos sem que haja demonstração do perigo que eles oferecem para reafirmar a sociedade estadunidense após um atentado terrorista.

Em geral, a prisão preventiva demonstra que há algo a ser prevenido. Assim, tal prisão é plausível apenas se houver alguma razão para acreditar que a pessoa deixada livre acarreta algum sério perigo. No entanto, como Ackerman permite a prisão sem que haja motivos objetivos para suspeitar que o agente representa um risco, tal detenção não possui um propósito preventivo. Em um estado de emergência, os requisitos para a prisão preventiva podem até ser mitigados, mas não se pode excluir totalmente a necessidade de demonstração da fundada suspeita (COLE, 2004).

Além do mais, conforme dito anteriormente, Ackerman prega a ausência de revisão judicial das prisões preventivas no estado de emergência no momento inicial. Tal autor afirma que a análise judicial deve ser feita posteriormente.

Para Cole (2004), como Ackerman permite a detenção preventiva sem a exigência de critérios objetivos que fundamentem a suspeita, não está claro o que uma revisão judicial posterior poderia realizar.

Além disso, segundo Cole (2004), a detenção preventiva arbitrária ou sem fundada suspeita se assemelha à tortura. Como já decidido pelo Comitê de Direitos Humanos, a prisão arbitrária, tal como a tortura, ofende uma norma peremptória do direito internacional e, assim, não pode ser permitida nem mesmo em regimes emergenciais.

Por fim, Cole (2004) observa que a ideia de Ackerman de prender as pessoas sem uma fundada suspeita apenas para que a população se sinta melhor ofende não só o imperativo categórico de Kant, pois seres humanos serão utilizados como meios, e não como fins, mas também as versões mais sofisticadas do utilitarismo, como a de John Rawls, o qual é contrário à punição de um inocente em razão do bem maior da sociedade.

Em suma, Cole se opõe à teoria da Constituição de emergência proposta por Ackerman pelas seguintes razões: i) não se pode aceitar a decretação da prisão preventiva em massa sem que esteja presente a causa provável ou a dúvida razoável; ii) não se pode admitir a prisão de pessoas que podem ser inocentes somente para tranquilizar a sociedade; iii) não se pode impedir a análise judicial imediata da legalidade das prisões; iv) a escalada supermajoritária não é capaz de solucionar os dilemas decorrentes da concessão de poderes extraordinários ao chefe do poder executivo; v) o pagamento de indenização aos que foram presos injustamente não é hábil a reparar os danos sofridos por tais pessoas.

3. QUAL É A MELHOR FORMA DE LIDAR COM O TERRORISMO?

Conforme analisado nos capítulos anteriores, os atentados terroristas ocorridos nos países ocidentais no século XXI trouxeram um grande impacto no direito penal moderno. A ideia de combate ao terrorismo provocou reflexos no campo político, legislativo e teórico. Sob o fundamento de proteção da segurança dos membros da sociedade, diversos direitos e garantias individuais estão sendo afetados na luta contra o terrorismo.

No capítulo 1, foram vistas as respostas dadas pelos Estados Unidos e pelos países europeus após serem alvos de ataques terroristas. Por um lado, os Estados Unidos escolheram considerar o terrorista como combatente inimigo e, assim, o privaram tanto dos direitos e garantias penais e processuais penais quanto dos direitos internacionais consagrados aos combatentes e aos prisioneiros de guerra. Por outro lado, os países europeus, em geral, optaram por tratar o terrorista como um criminoso, conforme demonstrado na reação da Espanha, em que os acusados de praticar os atentados terroristas em Madrid foram julgados de acordo com as regras do sistema de justiça criminal.

No capítulo 2, foram examinados os reflexos que o combate ao terrorismo gerou na esfera legislativa e teórica.

No plano legislativo, após os atentados terroristas de 11 de setembro, iniciou-se uma verdadeira luta legislativa contra o terrorismo. Com isso, vários países ocidentais adotaram leis antiterroristas que, comumente, atingem os direitos e garantias individuais dos membros da sociedade em troca da segurança.

No plano teórico, ganharam evidência algumas teorias que consideram o direito penal e/ou constitucional comum inadequado para lidar com os casos de terrorismo. Nesse sentido, Jakobs defende a legitimação do direito penal do inimigo, em que o terrorista é visto como uma não pessoa e, assim, é tratado de forma diferente do cidadão (pessoa) ao ter diversos direitos e garantias penais e processuais penais mitigados ou excluídos. Além disso, Ackerman propõe a instauração de um novo modelo de regime constitucional de emergência para o terrorismo, em que é possível a prisão preventiva de suspeitos de terrorismo sem que estejam presentes os requisitos de causa provável ou suspeita razoável.

Diante desse quadro, salienta-se que é importante verificar se o caminho adotado pelo direito penal moderno para lidar com o terrorismo é o mais adequado, especialmente em consideração aos preceitos do garantismo penal.

3.1. LUTA CONTRA O TERRORISMO: SEGURANÇA X DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Os atentados terroristas ocorridos em Nova York, Madrid e Londres provocaram uma discussão acerca da complicada harmonia entre a segurança e a defesa dos direitos humanos ao se buscar uma resposta ao terrorismo. Assim, questiona-se a possibilidade de um Estado Democrático limitar ou ofender os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos para assegurar a segurança nacional (MASFERRER, 2011).

Na última década, as reações jurídico-penais de combate ao terrorismo demonstram que houve uma expressiva renúncia aos valores sob os quais se funda o modelo ético de repressão ocidental, por meio da ofensa à dignidade humana, sendo que tal comportamento foi realizado, surpreendentemente, pelas sociedades que sempre exigiram o respeito aos valores relacionados à liberdade e à democracia (ZILLI, 2014).

Os países democráticos ocidentais, aos poucos, têm limitado a privacidade e as liberdades constitucionais como forma de resposta ao terrorismo fundamentalista. A espionagem foi admitida como medida antiterrorista recentemente pela França, o que ocorre desde a edição do Ato Patriota nos Estados Unidos, sem que esteja presente a autorização judicial, por exemplo. Esse cenário lembra o governo totalitário que espionava todos no livro “1984”, de George Orwell (FONTOURA, 2015).

Ademais, tal situação representa uma vitória para o terrorismo, que impõe às democracias ocidentais a abdicação de valores e princípios seculares. Diante desse retrocesso, a sociedade se enfraquece (FONTOURA, 2015).

Nesse quadro, é importante lembrar, como ensina Fontoura (2015, p. 11), que:

De toda a forma, por maior que seja a banalização do mal representado pela fúria dos atentados, a mera admissão da violência do bem, como ora se verifica, será sempre lamentável homenagem que a civilização presta à barbárie.

Na guerra ao terror, o trinômio crime-responsabilidade-punição, que serve de base para o direito penal, é substituído pelas noções de agressão, guerra e vitória. Desse modo, o terrorista deixa de ser visto como um criminoso que deve ser responsabilizado penalmente e passa a ser alguém que deve ser combatido ou, até mesmo, exterminado. Ademais, tal guerra provocou a ofensa a diversos direitos e garantias fundamentais (ZILLI, 2014).

Entrementes, mesmo em um estado de guerra, existem regras e princípios estabelecidos pelo Direito Humanitário que devem ser respeitados. Portanto, o modelo persecutório não pode abandonar um padrão ético fundado na dignidade humana, mesmo se forem praticadas condutas criminosas que atentem contra a segurança e a paz mundial (ZILLI, 2014).

A noção de segurança tem sido utilizada como justificativa para o emprego das iniciativas repressivas, como a guerra contra o terrorismo. Com isso, o direito penal se encontra em um sério problema de legitimação, por estar sendo usado como arma política (CUSSAC, 2005).

Quanto à ideia de segurança e a sua relação com a política-crime e o terrorismo, salienta-se que, nas últimas décadas, o Estado deixou de proteger certas áreas de segurança. Após tal abdicação, o Estado só valoriza a segurança contra o terrorismo e, em menor escala, a intitulada “segurança cidadã”, sendo que prefere adotar políticas repressivas em vez de instituir políticas preventivas (CUSSAC, 2005).

Nesse cenário, o medo da população se dirige aos tipos mais evidentes de criminalidade, como o terrorismo e o crime de rua. São contra tais formas de crime que o poder punitivo busca atuar, como uma maneira de oferecer uma solução às inquietações da sociedade (CUSSAC, 2005).

Nesse contexto, ganha evidência o direito penal simbólico, caracterizado pela aprovação rápida das leis penais com o intuito de tranquilizar a população. Além disso, o novo direito penal, baseado na ideia de segurança, conta com o auxílio dos meios de comunicação (CUSSAC, 2005).

Quanto ao terrorismo, debate-se se há um direito à segurança do cidadão que permite ao Estado reduzir certos direitos fundamentais (MASFERRER, 2011).

Os direitos fundamentais são os que se relacionam intimamente com a condição humana nos seus pontos mais essenciais, como a vida, a propriedade e a liberdade. Tais direitos estão consagrados em vários textos internacionais e, após serem internalizados nos ordenamentos jurídicos dos países, são chamados de direitos e garantias individuais. Ressalta-se que os direitos fundamentais apresentam reflexos no direito penal e processual penal, afinal estes ramos do direito resguardam a vida e a liberdade individual (GEMAQUE, 2014).

Os atentados terroristas ocorridos desde 2001 provocaram uma alteração nos sistemas penais dos países ocidentais. A ideia de ampliação do poder estatal no combate ao terrorismo

culminou na discussão sobre o que deve preponderar: a segurança ou as liberdades e direitos fundamentais (MASFERRER, 2011).

Conforme se observa pelas reformas penais relacionadas ao terrorismo nos países ocidentais, tem-se optado pela prevalência da segurança. Diversas leis antiterroristas foram promulgadas com base na consideração da segurança como direito fundamental. Nesse quadro, entende-se que o Estado deve empregar todos os meios necessários para assegurar a segurança dos membros da sociedade, mesmo que isso afete os direitos fundamentais dos cidadãos (MASFERRER, 2011).

O modelo utilizado pelas leis antiterroristas adotadas nos países ocidentais se fundamenta na ideia de que o Estado não pode deixar de agir diante do perigo de dano que um ataque terrorista pode gerar. Ademais, tal modelo representa a adoção de um sistema de justiça criminal que utiliza poderes especiais para lidar com os crimes e riscos especiais (MASFERRER, 2011).

Sob uma perspectiva sociológica, nota-se que os cidadãos, em geral, receiam a ocorrência de atentados terroristas e consideram que os terroristas devem ser punidos de maneira severa. Para tanto, admitem até a limitação de seus direitos (MASFERRER, 2011).

Percebe-se, assim, que a noção de segurança tem sido utilizada para justificar a violação a diversos direitos e garantias individuais no enfrentamento do terrorismo.

Nessa dicotomia entre segurança e direitos e garantias individuais, não existe unanimidade sobre o que deve prevalecer.

Por um lado, alguns defendem a possibilidade de limitação dos direitos para que o Estado impeça a ocorrência de um ataque terrorista. Nessa perspectiva, as liberdades civis e os direitos humanos são vistos como conveniências políticas que só podem ser usufruídos nos bons-tempos (MASFERRER, 2011).

Por outro lado, outros entendem que os Estados Democráticos devem se ater aos seus princípios justamente nos tempos de incertezas e que os direitos fundamentais perderiam sua utilidade se fossem preteridos em casos críticos. Além disso, consideram que a restrição dos direitos e liberdades dos cidadãos para garantir a segurança tornaria o Estado semelhante aos terroristas, pois estes admitem que os fins justificam os meios, e que tal opção geraria a ausência de segurança do indivíduo diante do Estado (MASFERRER, 2011).

Sob a ótica do constitucionalismo ocidental moderno, ressalta-se que os direitos fundamentais surgiram para permitir que os indivíduos possuam uma área de liberdade e de não interferência do Estado (MASFERRER, 2011).

Portanto, é importante que sejam instituídos limites ao exercício do poder estatal e à criação do direito. Isso não representa a solução derradeira para a dicotomia estabelecida entre segurança e direitos fundamentais no combate ao terrorismo, mas, ao menos, auxilia na superação da visão extremamente utilitarista que se esquece da dignidade e da grandeza dos seres humanos (MASFERRER, 2011).

O direito penal deve se relacionar com a ideia de democracia, sendo que as aspirações democráticas se concretizam nos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais são a essência da democracia, a qual configura uma das bases do Estado de Direito. O poder punitivo pertence a esse modelo e deve representar a ordem externa imprescindível para assegurar a convivência, a partir da noção de liberdade como valor principal do ordenamento jurídico. Portanto, nem a luta contra o terrorismo pode ultrapassar as barreiras intransponíveis do direito penal de um Estado de Direito Democrático (CUSSAC, 2005).

Assim, o terrorismo não pode ser empregado como desculpa para a renúncia ao sistema de direitos fundamentais (CUSSAC, 2005).

Para Gemaque (2014), é importante procurar uma harmonia entre a eficiência no enfrentamento do terrorismo e a observância dos direitos fundamentais, pois essa é a única maneira de garantir o direito a um processo justo aos acusados de praticar terrorismo.

Na busca pela harmonia entre repressão (ligada à ideia de eficiência) e salvaguarda dos direitos humanos (relacionada com a noção de garantismo), a Corte Europeia de Direitos Humanos, que apresenta competência para julgar as ofensas aos direitos humanos, tem analisado os casos de violação a direitos e garantias dispostos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem perpetrados pelas leis nacionais de emergência antiterroristas (SILVA; MAIA, 2014).

O artigo 15 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem tem sido utilizado por alguns países europeus para aplicar uma política contra o terrorismo. Assim, sob o fundamento de estarem presentes circunstâncias excepcionais ou razões de Estado, esses países praticam atos que afrontam determinadas garantias fundamentais em razão da segurança nacional (SILVA; MAIA, 2014).

Nesse contexto, em 2005, a Corte Europeia de Direitos Humanos examinou o caso *A. e outros v. Reino Unido*, em que 11 pessoas de nacionalidades requereram a condenação do Reino Unido por terem sido presas ilegalmente e por não terem tido acesso aos mecanismos de impugnação que permitem o questionamento da legalidade das detenções. Os requerentes foram detidos por, supostamente, fazerem parte de organizações terroristas internacionais, com base na parte 4 do *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, que ampliou os poderes de prisão dos estrangeiros suspeitos de participação com o terrorismo internacional (SILVA; MAIA, 2014).

A Corte considerou que a limitação ao direito de liberdade representaria uma legítima solução se fosse fundamentada pelas circunstâncias especiais de emergência e se estivessem presentes as garantias necessárias para evitar os excessos. Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em uma decisão de cunho garantista, entendeu que a parte 4 do Ato de 2001 trata os nacionais e os estrangeiros de maneira discriminatória sem que haja justificativa, o que afronta o princípio da proporcionalidade. Assim, condenou o Reino Unido, por ofensa ao artigo 5(1) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (SILVA; MAIA, 2014).

Nota-se, desse modo, que, na dicotomia entre segurança e direitos e garantias fundamentais, aquele valor tem prevalecido. Com isso, em nome da segurança dos cidadãos, os países ocidentais têm adotado leis e medidas que reduzem ou aniquilam diversos direitos e garantias individuais.

Entretanto, conforme visto acima, em um Estado Democrático de Direito, a luta contra o terrorismo não pode ser utilizada como fundamento para a inobservância dos direitos fundamentais. É importante que haja um equilíbrio entre a busca por mecanismos eficientes para enfrentar o terrorismo e o respeito aos direitos e garantias individuais, pois essa é a única forma de assegurar um processo justo ao acusado de envolvimento com o terrorismo.

3.2. TERRORISMO E GARANTISMO PENAL

A teoria do garantismo, criada por Ferrajoli, visa a vinculação e a deslegitimação do uso absoluto do poder punitivo por meio dos axiomas garantistas. O sistema penal será considerado garantista se obedecer às seguintes proposições: princípio da retributividade, princípio da legalidade, princípio da necessidade, princípio da lesividade, princípio da

materialidade, princípio da culpabilidade, princípio da jurisdicionariade, princípio acusatório, princípio do ônus da prova e princípio do contraditório (FERRAJOLI, 2014).

O termo “garantismo” apresenta três acepções, que estão relacionadas entre si: modelo normativo de direito, teoria do direito e crítica do direito e filosofia do direito e crítica da política (FERRAJOLI, 2014).

Como modelo normativo de direito, o garantismo representa o modelo de estrita legalidade presente no Estado de Direito, caracterizado como: i) um sistema de poder mínimo, do ponto de vista epistemológico; ii) uma técnica de proteção capaz de reduzir a violência e de aumentar a liberdade, do ponto de vista político; iii) um sistema de vínculos estabelecidos ao poder punitivo estatal em defesa dos direitos dos cidadãos. Assim, um sistema penal garantista é o que se adéqua a tal modelo (FERRAJOLI, 2014).

Como teoria do direito e crítica do direito, o garantismo configura uma teoria jurídica da validade e da efetividade como espécies diferentes. Desse modo, o garantismo denota uma aproximação teórica que deixa o “ser” e o “dever ser” afastados no direito (FERRAJOLI, 2014).

Como filosofia do direito e crítica da política, o garantismo exprime uma filosofia política, que exige a separação entre direito e moral, validade e justiça, ponto de vista interno e externo na apreciação do ordenamento e “ser” e “dever ser” do direito (FERRAJOLI, 2014).

A teoria do garantismo pertence à corrente do minimalismo penal. Assim, Ferrajoli considera que o sistema penal deve ser deslegitimado e, posteriormente, relegitimado, por meio do direito penal mínimo. Ademais, o precursor do garantismo defende que o direito penal mínimo é capaz de assegurar as garantias tanto dos desviantes quanto dos não desviantes (ANDRADE, 2006).

Ao longo da história do processo penal, sempre houve uma alternância de preponderância entre a noção de segurança social, relacionada com a eficiência repressiva, e a de salvaguarda do acusado, ligada à proteção das suas garantias (SCARANCE FERNANDES, 2010).

Em um sentido moderno, os termos “eficiência” e “garantismo” não são opostos, pois não se vislumbra um processo eficiente sem garantismo. O processo eficiente é exatamente aquele que não só possibilita uma persecução penal eficiente, mas também permite uma incidência eficiente das normas de garantia (SCARANCE FERNANDES, 2009; SCARANCE FERNANDES, 2010).

As normas de cunho garantista surgiram em razão da necessidade de tutela dos direitos fundamentais dos seres humanos em face do poder punitivo do Estado. Após serem previstas nas Constituições, tais normas devem ser respeitadas tanto pelo Estado quanto pela sociedade (SCARANCE FERNANDES, 2010).

Diante dos atentados terroristas ocorridos nos países ocidentais no século XXI, a corrente jurídica garantista se encontra em um impasse: combater as organizações terroristas, sendo que pode ofender as liberdades fundamentais e o princípio da legalidade nessa luta, ou defender a manutenção da preponderância das garantias diante dos pedidos de segurança (BIONDO, 2011).

Devido à preocupação com a ocorrência de ataques terroristas, os países ocidentais adotaram a estratégia de utilizar os meios eficientes para reprimir o terrorismo. Nesse quadro, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu, em várias resoluções, que o terrorismo coloca em risco a vida e o bem-estar de todos, bem como a paz e a segurança dos Estados, sendo necessário combatê-lo por meio de ações preventivas e repressivas. Apesar de tais resoluções ressaltarem que os direitos humanos devem ser respeitados, sempre há o perigo de acontecerem abusos no emprego de mecanismos eficazes, os quais podem violar as garantias dos direitos humanos (SCARANCE FERNANDES, 2014).

Nas respostas dadas ao terrorismo, é importante compreender que não deve existir oposição entre eficiência e garantismo, pois, conforme já dito, o processo será eficiente se possibilitar uma eficiente persecução penal, bem como se permitir uma eficiente atuação das normas de cunho garantista (SCARANCE FERNANDES, 2014).

Apresenta-se necessária, nesse contexto, a busca pela harmonia entre a atribuição de instrumentos adequados aos órgãos estatais que realizam a persecução penal e a destinação das garantias fundamentais do devido processo legal ao investigado, acusado e condenado (SCARANCE FERNANDES, 2014).

Desse modo, será eficiente a lei antiterrorista que possibilitar tanto o enfrentamento do terrorismo quanto o resguardo do núcleo essencial de garantias (SCARANCE FERNANDES, 2014).

A utilização de mecanismos de prevenção, investigação e instrução processual para verificação e comprovação do cometimento de atos terroristas deve ter como limites tanto as normas constitucionais de cada país quanto as garantias consagradas nas convenções regionais ou internacionais. Além disso, as eventuais mitigações feitas nos direitos individuais não

podem aniquilar as garantias e ofender as proibições, sendo que só podem ser admitidas se forem permitidas pelas Constituições e forem essenciais à manutenção de outros direitos de maior importância (SCARANCA FERNANDES, 2014).

Quanto à guerra contra o terrorismo e a teoria do direito penal do inimigo, Ferrajoli, como precursor do garantismo, apresenta uma postura de apoio ao direito penal e às suas garantias.

De acordo com Ferrajoli (2007), como o termo “inimigo” está relacionado à guerra, o direito penal do inimigo revela uma contradição, por representar, na verdade, a negação do direito penal. Assim, tal autor ressalta que a concepção do terrorista como inimigo é capaz de oprimir todas as garantias do direito penal, tais como o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, a presunção de inocência, o ônus da prova e os direitos de defesa.

Ferrajoli (2007) esclarece que a expressão “guerra contra o terrorismo” não é adequada, afinal as guerras ocorrem entre Estados e envolvem exércitos regulares e inimigos determinados.

Aliás, a linguagem utilizada no contexto da guerra contra o terrorismo permite tanto a legitimação da guerra externa, preventiva e possivelmente permanente, devido à presença do inimigo externo, quanto a adoção de mecanismos de emergência e de medidas limitativas das liberdades fundamentais dos membros da sociedade, em razão do inimigo interno, o qual é suspeito de ser cúmplice do inimigo externo (FERRAJOLI, 2007).

De acordo com Ferrajoli (2007), os ataques terroristas não representam atos de guerra. Assim, a guerra não é o meio mais eficaz para enfrentar o terrorismo, afinal o objetivo do terrorismo é exatamente a provocação de tal conflito. Nesse sentido, a guerra contra o terror satisfaz o desejo de vingança, mas prejudica vítimas inocentes, bem como gera o apoio da opinião pública pela adoção de políticas de exceção pelo governo, mas não atinge as organizações terroristas.

Desse modo, Ferrajoli (2007) propõe a utilização do direito penal como resposta ao terrorismo. Isso se dá por meio do reconhecimento dos atos terroristas como delitos, e não como atos de guerra. Conseqüentemente, os Estados devem reagir com os meios do direito, ou seja, com a imputação das responsabilidades de acordo com as garantias do processo correto e com a aplicação das penas previstas em lei.

Ademais, o autor italiano observa que, como o terrorismo internacional é praticado, em geral, por uma rede de organizações clandestinas presentes em vários países, tal fenômeno

pode ser enfrentado por meio da atuação de uma rede de forças policiais capaz de identificar os líderes, os cúmplices, os financiamentos e as estruturas (FERRAJOLI, 2007).

Portanto, para Ferrajoli (2007), apenas o emprego do direito e da razão diante do terrorismo é capaz de proteger tanto os princípios de garantia do processo correto quanto o futuro da democracia.

Além do mais, tendo em vista os preceitos garantidores dos direitos fundamentais, observa-se que há alguns abusos sem justificativa empregados na repressão ao terrorismo (SCARANCA FERNANDES, 2014).

Para Miranda (2003 apud SCARANCA FERNANDES, 2014), trazem inquietações as prisões sem prazo determinado, o não acesso a advogados, as interceptações telefônicas ou buscas sem autorização judicial, entre outras medidas empregadas no enfrentamento do terrorismo.

Ademais, segundo Sampaio (2003 apud SCARANCA FERNANDES, 2014), algumas limitações aos direitos fundamentais são abusivas, como o uso da tortura, a incomunicabilidade dos detidos e a prisão sem prazo determinado de imigrantes.

Além disso, apesar de, em geral, ser imprescindível a colheita de elementos que indiquem o cometimento de uma conduta criminosa para que o suspeito seja investigado e, eventualmente, se sujeite à imposição de medidas restritivas de direitos; isso não se aplica, muitas vezes, ao terrorismo (SCARANCA FERNANDES, 2014).

Na luta contra o terrorismo, são admitidas listas de suspeitos que analisam outros critérios, como origem, modo de vida e condição social da pessoa. Após serem colocados nessas listas, os suspeitos passam a ter suas rotinas acompanhadas. Nos Estados Unidos, constam mais de 420 mil nomes de suspeitos de terrorismo em um banco de dados (SCARANCA FERNANDES, 2014).

Ressalta-se que o Conselho da União Europeia permite a utilização dessas listas, sendo que podem ser registradas informações acerca de indivíduos, grupos ou autoridades sem que seja necessária prévia perseguição, investigação ou condenação. Em suma, quem figurar na lista de suspeitos pode ser vigiado e submetido a medidas restritivas sem que tenha ocorrido uma anterior investigação (SCARANCA FERNANDES, 2014).

Ora, no processo penal, a suspeita com base no modo de vida das pessoas foi abandonada há um bom tempo. Desde então, para que alguém possa ser investigado, passou-

se a exigir o cometimento de atos. Portanto, a criação de listas de suspeitos de terrorismo somente seria aceitável caso se fundasse na prática de condutas concretas que indicassem o envolvimento com atividades terroristas (SCARANCA FERNANDES, 2014).

Ademais, quanto às interceptações telefônicas, filmagens, gravações ambientais, apreensões de dados nos computadores e quebras do sigilo bancário e fiscal, que são comumente utilizadas nas investigações do terrorismo; salienta-se que tais medidas necessitam de autorização judicial para serem aplicadas, ao contrário do que dispõem diversas leis antiterroristas (SCARANCA FERNANDES, 2014).

Na busca pela repressão ao terrorismo, deve-se ter em vista o respeito às garantias individuais e as liberdades fundamentais previstas nas convenções internacionais e nas Constituições dos países. É imprescindível um equilíbrio, por mais que essa não seja uma tarefa fácil (SCARANCA FERNANDES, 2014).

Quanto a esse aspecto, Scaranca Fernandes (2014, p. 422) observa:

Pode-se, em suma, concluir que o mundo, surpreendido com as ações do terrorismo global, busca mecanismos de prevenção, de investigação e de instrução mais eficientes para reprimi-lo, caminho que, embora necessário ante a gravidade daquelas ações, deve, contudo, ser feito sem aniquilamento das garantias individuais e com respeito às liberdades fundamentais do homem. É equilíbrio difícil de ser conseguido entre as necessidades de segurança e preservação dos direitos individuais, mas é a busca desse equilíbrio que deve nortear o encaminhamento das medidas a serem implementadas.

De modo semelhante, Biondo (2011) espera que nem todas as leis criadas com o propósito equivocado de garantir a segurança exterminem as garantias.

Ademais, conforme ensina Ferrajoli (2014), o Estado de Direito possui como objetivo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Portanto, não se pode admitir, sob o fundamento de razões de Estado, a ofensa aos direitos e garantias fundamentais de forma ilegítima ou desproporcional, sendo inaceitável a volta dos regimes autoritários ou totalitários em nome da adoção de políticas antiterroristas (SILVA; MAIA, 2014).

3.3. OUTRAS VISÕES QUANTO AO TERRORISMO

Outros autores também defendem que o direito penal tradicional, repleto de direitos e garantias, é capaz de lidar com o terrorismo. Assim, refutam a adoção de um tratamento penal diferenciado em relação ao terrorista.

Nas últimas décadas, nota-se que ocorreram algumas mudanças na política-criminal internacional, entre as quais se destacam: i) o adiantamento da punibilidade; ii) o incremento desproporcional das sanções penais; iii) o emprego do direito penal do autor, e não do fato; iv) o aumento dos crimes de perigo; v) a ausência de uma distinção clara entre penas e medidas de segurança; vi) a flexibilização das garantias processuais. Com o abandono dos princípios garantistas, o direito penal moderno tem se aproximado, cada vez mais, do direito penal máximo (DÓMINE, 2008).

Entretanto, os direitos e garantias fundamentais, especialmente os penais e processuais penais, não podem ser renunciados em um Estado de Direito. Caso contrário, isso provocaria a desconfiguração de tal Estado (DÓMINE, 2008).

Segundo Dómine (2008), é possível lidar com o terrorismo sem contrariar a democracia e sem limitar as liberdades individuais. Para tanto, deve ser empregado um direito penal baseado em tipos penais redigidos de maneira clara e em princípios que somente um direito penal democrático pode assegurar. Apenas o direito penal mínimo é capaz de garantir, simultaneamente, a eficácia e as garantias.

Ademais, de acordo com Zaffaroni (2007), a expressão “direito penal garantista em um Estado de Direito” representa um pleonismo, já que não pode existir nesse tipo de Estado um direito penal que não seja garantista.

O direito penal garantista pertence ao Estado de Direito, pois as garantias penais e processuais penais são frutos da contenção que todo Estado de Direito exerce sobre o Estado de polícia. Assim, o direito penal deve assegurar as garantias dos cidadãos, para que o Estado de Direito mantenha a sua essência (ZAFFARONI, 2007).

Desse modo, Zaffaroni (2007) prega que os terroristas sejam punidos caso cometam crimes, sendo os autores individualizados, presos, processados, julgados, condenados e levados à execução da pena, pois esse é o papel que o direito penal pode desempenhar. Para tal autor, caso os atos terroristas configurem crimes de lesa-humanidade, o agente receberá o tratamento destinado a esse tipo de delito; caso contrário, receberá as penas dos tipos penais

que praticou, como homicídio como meio hábil a gerar grandes estragos, sequestro, associação ilícita etc. Nota-se que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, as sanções penais cominadas a tais condutas criminosas são severas.

Portanto, segundo o referido autor argentino, a observância dos direitos fundamentais é a melhor maneira de assegurar a eficácia do direito penal. Desse modo, não se pode renunciar ao discurso garantista nem mesmo em situações de crise (ZAFFARONI, 2007).

Igualmente, Cussac (2005) defende que devem ser mantidos os princípios básicos do Estado de Direito no enfrentamento do terrorismo, o que impede o uso de tal fenômeno como pretexto para a inobservância do sistema de direitos fundamentais. Com isso, o autor sugere, como resposta ao terrorismo, que as leis penais: i) definam claramente as condutas criminosas; ii) estabeleçam uma legislação eficaz contra o financiamento de grupos terroristas; iii) tragam regras de investigação e procedimento que proporcionem a coexistência entre eficácia e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Além do mais, Cancio Meliá (2008) alerta que o endurecimento da legislação penal antiterrorista após os ataques de 11 de setembro não é capaz de prevenir a ocorrência de novos ataques, ainda mais se for considerado a alta incidência de terroristas suicidas. Desse modo, a polícia e os serviços de inteligência se mostram os mais adequados para prevenir a ocorrência desse tipo de crime, e não a pena.

De fato, o direito penal antiterrorista que tem sido produzido não é eficaz na prevenção do terrorismo, mas sim na criação da categoria dos inimigos malvados, que estão além do mero delinquente. No entanto, o intuito dos terroristas é exatamente esse: o reconhecimento do poder beligerante deles (CANCIO MELIÁ, 2008).

Dessa forma, Cancio Meliá (2002) defende que o Estado não pode perder a coragem diante dos casos de terrorismo.

Além desses autores, Miró Llinares (2006) prega que o direito penal representa a melhor forma de enfrentar o terrorista, por meio da responsabilização pelas condutas criminosas praticadas. Ademais, considera que as demais formas de controle social também devem ser empregadas para prevenir os delitos.

Assim, não se pode permanecer inerte diante das mitigações que os princípios penais básicos e as garantias processuais fundamentais têm sofrido sob o argumento não comprovado cientificamente de que não existe outra maneira de assegurar a segurança da população (MIRÓ LLINARES, 2006).

Ademais, segundo Laranjeira (2009), a escolha pelo sistema de justiça criminal apresenta melhores resultados do que a opção pela guerra contra o terrorismo, por permitir um julgamento justo ao acusado. As garantias possuem uma notável importância justamente em situações de crise, em que pessoas inocentes podem ser detidas pela política de segurança nacional.

Além disso, para Valente (2010), com base em uma tendência humanista, o medo de que novos ataques terroristas aconteçam não pode ser usado como justificativa para a alteração do paradigma penal, ou seja, como fundamento para retirar do terrorista a condição de pessoa e torná-lo um inimigo. O incremento dos meios científicos empregados em uma investigação penal não pode ser equivalente à inobservância dos valores garantidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Por mais que o Estado possua a função de proporcionar segurança aos cidadãos, isso não pode alicerçar a limitação total dos direitos fundamentais (VALENTE, 2010).

A segurança representa uma garantia da convivência em comunidade, mas não se trata de uma garantia ou direito absoluto, sob pena do Estado se tornar totalitário ou autoritário (VALENTE, 2010).

Os casos de terrorismo geraram a primazia do valor segurança, o que pode provocar o retorno ao Estado de Direito formal. No entanto, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos defendem um outro tipo de Estado, o Estado de Direito social material democrático (VALENTE, 2010).

O direito penal deve buscar a harmonia entre a salvaguarda dos bens jurídicos e a proteção do criminoso diante do poder punitivo estatal, mesmo que seja um terrorista (VALENTE, 2010).

Quanto à guerra contra o terrorismo, Valente (2010) ressalta que, se o contexto é o de guerra, deve ser aplicada a Convenção de Genebra, que trata dos direitos dos prisioneiros de guerra. Entretanto, caso não seja essa a situação, devem vigorar as normas do direito penal e processo penal, repletas de garantias ao acusado.

Nesse sentido, Valente (2010, p. 101) afirma:

O Direito penal do ser humano construído sob a égide de uma política criminal humanista deve promover a prevenção do terrorismo, mas dentro dos comandos e ditames constitucionais de um Estado de direito e democrático, deve apresentar ao Direito penal global as valorações e proposições jus constitucionais edificadoras do ser humano e não deladoras da nossa mais nobre riqueza: a humanidade.

Ademais, segundo Damián Moreno (2014), nada impede que o poder legislativo empregue uma política específica diante de certos crimes, mas isso não permite a utilização de casos excepcionais para alterar substancialmente o regime de liberdades. A salvaguarda de certos bens jurídicos não pode justificar a ofensa ao meio adequado para responsabilizar quem cometeu crimes. Aliás, o Estado de Direito se caracteriza justamente pela normalidade processual e o seu comprometimento com a proteção das liberdades.

Nota-se, portanto, que os autores citados acima, como Cussac, Ferrajoli, Scarance Fernandes, Valente e Zaffaroni, pregam a adoção de um direito penal garantista como forma de enfrentamento do terrorismo.

De fato, conforme visto neste capítulo, a submissão do agente que praticar um ato terrorista ao sistema de justiça criminal, com respeito aos direitos e garantias individuais do acusado, se mostra a resposta mais adequada ao terrorismo.

Após os atentados terroristas que ocorreram nos países ocidentais no século XXI, passou-se a questionar sobre o que deve preponderar: a segurança ou os direitos e garantias individuais.

Como se observa pelas reações de diversos países, a ideia de proteção da segurança dos cidadãos tem prevalecido. Assim, prepondera que o Estado deve adotar todas as medidas necessárias para combater o terrorismo e assegurar a segurança nacional, mesmo que isso provoque a mitigação ou exclusão de diversos direitos e garantias individuais.

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, o sistema de direitos fundamentais não pode ser renunciado desse modo, nem mesmo para enfrentar o terrorismo.

As normas de natureza garantista surgiram em razão da necessidade de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos em face do poder punitivo estatal e devem ser respeitadas pelo Estado e pela sociedade.

Como visto, é necessário compreender que o garantismo não se opõe à eficiência. Assim, a lei antiterrorista será eficiente se possibilitar a eficiente persecução penal nos casos de terrorismo e a eficiente incidência das normas garantistas para o acusado.

Portanto, por mais que não seja uma tarefa fácil, é importante conciliar a eficiência na prevenção, investigação e instrução nos casos de terrorismo e a salvaguarda dos direitos e garantias individuais previstos nas Constituições e nos tratados e convenções internacionais.

Observa-se, ademais, que os atos terroristas devem ser considerados crimes, e não atos de guerra, afinal as guerras ocorrem entre Estados. Com isso, o agente que praticar o crime de terrorismo ou o ato terrorista que configure outra conduta criminosa, caso não haja previsão do delito de terrorismo no ordenamento jurídico do país, deverá ser responsabilizado penalmente, sendo que será assegurado o respeito às garantias penais e processuais penais, como deve ocorrer com qualquer pessoa que pratique um crime. Caso o ato configure um crime contra a humanidade, o agente receberá o tratamento destinado a esse tipo de delito, sendo observados seus direitos e garantias.

Não se pode perder de vista que, por mais que o ato terrorista provoque na sociedade sensações de medo e vulnerabilidade, tal conduta, em geral, configura um crime e, portanto, deve ser tratada de acordo com as regras e princípios do direito penal, processual penal e constitucional. Desse modo, não deve prevalecer a ideia de um tratamento jurídico diferenciado destinado ao terrorista, afinal os sujeitos devem ser responsabilizados penalmente pelos atos delituosos que praticam, e não pelo seu modo de ser.

Ressalta-se que, apesar da opção de tratar o ato terrorista como ato de guerra não ser a mais indicada, caso esse seja o posicionamento de um país-alvo de um atentado terrorista, é necessário que sejam asseguradas os direitos dos prisioneiros de guerra e dos combatentes. Não se pode aceitar que o agente que praticou um ato terrorista permaneça em um limbo jurídico, destituído de qualquer direito ou garantia, por não ser considerado criminoso ou combatente, como os Estados Unidos almejavam com a instituição do combatente inimigo.

Além disso, as leis antiterroristas que instituem um tratamento penal e processual penal destituído de diversos direitos e garantias ao acusado de praticar um ato terrorista e que interferem demasiadamente na privacidade e liberdade dos membros da sociedade não são adequadas. É claro que medidas preventivas e repressivas ao terrorismo podem ser tomadas, mas, para tanto, devem ser respeitados os direitos fundamentais previstos nas Constituições dos países e nos tratados e convenções internacionais. Assim, por exemplo, não devem ser

admitidas: i) a prisão do suspeito de terrorismo sem que haja uma acusação formal; ii) o não acesso do preso a um advogado; iii) o impedimento do emprego do *habeas corpus* para questionar a prisão; iv) a espionagem de pessoas sem que haja indícios concretos de envolvimento com a atividade terrorista e sem que haja autorização judicial; v) a colocação de alguém em uma lista de suspeito de terrorismo com base apenas no modo de vida dessa pessoa; vi) o uso da tortura.

Ademais, tendo como base a adoção de um direito penal garantista como a melhor forma de lidar com o terrorismo, as teorias do direito penal do inimigo, preconizada por Jakobs, e da Constituição de emergência, defendida por Ackerman, devem ser rechaçadas. Tais teorias são bem intencionadas, mas afrontam os preceitos garantistas.

Diante disso, percebe-se que o direito penal antiterrorista tem adotado um caminho que se afasta dos preceitos do garantismo penal, seja por meio da luta legislativa contra o terrorismo ou por meio das teorias que defendem a mitigação ou exclusão de certos direitos e garantias individuais nos casos de terrorismo, em nome da segurança dos cidadãos. Nota-se, entretanto, conforme demonstrado, que é possível lidar com o terrorismo sem renunciar aos preceitos do garantismo penal, ou seja, que o direito penal tradicional, repleto de princípios e regras, é suficiente para tratar dos casos de terrorismo.

Desse modo, a adoção de um tratamento jurídico diferenciado para o terrorista deve ser rechaçada. Isso não significa que medidas preventivas e repressivas não possam ser empregadas, mas sim que, na busca pela eficiência da prevenção, investigação e instrução nos casos de terrorismo, os direitos e garantias individuais dos suspeitos, acusados e condenados, bem como da população em geral, não podem ser afrontados injustificadamente. Tal equilíbrio é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Esta monografia tratou dos reflexos do combate ao terrorismo no direito penal moderno e da dicotomia gerada entre segurança e direitos e garantias fundamentais.

Conforme visto, os ataques terroristas que aconteceram nos países ocidentais no século XXI provocaram consequências nas áreas política, legislativa e teórica: os países-alvo de atentados reagiram de maneiras diferentes diante dos casos de terrorismo, sendo que se destacam as posturas dos Estados Unidos, que iniciou a guerra contra o terrorismo, e da Espanha, que optou pela aplicação do sistema de justiça criminal; as leis antiterroristas, com o intuito de assegurar a segurança dos cidadãos, passaram a reduzir ou excluir diversos direitos e garantias individuais e ganharam destaque as teorias do direito penal do inimigo e da Constituição de emergência, que pregam a adoção de regras penais e/ou constitucionais distintas para o terrorismo.

No capítulo I, foi visto que não existe, na esfera jurídica, um conceito unívoco e claro sobre o terrorismo. Entretanto, em geral, são exigidos o aspecto não estatal e a finalidade de amedrontar a população civil, por meio de atos violentos, com objetivos políticos, religiosos ou ideológicos.

Ademais, foi demonstrado que os ataques terroristas ocorridos no século XXI provocaram reações diferentes nos Estados Unidos e nos países europeus.

Por um lado, os Estados Unidos optaram por iniciar a guerra contra o terrorismo, por meio da consideração dos atos terroristas como atos de guerra, e não como delitos. Com isso, as pessoas suspeitas de ligação com a Al-Qaeda foram consideradas combatentes inimigos e submetidas a julgamentos por juntas militares. Ressalta-se que a classificação de alguém como combatente inimigo foi realizada com o intuito de afastar a incidência das normas de direito internacional referentes aos combatentes e aos prisioneiros de guerra. Com isso, o suspeito de terrorismo foi destituído dos direitos penais e processuais penais, por não ser considerado um criminoso, bem como dos direitos internacionais relativos aos combatentes e prisioneiros de guerra, por ser tido como combatente inimigo.

Ademais, os combatentes inimigos foram levados à prisão de Guantánamo, em Cuba, para evitar que os presos tivessem acesso à jurisdição civil nos Estados Unidos.

Diante desse quadro, a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou diversos casos de combatentes inimigos, sendo que se destacam as seguintes decisões: i) a prisão de um combatente inimigo é legal, mas deve se basear em provas contundentes; ii) a Suprema Corte apresenta competência para julgar os *habeas corpus* impetrados em favor dos presos em Guantánamo; iii) o artigo comum 3 da Convenção de Genebra deve incidir nos casos dos combatentes inimigos; iv) os *habeas corpus* podem ser impetrados diretamente nos tribunais federais.

Por outro lado, nos países europeus, em geral, optaram por submeter o acusado de terrorismo ao sistema de justiça criminal, com o respeito aos direitos humanos. Nesse contexto, destaca-se o caso da Espanha. O poder judiciário espanhol julgou diversos acusados de participarem do atentado terrorista em Madrid, em 2004, sendo que foram assegurados os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico da Espanha. Entre os casos julgados, evidencia-se a absolvição, por ausência de provas, do suposto diretor da célula jihadista que organizou o atentado, Mohamed El Egípcio.

No capítulo II, foi examinada a luta legislativa contra o terrorismo promovida em diversos países após os ataques terroristas ocorridos nos Estados Unidos e nos países europeus, sendo que isso provocou a afronta a diversos direitos e garantias individuais.

Assim, nos Estados Unidos, logo após os atentados de 11 de setembro, entrou em vigor o Ato Patriota. Em geral, essa lei possibilita a ampliação do poder punitivo do Estado, sem que haja controle pelo poder judiciário. Entre outras medidas, o Ato Patriota permite a interceptação das comunicações telefônicas ou telemáticas e a realização de pesquisas em locais privados sem necessidade de aviso prévio ao proprietário pela polícia; bem como o enquadramento de alguém como terrorista em virtude da sua caracterização subjetiva. Atualmente, está em vigor a Lei da Liberdade, que permite à Agência de Segurança Nacional (NSA) o monitoramento dos dados telefônicos e de internet dos norte-americanos.

No Reino Unido, em 2005, foi promulgada a Lei de Prevenção ao Terrorismo, que possibilita o monitoramento e a detenção de estrangeiros. Além disso, em 2006, foi instituída a *UK Terrorism Act 2006*, que restringe certos direitos e liberdades fundamentais, bem como cria novos tipos penais relacionados ao terrorismo.

Na Alemanha, entraram em vigor, em 2002, inúmeras medidas contra o terrorismo que limitam diversos direitos e garantias, como a tutela da intimidade e dos dados pessoais. Ademais, em 2009, foi promulgada a lei de segurança sobre informações, que autorizava o

acesso aos dados de comunicação dos cidadãos. Entretanto, em 2010, o Tribunal Constitucional alemão considerou tal lei inconstitucional, por violar a privacidade dos membros da sociedade, e determinou a eliminação dos dados armazenados.

Na França, em 2006, entrou em vigor a lei 2006-04, que, entre outras medidas, ampliou consideravelmente as penas dos delitos relacionados ao terrorismo, admitiu a prisão de suspeitos por quatro a seis dias sem que a investigação judicial se torne oficial e impediu o acesso do preso ao advogado por três dias. Além disso, em 2015, foi aprovada a lei que possibilita o monitoramento de suspeitos de terrorismo sem que haja autorização judicial.

Na Espanha, o direito penal antiterrorista é um dos mais rígidos da Europa. Assim, as penas previstas para crimes ligados ao terrorismo são muito altas; as regras quanto à prisão preventiva, à inviolabilidade de domicílio e ao sigilo de comunicação são distintas se a investigação se relacionar com os casos de terrorismo e novos tipos penais referentes ao terrorismo são criados com frequência, entre outras medidas.

Ademais, foram analisadas as teorias do direito penal do inimigo e da Constituição de emergência, que ganharam projeção após os atentados terroristas ocorridos nos países ocidentais no século XXI.

Na teoria do direito penal do inimigo, Jakobs prega que coexistem dois tipos de direito penal: o direito penal do cidadão e o do inimigo, sendo que este deve ser claramente delimitado para não contaminar aquele. Para tal autor alemão, o terrorista é visto como um inimigo, ou seja, uma não pessoa, por se autoexcluir ou deixar de cumprir seus deveres na sociedade. Desse modo, o terrorista é tratado de um modo diferenciado, pois: i) há um adiantamento da punibilidade, ou seja, o ordenamento jurídico passa a ter como referência o fato futuro, e não o fato praticado; ii) há cominação de penas demasiadamente altas e desproporcionais; iii) há redução ou exclusão de vários direitos e garantias penais e processuais penais.

A construção teórica do direito penal do inimigo foi duramente criticada por vários doutrinadores, como Cancio Meliá, Miró Llinares, Muñoz Conde e Zaffaroni, os quais demonstraram que tal teoria não deve ser admitida.

De fato, a teoria do direito penal do inimigo não deve ser aceita, pois, conforme foi visto, essa teoria: i) ofende o princípio do direito penal do fato, ao responsabilizar o agente pelo seu modo de vida, e não pelo fato que praticou; ii) falha ao acreditar que o direito penal do inimigo será limitado e não contaminará o direito penal ordinário; iii) permite a ampliação

irrestrita do poder punitivo estatal, o que pode provocar a descaracterização do Estado de Direito; iv) considera que pode ser negado ao inimigo o caráter de pessoa, apesar dessa condição ser inerente a todo ser humano; v) não apresenta um conceito claro do inimigo, o que pode gerar a determinação de qualquer sujeito como uma não pessoa; vi) ofende os direitos fundamentais e as bases do Estado de Direito.

Na teoria da Constituição de emergência, Ackerman defende a adoção de um novo modelo constitucional que permita a instalação do estado de emergência de curta duração para evitar a ocorrência de novos ataques terroristas. Assim, propõe a admissão da prisão preventiva em massa dos suspeitos de terrorismo sem que estejam presentes os requisitos de demonstração da causa provável ou da suspeita razoável.

No modelo da Constituição de emergência, Ackerman prevê a introdução dos institutos da escalada supermajoritária e do controle minoritário de informações. A escalada supermajoritária é um mecanismo utilizado para evitar a duração indeterminada do estado de emergência, pois exige, com o passar do tempo, um índice de aprovação parlamentar cada vez maior para que o regime emergencial permaneça vigente. Por sua vez, o controle minoritário de informações compreende o acesso das minorias parlamentares às informações do governo, para que possam decidir de maneira adequada quanto à manutenção do estado de emergência.

Além disso, Ackerman propõe a compensação financeira (indenização) para os inocentes que forem presos.

Entretanto, como demonstrado por Cole, a teoria da Constituição de emergência falha ao: i) permitir a prisão preventiva em massa sem demonstração da causa provável ou da suspeita razoável; ii) admitir a detenção de pessoas que podem ser inocentes apenas para tranquilizar a população; iii) impedir a revisão judicial imediata da legalidade das detenções; iv) considerar que o instituto da escalada supermajoritária é capaz de resolver os problemas que decorrem da concessão de poderes extraordinários ao chefe do poder executivo; v) acreditar que a eventual indenização em caso de prisão de inocentes será capaz de reparar os danos sofridos por quem foi detido injustamente.

Portanto, apesar de as teorias do direito penal do inimigo e da Constituição de emergência serem bem intencionadas, elas devem ser rejeitadas.

No capítulo III, foram estudadas a dicotomia entre segurança e direitos e garantias individuais provocada pelo combate ao terrorismo e as visões de cunho garantista de diversos autores sobre o tratamento dado ao terrorismo.

Conforme visto, sob o fundamento de proteger a segurança dos cidadãos na luta contra o terrorismo, diversos direitos e garantias individuais foram mitigados ou excluídos. Assim, na oposição entre segurança e direitos e garantias individuais, aquele valor tem prevalecido em detrimento destes. Tal situação pode ser observada tanto pelas leis antiterroristas que surgiram após os atentados terroristas ocorridos no presente século quanto pelas teorias que pregam a adoção de um tratamento penal diferenciado para o terrorista.

Nota-se, assim, que o direito penal moderno antiterrorista tem se afastado dos enunciados garantistas, o que é preocupante. Os direitos e as garantias individuais são o resultado de um longo processo de luta contra o poder absoluto do Estado e não podem ser aniquilados em um Estado Democrático de Direito, nem mesmo para reprimir o terrorismo. Torna-se necessário, portanto, um equilíbrio entre a segurança e os direitos e garantias individuais.

Como demonstrado, apesar de não ser uma tarefa fácil, é imprescindível que, na busca por assegurar a segurança da população, o uso de mecanismos de prevenção, investigação e instrução nos casos de terrorismo não pode ofender, injustificadamente, os direitos e garantias individuais.

Assim, não é necessário adotar, especificamente no caso de terrorismo, um direito penal que retira ou aniquila os direitos, as liberdades e as garantias dos acusados e dos membros da sociedade. O emprego do direito penal tradicional, que observa as garantias do processo correto, se mostra a resposta mais adequada ao terrorismo do que a guerra, como ensina Ferrajoli. A guerra ocorre entre Estados e exige a presença de exércitos regulares e de inimigos certos, o que não se vislumbra nos casos de atos terroristas. Com isso, se apresenta inapropriada a utilização de expressões como guerra, luta ou combate ao terrorismo.

Nesse sentido, é primordial que se busque, na repressão ao terrorismo, a observância dos princípios da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade, da culpabilidade, da jurisdicionabilidade, acusatório, do ônus da prova e do contraditório, os quais representam os axiomas garantistas.

Assim, entre outras medidas, é necessário que: i) os tipos penais relacionados ao terrorismo sejam redigidos de forma clara e evitem a criminalização de atos anteriores à prática de uma ação criminosa; ii) as penas cominadas sejam proporcionais às condutas criminosas praticadas; iii) o suspeito ou acusado de terrorismo tenha acesso ao advogado, tenha ciência que quais fatos lhe são imputados e possa utilizar o *habeas corpus*; iv) os

requisitos da prisão preventiva estejam presentes para que os suspeitos de envolvimento com a atividade terrorista sejam detidos.

Ademais, como os mecanismos adotados nas leis antiterroristas podem violar a intimidade, a privacidade e a liberdade de diversas pessoas, é necessário que sejam observados os seguintes requisitos para a implementação de regras dessa natureza: i) presença de elementos concretos que indiquem a suspeita de envolvimento com a atividade terrorista; ii) necessidade de autorização judicial; iii) respeito ao princípio da proporcionalidade.

Portanto, conforme demonstrado, a adoção de um sistema de justiça criminal, que respeite os direitos e garantias penais, processuais penais, constitucionais e internacionais, é a melhor opção para lidar com o terrorismo, pois isso garante que o acusado tenha um processo justo. Desse modo, o agente que praticar um ato de terrorismo será responsabilizado criminalmente pelo delito de terrorismo, caso haja tipificação de tal delito, ou pelo crime que corresponder ao fato cometido (homicídio, sequestro etc), com a observância dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, n. 113, p. 1029-1091, 2004. Disponível em: http://www.yalelawjournal.org/pdf/289_jz567rmk.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 27, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

ARAÚJO, Thiago Cássio d'Ávila. Terrorismo, direitos fundamentais e os aspectos críticos da teoria da Constituição de Emergência. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 175-205, out./dez. 2008.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional em matéria penal e terrorismo. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos. (Coord.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 381-400.

BIONDO, Francesco. Emergencia y garantías (en el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli). In: MASFERRER, Aniceto (E.). *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la Lucha contra el terrorismo: una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*. Pamplona: Aranzadi, 2011. p. 515-544.

CANCIO MELIÁ, Manuel. “Derecho Penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 05, p. 201-216, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Terrorismo y derecho penal: la engañosa pesadilla de la prevención. *El Mundo-León*, León, p. 2, 20 set. 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 71-118.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Los delitos de terrorismo en derecho penal español. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos. (Coord.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 183-226.

CAVALCANTI, Maria Luísa. *Críticos acusam nova lei antiterrorismo britânica de ferir liberdades individuais*. Disponível em: <http://www.brasil.rfi.fr/geral/20150113-linha-direta-130115>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

CÍNDIO, Pedro. A partir de julho, criticar monarquia na Espanha será considerado terrorismo. *Opera Mundi*, Belo Horizonte, 25 jun. 2015. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/40815/a+partir+de+julho+criticar+monarquia+na+espanha+sera+considerado+terrorismo.shtml>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

CHAVES, Christian Frau Obrador. A luta contra o terrorismo e a proteção dos dados pessoais: análise crítica de um precedente do Tribunal Constitucional Alemão (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT). *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 4, n. 12, p. 284-293, jul.-set., 2010.

COLE, David. The priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1753-1800, jun. 2004. Disponível em: http://www.yalelawjournal.org/pdf/144_pznn1gon.pdf. Acesso em: 05 de junho de 2015.

CONDE, Enrique Álvarez; GONZÁLEZ, Hortensia. *Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales*. Disponível em: http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/891/891_Alvarezcondegonzalez.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2015.

CRAVEIRO, Rodrigo. França amplia poder. *Correio Braziliense*, Brasília, número 1922, p. 14, 25 jun. 2015.

CUSSAC, José L. González. El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas, Lección inaugural del curso 2005/2006, Ed. Universitat Jaume I, Castellón, 2005. Disponível em: <https://www.uji.es/bin/infoinst/actes/inaugura/0506/lic.pdf>.

DAMIÁN MORENO, Juan. Especialidades procesales del derecho español en materia de terrorismo. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos. (Coord.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 227-242.

DIETER, Maurício Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 75, p. 295-338, nov.-dez. 2008.

DÓMINE, María Cecilia. El terrorismo internacional: un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 75, p. 236-294, nov.-dez. 2008.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Combatente inimigo, *homo sacer* ou inimigo absoluto?: o estado de exceção e o novo *nomos* na terra: o impacto do terrorismo sobre o sistema jurídico-político do século XXI / Andrea de Quadros Dantas Echeverria. 1 ed. – Curitiba: CRV, 2013.

ESPIONAGEM vira refém. *Correio Braziliense*, Brasília, número 18999, p. 11, 01º jun. 2015.

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

FERNANDES, Daniela. Confira os maiores atentados terroristas na França. *BBC Brasil*, Paris, 11 jan. 2015. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/01/150111_lista_atentados_df_lgb. Acesso em: 22 de maio de 2015.

FERNANDES, Hélène Marine Serra. *O Direito Penal do Inimigo: reconfiguração do Estado de Direito?*. 2011. 65 f. Dissertação (Mestrado), Universidade do Porto, Porto, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del inimigo y la disolución del derecho penal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, ano 1, n. 19, p. 05-22. 2007. Disponível em: <http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio – 4 ed. ver.. – São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Antonia Morgana Coelho; ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. A lei do antiterrorismo na França e a antítese entre a defesa dos direitos humanos e a permissão aos abusos contra eles. *Revista jurídica da FA7*, Fortaleza, v. VI, n. 1, p. 211-228, abr. 2009.

FONTOURA, Jorge. O colapso das liberdades civis. *Correio Braziliense*, Brasília, número 19.062, p. 11, 04 ago. 2015.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. O combate ao terrorismo no direito inglês: uma visão de equilíbrio entre a repressão e os direitos fundamentais. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos. (Coord.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 167-182.

GRAMPO sob limites. *Correio Braziliense*, Brasília, número 19001, p. 13, 03 jun. 2015.

JAKOBS, Günther; Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo / Terroristas como Pessoas de Direito? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.19-70.

LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *War and peace: the “enemy combatant” cases in a comparative perspective*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1857950. Acesso em: 17 de fevereiro de 2015.

MACHADO, Jorge Alberto S.. *Segurança e Combate ao Terrorismo: uma breve análise da lei de retenção de dados na Alemanha*. Disponível em: http://www.gpopai.usp.br/wiki/index.php/Seguran%C3%A7a_e_Combate_ao_Terrorismo:_uma_breve_an%C3%A1lise_da_lei_de_reten%C3%A7%C3%A3o_de_dados_na_Alemanha. Acesso em: 17 de julho de 2015.

MASFERRER, Aniceto. Legislación anti-terrorista, Estado de Derecho y Derechos Fundamentales. Una aproximación a los límites del Estado en el constitucionalismo moderno. In: MASFERRER, Aniceto (E.). *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la Lucha contra el terrorismo: una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*. Pamplona: Aranzadi, 2011. p. 191-254.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais perante o terrorismo. In: *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53-68.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Persona o enemigo: vigencia real o postulada de las normas; Estado de Derecho perfecto u óptimo en lá práctica. Al hilo de la segunda edición del libro Derecho Penal Del Inimigo de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Revista de la facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Elche, v. 1, n. 1, p. 133-163, jul. 2006. Disponível em: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/01-tm-11-miro.pdf>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, p. 93-119, mar.-abr. 2010.

PÉREZ, Carmem Lamarca. Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, tomo 46, p. 536-559, mai.-ago. 1993. Disponível em: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46440.pdf . Acesso em: 10 de abril de 2015.

PICY, Emile; THOMAS, Leigh. Conselho Constitucional aprova lei de vigilância na França. *Reuters Brasil*, Paris, 23 jul. 2015. Disponível em: <http://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKCN0PY00220150724>. Acesso em: 25 de julho de 2015.

PINHEIRO, Aline. *Prisão de brasileiro mostra abusos autorizados por lei*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-20/prisao-brasileiro-mostra-abusos-autorizados-lei-inglesa-antiterrorismo>. Acesso em: 11 de julho de 2015.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 771, p. 421-447, jan., 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Terror: uma visão parcial do fenômeno terrorista. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 447-460.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scaranca; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 09-28.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional / Antonio Scaranca Fernandes*. – 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. Terrorismo: eficiência e garantismo. In: FERNANDES, Antonio Scaranca; ZILLI, Marcos. (Coord.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 401-424.

SILVA, Anamara Osório; MAIA, Vitor Bastos. A corte europeia de direitos humanos e o terrorismo praticado em tempos de emergência: o devido processo penal entre eficiência e garantismo. . In: FERNANDES, Antonio Scaranca; ZILLI, Marcos. (Coord.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 315-353.

SOUZA, André de Mello e; MORAES, Rodrigo Fracalossi de. A relevância do terrorismo na política internacional contemporânea e suas implicações para o Brasil. In: SOUZA, André de Mello e; NASSER, Reginaldo Mattar; MORAES, Rodrigo Fracalossi de (Organizadores). *Do 11 de setembro de 2001 à guerra ao terror: reflexões sobre o terrorismo no século XXI*. Brasília: Ipea, 2014. p. 13-43.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Aspectos penais do terrorismo na Alemanha: uma breve introdução. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos. (Coord.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 273-290.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso*. São Paulo: Almedina, 2010.

VERVAELE, John A. E. A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo? *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 1, p. 01-38, nov. 2007. Disponível em: http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf. Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*/ E. Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007.

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

WALKER, Gabriela. Batalha pelo “grampo”. *Correio Braziliense*, Brasília, número 19000, p.12, 02 jun. 2015.