

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

MANUELLE MARIA LIMA GAIÃO

**COMBATE AO TERRORISMO E POSSÍVEIS AMEAÇAS AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO *PATRIOT ACT* E DA LEI 13.260/2016**

NITERÓI
2020

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

MANUELLE MARIA LIMA GAIÃO

**COMBATE AO TERRORISMO E POSSÍVEIS AMEAÇAS AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO *PATRIOT ACT* E DA LEI 13.260/2016**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito Constitucional, na área de concentração “Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional”.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso.

NITERÓI
2020

FICHA CATALOGRAFICA

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

G137c Gaião, Manuelle Maria Lima
COMBATE AO TERRORISMO E POSSÍVEIS AMEAÇAS AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO PATRIOT ACT E DA LEI 13.260/2016
/ Manuelle Maria Lima Gaião ; Marco Aurélio Lagreca
Casamasso, orientador. Niterói, 2020.
161 p.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2020.m.10466992700>

1. Terrorismo. 2. Limitações aos direitos fundamentais. 3.
Patriot Act. 4. Lei Antiterror brasileira. 5. Produção
intelectual. I. Casamasso, Marco Aurélio Lagreca, orientador.
II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito.
III. Título.

CDD -

Bibliotecário responsável: Sandra Lopes Coelho - CRB7/3389

MANUELLE MARIA LIMA GAIÃO

**COMBATE AO TERRORISMO E POSSÍVEIS AMEAÇAS AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO PATRIOT ACT E DA LEI 13.260/2016**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito Constitucional, na área de concentração “Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional”.

Aprovada em 10 de setembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso
Universidade Federal Fluminense

Prof^ª. Dr^ª. Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski
Universidade Federal Fluminense

Prof^ª. Dr^ª. Waleska Marcy Rosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico à minha família e a todos que colaboraram e me incentivaram ao longo do processo de escrita.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família que me apoiou ao longo da minha vida, principalmente, quando o assunto eram os estudos. À minha falecida mãe, Marisa, que deixou grandes ensinamentos, apontando sempre que os estudos deveriam ser o norte da minha vida e de uma vida estável. Ao meu pai, Ricardo, que durante esse período de escrita esteve ao meu lado. À minha irmã, Marcelle, que, mesmo morando na Austrália, se fez presente. À Katherine, , que esteve disposta a dar conselhos que me auxiliassem a produzir. À minha tia e madrinha, Carmen, pela proteção maternal que promove. Ao meu tio e padrinho, Flávio, que, ao longo do mestrado, dava-me dicas valiosas quanto ao meu tema. Aos meus primos, Nilo e Maria Clara, pela tentativa de tornar esse período mais leve. Agradeço ao meu orientador, Professor Marco Aurélio Lagreca Casamasso por todas as dicas que me impulsionaram a melhorar meu desenvolvimento acadêmico. Obrigada pelas exigências e por se tornar um grande referencial de profissional.

Aos meus companheiros de trabalho da Justiça Federal que entenderam o árduo e trabalhoso caminho do mestrado.

Aos meus professores e funcionários da Universidade Federal Fluminense que propiciaram o melhor ambiente acadêmico que pude ter.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo entender os limites jurídicos de medidas estatais utilizadas nos processos de resposta e combate ao terrorismo, não perdendo de foco que tais ações podem infringir diversos direitos dos indivíduos envolvidos nelas. Para aprofundar tal questão, na primeira parte da pesquisa, buscou-se entender a origem do monopólio da força física e do poder político pelo Estado, preceito originado ainda no contexto da Ditadura Romana (110 a.C. a 79 a.C). Tal poder é central para entender o funcionamento de medidas de estabelecimento da ordem e segurança, visto que foi neste período que os entes nacionais passaram a poder elaborar providências para controlar situações de crise e restaurar a ordem. A partir desta visão, o direito acaba sendo insuficiente para manter questões de ordem pública, como o terrorismo. De forma a pensar soluções para tal questão, o trabalho busca atribuir ao direito função essencial. Desta forma encerra-se a primeira parte com a discussão de modelos que permitam que a ação estatal fosse constitucional e gerida por mecanismos de controle. Na segunda parte deste trabalho foram examinados os limites e dificuldades que o Direito Internacional tem em conceituar o fenômeno do terrorismo. Esta pluralidade de definições não só gera dificuldades de diálogo entre nações, mas também pode prejudicar a construção de políticas antiterroristas. Para isto foi avaliada a permissividade da intervenção do Estado à luz das teorias do estado de exceção e do Estado Democrático de Direito, de modo a verificar em que medida a segurança nacional poderia servir de argumento que justificasse possíveis lesões a direitos fundamentais no combate ao terrorismo. Ainda nesta sessão, foram examinadas duas importantes legislações que surgiram no contexto pós-11 de setembro, e que determinam ações coercitivas contra a prática do terrorismo. São elas: a americana Lei Patriótica (2001) e a brasileira Lei 13.260/2016 (2016). Em ambos os casos foram analisados pontos que podem pôr a constitucionalidade destas leis em xeque, visto que confrontam direitos fundamentais individuais e/ou coletivos, em prol da manutenção da segurança doméstica. A partir de tais análises, este estudo propõe que cabe aos Estados e organismos internacionais a criação de políticas transfronteiriças adequadas e de reformas institucionais dos órgãos de segurança nacionais. Desta forma, seria garantir que os direitos fundamentais fossem prevalentes sobre quaisquer políticas de segurança. Finalmente, propõe-se que a sociedade civil deve ficar responsável pelo constante estímulo ao exercício da cidadania, através de suas organização e políticas efetivas sobre o tema.

Palavras-chave: Terrorismo. Limitações aos direitos fundamentais. *Patriot Act*. Lei Antiterror brasileira.

ABSTRACT

This dissertation aims to understand the legal limits of state measures used in the processes of responding and combating terrorism, without losing focus that such actions may infringe on the various rights of the individuals involved in them. In order to deepen this question, in the first part of the research, it was sought to understand the origin of the monopoly of physical strength and political power by the State, a precept still originated in the context of the Roman Dictatorship (110 BC to 79 BC). Such power is central to understanding the functioning of measures to establish order and security, since it was during this period that national entities began to be able to develop measures to control crisis situations and restore order. From this point of view, the law ends up being insufficient to maintain issues of public order, such as terrorism. In order to think about solutions to this issue, the work seeks to attribute essential function to law. Thus, the first part ends with the discussion of models that allow state action to be constitutional and managed by control mechanisms. In the second part of this work, the limits and difficulties that International Law has in conceptualizing the phenomenon of terrorism were examined. This plurality of definitions not only creates difficulties for dialogue between nations, but can also hamper the construction of anti-terrorist policies. For this, the permissiveness of State intervention was evaluated in the light of the theories of the state of exception and the Democratic Rule of Law, in order to verify to what extent national security could serve as an argument that justified possible injuries to fundamental rights in the fight against terrorism. Also in this session, two important laws that emerged in the post-9/11 context, which determine coercive actions against the practice of terrorism, were examined. They are: the American Patriotic Law (2001) and the Brazilian Law 13.260 / 2016 (2016). In both cases, points that could put the constitutionality of these laws in check were analyzed, since they confront fundamental individual and / or collective rights, in favor of maintaining domestic security. Based on such analyzes, this study proposes that it is up to States and international organizations to create adequate cross-border policies and institutional reforms for national security bodies. In this way, it would ensure that fundamental rights are prevalent over any security policies. Finally, it is proposed that civil society should be responsible for constantly stimulating the exercise of citizenship, through its organization and effective policies on the subject.

Keywords: Terrorism. Limitations on fundamental rights. Patriot Act. Brazilian Antiterrorist Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ONU – Organização das Nações Unidas
APT - Associação para a Prevenção a Tortura
USAPA - *USA Patriot Act*
FBI – *Federal Bureau of Investigation*
CIA - *Central Intelligence Agency*
FISA - *Foreign Intelligence Surveillance Act*
RICO - *The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*
NSA - *National Security Agency*
AI5 - Ato Institucional n.º 5

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA E SOLUÇÕES ESTATAIS PARA RESTABELECER A ORDEM.....	16
2.1 O estabelecimento da ordem pelo estado e o monopólio da força física.....	17
2.2 As respostas do estado às situações emergenciais.....	19
2.2.1 A Ditadura Constitucional Romana.....	19
2.2.2 A razão de Estado de Nicolau Maquiavel.....	23
2.2.3 O Segundo Tratado sobre o Governo Civil de John Locke.....	29
2.2.4 A soberania e a exceção, segundo Carl Schmitt.....	35
2.3 Os modelos constitucionais de enfrentamento às crises.....	3938
2.3.1 Modelo Constitucional Executivo.....	41
2.3.2 Modelo Constitucional Legislativo.....	44
3. TERRORISMO, ESTADO DE EXCEÇÃO E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	49
3.1 A dificuldade de conceituar terrorismo no direito internacional.....	49
3.2 O paradigma de segurança no combate ao terrorismo e o estado de exceção.....	56
3.3 O combate ao terrorismo e as possíveis limitações aos direitos fundamentais.....	59
3.3.1 Estado de Direito e a submissão à lei.....	59
3.3.2 O contexto histórico e evolutivo dos direitos fundamentais.....	65
3.3.3 A limitação dos direitos fundamentais e as medidas contraterroristas.....	7372
3.3.4 O combate ao terrorismo e a necessidade de elaborar uma Constituição emergencial para Bruce Ackerman.....	77
3.4 <i>Ticking Bomb Scenario Theory</i> – o emprego da tortura na iminência de um atentado terrorista.....	81
4. A RESPOSTA AMERICANA AOS ATENTADOS DE 11 DE SETEMBRO E O EMBATE ENTRE SEGURANÇA NACIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	91
4.1 O <i>Patriot Act</i> ou Lei Patriótica Americana.....	91
4.2 Definição de terrorismo doméstico no <i>Patriot Act</i>	95
4.3 O amplo poder do executivo, a ausência de definição acerca do “combatente inimigo” e a jurisdição militar.....	98
4.3.1 <i>Sneak and peak warrant</i> – mandado de busca secreta – e a inviolabilidade do domicílio e ao <i>knock-and-announce</i>	101

4.3.2	Alteração nas chamadas “ordem de exibição de dados”, as “coisas tangíveis” e o direito à privacidade.....	103
4.4	Uma análise do <i>patriot act</i> à luz da teoria do estado de exceção	105
4.5	<i>USA Freedom Act</i>	111
5.	AS PREVISÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DIANTE DE UMA SITUAÇÃO DE CRISE E OS PONTOS CONTROVERTIDOS TRAZIDOS PELA LEI 13.260/2016	114
5.1	O sistema constitucional de crises no ordenamento jurídico brasileiro.....	114
5.2	A previsão constitucional do sistema de crises na constituição brasileira de 1988.....	119
5.2.1	O estado de defesa	120
5.2.2	O estado de sítio.....	123
5.3	O ordenamento jurídico brasileiro e o combate ao terrorismo: uma análise da evolução legislativa.....	127
5.4	A Lei Antiterrorista Brasileira – Lei 13.260/2016	130
5.4.1	A definição do terrorismo na legislação brasileira.....	131
5.4.2	A causa de exclusão do crime de terrorismo previsto no art. 2, §2º e sua relação com os movimentos sociais.....	134
5.4.3	A punição dos atos meramente preparatórios de terrorismo e o Direito Penal do Inimigo	138
5.4.4	A operação <i>Hashtag</i>	142
6.	CONCLUSÃO.....	147
	REFERÊNCIAS:	150

1. INTRODUÇÃO

Aos 11 de setembro do ano de 2001, acontecia um dos eventos mais marcantes da História recente. Terroristas componentes do grupo fundamentalista radical islã Al-Qaeda sequestraram quatro aviões nos Estados Unidos da América. Dois deles seguiram em direção às famosas Torres Gêmeas, situadas em Nova Iorque, precisamente, no complexo empresarial World Trade Center, vitimando todos que estavam a bordo e outras muitas pessoas que trabalhavam nos edifícios. Após a colisão, ambos os prédios ruíram, causando inúmeros danos em estabelecimentos ao seu redor. O terceiro avião tomou como destino o Pentágono, onde se localiza o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, na Virgínia. O atentado sacrificou a vida de 184 pessoas quando o prédio foi atingido. O último avião conseguiu ser abatido, pelos próprios passageiros e tripulantes, caindo em um campo aberto próximo à Shanksville, Pensilvânia. O destino provável seria a capital americana. No total, 40 pessoas morreram (UNODC, 2014, p. 197-211).

Em razão da grande repercussão internacional, ganhou relevo a temática sobre o terrorismo, suas causas e as possíveis medidas a serem tomadas de modo a tentar prevenir, coibir ou reprimir a sua prática, sendo evidenciada a elaboração da denominada Lei Patriótica americana— ou *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a). No Brasil, diante da realização de eventos esportivos como a Copa do Mundo de 2014, Olimpíadas e Paraolimpíadas, ambos ocorridos no ano de 2016, fez-se necessária a elaboração de uma lei específica que tratasse da temática. É diante da importância e da atualidade do assunto que baseou-se a opção pela abordagem trazida no presente trabalho.

O estudo versará sobre as excepcionais medidas estatais em resposta ao terrorismo, abordando àquelas que possam sinalizar a superação de limites constitucionais em tentativa de restabelecer a ordem. A problemática trazida diz respeito ao grau de tolerância aceitável, em um Estado de Direito, de medidas que imponham restrições aos direitos fundamentais, traçando limites jurídicos do Estado no cumprimento dessas.

Para tanto, o problema do estudo a ser investigado é como os Estados deveriam responder ao combate ao terrorismo, visto que tal combate pode infringir direitos os indivíduos envolvidos em tal questão.

O objetivo geral da pesquisa será o de entender as estratégias adotadas pelos Estados para combater o terrorismo, analisando-se se a possibilidade de que os direitos coletivos e individuais

fundamentais possam ser restringidos ou eliminados. Já os objetivos específicos serão: investigar a dificuldade de conceituação do fenômeno terrorismo; analisar os pontos controvertidos das legislações americana e brasileira, especificamente, a *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a) e a Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016); e debater a constitucionalidade dessas questões controversas.

Assim, quando da ocorrência de determinadas anormalidades, é natural que haja uma resposta quase imediata, de modo a tentar neutralizá-la e provocar o retorno à estabilidade antes vigente. E, quando o problema ocorrido possui relevante impacto na sociedade, o governo do Estado vitimado é conclamado para que seja o grande norteador dessas medidas.

As medidas estatais em situação de emergência, seja ela provocada por eventos da natureza ou por ações humanas, assumiram diversas formas e teorizações ao longo da História.

Dessa forma, a primeira abordagem do trabalho será feita, analisando-se o contexto do Direito Romano, bem como as soluções propostas por Nicolau Maquiavel (1976), John Locke (1994) e Carl Schmitt (2004, 2009, 2013). Repisa-se que a escolha específica por esses autores e pela abordagem da Ditadura Romana reside no fato de que, em todos os casos, há a rejeição por uma resposta resolutiva com base no ordenamento jurídico e no Direito. Opta-se pela utilização de mecanismos que exorbitem o sistema jurídico, colocando-o em xeque.

Postas as questões que envolvem a Ditadura Romana será vista a posição de Nicolau Maquiavel (1976) em situação semelhante, em que se exige do Estado, especialmente de seu governante intitulado Príncipe, uma posição ante a uma emergência. Em seguida, haverá o esclarecimento quanto à posição de John Locke (1994), em que o legitimado para agir nos casos excepcionais será o governante – semelhante à Maquiavel-, vez que seria mais célere e efetiva, admitindo, inclusive, que a resposta proposta por esse seja contrária à lei. Por fim, as ideias de Carl Schmitt (2004, 2009, 2013) serão expostas, abordando a forma em que o autor propõe a adoção de medidas de exceção, a partir de uma ditadura soberana, com a instituição de uma nova ordem jurídica. A centralização de poder e a opção de soluções que não se limitem ao Direito, em todas as propostas, são características marcantes e semelhantes entre as posições mencionadas.

A partir disso, adentrando em um contexto em que se preza por soluções jurídicas, será debatido o exame constitucional e seus possíveis modelos a serem instituídos em um Estado de Direito, com atenção aos modelos executivo e legislativo, analisando-se as eventuais vantagens e desvantagens da adoção de cada um deles.

Independentemente do modelo a ser adotado, seja ele o executivo ou o legislativo para a tomada de ações em resposta à uma situação emergencial, o que prejudica a análise de quais medidas poderiam ser adotadas como forma de reestabelecer a ordem pública e social, mormente nos casos de ataques terroristas, é consequência da dificuldade que há em se conceituar o termo “terrorismo”.

O capítulo posterior considerará, inicialmente, essa dificuldade de definição no âmbito do Direito Internacional, demonstrando-a a partir de uma investigação histórica. Ademais, o estudo sobre o direito à segurança como forma de estabelecer-se como paradigma permissivo de uma instauração de Estado de Exceção é tema importante a ser posto em pauta, utilizando-o como motivação das medidas estatais e possível afetação ao exercício de direitos fundamentais de um indivíduo ou de uma coletividade. Será analisado em que medida o Estado de Direito serviria a limitar a adoção de medidas pelos Estados, apresentando a solução introduzida pelo autor Bruce Ackerman (2003), com a elaboração de uma Constituição emergencial. Ademais, será explorada uma recente teoria, denominada *Ticking Bomb Scenario Theory* (SIEGEL; 2012; FARREL; 2013), na medida em que defende o emprego da tortura, quando defronte de um cenário de um iminente atentado terrorista.

Por todas as tensões abordadas com o advento do *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a) e *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015), envolvendo possíveis restrições aos direitos fundamentais, contrapondo-as com a necessidade de que seja respeitado o direito também fundamental à segurança, o capítulo final do trabalho examinará o sistema constitucional e legal no ordenamento jurídico brasileiro, sem que haja uma tentativa de ser feito um estudo comparado entre as legislações. A intenção é estabelecer os pontos controvertidos em cada uma das legislações, quanto as suas constitucionalidades.

Dessa forma, será vista a previsão constitucional do estado de defesa e estado de sítio, sendo suas possíveis decretações, medidas que se impõe quando da ocorrência de anormalidades que possam abalar a ordem pública, jurídica, social ou econômica. Outrossim, será realizado um estudo da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016), intitulada pela doutrina e jurisprudência brasileira como lei antiterrorista brasileira. A análise, quanto às questões processuais, limitar-se-á à reflexão referente à punição dos atos preparatórios, por julgar ser o ponto mais debatido na doutrina.

Assim, o que se pretende na parte final do trabalho é debater quanto aos seguintes pontos:
i) definição do terrorismo na nova legislação brasileira, *ii)* a causa de exclusão do crime de

terrorismo previsto no art. 2, §2º (BRASIL, 2016) e sua relação com os movimentos sociais, *iii*) a ilegitimidade ou legitimidade da punição dos atos meramente preparatórios de terrorismo, enquanto exceção à regra da relevância penal a partir da prática dos atos de execução em sua relação com o princípio da legalidade e a luz do Direito Penal do Inimigo e *iv*) a operação *Hashtag*, tida como a primeira em que a lei antiterrorista foi utilizada e por isso também analisada.

O tipo de pesquisa a ser realizada será a vertente jurídico-sociológica, com a tentativa de construir um estudo em que o foco principal esteja nos aspectos sociais e políticos que se relacionem com a aplicação de normas e com o ordenamento jurídico. O indivíduo, assim visto como objeto da pesquisa, é considerado elemento essencial ao processo de construção do conhecimento.

O estudo tem como escolha metodológica a pesquisa aplicada qualitativa, em que se objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos. Além disso, considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito. Trata-se, também, de pesquisa bibliográfica, a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado na Internet. Assim, a análise documental e revisão bibliográfica serão as técnicas empregadas, fazendo uma análise acerca das legislações americana – *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a) – e brasileira – Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016). Como escolha dos instrumentos, temos a doutrina sobre o tema, legislação, dados estatísticos e artigos científicos.

Por fim, o referido tema foi escolhido pela repercussão mundial dos atentados terroristas recentes e as consequências políticas, jurídicas e sociais a partir dos acontecimentos. Outrossim, justifica-se a escolha do tema devido a ênfase que se dá, nos tempos atuais, à proteção dos direitos fundamentais. Ademais, a atualidade trazida pela Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016), com a abordagem de um tema ineditamente regulado no ordenamento jurídico brasileiro, também se encontra como um dos principais motivos.

2. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA E SOLUÇÕES ESTATAIS PARA RESTABELECER A ORDEM

A rotina de uma sociedade pode ser transformada após a ocorrência de alguma situação anormal. Fenômenos da natureza, tais como enchentes, terremotos, tornados, tsunamis são exemplos típicos desses panoramas, quando há a possibilidade de o Estado decretar um estado de emergência como forma de retornar o *status quo ante*. Ações humanas como a prática de atos terroristas também podem ser mencionadas como um dos motivos causadores de desestabilização da ordem dentro de um Estado. A relevância do Estado, como detentor do poder político e do monopólio do uso das forças ganha destaque diante desses contextos de exceção, vez que será instado a criar medidas que restabeleçam a ordem social, política, econômica e/ou jurídica, de modo eficaz e imediato com a finalidade de que o bem comum seja tutelado.

Especificamente quanto à temática do terrorismo, o Estado pode estabelecer providências para preveni-lo e reprimi-lo. A adoção de medidas depende do modelo constitucional do ordenamento jurídico, podendo ser previstas, no bojo da Constituição, as respostas a um estado de exceção, tal como ocorre na Constituição do Brasil que prevê a instauração do estado de defesa (BRASIL, 1988, Art. 136) ou estado de sítio (BRASIL, 1988, Art. 137), a depender da gravidade da emergência. Os modelos constitucionais executivo e legislativo, que impõe a legitimidade ao Chefe do Executivo ou ao Parlamento da tomada das decisões, também são relevantes.

Inicialmente, será minuciada a necessidade do Estado no combate ao terrorismo e às situações de emergência, sob uma perspectiva de sua detenção do poder político e do monopólio do uso da força. Em seguida, a análise será quanto às possíveis respostas a atos emergenciais na Ditadura Romana, bem como nas visões de Maquiavel (1976) - quando será tratada a razão de Estado-, de John Locke – no Segundo Tratado sobre Governo Civil (1994) – e de Carl Schmitt (2004, 2009, 2013), no contexto de ascensão dos regimes totalitários. A escolha específica por esses autores e pela abordagem da Ditadura Romana está no fato de que, em todos os casos, há a rejeição por uma resposta resolutiva com base no ordenamento jurídico e no Direito. Opta-se, em cada caso, pela utilização de mecanismos que exorbitem o sistema jurídico, colocando-o em xeque.

Por fim, os modelos constitucionais para a determinação de quem possui a legitimidade para tomar decisões em um estado de exceção serão aventados, realizando-se uma abordagem acerca dos modelos executivo e legislativo.

2.1 O estabelecimento da ordem pelo Estado e o monopólio da força física

Na época Medieval- precisamente, na Baixa Idade Média-, a organização da sociedade era estruturada de uma forma diferente. As terras eram divididas entre os senhores feudais, e eram denominadas feudos. Era característica marcante dessa época também o poder baseado na posse de terras, a presença de um monarca apenas figurativo, sem muita influência política e uma sociedade estamental, dívida nas classes nobreza, clero e povo, em que não havia mobilidade social.

Diversos foram os motivos para a queda do sistema feudal e o surgimento do Estado Absolutista. Dentre eles, são comumente mencionados o forte êxodo rural, o surgimento da burguesia como uma classe social em ascensão levando ao fim a antiga estratificação social, a peste negra que dizimou milhões de pessoas na Europa. Diante de todos esses motivos, o feudalismo se encontrava em declínio, fortalecendo a centralização política, em que o Rei, Monarca Absoluto, tornar-se-ia responsável pela administração política e econômica da sociedade. Sobre a queda do sistema feudal, tem-se que (CASAMASSO, 2016, p.33):

A excessiva fragmentação dos poderes esgotou as possibilidades de funcionamento satisfatório do sistema feudal. Embora a decadência e o fim do feudalismo possam e devam ser explicados por um conjunto de causas externas, pode-se afirmar que o sistema feudal trazia, em si mesmo, uma dinâmica que conduziu não só o seu desenvolvimento – incluindo a sua fragmentação exacerbada-, mas, também, o seu próprio declínio. Essa dinâmica pode ser comparada a uma lógica ou razão do poder político, que, não obstante o seu alto grau de abstração, permite antever, com alguma clareza, a tendência existente no próprio seio da Idade Média à concentração do poder político, o que levaria, mais tarde, ao desenvolvimento da noção de soberania, nota distintiva por excelência do Estado Moderno.

Foi a partir desse contexto que surgiram os Estados Nacionais. Esses apresentavam suas fronteiras delimitadas e um exército nacional, de modo a garantir a segurança da nação. Na economia, pretendia a unificação dos padrões monetários, bem como instituíam um sistema de cobrança de tributos.

O Estado surge, assim, como forma de centralização de poder, para que se solucionasse as instabilidades provenientes do enfraquecimento do sistema feudal. Era necessário que outro regime político fosse instituído na Europa centro-ocidental, que garantisse a paz social e o cumprimento efetivo das leis. Desta maneira, o Rei era a figura ideal para concentrar o poder político e das armas, e garantir o funcionamento dos negócios.

Imbuído de soberania, o Estado gozará de poder e autoridade suprema, e decidirá sobre os limites fronteiriços, modo de guerra a ser aplicado quando for necessário

e elaboração de leis que pudessem obrigar os cidadãos a prestar-lhes obediência . Essas atribuições estatais evidenciam a autoridade do Estado e o controle das atividades. O Estado possui, então, poder político, cabendo-lhe o monopólio do uso da força física.

Nesse contexto, Norberto Bobbio cita que “o poder político se baseia na posse dos instrumentos mediante os quais se exerce a força física (as armas de toda a espécie e potência): é o poder coator no sentido mais estrito da palavra” (1999, p. 955). O poder político do Estado ocorre quando o direito individual de utilização do uso da sua própria força desaparece, e o indivíduo passa então a confiar al direito a somente uma pessoa ou a um único grupo capaz de usar essa força contra o próprio indivíduo.

O Estado, detentor de poder político, poderá, sob o argumento de possuir o monopólio do uso da força física, utilizar desta para manter a conservação e estabilidade do bem comum e da paz social. Entretanto, em que pese a possibilidade de que o Estado recorra ao uso da força ser uma nota característica do poder político, distinguindo-o dos demais tipos de poder – tais como econômico e ideológico -, não significa que ele utilizará essa ferramenta sempre. O uso da força física é sua condição necessária, não sendo circunstância para sua existência.

Um ponto de destaque quanto a principal característica do poder político seria o de que o uso da força física é exclusivo. É dizer: há o monopólio estatal do uso da força física como meio de manter ou recuperar a ordem pública. Esse processo de monopolização traduz-se, também, na vedação à incriminação e punição dos atos de violência por sujeitos que não sejam detentores do uso exclusivo dessa força. Somente o Estado teria, assim, o direito de processar, julgar e condenar um indivíduo, não cabendo tal tarefa a nenhum outro sujeito.

É quanto a permissão concedida pelos cidadãos ao Estado para que este possua o monopólio do uso da força física que serão analisadas as possíveis respostas estatais, quando da ocorrência de uma emergência. Estaria o Estado autorizado a utilizar a força concedida a ele contra os próprios concessionários? Em uma situação excepcional, o Estado deve respeitar as normas impostas no ordenamento jurídico ou seria permitido o uso da força irrestritamente, sem que o direito fosse observado?

Para tanto, serão analisadas quatro propostas: a do Direito Romano, a de Nicolau Maquiavel (1976), a de John Locke (1994) e a de Carl Schmitt (2004, 2009, 2013). O ponto

convergente dessas respostas reside no fato de que o Direito expresso não precisa ser respeitado. Haveria, segundo essas proposições, aquiescência para que o Estado tomasse medidas, em casos em que há uma situação de exceção, inclusive, contra a lei.

2.2 As respostas do estado às situações emergenciais

Quando da ocorrência de determinadas anormalidades, é natural que haja uma resposta quase imediata, de modo a tentar neutralizá-la e provocar o retorno à estabilidade antes vigente. E, quando o problema ocorrido possui relevante impacto na sociedade, o Estado vitimado é conclamado para que seja o grande norteador dessas medidas.

Nessa seara, as medidas estatais em situação de emergência, sejam elas provocadas por eventos da natureza ou por ações humanas, assumiram diversas formas e teorizações ao longo da História. Trataremos de abordar, no presente estudo, qual era a solução dada no Direito Romano, bem como para os teóricos Nicolau Maquiavel (1976), John Locke (1994) e Carl Schmitt (2004, 2009, 2013).

A escolha específica por esses autores e pela abordagem da Ditadura Romana reside no fato de que, em todos os casos há uma insuficiência do Direito ao empregar a lei, posto que não serviria ao objetivo proposto, que seria o de recompor a paz social. A resposta resolutiva com base no ordenamento jurídico, logo, coloca-se como desprezível, por ser insuficiente, e coloca o próprio ordenamento jurídico em xeque.

2.2.1 A Ditadura Constitucional Romana

A forma como a República Romana lidava com as situações emergenciais chama atenção, principalmente, pelo nome que recebe: *Dictadura*. O termo, porém, recebia uma conotação diversa de seu significado moderno. A instituição manifestou-se durante o período de 501 a.C. a 16 a.C. e consistia em um regime temporário, com duração de até seis meses, exercida pelos magistrados extraordinários, com a finalidade de assegurar a continuidade da república ante às possíveis ameaças internas e externas.

Caracterizada uma situação de emergência, constituía-se a ditadura, órgão extraordinário, em que eram respeitados os limites e normas constitucionalmente previstas. O processo de escolha é bem delineado por Mario Stoppino (2011, p. 368):

O ditador era nomeado por um ou por ambos os cônsules, em consequência de uma proposta do Senado, ao qual cabia julgar se a situação de perigo fazia realmente necessário o recurso à Ditadura. O cônsul não podia autonomear-se ditador, nem este último podia declarar o estado de emergência. O fim para o qual se nomeava um ditador era claramente definido e o ditador a ele deveria ater-se. Geralmente, tratava-se da condução de uma guerra (*dictatura rei gerendae causa*), ou da solução de uma crise interna (*dictatura seditionis sedandae et rei gerendae causa*). Os poderes do ditador eram muito amplos: exercia o pleno comando militar; os cônsules eram a ele subordinados; seus atos não eram submetidos à *intercessio* dos tribunos; gozava do *jus edicendi* e, durante o período no qual exercia o cargo, seus decretos tinham o valor de lei; e, finalmente, contra suas sentenças penais, o cidadão não podia apelar.

Conforme define Stoppino (2011), duas seriam as circunstâncias excepcionais que davam ensejo à ditadura. Podiam ser para a condução de uma guerra (*dictator rei publicae gerundae causa*) ou o para acabar com algum tipo de levante (*dictator seditionis sedandae causa*). Ao ditador, eram conferidos singulares poderes, em razão da adversidade da situação.

Competiria ao Senado, portanto, na ocorrência de tumulto interno ou de ameaça externa, conceder a um dos cônsules o poder de determinar e indicar um ditador temporário, instituído para neutralizar o perigo iminente. O Senado também era o responsável por declarar a situação de emergência e permitir a existência de um ditador, sendo este um cidadão romano. Após, era necessária a confirmação da designação por uma assembleia popular, a *Comitia Curata* (STOPPINO, 2011, p.368).

A partir do momento em que a ditadura fosse proclamada, o ditador recebia amplos poderes. Porém, esses não seriam irrestritos, haja vista que o ditador ficaria impedido de mudar ou revogar a Constituição. Tampouco tinha o ditador competência na seara civil e nem podia impor nova carga tributária aos cidadãos. Respeitados os limites impostos, o ditador poderia fazer tudo o que fosse necessário para que a república fosse salva diante da ameaça. Para que isso fosse possível, tinha o controle das forças armadas e não poderia ser responsabilizado por seus atos. Também, não prestaria conta das suas ações, nem ao cônsul ou cônsules que o nomearam, bem como não estaria sujeito a algum tipo de sanção em virtude de ter agido contra alguma lei - desde que observada a Constituição (STOPPINO, 2011, p.368).

Os poderes extraordinários do ditador eram contrabalanceados pela temporariedade da ditadura, sendo essa uma de suas características mais marcantes. Não poderia durar mais de seis meses e havia certa rigidez nos limites temporais: no caso em que o cônsul, que havia nomeado o ditador, saísse de seu cargo, por exemplo, não teria interferência qualquer nas questões do ditador

já escolhido. Esse deveria permanecer como ditador pelo tempo que havia sido escolhido. Após o fim do prazo estabelecido para determinada ditadura, esta findar-se-ia, restabelecendo-se os controles constitucionais antes vigentes. Define Norberto Bobbio (1999, 159), nesse sentido:

(...) o ditador era nomeado apenas para duração do dever extraordinário que lhe fora confiado e, de todo modo, por um período não maior do que seis meses e não maior do que a permanência em cargo do cônsul que o havia nomeado. O ditador era portanto um magistrado extraordinário, mas legítimo, pois sua instituição era prevista pela constituição e o seu poder justificado pelo estado de necessidade.

O estado de necessidade, ante a uma instabilidade do Estado, seria outra das fundamentais características da Ditadura Romana. É considerado um fato normativo, idôneo, que é capaz de suspender uma situação jurídica precedente, fazendo emergir uma nova situação jurídica. O estado de necessidade seria o legitimador da ditadura, dando a ela o respaldo que merece para ser decretada (STOPPINO, 2011, p.369).

Por serem as circunstâncias ensejadoras do estado de necessidade não passíveis de tutela pelo ordenamento jurídico sempre, poderia ocorrer a suspensão momentânea das leis, pelo ato do ditador, em virtude da segurança pública, desde que respeitada a Constituição. Bobbio (1999, p. 160-161) traz citação de Rousseau em o *Contrato Social*, nesse mesmo sentido:

No *Contrato Social*, após ter observado que as leis não podem prever todos os casos possíveis e que ocorrem casos excepcionais em que é oportuno suspender momentaneamente o efeito delas, Rousseau afirma que ‘nesses casos raros e evidentes, previne-se a segurança pública por um ato particular que confere responsabilidade ao mais digno’ (...)

Durante os séculos em que a Ditadura Romana durou, esse mecanismo de emergência foi aplicado para diversos fins. Entre os anos de 444 a.C. e 367 a.C., a ditadura fora utilizada por catorze vezes e diversos ditadores foram nomeados. Dentre os mais conhecidos está *Lucius Quinctius Cincinnatus*, tido como um dos maiores heróis de sua época, que, em dois momentos tirou Roma de uma grave crise militar: em 458 a.C. e em 439 a.C., quando, respectivamente, salvou Minúcio dos *equos* invasores e enfrentou Mélio (PASCOETTO, 2012, p. 11). No séc. III a.C., porém, a ditadura romana com a concepção acima vista, encontrava-se em declínio, por ter sofrido diversas restrições.

Após deturpações do conceito de ditadura por Sila, em que vestiu tiranias pessoais, e de César, que, em 48 a.C., autodenominou-se *dictator perpetuus*, a instituição fora abolida após a vitória sobre os gauleses, em 44 a.C., momento em que Marco Antônio propôs e obteve sua extinção (PASCOETTO, 2012, p. 14). É de relevância destacar que a acepção de ditadura, nesses dois casos, já possuía uma conotação diferenciada da ditadura romana, assemelhando-se mais com a significação de ditadura moderna.

Vista como um importante instrumento à permanência e estabilidade da República romana, a ditadura fora determinante para a superação de determinados momentos de crise institucional que a atingiram. É nesse sentido que o cientista político italiano Mario Stoppino expõe (2011, p. 368):

(...) constituía quase uma necessidade, considerando o grau muito marcante de divisão e de limitação do poder que distinguia sua fisionomia constitucional: pluralidade de assembleias, multiplicidade das magistraturas, sua organização como um colegiado (com direito de veto), sua breve duração (ordinariamente um ano). Neste quadro, pode-se afirmar que, para a República romana, a Ditadura era a maneira de suspender temporariamente a sua ordem constitucional a fim de preservar a integridade e permanência.

Em razão de ser o ditador um magistrado monocrático, com atribuições e poderes excepcionais, em que pesem serem legítimos, e com o exercício limitado no tempo, a ditadura não pode ser confundida com tirania ou despotismo. Isso porque o tirano é também monocrático, exercendo um poder absoluto. Todavia não é legitimado pelo povo ou pelas normas e sua durabilidade tampouco seria temporânea. Já a distinção quanto ao déspota reside no fato de que, embora seja este monocrático e legítimo, exercente de um poder absoluto, não teria a temporalidade como uma de suas características.

Diversas foram as circunstâncias que levaram à extinção da ditadura romana. Porém, a expansão do Império Romano e a perda da autenticidade original de seus pilares foram cruciais para seu fim. Soma-se a isso o fato de que era ativada com cada vez mais frequência, por motivos que, por vezes, eram diversos das razões ensejadoras da instituição da ditadura.

Outro ponto a ser colocado é quanto à nomenclatura usualmente dada à ditadura romana: ditadura *constitucional* ou *comissária*, assim chamada por ter suas regras e definições previstas na Constituição ou pela comissão que designa o ditador. De forma oposta, tem-se o conceito de ditadura moderna, também denominada de “inconstitucional”, em que características diversas são

apontadas, mormente, o fato de que não é autorizada por regras constitucionais, instaurando-se de fato e, em sua maior parte das vezes, subvertendo a ordem política existente (STOPPINO, 2011, p. 369).

O ponto de convergência quanto a esses dois tipos de significação dado à palavra ditadura consiste no fato de que, em ambas, há a centralização do poder, sendo essa de caráter absoluto. Em certos termos, as duas teriam temporalidade como ponto de contato. Porém, na moderna, sua duração não está previamente fixada, fazendo com que sua permanência dependa do desenrolar dos fatos históricos, indeterminando sua duração.

Além da questão da durabilidade, há uma distinção entre a ditadura constitucional e a inconstitucional que merece atenção. Na primeira, há a realização de procedimentos excepcionais que são secundários em uma forma de Governo. É tida mais como uma utilização de meios extraordinários que regimes políticos buscam tutela com a finalidade de superar grave crise ou uma situação de emergência. Já na segunda, a ditadura impõe-se como forma de Governo, em que são abandonados os limites jurídicos previamente impostos na tentativa de instaurar-se, de fato, um novo Governo.

Postas as questões que envolvem a ditadura romana, ou *constitucional*, ou *comissária*, como sendo uma forma de solução encontrada diante de uma situação de crise, instituída pelo próprio Governo, nos moldes estabelecidos por sua Constituição, será vista a posição de Nicolau Maquiavel em situação semelhante, em que se exige do Estado uma posição ante a uma emergência.

2.2.2 *A razão de Estado de Nicolau Maquiavel*

De modo a esclarecer a importância do autor sobre o tema, deve-se descrever quem foi e a época em que Nicolau Maquiavel viveu. Maquiavel nasceu no ano de 1469 e morreu em 1527. Foi um filósofo político, historiador, diplomata e escritor italiano.

Em 1513, começou a escrever os Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio, em que se propunha a examinar a República Romana, tentando, ao vasculhar o passado, achar soluções para os problemas da Península Itálica. Nesse título, aborda a temática da República, buscando uma tentativa de ensinar aos cidadãos os meios para que uma sociedade fosse virtuosa (CASAMASSO, 2016, p. 55). Defende— tanto quanto busca na obra *O Príncipe* (1976) —, que a moral e o direito poderiam ser derogados diante de situações em que os interesses estatais fossem,

de alguma forma, colocados em risco. Pretendia Maquiavel explicitar que a pátria deveria ser defendida em quaisquer casos, inclusive aqueles em que ocorra uma anormalidade que traga instabilidade ao Estado.

Sua obra mais famosa, contudo, é denominada de O Príncipe, também escrita em 1513, e publicada postumamente em 1532. Pretendeu a escrituração de uma espécie de manual sobre a arte de governar. Inspirada em um estilo político de César Bórgia, líder italiano reconhecido por seu poder e cometimento de atrocidades para atingir seus fins, Maquiavel vislumbrou ser esse um modelo adequado para os governantes da época.

Naquele momento, a Península Itálica encontrava-se em disputa territorial, em que as maiores forças eram cinco estados: Nápole, Milão, os Estados papais, Florença e Veneza. Os vínculos mantidos entre eles e entre eles e seus governados é objeto de avaliação de Maquiavel, que indicou erros e acertos de figuras históricas, e fez recomendações valiosas. Assim, inconformado com esse momento político da Itália, traduzido em uma fase de ausência de unidade nacional e por diversas invasões e divergências diplomáticas, Maquiavel voltou-se a aconselhar um príncipe inexistente, imaginário, que fazia recomendações sobre modos de ação política aos príncipes da época, e tinha como escopo em seus conselhos, o de tentar promover a unificação da Itália e o de criar uma nação moderna e poderosa.

Pontua-se que, na visão maquiaveliana, a finalidade maior, de qualquer forma de Governo – Monarquia ou República - seria a realização do desejo projetado, ainda que para que isso acontecesse fosse utilizado qualquer meio, inclusive, a violência. A partir disso, apontava que a moral, a religião, a economia, dentre outros fatores, deveriam ser utilizadas de modo a auxiliar na construção de um Estado nacional organizado e forte. O Príncipe usando-se de seu exército, estaria habilitado a expandir seu domínio em todo o território italiano, cessando as eventuais discórdias e conflitos que estariam colocando a Itália em decadência.

Maquiavel (1976) alerta que o Príncipe não podia ser comparado aos homens comuns na prática de atos em virtude do poder que detinha. A razão de Estado maquiaveliana propõe que acaso haja contraposição entre a legislação vigente e as medidas políticas a serem realizadas por seu governante, existirá uma dimensão que é aberta para a tomada de decisão, que seria a razão do Estado. A decisão política possui caráter instrumental, e serve como meio para a conservação da ordem, esvaziando a eficácia das normas já instituídas. A ação do Príncipe deveria ter como

finalidade a conservação da ordem pública e da segurança do governo, conforme abaixo pode-se visualizar (MAQUIAVEL, 1976, p. 103):

Deve-se compreender que um príncipe [...] não pode praticar todas aquelas coisas pelas quais os homens são considerados bons, uma vez que, frequentemente, é obrigado, para manter o Estado, a agir contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião.

[...] nas ações de todos os homens, em especial os príncipes, onde não existe tribunal a que recorrer, o que importa é o sucesso das mesmas. Procure, pois, um príncipe, vencer e manter o Estado: os meios serão sempre julgados honrosos e por todos louvados.

Fica evidente, portanto, que o governante – assim denominado Príncipe-, diversamente dos indivíduos comuns, teria aval para praticar ações sem que houvesse restrições, quando o escopo for a sustentação de seu poder e do Estado. A partir daí, as atitudes tomadas pelo Príncipe deveriam ser em prol da manutenção do Estado, sejam elas quais forem.

Deste modo, e tendo como ponto de partida as atitudes do Estado, o governante acaba criando uma autorização - inclusive para o uso de mentiras dentre outras práticas - , que não necessariamente condizem com a realidade. Maquiavel afirma que um Príncipe prudente deve, quando houver conveniência, contrariar a palavrada dada, as regras impostas, priorizando-se os seus próprios interesses.

O autor justifica que “se todos os homens fossem bons, este preceito (a mentira) seria mal; mas, porque são maus e não observariam a sua fé a teu respeito, não há razão para que cumpras para com eles” (MAQUIAVEL, 1976, p. 102). Ainda, sobre a utilização da mentira pelo governante, expressa que “[...] é necessário saber bem disfarçar esta qualidade e ser grande simulador e dissimulador” (MAQUIAVEL, 1976, p. 102). Para o autor florentino, a tomada de decisões ardilosas pelo líder estatal é legítima, vez que acordos e tratados celebrados entre governos somente dependeriam da palavra dos Príncipes, e, conforme sua visão, aqueles habitualmente eram quebrados.

Sobre o emprego da crueldade, Maquiavel a define como um instrumento para se atingir determinada finalidade, sendo esta despida de qualquer significação moral ou ética. Preocupou-se, contudo, somente com sua utilidade, dividindo a crueldade em dois tipos: os “bem utilizados” e os “mal utilizados” (MAQUIAVEL, 1976, p. 52):

Bem usadas pode-se dizer serem aquelas (se do mal for lícito falar bem) que se fazem instantaneamente pela necessidade do firmar-se [no poder] e, depois, nelas não se insiste,

mas sim se as transforma no máximo possível de utilidade para os súditos; mal usadas são aquelas que, mesmo poucas a princípio, com o decorrer do tempo aumentam ao invés de se extinguirem.

Para o autor, não há imposição de limites às ações do Príncipe, porém, há que ser observado um princípio fundamental, o da necessidade. É dessa maneira que para que as ações do governante se justifiquem, por mais agressivas e lesivas que sejam, têm que ser necessárias à tutela do bem comum. As medidas tomadas baseadas na razão de Estado preocupam-se com a preservação da ordem social, por meio da conservação do Estado, cuja atribuição é zelar por tal objetivo. Logo, a necessidade seria a justificativa para pautar as ações do Príncipe. Nesse sentido, expõe (MAQUIAVEL, 1976, p. 90): “Donde é necessário, a um príncipe que queira se manter [no governo], aprender a poder não ser bom e usar ou não da bondade, segundo a necessidade”.

Outro ponto interessante abordado em O Príncipe é quanto a *virtù* e *fortuna*. Para Maquiavel, metade de nossas ações é governada pela *fortuna*, metade pela *virtù*, que seria a capacidade de observação e leitura de Mundo, para que seja estabelecido um plano de ação que possa mudar determinada realidade. Assim, a *virtù* seria a habilidade que o Príncipe teria de monitorar as ocasiões e acontecimentos de seu governo, com o fim de que fosse construída uma estratégia eficaz de governo que pudesse transpor as dificuldades da imprevisibilidade dos fatos. O pensador via, na *virtù*, uma forma de manter a paz e estabilidade do principado ((MAQUIAVEL, 1976, p. 28).

Na constituição da *virtù*, deve-se ser levado em consideração a superioridade da vida pública em razão da vida privada. A *virtù* não obedeceria aos padrões de moralidade tradicional. É dizer: o Príncipe não deveria seguir, na condução dos assuntos e interesses do Estado, a deontologia tradicional, mas conforme, tão somente, à *virtù*, desprezando-se, por vezes, a tradição moral crista da época. É representativa, portanto, da liberdade que o governante tem para decidir diante de uma imprevisibilidade ocorrida (MAQUAVEL, 1976).

Já a *fortuna* seria, no acaso, a sorte, favorável ou não. Para o filósofo, seria tudo que poderia influenciar a política nas mais diferentes dimensões. Ela não poderia ser vista como uma restrição ou impedimento ao governante, mas sim como desafio político a ser conquistado. A *fortuna* não poderia ser ignorada pelo Príncipe, uma vez que seria inevitável e sempre presente, mas deveria ser conquistada pelo mesmo, fazendo dela sua aliada, controlando-a por meio de sua habilidade e flexibilidade política (MAQUAVEL, 1976).

A *virtù* seria, então, a habilidade de o Príncipe ser flexível às situações, adaptando-se a elas para controlar a *fortuna*. O governante virtuoso é tido como aquele que, embora sofra inúmeras adversidades -*fortuna*-, suas virtudes não sucumbem a esses panoramas distintos. Deve o governante enxergar na *fortuna* uma possível elaboração de estratégia para controlar a situação adversa e alcançar determinada finalidade, atuando diante de uma certa circunstância. É nesse sentido que o Príncipe teria que estar sempre preparado em relação a *fortuna*, sob o risco de atrair fracasso ao seu comando, procurando utilizá-la a seu favor e tornando-a útil. É por meio da *virtù* que o governante desenvolve a capacidade de superar, controlar as circunstâncias alheias e construir um meio capaz de conquistar a *fortuna*, estratégia regrada pela flexibilidade política (MAQUAVEL, 1976).

A *virtù* não seria um conjunto engendrado de qualidades morais que o Príncipe oporá a *fortuna*, de modo a lutar contra ela. Seria, no entanto, a habilidade de ser flexível quanto às conjunturas, mudando com elas para conquistar a *fortuna*. Para o pensador italiano, acaso um governante aja sempre da mesma maneira e de acordo com os mesmos princípios em todas os panoramas, ainda que esses sejam distintos, provavelmente fracassará. Para que um governante tenha sucesso em suas decisões políticas deverá adaptar-se às condições nas quais está inserido, devendo ser volúvel e inconstante como elas. É assim que saberá como lidar com elas, dominando-as e vencendo-as. Nessa visão, a autora Marilena Chauí (2000, p. 204) delinea:

Em certas circunstâncias, deverá ser cruel, em outras, generoso; em certas ocasiões deverá mentir, em outras, ser honrado; em certos momentos, deverá ceder à vontade dos outros, em alguns, ser inflexível. O *ethos* ou caráter do príncipe deve variar com as circunstâncias, para que sempre seja senhor delas.

A *virtù* traria a excelência e o sucesso para o Príncipe. O Estado teria que possuir a capacidade de resistir aos inimigos e aos acasos da sorte, de modo a providenciar a glória para si e a segurança para seus governados, por meio da flexibilização da condução política defendida por Maquiavel (1976).

Ademais disso, no capítulo XVIII da obra O Príncipe, Maquiavel (1976) realiza uma distinção acerca de duas modalidades de luta para atingir uma finalidade: a dos homens e a dos animais. Para ele, os homens possuem um modo de lutar devendo observância às leis, que seriam formas criadas pelo próprio homem com intenção regulatória; enquanto os animais utilizam-se da

força. Assim, de acordo com seu entendimento, quando o primeiro modo não for efetivo - o da lei -, impõe-se o segundo – o da força.

Para exemplificar, dispõe sobre as figuras do leão e da raposa. Nesse sentido, deverá o príncipe, caso não tenha sucesso em atingir a utilidade de sua finalidade por meio do uso da força (como faz o leão), empregar os meios arditos (assim como faz a raposa, que se comporta assim como recompensa da falta do atributo físico). É nessa toada que expressa que o príncipe deverá possuir os dois modos de agir, aplicando-os conforme a situação e o contextos em que se inserem e conforme suas exigências.

Merece maior detalhamento o discurso de Maquiavel quanto ao uso da força. Sua utilização, sendo monopólio do Estado para sua manutenção e crescimento, merece atenção, sobretudo, por que o autor discursa em um momento histórico em que o risco de ameaça de invasão externa é constante (MAQUIAVEL, 1976, p. 85), ao dizer:

Deve, pois, um príncipe não ter outro objetivo nem outro pensamento, nem tomar qualquer outra coisa por fazer, senão a guerra e a sua organização e disciplina, pois que é essa a única arte que compete a quem comanda.

Sinaliza que o governante tem que ter conhecimento sobre guerra, sob pena de colocar em risco o seu poder. Novamente, a razão de Estado aparece aqui: a tutela maior é a segurança e conservação do Estado. Afirma, assim, que (MAQUIAVEL, 1976, p. 85) :

(...) Vê-se que, quando os príncipes pensam mais nas delicadezas do que nas armas, perdeu seu Estado. A primeira causa que te faz perder o governo é negligenciar dessa arte [a guerra], enquanto a razão que te permite conquistá-lo é o ser professo dela.

Assim, para Maquiavel (1976) , há autorização, na razão do Estado, para que os valores e normas morais sejam subvertidos pelo governante por motivos de sobreposição dos interesses políticos a esses. Não que o deva fazer por tirania ou por qualquer motivo de vilanidade, mas para que fosse atingido o bem comum. Acreditava o pensador, dentro de uma visão pragmática de governo, que o ideal seria um Príncipe ético, religioso, piedoso, humano, íntegro, fiel, mas que nem sempre seria possível agir dessa forma, vez que, em casos de necessidade, deveria se converter aos atributos opostos para preservar o Estado, agindo contra a fé, a caridade, a humanidade e a religião. Um Príncipe virtuoso poderia usar a violência em benefício do bem comum. Havendo essa finalidade, sua atuação, por pior que fosse o instrumento utilizado, seria legítima.

A posição de John Locke (1994), quanto ao legitimado a agir em casos em que haja uma exceção, é semelhante à de Maquiavel (1976), no sentido de que caberia ao governante a tomada da decisão mais efetiva e célere. Para Locke (1994) este teria a prerrogativa de assim agir, a partir de uma autorização conferida pelo povo, ao que denomina consentimento da maioria. A prerrogativa concederia ao governante amplos poderes de agir, permitindo maior liberdade em suas decisões políticas, observando-se o interesse comum.

2.2.3 *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil de John Locke*

John Locke foi um filósofo, iluminista inglês (1632-1704), que possuía uma visão antiabsolutista do poder. Sua compreensão política consistia na decomposição e no enfraquecimento da soberania absoluta do Monarca. Suas ideias políticas centrais estão sistematizadas, principalmente, em duas de suas obras: Primeiro Tratado sobre o Governo Civil (1689) e Segundo Tratado sobre o Governo Civil (1689). Este último possui como subtítulo *Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fins do governo civil*, escrito no final do século XVIII, baseado em três movimentos ocorridos na Idade Moderna, em que Locke teria sido propulsor: o Contratualismo, o Liberalismo e o Empirismo.

A partir do uso de vocabulário simples, de modo que sua compreensão fosse ampla, Locke trata sobre propriedade privada, escravidão, divisão dos poderes políticos, o estado natural do homem, entre outros assuntos. Suas teorias baseavam-se no bem comum, em que todas as pessoas poderiam e deveriam ser livres, de acordo com o seu direito à liberdade. A liberdade, contudo, merecia ponderações acaso colocasse em risco a própria vida do cidadão ou das demais pessoas.

O Segundo Tratado preocupa-se em focar na legitimidade do poder político, evidenciando a necessidade de haver um consentimento expresso entre os governados ao governante. Expõe, também, a divisão dos Poderes em três, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Federativo, este último entendido como inserido no Poder Executivo, em que seria competente pela administração da segurança e do interesse público externo. Caso surgisse uma anormalidade, que pusesse em risco a estabilidade do Estado, caberia ao Poder Federativo as medidas necessárias para que a ordem fosse restabelecida. É aqui que reside a solução dada por Locke como resposta a situações emergenciais.

Locke era adepto ao jusnaturalismo e sua tese defendia que o ponto inicial seria o estado de natureza, sendo o contrato social o instrumento que serviria como mediador entre o Estado e a sociedade civil. É, justamente, no estado de natureza que Locke toma como ponto de partida no Segundo Tratado, afirmando a historicidade desse estado, alegando que está presente onde não há pacto social entre os homens (LOCKE, 1994, p. 39):

Pois não é toda convenção que põe fim ao estado de natureza entre os homens, mas apenas aquela pela qual todos se obrigam juntos e mutuamente a formar uma comunidade única e constituir um único corpo político; quanto às outras promessas e convenções, os homens podem fazê-las entre eles sem sair do estado de natureza.

Haveria um estado pré-político, de relativa paz, onde os homens viveriam, e cujas características principais seriam a igualdade e liberdade. A isso denomina estado de natureza, que consistia na igualdade e condição natural dos homens, que deveriam ser livres para decidirem sobre suas ações e disporem de seus bens da melhor forma que entendessem. As vantagens comuns e provenientes da natureza deveriam servir a todos, a menos que existisse um soberano. E, acaso esse existisse, deveria ser escolhido por todos. O estado de natureza é, assim, baseado em um direito natural pertencente a todos, impedindo, a princípio, que uns lesassem a vida, saúde, liberdade e bens de outros.

Porém, Locke (1994) reforça que a paz nesse estado de natureza seria relativa, vez que o indivíduo, na ausência de normas impostas, poderia sentir-se ameaçado, e iniciasse, possivelmente, uma luta contra os outros. Assim, em que pese o estado de natureza, baseado em uma lei natural, o homem possui interesses particulares e parciais e, de modo a garantir o contingenciamento desses interesses, faz-se necessária a existência de um poder que garanta a existência, a liberdade e a propriedade de todos os indivíduos.

O pensador inglês define a sociedade civil ou política como detentora desse poder. A definição de sociedade civil, para Locke (1994), traduz-se na contraposição entre estado de natureza e sociedade civil. É dizer: primeiramente, tem-se o estado de natureza. Com a necessidade de manter o controle e estabilidade de uma sociedade, passa-se ao estágio de sociedade civil, organizada e com leis impostas.

A passagem entre o estado de natureza e a sociedade civil é materializada por meio de um contrato social, essencialmente baseado no livre consentimento dos indivíduos para estabelecerem o poder político. De forma diversa ao que ocorria na sociedade em que vigorava a Monarquia

absolutista, em que possuía como uma de suas características a submissão de todos os homens a um terceiro, o contrato social lockeano era tido como um pacto de consentimento com a finalidade de instauração da sociedade civil e preservação da propriedade.

É assim que Locke (1994) determina que a sociedade política tem como escopo solucionar as mazelas existentes no estado de natureza ou originário do indivíduo, a partir de uma concepção de que o poder civil é consequência do poder natural do homem, em que se permite uma atuação de acordo com as leis naturais e punindo os crimes que forem cometidos contra elas.

Locke (1994) elenca como tais males do estado de natureza, em primeiro lugar, a ausência de uma lei positiva e pública, que estabeleça um padrão de certo e errado. Em segundo, a inexistência de um juiz imparcial com a autoridade de impor todas as diferenças segundo a lei estabelecida, já que, no estado de natureza, todos seriam juízes e executores da lei da natureza. Por fim, tem-se a falta de coercitividade que obrigaria o cumprimento da lei. Nesse sentido, a sociedade civil surge de modo a solucionar essas carências do estado de natureza, tendo como funções essenciais as de elaborar normas, julgá-las, e assegurar seu devido cumprimento.

No que concerne às divisões de funcionalidades em uma sociedade civil, Locke (1994) menciona a existência de três Poderes – Legislativo, Executivo e Federativo, sendo este último entendido como uma inserção do Poder Executivo. Logo, na doutrina política lockeana, os Poderes consistiriam basicamente, de dois: o Legislativo, a que caberia elaboração das leis, e o Executivo, incumbido de fazer com que essas sejam cumpridas. O Poder Federativo seria aquele que cuidaria das questões de ordem externa ao Estado, que, exercido por um governante, seria então o Poder Executivo. Acerca da necessidade de que os Poderes Executivo e Federativo caminhem juntos, dispõe que (LOCKE, 1994, p. 75-76):

(...) Embora, como eu disse, os poderes executivo e federativo de cada comunidade sejam realmente distintos em si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas; e como ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem elo hierárquico; ou que os poderes executivo e federativo sejam confiados a pessoas que possam agir separadamente; isto equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína.

Vale ressaltar que, para o pensador inglês, o Poder Judiciário não se configuraria como Poder autônomo, visto que parece ser, também, outra categoria inserida no Poder Executivo, preocupando-se com a administração das leis.

Um curioso ponto sobre o Poder Legislativo é que o autor afirma ser esse um Poder supremo, a quem todos os outros estariam subordinados. Porém, alega ser desnecessária a reunião regular do Poder Legislativo para a elaboração de leis, devendo-se desfazer, reunindo-se, somente, quando houver necessidade. Enquanto defende a provisoriedade do Poder Legislativo, traduzindo-se em um corpo não permanente, sustenta que o Poder Executivo, em que pese ter sua atuação limitada pelas normas elaboradas pelo Legislativo, deverá ser permanente, fazendo-se cumprir as leis impostas e punindo a quem a elas for contrário. Expõe, assim (LOCKE, 1994, p. 77):

Não é necessário nem mesmo conveniente, que o poder legislativo seja permanente. Mas a existência do poder executivo é absolutamente necessária, pois nem sempre há a necessidade de serem feitas novas leis, mas é sempre necessária a aplicação das leis existentes.

Acerca das situações de anormalidades que podem causar instabilidade a um Estado, Locke concede ao governante o poder de agir de imediato. Isso porque não haveria como as leis preverem todas as situações e necessidades de uma sociedade, principalmente, as de emergência. A partir da lacuna da lei, o governante lançaria mão dessa prerrogativa de poder dar solução provisória, até que o Poder Legislativo elabore uma norma para regular o assunto em questão, com a finalidade de preservar o bem público. Locke reconhece que ao detentor do Poder Executivo e Federativo, sendo a mesma pessoa, deve ser permitida alguma arbitrariedade, devendo atuar, discricionariamente, em vista do bem público, ainda que sem prescrição da lei. Admite, inclusive, que a atuação do governante seja contrária a lei (LOCKE, 1994, p. 75):

Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos. E ainda que este poder federativo, faça ele uma boa ou má administração, apresente uma importância muito grande para a comunidade civil, ele se curva com muito menos facilidade à direção de leis preexistentes, permanentes e positivas; **por isso é necessário que ele seja deixado a cargo da prudência e da sabedoria daqueles que o detêm e que devem exercê-lo visando o bem público.** As leis que dizem respeito aos súditos entre eles, uma vez destinadas a reger seus atos, é melhor que os precedam. Mas a atitude adotada diante dos estrangeiros depende em grande parte de seus atos e da flutuação de seus projetos e interesses; portanto, devem ser deixados em grande parte à prudência daqueles a quem foi confiado este poder, a fim de que eles o exerçam com o melhor de sua habilidade para o benefício da comunidade civil. (Grifo Próprio)

Essa prerrogativa que possui o Poder Executivo, para Locke, concede ao governante amplos poderes de agir, e permite maior liberdade em suas decisões políticas, tendo que ser observado o interesse comum. É uma espécie de autorização conferida pelo povo, o que ele denomina consentimento da maioria (LOCKE, 1994, p. 61) que, como descrito acima, daria ao governante o poder de atuar para a tutela do bem público, de modo discricionário, ainda que, para isso, não haja lei ou, por vezes, que lhe seja contrária.

A permissão da prerrogativa deve-se ao fato, principalmente, de que as leis podem não contemplar todas as situações reais e imprevisíveis, nem para elas dá solução. Além disso, por ser, para o pensador inglês, o Poder Legislativo um corpo não permanente, haveria certa morosidade na elaboração de normas, o que poderia ser prejudicial na eficácia imediata da resposta a uma situação de emergência, por exemplo. Também elenca como motivo da fundamentação da prerrogativa o risco que se corre de aplicar a lei a um contexto diverso, em que a situação de anormalidade tenha cessado, de forma inflexível.

Característica fundamental da prerrogativa do Poder Executivo é a sua finalidade: o bem público. O interesse da comunidade deve ser, sempre, o escopo da atuação do governante, não podendo, acaso seja atingido, ser a decisão desse questionada. Os anseios particulares do soberano devem ser descartados em prol do bem comum. Para Locke (1994), acaso isso não se observe, restará ao povo insurgir-se contra o governante. É assim que pode o povo reclamar por leis expressas que limitem tal prerrogativa nos pontos em que a considerarem prejudicial.

O levante do povo contra os atos do seu governante e contra ele é justificado pelo filósofo diante da incerteza de quem realmente seria competente para julgar a legitimidade e correção de sua atuação: o Poder Legislativo que depende da vontade do governante para se reunir ou o Poder Executivo, detentor da prerrogativa? É assim que, nesse caso, não haveria juiz algum que pudesse ser legítimo para esse julgamento, uma vez que nenhum homem poderia colocar-se entre o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o povo. Esse atributo conferido à comunidade seria irrenunciável, já que ninguém deve abdicar de sua liberdade, de modo que os efeitos dessa cessão lhes sejam desfavoráveis. O direito de voltar-se contra uma decisão que não visava o interesse da comunidade era um direito natural. Nesse sentido (LOCKE, 1994, p. 81):

No domínio da prerrogativa surge sempre a velha questão: Quem julgará se este poder está sendo utilizado de modo legítimo? Eu respondo: Entre um poder executivo

constituído, detentor desta prerrogativa, e um legislativo que depende da vontade daquele para se reunir, não pode haver juiz na terra. Como não pode existir ninguém entre o legislativo e o povo, quando o executivo ou o legislativo, que têm o poder em suas mãos, planejam ou começam a escravizá-lo ou a destruí-lo. Neste caso, assim como em todos os outros casos em que não houver juiz na terra, o povo não teria outro remédio senão apelar para o céu; assim, quando os governantes exercem um poder que o povo jamais lhes confiou, pois nunca pensou em consentir que alguém pudesse governá-lo visando o seu mal, agem sem direito. Quando o conjunto do povo ou um indivíduo isolado são privados de seu direito ou são submetidos ao exercício de um poder ilegal, não dispendo de qualquer juiz para apelar na terra, têm a liberdade de apelar ao céu quando acharem que a causa merece. Por isso, embora o povo não possa ser juiz, por não possuir pela constituição daquela sociedade qualquer poder superior, para dirimir e dar uma sentença efetiva no caso, ele tem o direito, concedido por uma lei antecedente e soberana a todas as leis positivas dos homens, que lhe reserva a decisão final que pertence a todo homem quando ele não dispõe de nenhum recurso sobre a terra, de julgar se tem justa causa para fazer seu apelo ao céu. E ele não poderia renunciar a este julgamento, pois nenhum homem tem o poder de se submeter a outro ao ponto de dar a este outro a liberdade de destruí-lo; nem Deus nem a natureza jamais permitiram que um homem se abandonasse ao ponto de negligenciar sua própria preservação; e assim como ele não pode destruir sua própria vida, também não pode dar a ninguém o poder de fazê-lo.

Um ponto interessante é o de que o filósofo inglês autoriza, inclusive, o uso da força pelo povo contra o governante, podendo destituí-lo. Locke chama isso de direito de revolução, e adverte que o uso dessa força deverá ser oposto a um ato injusto e ilegal, concedendo ao povo uma condenação justa, diante de Deus e dos homens. Todavia, acaso ocorra abuso da prerrogativa, o direito de resistência frente a uma tirania teria certa dificuldade a ser exercido (LOCKE, 1994, p. 15).

O interesse público é medida exata para a atuação do Poder Executivo e do Poder Federativo, quando das situações de emergências ou anormais. O fato, contudo, de ter o governante essa prerrogativa não se traduz na ideia de que possa agir sem perseguir o interesse da comunidade. Se, porventura, dúvidas quanto à atuação do governante surgirem, afirma que bastaria analisar as suas consequências. Se essas fossem, de alguma forma, favoráveis à sociedade, tratar-se-ia de uma prerrogativa. E se assim não fosse, esse poder de agir deixaria de constituir-se em prerrogativa do Poder Executivo e Federativo.

O próximo autor abordado trará a opção pela adoção, nos casos excepcionais, de uma ditadura soberana, que possui um cunho revolucionário e o objetivo de instituir nova ordem jurídica, representando uma subversão da ordem vigente. A conveniência de sua institucionalização aliada à necessidade proveniente do contexto excepcional dá ensejo a um panorama em que o poder do soberano é absoluto, rechaçando-se uma ordem constitucional liberal. Esse poder absoluto não

poderia ser limitado por qualquer norma, fosse ela constitucional ou legal, tornando-se em um verdadeiro poder constituinte originário. Defende que uma previsão constitucional de uma ditadura soberana seria ilógica, uma vez que, assim, poderia ser limitada. Além disso, opta por uma escolha que exorbita o Direito, uma vez que, caso assim fosse a preferência, haveria um escopo limitador em que uma previsão constitucional seria ineficaz, vez que não encontraria correspondência prática. O soberano, com seu poder de agir, é possuidor de ampla margem interpretativa.

2.2.4 *A soberania e a exceção, segundo Carl Schmitt*

Carl Schmitt foi professor universitário, jurista e filósofo político, nascido na Alemanha no final do século XIX. Bastante controverso, criou suas teorias em um contexto histórico interessante pós- Primeira Guerra Mundial, em que seu país havia sido derrotado e passava por crises econômicas e sociais. Foi chamado de jurista maldito por sua associação com o regime totalitário nazista, em que pese não ter sido ele seu estimulador ou mentor intelectual.

Na obra , *A Ditadura de 1921*, Carl Schmitt expõe que seria na ocorrência do estado de exceção que a diferença entre Estado e direito ficaria evidente, de forma que, o primeiro continuaria a existir, porém, o segundo, desapareceria. O estado de exceção é apresentado por meio da ditadura, em uma tentativa de elaborar uma teoria que tentaria o institucionalizar em um contexto jurídico.

A diferença entre ditadura soberana e ditadura comissária faz remeter a uma discussão sobre a possibilidade de uma previsão constitucional sobre o que seria o estado de exceção (SCHMITT, 1968). É nesse sentido que, para o filósofo alemão, somente na ditadura comissária seria admissível uma previsão legal, pretendendo-se garantir e preservar a ordem jurídica vigente por meio de sua suspensão. Teria escopo reformista. Seria um remédio excepcional, mas limitado por um ordenamento normativo para a sua declaração e por um rol restrito de condições e controles. Haveria uma delimitação exaustiva das competências extraordinárias que o Poder Executivo possuiria, que são contornáveis ante ao retorno da normalidade. Seu fim dar-se-ia quando do fim da excepcionalidade, fazendo com que o regular exercício do poder e o caráter jurídico da soberania permanecessem intactos.

De modo contrário, a ditadura soberana possui um cunho revolucionário com o objetivo de instituir nova ordem jurídica, e representa uma subversão da ordem vigente. A conveniência de sua institucionalização aliada à necessidade proveniente do contexto excepcional dá ensejo a um

panorama em que o poder do soberano é absoluto, e rechaça uma ordem constitucional liberal. Esse poder absoluto não poderia ser limitado por qualquer norma, fosse ela constitucional ou legal, tornando-se em um verdadeiro poder constituinte originário.

Schmitt defende que uma previsão constitucional de uma ditadura soberana seria ilógica, uma vez que, assim, poderia ser limitada (SCHMITT, 1968). Dentro desse contexto, a previsão constitucional do estado de sítio e de tantos outros mecanismos semelhantes que pretendem regular a exceção é meramente uma forma procedimental fadada ao fracasso. Eles delimitariam a exceção, não havendo correspondência fática com a realidade. A excepcionalidade de certa situação possuiria origem violenta, não normatizada e inornatizável. Quanto a esse ponto, o autor realiza uma crítica ao Estado Liberal, que teria tentado dar uma textura normativa a algo que não comportaria legalização. Por sua própria natureza, a exceção é imune a qualquer tipo de normatização previa, configurando um panorama de anomalia posta entre a realidade e a norma jurídica. Adiciona uma crítica à ditadura comissária: seu escopo limitador, em uma previsão constitucional, seria ineficaz, vez que não encontraria correspondência prática.

Dois conceitos desenvolvidos pelo autor alemão são interessantes: o de soberania e o de exceção. Em busca de conceituar ambos, Schmitt tenta encontrar um acento teórico sobre o que seria dentro e fora, e dispõe que o significado de soberania (questão interna) estaria correlacionado ao de exceção (âmbito externo). Em sua obra *Teoria Política*, lançada em 1922, o poder soberano seria o legitimado a decidir sobre o estado de exceção e, por via oblíqua, sobre a normalidade (SCHMITT, 2005). A partir dessa visão schmittiana, em que o soberano possuiria a disponibilidade de decisão quanto à adoção de medidas excepcionais, seria autorizada a adoção dessas, caracterizando a exceção, assim posto como utilização de técnica de governo.

Ainda nesse contexto, Schmitt (2005) expõe a decisão soberana como superior, independente do próprio direito, bastando que aquela seja necessária: “dada a significação autônoma que a decisão tem, também o sujeito da decisão tem significação autônoma à margem de seu conteúdo” (SCHMITT, 2005, p. 55). Trata-se aí, efetivamente, da autonomia da decisão soberana, na qual o sujeito soberano se constitui enquanto tal.

O filósofo não pretende, entretanto, definir uma outra significância ao conceito de soberania, tentando compreender os seus limites. Os instrumentos de efetivação da vontade do soberano quanto a assuntos referentes a segurança, e ao bem comum, em um contexto de excepcionalidade, é objeto de seu foco em sua teoria política. Reitera-se que a abordagem

realizada pelo autor vem no sentido de uma negação de que os sistemas jurídicos seriam meios hábeis de lidar com a decisão política do governante em casos de exceção. O soberano deveria decidir sobre uma resposta, não limitando-se às normas estabelecidas, e haveria a possibilidade de rechaçar a viabilidade, no âmbito jurídico, de solucionar determinada questão. Seria, como pontua Bernardo Ferreira, o pensamento segundo o qual “a aniquilação do direito se confunde com sua própria criação” (FERREIRA, 2004, p. 101).

Schmitt adverte que a Constituição pode não prever quando seria necessário reconhecer a exceção, limitando-se a reconhecer quem seria o legitimado a intervir nos casos de exceção. A competência do soberano para agir como legítimo detentor desse poder de agir aparece nas teorias de Schmitt, “estando a margem da ordem jurídica normalmente em vigor, estando ao mesmo tempo submetida a ela, pois a ele incumbe decidir se a Constituição deve ser suspensa em sua totalidade” (SCHMITT, 2005, p. 17). Seria um paradoxo, já que a ordem jurídica daria ao soberano o poder de decidir, ao passo que arriscaria ser extinta. No momento em que o sistema jurídico estivesse suspenso, seria quando o soberano decidiria tudo, conferindo a esse ato um corpo político. Difere tal situação da anarquia, uma vez que o Estado não sucumbiria. Continuará a existir. O poder de definição do soberano se livraria de toda obrigação legal, tornando-se absoluto. Seria uma decisão em estado puro. No caso da ocorrência de uma conjuntura de exceção, o Estado basearia a suspensão do direito em razão da autopreservação estatal.

Para Carl Schmitt (2005), inclusive, seria o soberano quem decidiria se a norma teria ou não validade, chancelando a legitimidade da exceção, se fosse o caso. Nesse sentido, a soberania não seria oriunda de um contrato firmado entre o governante e os seus súditos, mas sim, da própria exceção, do poder de impô-la e com a finalidade de manutenção da paz, sempre que essa estiver ameaçada.

O conflito havido entre a forma jurídica e um poder que tem como objetivo a ruptura das tradições institucionais nos casos excepcionais é enfrentado em diferentes âmbitos. Ao que concerne ao plano jurídico, o conflito reside entre a norma previamente vigente e a decisão; na questão constitucional, entre o Poder Legislativo, parlamentar e deliberativo, ante a um Poder Executivo, cuja força decisória é absoluta e desembaraçada de formalidades.

A superioridade concedida por Schmitt (2001) ao soberano, atuante como legislador extraordinário, bem como a legitimidade do poder ordinário e o desafio traçado para um Estado Legislativo liberal é uma abordagem inédita trazida pelo autor. A atuação do governante como

legislador extraordinário e comissário executivo lhe concede a validade das normas, possibilitando a viabilidade de que seu poder de agir possa ir além da ordem jurídica existente e, inclusive, ir de encontro a ela (SCHMITT, 2001).

Essa última característica, em que se permite que a medida adotada pelo soberano possa ser oposta à lei, é importante para que seja compreendidas as mudanças conceituais, responsáveis pela ultrapassagem do marco do Estado Legislativo liberal. É assim que no tráfego do Estado Legislativo para o Estado Administrativo, em que é percebida alta burocratização traduzida no poder exorbitante concedido ao Poder Executivo, a utilização da lei é tida como ferramenta fracassada e limitada em sua capacidade natural. Nesse contexto, cria-se a necessidade da legitimação da decisão política pelo soberano, de modo a afastá-la da abstração e da generalidade das leis, que presumem sua devida aplicação em situação de normalidade. Garante-se, desse modo, que a medida adotada se aproxime da realidade, com uma execução imediata, coexistindo com o sistema de leis vigentes, caso essas não tenham sua eficácia suspensa ou sua substituição radical dentro do sistema jurídico.

Posto fim ao princípio da reserva legal e à intangibilidade constitucional, no caso de exceção, a decisão do soberano funciona como ferramenta para suspender os direitos fundamentais, em prol da conservação da ordem pública e da segurança. Isso evidencia a supremacia do soberano ante ao componente do Parlamento, sendo marco para a transição e surgimento de um Estado totalitário. A característica democrática do Poder Executivo seria autorizada por um plebiscito segundo Schmitt. Dessa forma, reproduz uma tentativa de convencimento de que o Estado totalitário teria raízes na democracia (SCHMITT, 2001, p. 31). Assim que, sob o pretexto da preservação dos direitos individuais, admite-se a necessidade de segurança ao preço da debilidade das mesmas liberdades que o Estado pretendia proteger.

Debatida a questão acerca de quem seria o legitimado a decidir sobre as ações tomadas como resposta a uma exceção na Ditadura Romana, por Nicolau Maquiavel, por John Locke, por Carl Schmitt, havendo o interessante ponto de contato de que há uma centralização de poder em uma única figura, integrante do Poder Executivo, além de ser demonstrada a opção de que para que no caso da Ditadura Romana e para todos os autores há uma opção de que a resposta demonstraria a insuficiência do Direito para lidar com as questões emergenciais, serão tratados os possíveis modelos adotados em uma Constituição e, portanto, no Estado de Direito, sobre qual seria o legitimado a ter a iniciativa de decisão, quando em uma situação de emergência. Nesse contexto,

demonstrar-se-ão os modelos executivo e legislativo, qualificando-os e indicando a vantagem e desvantagem de opção para cada modelo.

2.3 Os modelos constitucionais de enfrentamento às crises

Em um estado de emergência, a ordem constitucional pode adotar dois tipos de padrões, segundo David Dyzenhaus (2012, p. 442). O primeiro, consiste em estabelecer regras anteriores de como o Estado irá responder à situação de emergência. Prevê quem será o responsável para elaborar medidas excepcionais para que os efeitos da excepcionalidade sejam contidos e quando ocorre uma situação de emergência precisa ser declarada. O Brasil é um exemplo desse padrão, prevendo, em sua Constituição Federal, nos Artigos 34 a 36, a intervenção federal, no Artigo 136, o estado de defesa e no Artigo 137 (BRASIL, 1988), o estado de sítio.

De acordo com essa linha, os limites de um Estado de Exceção recebem amparo no Estado Democrático de Direito, vez que, em um panorama de emergência, as respostas constitucionais demandam abordagem diversa das formuladas pelos estados em momentos de normalidade. Nesse mesmo sentido, vem a lição de José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p.1083):

O direito de necessidade do Estado só é compatível com o Estado Democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria Lei Fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas da Constituição de Exceção.

Enquanto o Estado de Direito possui como característica marcante a formulação de um conteúdo constitucional que preserve os direitos fundamentais, criando mecanismos de sua garantia, o Estado de Exceção caracteriza-se pela prerrogativa de suspender essas garantias, em entendimento de que o direito seria um elemento negativo. Ressalta-se que, entretanto, não haveria uma incompatibilidade entre os dois tipos: no primeiro, há a busca pela conservação da ordem constitucional, trazendo no texto constitucional, a previsão de decretação de uma situação de emergência, de um Estado de Exceção (DYZENHAUS, 2012, p. 443).

Ante a grave perigos ou de uma conjuntura em que a ordem democrática seja abalada por uma crise, as autoridades competentes, cujo papel é definido pela própria Constituição, têm a autorização para utilizar as medidas de exceção, definindo um direito constitucional de necessidade. Canotilho expõe que esse direito constitucional de necessidade, caracterizado por uma

delimitação normativo-constitucional de um regime extraordinário para anormalidades “significa que se pretende não apenas uma causa de justificação excludente de culpa por factos ou medidas praticadas para defender a ordem constitucional, mas uma causa justificativa que exclua a ideia de ilicitude dos mesmos factos” (CANOTILHO, 1998, p. 1069).

Ante à regulação constitucional de uma situação de emergência e a decretação do Estado de Exceção, vislumbram-se dois tipos de modelos a serem adotados, a partir da legitimidade para as ações resolutivas prevista na própria Constituição,: o modelo executivo, em que o responsável para reconhecer uma emergência e adotar medidas seria o Poder Executivo e o modelo legislativo, em que a autoridade competente para tal atribuição seria o Parlamento. Apesar do modelo delineado, David Dyzenhaus (2012, p. 442-443) argumenta as medidas tomadas deverão ser submetidas a uma revisão judicial. Contudo, afirma que se o poder dessa revisão for muito extenso, corre-se o risco de criar um outro tipo de modelo, o judicial.

De modo contrário, o segundo padrão deixa que os Estados formulem as respostas para quando as emergências, efetivamente, ocorrerem. É o caso em que a norma constitucional não tenha previsto, expressamente, a situação de urgência. Isso ocorreria por dois motivos: ou a conjuntura excepcional não foi regradada, mas seria viável prevê-la, ou seria imprevisível, ante à realidade de uma sociedade (DYZENHAUS, 2012, p. 442-443).

É importante uma investigação sobre se a ausência de regulação ocorreu em virtude de uma opção estatal livre. Nesse contexto, as respostas seriam buscadas com base em uma aplicação principiológica ou por analogia de circunstâncias semelhantes, tuteladas no sistema jurídico. A necessidade frente a ocorrência de uma excepcionalidade teria que ser demonstrada, de modo a ser imperiosa e grave, provocando a tutela do interesse público e de todo o sistema social, político e jurídico.

A ausência de normatização da questão poderá levar ao questionamento sobre a legitimidade jurídica e validade constitucional das medidas elaboradas num contexto de anormalidade. Para essa avaliação, é importante que o bem comum e o interesse público sejam tutelados, bem como haja um cuidado com o tratamento da finalidade buscada e da suficiência das medidas adotadas pelo Estado. Quanto a esse último ponto, o princípio da razoabilidade é importante para realizar uma apuração da validade da urgência alegada. A razoabilidade seria, segundo Juan Francisco Linares (1970, p. 107), uma “racional adequação dos fins aos meios”,

utilizando-se o direito institucionalizado, os princípios e o senso de Justiça como ponto de partida para essa análise.

Assim, o estado de emergência mostra os limites do constitucionalismo e a sua impossibilidade. Pode exercer um papel único na prática e na teoria constitucional, visto que os princípios que pautam as ordens jurídicas não são taxativos e podem ser aplicados de acordo com a realidade, podendo ou não estarem previstos na Constituição de cada país.

O trabalho trará uma abordagem quanto aos casos em que a Constituição prevê a autoridade competente na formulação de respostas, analisando os modelos executivo e legislativo, em razão da importância de que a previsão e os remédios constitucionais previamente definidos evitem que a ação estatal erija uma nova ordem no sistema jurídico, quando do combate à anormalidade, acaso incorra em excessos. Os limites constitucionais, por meio de restrições impostas, delimitam a atuação do Estado, de modo a proteger sua própria existência.

2.3.1 *Modelo constitucional executivo*

John Locke (1994) e Carl Schmitt (1968; 2004; 2005), cada um à sua forma, atribuíam ao Poder Executivo a legitimidade e a competência para dirimir as problemáticas provocadas por uma situação de emergência. Para o filósofo inglês, a partir do consentimento da maioria, caberia ao governante a prerrogativa de agir em um panorama excepcional. O autor alemão conferia a uma ditadura de um soberano integrante do Poder Executivo igual legitimidade. O ponto de contato, justamente no reconhecimento do Poder Executivo como o capaz de decretar quando haveria uma situação de emergência e quais medidas deveriam ser tomadas para que a paz e a ordem fossem restauradas evidencia a opção pelo modelo executivo. A divergência do modelo constitucional executivo e as teorias de ambos autores, entretanto, residem no fato de que estes justificavam suas opções a partir da insuficiência da utilização do Direito para pôr fim à exceção.

Na História recente, as demandas por eficiência e governabilidade foram motivos que ensejaram o fortalecimento do Poder Executivo, levando esse Poder à posição central da vida política. A ocorrência de duas Grandes Guerras Mundiais, a instauração de regimes totalitários e autoritários, além da Crise de 1929, nos Estados Unidos, cuja repercussão fora mundial, são fatos que contribuem para o processo de hipertrofia do Poder Executivo, pautando-se no declínio da

política liberal clássica e da conseqüente necessidade de reorganização das atribuições estatais para lidar com as instabilidades geradas. Sobre esse processo de fortalecimento do Poder Executivo, denominado hipertrofia, Josep Valles indica, resumidamente, cinco pontos que o caracteriza (CASAMASSO, 2009, p. 157):

- O aumento da dimensão e complexidade das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado, o que as coloca cada vez mais fora do alcance dos órgãos colegiados;
- A urgência das demandas oriundas da sociedade, e a necessidade da tomada de decisões com rapidez e eficiência, o que se mostra incompatível com um processo decisório mais lento e complexo, típico dos legislativos contemporâneos;
- O controle, por parte do executivo, dos recursos de conhecimento e de tecnologia, e, não raro, do rápido acesso aos recursos financeiros disponíveis, bem como a experiência acumulada em administrações anteriores e o acesso exclusivo a um corpo de técnicos e funcionários altamente especializados;
- A estruturação e o funcionamento dos partidos políticos como organizações de apoio parlamentar aos governos e seus líderes;
- A personalização, muitas vezes extremada, da liderança política, motivada pelas exigências audiovisuais dos meios de comunicação.

A hipertrofia desse Poder, faz com que ganhe corpo o modelo executivo para a resolução de problemáticas que gerem instabilidade em uma sociedade. Nesse padrão, cabe ao Poder Executivo a adoção de medidas com o escopo de tentar solucionar as conseqüências geradas por uma anormalidade e também de modo a prevenir sua ocorrência novamente. Por essa lógica, fica evidente que a urgência, nesse caso, amplia as atribuições do Executivo, conferindo-lhe o poder de legislar, substituindo o Poder Legislativo.

A alteração no exercício de competências constitucionais deve ser prevista na Constituição do país que está em situação de emergência e, sobretudo, tem que ser temporária, suficiente e controlável quanto à sua execução. No primeiro sentido, deverá ser provisória, vez que a medida excepcional adotada deverá prevalecer tão somente enquanto durar sua necessidade de vigência. Quando a anormalidade cessar, cessam-se as medidas formuladas pelo Executivo e seus efeitos. No segundo sentido, deverá ser suficiente, porque se a função atípica do Poder Executivo em elaborar normas gerais e abstratas não for bastante para cessar com a exceção, não sendo hábil a acabar com a instabilidade extraordinária ao interesse público, não se justificará de modo satisfatório, não encontrando os atos estatais fundamento no ordenamento jurídico. Por fim, deverá

ser controlável. O interesse e ordem pública são as principais finalidades das medidas. Para tanto, deverá haver o controle em relação ao atingimento desses escopos, por meio de uma fiscalização.

É assim que a concentração de poder no Poder Executivo não implica que os demais Poderes se desonem da fiscalização sobre ele. Deverão, de modo contrário, atentar-se ao controle que deverá ser realizado para que arbitrariedades prejudiciais ao bem comum sejam evitadas. Além disso, as incumbências constitucionais concedidas a cada Poder em um Estado de Direito em situação de normalidade deverão ser observadas. Nesse sentido, Alexandre Baumgratz da Costa (2013, p. 40):

A concentração nas mãos do Executivo não significa deliberar o descumprimento das competências de fiscalização dos demais órgãos, pelo contrário, objetiva o controle restrito por um gabinete ou grupo limitado de ação naquele lapso. No entanto, não poderá alijar as funções dos demais órgãos, inerentes ao Estado de Direito, que pressupõem a subordinação à lei e a divisão de competências, mesmo em momento de crise.

É nesse cenário que o Poder Legislativo ganha destaque, principalmente quanto à elaboração de legislação adequada e que coloca à disposição do Governo meios suficientes para que uma crise seja combatida. Exercerá atuação, inclusive, de avaliador e fiscalizador da decretação da emergência, acompanhando as medidas de saneamento estatais adotadas. De modo semelhante, o Poder Judiciário, ao julgar o ato, avaliará se o poder concedido ao Executivo teria sido extrapolado, exercendo importante função para impedir o desvirtuamento do objetivo principal, que é a manutenção da paz e do bem comum.

Uma observação a ser feita é a de que, ainda que o exercício de determinada competência constitucional seja alterado, não haverá o desaparecimento do titular originário. Ocorre, somente, uma ampliação momentânea e pontual dos agentes legitimados a exercerem essa atribuição.

A opção pela concentração do poder de decidir no Poder Executivo pode ser justificada pela necessidade de que as respostas do Estado fossem céleres, em razão da urgência. Caso a elaboração de medidas extraordinárias fosse alçada ao Poder Legislativo, os tramites burocráticos da

elaboração de uma lei poderia ser prejudicial, justamente, por terem que seguir normas que conferem à elaboração uma característica mais morosa.

Outro fator que a doutrina elenca como motivadora da escolha do Poder Executivo como sendo o legitimado para a decretação de situação de emergência e da tomada de decisão política, nesse panorama, seria o sistema partidário, ou seja, em sociedades cujos partidos políticos são fracos, a capacidade decisória do Poder Legislativo é esmiuçada, e tampouco há o consenso para torná-la unanime. A falta de habilidade dos partidos em estabelecer a ação dos parlamentares surge como uma variável de peso. Para Michael Mezey (1975, p. 54):

Os legisladores podem ter a iniciativa de soluções de problemas, mas, se suas proposições não foram concretizadas, o simples ato de sugerir não constitui participação real no processo decisório. Se apenas discursos de apoio são permitidos no legislativo e o governo não permite sequer a discordância privada, então não houve deliberação sobre as proposições. E se os votos contrários não são permitidos ou possíveis, o simples ato de votar sim não significa que o legislativo tenha participado neste aspecto do processo.

Não apenas isso, de acordo com o modelo executivo, o Poder Executivo seria o detentor da prerrogativa de John Locke (1994). Assim, o governante, em virtude de tentar manter a unidade institucional e a manutenção da paz e da ordem pública, seria a opção mais conveniente e segura ao poder emergencial. Não se pode deixar de alertar que, na escolha por esse modelo, faz-se necessário que haja fiscalização por parte dos demais Poderes, para que sejam evitados o autoritarismo e a ocorrência de arbitrariedades que possam prejudicar os indivíduos.

2.3.2 *Modelo constitucional legislativo*

Segundo Ferejohn e Pasquino (2004, p. 210), no modelo executivo de emergência, o chefe Executivo tem o poder efetivo de proclamar emergências e exercer poderes de emergência, embora o restabelecimento da norma seja geralmente ditado por disposições constitucionais predeterminadas e algumas formas de verificação legislativa. Já no modelo legislativo, o corpo legislativo proclama a emergência e o chefe Executivo exerce poderes de emergência sob orientação do legislativo. O restabelecimento da norma é determinado de maneira semelhante ao

modelo executivo, por meio de controles legislativos e judiciais sobre poderes de emergência, como adjudicação ou revisão judicial de leis e ações de emergência.

Embora os autores forneçam um esboço para esses modelos, existem variações na distribuição desses poderes em cada padrão. Em certos casos, as variações nos modelos causam concentração de poder em um ou outro ramo do governo, havendo a possibilidade de resultar em um modelo desequilibrado. A aplicação do modelo legislativo dará aos sistemas mais flexibilidade e controle sobre o exercício desses poderes. Ele restringirá o poder legislativo apenas nas mãos do legislador. O modelo legislativo permitirá apenas o exercício de poderes de emergência pelo Executivo, sob orientação do Legislativo.

Ademais, dispõem os autores que democracias avançadas não precisam necessariamente usar poderes constitucionais ao enfrentar emergências (FEREJOHN e PASQUINO, 2004, p. 215), elas preferem lidar com emergências através da legislação comum. Essa legislação pode delegar uma grande quantidade de autoridade ao Executivo e pode ser promulgada por períodos temporários. Para os autores, seria o caso da Grã-Bretanha que possui apenas uma maneira legal de lidar com emergências: promulgar leis comuns que delegam autoridade especial ao governo ou a suas agências (FEREJOHN e PASQUINO, 2004, p. 215).

Essa legislação seria, principalmente nos sistemas constitucionais do pós-guerra, passível de revisão pelo Poder Judiciário e regulamentada exatamente da mesma maneira que qualquer outro ato legislativo. Novamente, utilizam como exemplo a Grã-Bretanha, onde há uma sucessão de atos de defesa contra o terrorismo¹ e, também utilizam os Estados Unidos, que elaboraram o *Patriot Act* (FEREJOHN e PASQUINO, 2004, p. 215). Cada uma dessas legislações são comuns, embora tenham sua vigência limitada temporariamente.

É assim que o modelo legislativo se desenvolve, promulgando estatutos ordinários que delegam especial e temporariamente poderes para o Executivo em situações de emergências. Esta prática implica que os poderes de emergência sejam entendidos como excepcionais ao funcionamento ordinário do sistema jurídico e que, uma vez que a emergência desapareça, retorne

¹ Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974, c. 56 (Eng.); Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1976, c. 8 (Eng.); Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984, c. 54 (Eng.); Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989, c. 4 (Eng.); Criminal Justice and Public Order Act 1994, c. 33 (Eng.); Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998, c. 40 (Eng.); Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, c. 24 (Eng.); Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001)

às normas legais e aos processos políticos. Em princípio, portanto, os poderes legislativos de emergência são temporários. Eles também visam restaurar o *status quo* legal constitucional anterior e, portanto, são conservadores. Quem teve seus direitos suspensos os recuperará, quando da retomada da vida normal. Além disso, como os poderes de emergência são conferidos dentro do processo legislativo comum, esse processo permanece em vigor para regular o uso da poderes concedidos. Espera-se que o legislador monitore o uso dos poderes de emergência, investigue abusos, amplie esses poderes, se necessário, e os suspendam se e quando a emergência cessar.

Outra característica do modelo legislativo apontada por Ferejohn e Pasquino (2004, p. 217) seria que o legislador desempenha um papel fundamental tanto no reconhecimento de uma emergência, quanto na criação de poderes para lidar com isso. A partir do estudo sobre a Ditadura romana já realizado, tem-se que essa combinação de funções seria abordada de uma forma diferente. O Senado romano reconhecia uma emergência, mas os poderes atribuídos ao ditador e os limites desses poderes foram determinados previamente no ordenamento jurídico antes de qualquer emergência em particular, e não pelo Senado. Ao reconhecer um estado de emergência, de fato, o Senado efetivamente suspendeu suas próprias operações e permitiu ao ditador assumir o dever constitucional de resolver a emergência. De forma contrária, no modelo legislativo, as funções criadoras de poder são combinadas. É, portanto, um afastamento parcial da prática romana, em que a parte que declara uma emergência é completamente separada daquele que exerce essa autoridade. No modelo legislativo, o legislador cria um estatuto que autoriza e define a ação executiva após a emergência.

O modelo legislativo permite uma supervisão legislativa mais próxima do uso executivo de autoridade criada e prevê o término oportuno dessa delegação sempre que a legislatura considerar que a emergência está concluída ou se o Executivo se demonstrar não confiável. Mencionam que esta virtude parece mais real em um sistema de separação de poderes em que o Executivo e o Legislativo são independentes um do outro; mas mesmo onde existe um sistema parlamentar, como no Reino Unido, o legislador pode optar por estabelecer comissões independentes para monitorar a execução dos novos poderes concedidos ao Executivo (FEREJOHN e PASQUINO, 2004, p. 218).

Mesmo quando as condições normativas e positivas para empregar o modelo legislativo são totalmente satisfeitas, o modelo apresenta seus próprios riscos. Um dos contratempos do modelo legislativo é a falta de vontade e os atrasos de parte do Parlamento, que podem inibir uma decisão oportuna. Outro ponto a ser levado em consideração é a possibilidade de que as leis feitas para lidar

com a emergência possam ser incorporadas ao sistema jurídico normal, promovendo mudanças permanentes, ainda que não persista a emergência. No entanto, para Ferejohn e Paquino (2004), o problema pode ser resolvido ao se melhorar o procedimento. Além disso, colocam-se favoráveis ao modelo legislativo, justificando que uma melhor decisão pode ser alcançada, pois mais pessoas farão parte do processo de tomada de decisão.

Quanto a esse modelo, uma abordagem na doutrina brasileira é promovida pelo autor Marcelo Leonardo Tavares (2008), que elabora parâmetros para esse padrão. Estabelece que ele se subdivide em dois tipos de classificação, quanto à natureza das mudanças provocadas: modificação pontual na legislação comum e legislação específica de emergência. Quanto à origem das normas legislativas, classifica-as em legislação genérica e legislação casuística. Por fim, quanto ao momento de sua complementação, dispõe serem normas complementares anteriores ou posteriores à crise (TAVARES, 2008, p. 123).

Em relação à primeira categoria, tem-se que na modificação pontual da legislação comum, essa última é utilizada como parâmetro para as particularidades da crise e seu método de combate. A legislação comum traria em seu bojo a possibilidade de complementação, autorizando sua alteração. Já na legislação específica de emergência, haveria um novo procedimento legislativo apto a confrontar os efeitos da crise com a criação de uma nova lei. A norma seria elaborada pontualmente para atender a questão da crise.

Na segunda classificação, tem-se que a legislação genérica seria aquela que não teria como escopo atender uma situação de exceção específica. Não haveria a imposição de critérios de especificidade, podendo ser aplicada a qualquer panorama de urgência, de forma genérica, sem critério de temporalidade a ser aplicado. De modo contrário, a legislação específica de emergência deveria ser criada para atender certa circunstância. Traria procedimentos particulares a serem aplicados em panoramas determinados.

Quanto ao momento da criação da legislação, tem-se que a resposta legislativa conferida ao Poder Legislativo seja anterior ou posterior à crise. A definição quanto ao momento deverá ser realizada de acordo com o constitucionalismo de cada Estado. Há uma crítica quanto a sua posterioridade, que consiste no fato de que, quando uma anormalidade ocorrer, a sociedade poderá cobrar uma resposta imediata e eficaz. O perigo reside, justamente, na concessão social a ser feita, já que os direitos fundamentais podem ser colocados em risco ante a necessidade de uma resolução rápida.

Independentemente da classificação a ser considerada sobre o modelo legislativo, é importante que haja um controle dos poderes conferidos pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo. David Dyzenhaus (2012) reflete acerca da necessidade de ser realizada uma revisão judicial. Alerta, porém, que é preciso que se tenha um cuidado: se o poder dessa revisão for muito extenso, corre-se o risco de criar um outro tipo de modelo, o judicial.

A despeito do modelo a ser adotado, seja ele o executivo ou o legislativo para a tomada de ações em resposta à uma situação emergencial, o que prejudica a análise de quais medidas poderiam ser adotadas como forma de reestabelecer a ordem pública e social, especialmente nos casos de ataques terroristas, é consequência da dificuldade que há em se conceituar o termo “terrorismo”. O exame do capítulo posterior considerará, inicialmente, essa dificuldade de definição no âmbito do Direito Internacional, demonstrando-a a partir de uma investigação histórica. Além disso, a segurança como um paradigma permissivo de uma instauração de Estado de Exceção é tema importante a ser debatido, colocando-o, inclusive, como principal justificativa de afetação ao exercício de direitos fundamentais de um indivíduo ou de uma coletividade, dentro de um contexto, em que há vigência de direitos e garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito. Uma recente teoria, denominada *Ticking Bomb Scenario Theory* (CUNHA, 2017), será estudada, na medida em que defende o emprego da tortura, em um cenário de um iminente atentado terrorista.

3. TERRORISMO, ESTADO DE EXCEÇÃO E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 A dificuldade de conceituar terrorismo no direito internacional

Os atos terroristas provocam um grande impacto na paz e na segurança internacional, sendo considerados um fenômeno global que pode interferir nas relações entre os Estados. Isso, todavia, não significa que haja um consenso internacional sobre a conceituação acerca do que seria o terrorismo e o que caracterizaria um ato terrorista.

A tentativa para designar o que seria o terrorismo, no Direito Internacional, é recente, como exposto por Bem Saul (SAUL, 2005, p. 1), datando de 1930, quando se realizou, em Bruxelas, a III Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal. O terrorismo teria começado a ser inserido na legislação internacional por motivos políticos e sociais, como sendo algo que possa provocar um risco ou perigo comum. Entendeu-se, porém, que seria necessário uma mudança de concepção, de modo a evitar os objetivos políticos e sociais na sua definição, priorizando-se os efeitos dos atos violentos. Em 1931, foi promovida a IV Conferência, em Paris, e foi constituída uma comissão para que fosse realizado um estudo efetivo sobre o tema. A comissão propôs um texto com cinco artigos que não foram objetos de análise na Conferência. Em 1933, em Madri, aconteceu a V Conferência Internacional de Direito Penal, em que uma abordagem profunda acerca do assunto foi ignorada, analisando, de forma restrita, um exame em separado dos delitos terroristas e crimes de perigo comum.

Assim, o autor Bem Saul (2005) cita que naquele momento, os crimes que criam perigo comum e o terrorismo foram tratados de forma separada. A Liga das Nações percebeu que as regras internacionais para repressão ao terrorismo não eram precisas para garantir uma eficiente cooperação internacional. Instituiu um Comitê para rascunhar uma convenção para repressão do terrorismo (LIGA DAS NAÇÕES, 1937). Também, estabeleceu que seria dever do Estado abster-se de qualquer intervenção na vida política de um Estado estrangeiro, determinando a proibição de qualquer ato de preparação ou execução de terrorismo por parte do um Estado ou de ofensa à liberdade de pessoas que participam do trabalho de serviços públicos estrangeiros. Além disso, reconheceu a obrigatoriedade de o Estado prevenir, detectar as ameaças e punir ofensas que tenham caráter internacional.

Uma mudança substancial sobre a abordagem do tratamento penal ao terrorismo se dá com a VI Conferência, em 1935, em Copenhagen. O contexto político ao qual se insere justifica a alteração do tratamento. Isso porque, no ano de 1934, o rei Alexandre I, da Iugoslávia, e do ministro das Relações Exteriores da França, Louis Barthou, morreram em um atentado terrorista promovido por uma organização terrorista croata, em Marselha. A reação ao ato terrorista foi no sentido de se contestar pela elaboração de normas que tivessem o objetivo de reprimi-lo.

Conforme delinea Bem Saul (2005, p. 4), para viabilizar os anseios internacionais, foi instituída, pela Liga das Nações, em 1937, uma Comissão para a Repressão Internacional do Terrorismo. Duas iniciativas foram examinadas por essa comissão. A primeira seria a criação de uma Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo. Já a segunda consistiria na elaboração de um convênio que instituísse um Tribunal Penal Internacional.

O art. 1º da Convenção (LIGA DAS NAÇÕES, 1937) estabelecia que seriam os “atos criminosos dirigidos contra um Estado e com a intenção calculada de criar um estado de terror nas mentes de pessoas específicas ou de um grupo de pessoas ou do público em geral”. Ficou decidido que os Estados deveriam criminalizar o terrorismo e excluir os delitos de natureza política da exceção à extradição. A intenção era que os Estados signatários promulgassem leis que tornassem os atos terroristas ofensas extraditáveis na eventualidade de seus cidadãos cometerem o crime em um país estrangeiro. Tentou-se definir terrorismo internacional pelo objetivo pretendido, qual seja, o estado de terror, pelo objetivo final e pelos meios proibidos utilizados, mas não como referência a motivos políticos ou coercitivos. O que importaria para a definição do terrorismo seria, portanto, a geração do estado de terror, não envolvendo somente uma pessoa, mas sim, uma coletividade. Ainda, apenas os atos cometidos contra o Estado e não contra um grupo de pessoas, em que pese a geração do estado de terror da coletividade, foi considerado terrorismo. A tentativa de conceituação da Convenção de 1937 foi desígnio de críticas, no sentido de que, de acordo com Jacques Borricand (1980, p. 673):

(...) conceituar o terrorismo pelo terror que ele provoca é uma tautologia, falar de fatos delituosos é particularmente vago, pois a noção de crime é variável segundo os Estados; enfim, assimilar ao terrorismo apenas atos dirigidos contra um Estado, ou seja, os atos perpetrados contra uma estrutura composta simultaneamente por uma população, um território e um governo dotado de poder soberano é uma concepção muito restritiva,

porque, na maioria dos casos, é somente um desses elementos o atingido pelo atentado terrorista.

A convenção nunca se tornou efetiva, em parte porque as disputas entre os Estados membros sobre os artigos sobre a extradição evitaram sua ratificação.

Em 1954, o Comitê de Direito Internacional rascunhou um Código de Ofensas contra Paz e Segurança da Humanidade. Aqui, terrorismo foi relacionado com o conceito de agressão. A ofensa poderia ser praticada pelo Estado e não por grupo de pessoas fora dele. Essa restrição foi considerada por alguns como uma questão política, fazendo com que tal definição nunca fosse formalmente adotada. Além disso, Ben Saul pontua que as tentativas subsequentes de definir agressão evitaram qualquer referência ao terrorismo e cortaram a forte ligação entre ambos conceitos (SAUL, 2005, p.12).

Em 1972, em resposta ao ataque à delegação israelense nas Olimpíadas de Munique, foi realizada uma tentativa por parte dos Estados Unidos de rascunhar uma convenção denominada Convenção de Prevenção e Punição de Certos Atos Internacionais de Terrorismo. Nela, não era mencionado o terrorismo, mas sim, as ofensas significantes internacionais. Porém, a convenção trazia o terrorismo em seu nome, qualificando-o como intenção de causar dano aos interesses com características internacionais. Bastava, portanto, haver a intenção de causar o dano, porém, não causar o dano em si. Excluía, também, atos de independência e de autodeterminação, uma vez que focava o âmbito internacional. Aqui, tem-se que um ato proibido cometido contra um militar, em tempo de paz, poderia significar terrorismo, por exemplo.

Em 1991 e 1996, ocorreram novas tentativas do Comitê de Direito Internacional de definir o terrorismo. Na primeira tentativa em 1991, terrorismo seria tido como prática de uma ofensa em que o agente do Estado organiza, financia, assiste, encoraja ou tolera atos contra outro Estado direcionado a pessoas ou a propriedades ou de alguma natureza, em que é criado o estado de terror na mente das pessoas públicas ou do público em geral. Não se aplicaria a atos individuais, exigindo que os atos tivessem conexão com o Estado.

Já a segunda tentativa adiciona que os atos têm que ter o compromisso de obrigar o Estado vitimado a conceder vantagens de alguma forma. Seria um ato de guerra. Uma crítica formulada a tal conceito e mencionada por Bem Saul veio no sentido de que o termo terrorismo seria impreciso

(SAUL, 2005, p. 15). Não foi aceito que o terrorismo poderia ser praticado como ameaça à humanidade.

O Estatuto de Roma, de 1998, previu crimes de terrorismo, na tentativa de defini-los. O primeiro delito previa que não se limitava a conflitos armados. A segunda ofensa compreendeu qualquer crime em seis tratados setoriais (Convenção de Montreal de 1971, Convenção de Haia de 1970, Convenção de Proteção às Pessoas de 1973, Convenção do Refém de 1979, Convenção de Roma de 1988 e Protocolo de Roma de 1988). O terceiro ato tido como crime de terrorismo seria o uso de armas de fogo, armas, explosivos, e substâncias perigosas, quando usadas como meios de perpetrar indiscriminada violência envolvendo morte ou sérios ferimentos corporais à pessoas ou grupos ou danos sérios à propriedade. Nesse momento, alguns países suscitaram a necessidade de se definir terrorismo como sendo um crime contra à humanidade. Porém, o terrorismo não foi adotado no Estatuto de Roma como proposto, porque seria uma novidade legal e não haveria uma definição, a priori. Ainda, um dos motivos teria sido o desacordo sobre se os movimentos liberais nacionais poderiam praticar atos terroristas. E, por fim, houve o medo de se politizar o Comitê de Direito Internacional.

Em seguida, foi rascunhada a Convenção de Atos Terroristas com Bomba em 1997 e a Convenção de Financiamento ao Terrorismo em 1999, ambas versando sobre terrorismo nuclear. Definiu-se que seria uma ameaça quando uma pessoa, injusta e intencionalmente, tem a posse ou usa material radioativo ou acessórios com a intenção de causar mortes ou ferimentos sérios, ou causar substancial dano à propriedade ou meio ambiente. Um acordo não conseguiu ser feito e muito pouco progresso foi realizado após 1998, isso porque temeu-se incorrer em grande politização da legalidade do uso e posse de armas nucleares por Estados.

Em 2000, a Índia distribuiu informalmente um projeto de revisão do texto submetido ao Comitê de Direito Internacional em 1996. O preâmbulo do rascunho condena todos os atos, métodos e práticas de terrorismo como criminoso e injustificável, não importando onde e por quem teria sido cometidos. Traçou como objetivo do terrorismo a intimidação da população ou pressionar o governo ou uma organização internacional de se abster de praticar determinado ato. Destacou, assim, a necessidade da utilização da intimidação e/ou compulsoriedade na definição do termo. Diversamente da proposta elaborada pela Convenção de Atos Terroristas com Bombas de 1997, essa Convenção seria mais abrangente, propondo-se a proteger propriedade privada assim

como a propriedade pública. A Malásia, contudo, queria excluir os movimentos de libertação do conceito, momento em que inúmeros países se opuseram, visto que pretendiam a criminalização dos atos terroristas acima de quaisquer justificativas. Em que pese a discussão, após os atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, essa última convenção vem sendo substancialmente endossada.

Nos dias de hoje, o terrorismo representa um grande problema na ordem jurídica internacional. O problema de sua definição é por ser esse um fenômeno genérico em que as causas podem ser de diversos cunhos: políticos, econômicos, sociais, religiosos etc. Para o autor Ben Saul, a dificuldade na conceituação reside no fato de que definições genéricas podem ser ambíguas (SAUL, 2005, p. 27). Essa dificuldade prejudica, inclusive, a doutrina, a ideologia e a jurisprudência acerca de quem poderia exercer determinado tipo de violência, contra quem e para qual propósito.

Todas as tentativas de definir o que seria terrorismo, no Direito Internacional, desde 1930, terminaram em fracasso. Ben Saul dispõe que continua sendo um termo político que descreve vários atos e métodos de violência (SAUL, 2007). Porém, para ele, seria um termo muito impreciso para engatilhar uma responsabilidade criminal legal.

O autor ainda expõe que, primeiramente, antes de tentar definir o conceito de terrorismo, deve-se examinar as razões políticas pelas quais as organizações internacionais devem definir o terrorismo, concentrando-se nos argumentos de que o terrorismo: (a) viola seriamente direitos; (b) põe em risco o Estado, a política deliberativa e a ordem constitucional que sustenta os direitos; (c) diferencia que a violência política ou pública é distinta da violência privada; (d) ameaça a paz e a segurança internacionais; e (e) exija definição para controlar o funcionamento das medidas do Conselho de Segurança desde 2001, que habilitaram os Estados a definir e unilateralmente criminalizar o terrorismo para atender aos seus próprios interesses soberanos (SAUL, 2007, p. 1).

Destaca que a necessidade de definir terrorismo advém de uma utilidade política e significância simbólica, já que o Direito Penal protege os valores sociais e expressa a repugnância à violência. Assim, a definição de terrorismo deveria, como visto acima, ser estabelecida, segundo os argumentos já mencionados, que ora serão repetidos (SAUL, 2007, p. 2- 7).

a) O terrorismo ameaça, seriamente, os direitos humanos. Sobre esse ponto, o autor afirma que somente os Estados poderiam ser hábeis a infringir os direitos de outrem, tais como restringir suas liberdades e sua vida privada. Além disso, os atos terroristas não necessariamente ameaçariam os direitos, visto que atos praticados por particulares é tido por muitos como não violadores. Acaso isso ocorra, o Estado deverá tomar medidas protetivas, de modo a cessar a restrição e punir tais atos. Se assim não proceder, o Estado é visto como violador dos direitos, por não os amparar.

b) O terrorismo põe em risco o Estado, a política deliberativa e a ordem constitucional. Em 1990, a Organização das Nações Unidas colocou que o terrorismo seria uma ameaça que destrói a democracia ou desestabiliza a legitimidade dos governos e a sociedade civil. O problema dessa abordagem seria no sentido de que o Estado democrático não é um direito humano. Além disso, o Direito Internacional aceita inúmeras formas de governo, que não a democracia. Acaso assim não fosse, um ato praticado contra um governo não democrático não poderia ser denominado como terrorista. Segundo Saul, a Organização das Nações Unidas, em que pese a sua definição, confirma o entendimento de que não importa contra quem o ato é praticado, ele continua sendo injustificável, podendo ser classificado como terrorista (SAUL, 2007, p. 3). Por fim, muitos instrumentos regionais enxergam o terrorismo como um crime contra o Estado, contra a segurança, a estabilidade, a soberania, a integridade, as instituições, a economia, o desenvolvimento e não, especificamente, como crime contra a democracia.

c) O terrorismo traduz a diferença entre diferença pública da privada. Segundo o Ben Saul (2005, 2007), há quem considere o terrorismo uma violência política – ONU, nesse sentido, em 1994, na Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional. A despeito desse entendimento, o terrorismo serve para atingir o interesse público e merece análise diferenciada em relação às práticas de crimes comuns, tais como assassinatos. Acusar alguém de terrorismo, inclusive, pode atender aos anseios sociais mais do que à múltiplas acusações por vários assassinatos. O autor destaca que, por ser entendido como violência política, os motivos políticos podem ajudar a distinguir grupos terroristas de organizações transnacionais de crime organizado. Além disso, pode ajustar uma responsabilidade criminal maior. Uma crítica formulada consiste no fato de que ceder a motivos políticos pode transformar terroristas em mártires por uma causa e, portanto, legitimá-los de alguma forma.

d) O terrorismo ameaça a paz e a segurança internacionais. Antes dos atentados de 11 de setembro de 2001, os atos terroristas que seriam condenados eram aqueles que ameaçassem a segurança. Após, porém, qualquer ameaça é indistintamente passiva de condenação de terrorismo. O problema é que não fica muito claro que tipo de ofensas que provocam o terror ou que intimidam a população ou que compelem o governo são suficientemente graves para afetar a paz e segurança internacional.

e) O terrorismo exige definição para que sejam controladas as medidas do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. A necessidade de definir o que é terrorismo importa a necessidade de se estabelecer os controles legais e políticas contraterroristas. Além disso, a falta de definição dificulta também na conceituação do que seriam grupos terroristas e o terrorista, em si. É de se destacar que a falta de definição permite que, nas ações militares, em tempos de guerras, por exemplo, sejam fixados “alvos” terroristas unilateralmente. Maior problema é tido quando se constata que a ausência de designação faz com que os Estados classifiquem como terroristas seus oponentes políticos, já que essa qualificação dar-se-ia conforme seus próprios interesses. Em uma tentativa de solucionar os problemas, o Comitê Contraterrorismo permite que os Estados definam o que seria terrorismo, sendo utilizada a legislação doméstica em casos de terrorismo internacional.

Ainda, o autor traz benefícios incidentais de definir terrorismo no Direito Internacional. Assim, dispõe que provocaria uma harmonização de leis nacionais, reduziria as diferenças no tratamento legal entre Estados, bem como excluiria os terroristas do status de refugiados (SAUL, 2007, p. 7).

Enumera elementos básicos para uma definição (SAUL, 2007, p. 7). Assim, seria terrorismo: i) violência séria; ii) com objetivos e propósitos proibidos que atentam à vida e à segurança; iii) que causam terror ou ameaça de terror. Saul (2007) defende que o ato terrorista não seria só aquele com finalidade política, mas que tenha um motivo público bem definido, seja ele político, ideológico, religioso, étnico ou filosófico. A presença de um motivo público é que o distinguiria da violência ordinária.

Por fim, traz como questão alguns casos que poderiam ser excluídos da definição. Seriam os movimentos de independência excluídos da definição? A violência praticada pelo Estado seria

terrorismo (SAUL, 2007, p. 10-11)? Para o autor, o Direito Humanitário Internacional deveria lidar com todos os tipos de conflitos de autodeterminação. Além disso, no caso de militares na guerra (agentes estatais), tudo que praticado dentro da lei não pode ser considerado terrorismo. Haveria uma certa imunidade para tais atos. Porém, acaso seja cometido ato fora da lei, a punição pode ser tida a partir da concepção de que seria crime de guerra ou contra à humanidade e, não, terrorismo. Atos violentos, mas justificáveis, não deveriam se enquadrar como terrorismo. Seria mais uma análise ética da definição. Mas a matança de civis não pode ser justificável.

Assim, por toda a trajetória do Direito Internacional em tentar definir, sem êxito, porém, o que seria o terrorismo e quem poderia ser classificado como terrorista, uma definição do conceito “terrorismo” evitaria injustiças e arbitrariedade estatais. Criminalizá-lo, por sua vez, demonstraria que o terrorismo é inaceitável. Porém, daria ao terrorista um julgamento mais justo, sem sentimento de vingança ou criminalização de danos triviais.

Ultrapassado o debate acerca da dificuldade de definição do conceito “terrorismo”, torna-se importante a investigação acerca da segurança como sendo um paradigma autorizativo da instauração de um Estado de Exceção, ou seja: praticado um ato considerado pelas legislações internas como sendo um ato terrorista, medidas que visam tutelar a segurança da sociedade vitimada são realizadas, na tentativa de que seja restabelecida a ordem pública. A utilização do direito à segurança como técnica de governo será detalhada a seguir.

3.2 O paradigma de segurança no combate ao terrorismo e o estado de exceção

De acordo com autor brasileiro Maiquel Angelo Dezordi Wermuth (2011), não há, na História, momento em que o enfoque tenha sido tamanho em relação à formulação de políticas preventivas ou de segurança, em que o Estado se serviria do Direito Penal como se fosse o único instrumento que pudesse ser satisfatório a dar uma resposta às ânsias dos cidadãos, que se encontram com medo da violência.

O pensador espanhol Jesus Maria Silva Sánchez (2001) dispõe que o modelo da sociedade contemporânea está ligado a uma sociedade de risco, o que afeta, de modo direto, o bem-estar dos indivíduos. É dessa forma que há uma busca, pelos cidadãos que se sentem amedrontados, por

medidas alternativas para se protegerem da marginalidade, assim concebida como origem dos riscos pessoais e patrimoniais.

O episódio dos atentados terroristas ocorridos nos Estados Unidos, na data de 11 de setembro de 2001, contribuiu para uma transformação na política criminal mundial sobre segurança. Foi a partir desse momento que se pôde constatar um incremento do Direito Penal e Processual Penal no combate intensificado a determinados delitos. O aumento das hipóteses de aprisionamento, restrição de direitos e liberdades, dentre outras medidas, podem ser tidas como umas das características desse recrudescimento do poder de punição do Estado, dentro da seara penal. A exemplificar, o autor Maiquel Wermuth (2001), em sua obra, dispõe que a prisão se tornou, nesse momento, um instituto regra, possibilitando o encarceramento do indivíduo com base na mera suspeita de participação de grupos de crime organizados ou de terrorismo.

Uma eventual qualificação de um indivíduo como sendo um “marginal” é criada na tentativa de neutralizar os riscos por ele ofertados (SILVA SANCHES, 2001, p. 29). A concepção mais humanizada do risco social contribuiu para a sua generalização. E, então, o Estado é conclamado a atuar de modo a combater todos os riscos produzidos por quem teria sido marginalizado pelo próprio sistema social. Aqui se encontra o paradigma da segurança, no sentido de que, em prol dele, o Estado seria autorizado a tudo realizar.

Acaso consideremos que, de acordo com Giorgio Agamben (2004), o poder soberano seria aquele exercido sobre a vida, soberania e biopolítica, poderia ser tido como um só instituto, sendo factível realizarmos que também se identificam conceitualmente o sistema de segurança e o evento histórico em que o estado de exceção se torna arquétipo.

Para Michel Foucault, ao tratar sobre o assunto, o fato de que o estado de exceção venha a se tornar paradigmático ocorreria, somente, “à medida que a segurança não elimina ou substitui a biopolítica e a soberania, mas as rearticula em seu interior” (FOUCAULT, 2008, p. 14). Acrescenta, ao dizer que a segurança é “uma certa maneira de acrescentar, de fazer funcionar, além dos mecanismos propriamente de segurança, as velhas estruturas da lei poder soberano e da disciplina biopolítica.” (FOUCAULT, 2008, p. 14). Entende-se, portanto, que os instrumentos que porventura venham a ser utilizados com a justificativa da segurança não poderiam ser imaginados como um modo de abolição do dispositivo jurídico-legal da soberania, tampouco, dos de controle e de vigilância da biopolítica.

Para ele, o sistema penal e as instituições estatais estão sendo conduzidos por uma lógica de segurança, inclusive, quanto aos meios utilizados para o controle e disciplina. E, quanto a isso, cria-se um tipo de sistema, mais complexo, que tende a integrar, fazendo com que sua lógica seja submetida aos mecanismos jurídicos-legais e bio-disciplinares (FOUCAULT, 2008, p. 14):

Trata-se da emergência de tecnologias de segurança no interior, seja de mecanismos que são propriamente mecanismos de controle social, como no caso da penalidade, seja dos mecanismos que têm por função modificar em algo o destino biológico da espécie.

A tudo isso, Agamben (2004, p.27-28) sinaliza uma questão pertinente: “conforme uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica de governo”.

A utilização da segurança como motivação para implantação e manutenção de uma técnica de governo faz com que haja uma delimitação temporal sobre a emergência um pouco turva. Atualmente, o estado de exceção, principalmente com a justificativa da segurança, deixou de ser algo pontual, momentâneo. Transformou-se em regra. A situação excepcional, portanto, é entendida como fio condutor da política contemporânea.

Igualmente, o pensador italiano Giorgio Agamben (2004, p.12) dispõe de um entendimento no sentido de que o estado de exceção significa uma experiência de união entre a técnica de governo militar e a de governo civil. Essa vinculação traz consigo a consequência de promover uma confusão e falta de discernimento sobre as funções típicas de cada modelo de governo. Cria-se, dessa forma, uma zona de indistinção, em que os procedimentos civis e militares se indeterminam.

A segurança, dentro desse contexto, é elemento de técnica de governo militar. Entretanto, o fenômeno recente que ocorre é a utilização dela como sendo um paradigma de governamentalidade de governo civil. É assim que Agamben (2004) trata que essa aparente fusão resulta em um novo modo de apresentação do totalitarismo moderno, pautado na visão de que o estado de exceção é uma regra, inaugurando “uma guerra civil legal que permite a eliminação de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Tal supressão tornou-se costumeira nos tempos modernos, ora em situação de guerra, ora em situação cotidiana em que seja deflagrado um conflito entre forças públicas de segurança e

grupos sociais que se encontram marginalizados dentro do panorama político, o que evidencia um grande indicativo de manifesta exceção de suspensão da lei. Da mesma maneira, dispõe que há uma “tendência moderna de fazer coincidir emergência político-militar e crise econômica [...] que caracteriza a política do século XX” (AGAMBEN, 2004, p. 29 e 37).

A confusão entre uma situação de guerra, assim tida como emergência militar, e uma situação de crise econômica, configurada como emergência econômica, é uma tendência que vem ocorrendo. Dessa forma, no último caso, haveria a necessidade de tomada de atitudes estatais, tais como decretos governamentais, como se estivesse, ali, uma situação de crise militar. A utilização desses instrumentos poderia ser caracterizada como força de lei, criando uma técnica de governo cada vez mais corriqueira. É por isso que Agamben (2004, p.131) explana que:

O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.

É dentro desse contexto que será analisado em que medida, dentro do cenário do Estado Democrático de Direito, que os direitos fundamentais, elevados a *status* constitucional, são restringidos ou eliminados na tentativa de que seja restabelecida a ordem pública, quando houver ameaças ou ataques terroristas, a partir de respostas pautadas no direito à segurança nacional.

3.3 O combate ao terrorismo e as possíveis limitações aos direitos fundamentais

3.3.1 *Estado de Direito e a submissão à lei*

É essencial que seja estabelecido um exame acerca da evolução dos princípios para tratar da sujeição do Estado ao regime do Direito, quando a finalidade é realizar a interpretação do Estado de Direito. Esse entendimento reproduz a vontade do povo para que sejam estabelecidos limites em uma lei fundamental que disciplinaria as ações estatais nos períodos em que a normalidade esteja vigorando ou em situações de crise. Sobre a evolução do Estado de Direito e seu objetivo como sendo o de limitar o poder do governante sob uma perspectiva do Direito, submetendo-se o Estado à lei, comentam José Luís Bolzan de Moraes e Lênio Luiz Streck (2012, p. 91):

Com efeito, no plano teórico, o Estado de Direito emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como *Rechtsstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, como objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito.

O devir histórico, entretanto, recupera tal conceito, assumindo o Direito como sendo um ponto de referência estável e aprofundando o modelo através de seu conteúdo, fazendo suplantiar a ideia de Estado de Direito como uma pura legalidade.

Podem-se, então, apontar três visões próprias a este fenômeno:

- a) *Visão formal*, onde se vincula a ação do Estado ao Direito, ou seja, a atuação estatal é jurídica, exercitando-se através de regras jurídicas;
- b) *Visão hierárquica*, na qual a estruturação escalonada da ordem jurídica impõe ao Estado sujeição ao Direito;
- c) *Visão material*, que implica a imposição de atributos intrínsecos ao Direito, ou seja, aqui, a ordem jurídica. Há uma qualificação do Estado pelo Direito e deste por seu conteúdo.

Pautando-se em uma racionalidade que impõe uma atuação estatal baseada em princípios, assume-se o Estado de Direito em sua concepção formal e material. Seu surgimento é orientado pelo princípio da legalidade, estabelece-se o que poderá ser permitido e o que poderá ser proibido, a partir de uma conotação do bem-estar e da justiça. Essa compreensão é assim detalhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007), quando dispõe que “num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao princípio da legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob crivo de uma justiça” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 23).

O axioma maior do Estado de Direito é, assim, a fixação de seus limites segundo a lei, exercendo a Constituição função essencial ao dispor acerca das condições jurídicas e dos parâmetros de atuação dos órgãos estatais e institutos jurídicos. É no texto constitucional que são previstos os procedimentos que protegem o Estado em caso de anomalias ou de crises que possam ameaçar sua estrutura, colocando em risco a sua existência e apresentando, inclusive, situações em que as garantias constitucionais devam ser temporariamente suspensas. A intervenção estatal, nesse último caso, serviria como meio necessário para se tutelar a paz social e de subsistência do próprio Estado, constituindo-se como uma forma hábil de restringir direitos e garantias, proporcionando instrumentos estatais jurídicos para preservar os valores instituídos na norma constitucional.

Para melhor interpretação sobre a efetividade das limitações a direitos e garantias, o Estado de Direito, ao garantir subserviência à lei, não poderá ultrapassar seus limites, sob pena

de incorrer em invalidação de seus atos. A sua finalidade deverá ser o cumprimento da legalidade para satisfazer o não cometimento de arbitrariedade por esse.

Gilmar Antônio Bedin, Douglas Cesar Lucas, André de Carvalho Ramos e José Cretella Neto (2009) dispõem ser o Estado de Direito aquele em que há subordinação às leis, em que os procedimentos válidos tornam o poder público legitimado. Caso não haja os parâmetros estabelecidos previamente pela lei, a atuação estatal torna-se ilegítima. O respeito ao princípio da legalidade seria o pilar de uma sociedade democrática que, para sua autopreservação, deverá obedecer ao princípio “da proibição ao excesso” (BEDIN, LUCAS, RAMOS, CRETELLA NETO, 2009, p. 18):

(...) afirmar que o Estado atua ou age por intermédio do Direito significa dizer que o exercício do poder só se pode efetivar por meio de instrumentos jurídicos institucionalizados pelo Estado de Direito e pela ordem jurídica em vigor. Nesse sentido, é importante observar que ‘não é qualquer órgão, qualquer titular, qualquer funcionário ou qualquer agente da autoridade que, no uso dos poderes públicos, pode praticar atos, cumprir tarefas, realizar fins, (somente aquele autorizado pela ordem jurídica).

O Estado de Direito, assim, obedece a uma regra fundamental: a Constituição. Luís Pinto Ferreira (1996) interpreta que a Constituição desempenha papel central em um Estado Democrático de Direito, atribuindo a ela a função de garantir a existência desse mesmo Estado. Esse documento traça parâmetros para as eventuais situações de crise ou de anormalidade que, porventura, venham a ocorrer. Pode prever, inclusive, medidas excepcionais, conferindo um aparente status de Estado de legalidade extraordinária, não deixando, assim, de haver uma submissão do Estado à lei. Como consequência, se a medida excepcional contrariar a lei que a regula, haverá uma possível inconstitucionalidade.

O autor Anderson de Menezes (1993), ao dispor sobre a conceituação de Estado de Direito, afirma que, ainda que a lei seja considerada injusta, ela é elaborada por legitimados – geralmente, pelo Poder Legislativo, cuja representatividade é do povo -, sendo considerada, portanto, legal. A ordem jurídica vigente, nesse sentido, deverá ser cumprida, para o autor, já que teria sido submetida a um processo legislativo válido (MENEZES, 1993, p. 70):

O direito, nesta acepção lata, implica a força bilateralmente obrigatória da lei, isto é, a submissão do próprio Estado às leis que promulga. Aquele que se submete ao direito procede legalmente, e, se vai contra o direito, procede ilegalmente, comete uma injustiça. Este conceito se aplica tanto ao Estado como aos súditos. O Estado pode

igualmente cometer um ato ilegal, uma injustiça. O Estado está, contudo, em relação ao direito, colocado em situação adversa do súdito. Tendo a missão e o poder de realizar o direito, ele pode e deve constranger a sua observância àqueles que deles se afastarem. O Estado ordena, o súdito obedece.

Ademais, com o Estado de Direito, privilegia-se a imposição de limites ao Estado por meio de lei fundamental que é a Constituição. Nesse sentido, o estabelecimento do Estado de Direito dá-se a partir da concretização, pelo Poder Constituinte, da regulação de direitos e seus limites que nortearão os rumos estatais. Assim, criam-se mecanismos constitucionais que garantem, inclusive, soluções ante o enfrentamento de anomalias institucionais. Detalha-se que uma Constituição necessita-se ser eficaz tanto nos períodos de estabilidade, quanto nos de instabilidade institucional.

Em casos em que o Estado se depara em uma situação em que há ameaça à sua própria existência, faz-se necessária a tomada de medidas excepcionais, que decorrem do próprio sistema de constitucionalização, que assim prevê com a finalidade de que seja garantida a ordem, privilegiando-se o Estado de Direito. Gilberto Bercovici (2008), quanto às medidas inseridas em uma Constituição, dispõe serem as medidas excepcionais lastreadas por vertente constitucional, já que seriam utilizadas como remédios em momentos de ameaça à soberania do Estado, no contexto de Estado de Exceção. Para o autor, a concessão de poderes excepcionais ao Estado deve-se realizar de forma restrita (BERCOVICI, 2008, p. 37-38):

Se o poder constituinte é tratado marginalmente pela doutrina publicista, melhor sorte não teve o estado de exceção. Afinal, os poderes de exceção são poderes constitucionais mais próximos do poder constituinte. O direito constitucional, acostumado a lidar com regras, tem dificuldade em lidar com a exceção. Apesar disto, maior parte dos autores vai ser favorável à constitucionalização da exceção, cujo objetivo é racionalizar a proteção extraordinária do Estado, incorporando-a ao ordenamento jurídico. Os poderes excepcionais devem ser expressamente previstos na Constituição para limitá-los e controlá-los.

A veracidade das crises institucionais e sua intensidade faz com que nem todos os direitos e garantias sejam usufruídos. Com a eventualidade de ocorrência de uma crise, sendo essa imprevisível, tornam-se necessárias decisões excepcionais. Muitas vezes, as normas de combate

à crise são expostas no texto constitucional, pelo Poder Constituinte, promovendo à ordem constitucional uma proteção. É assim que Bercovici (2008, p.42) dispõe que “Afinal, o bem protegido pelo estado de exceção é a ordem constitucional, não se trata de uma violação constitucional ou casuística, mas de uma violação que tem por finalidade a defesa da ordem constitucional”. A decisão por medidas de exceção configura-se como reafirmação da ordem constitucional e a suspensão ou limitação de direitos ou garantias individuais é evidência da instrumentalidade do Estado de Direito, que objetiva a normalidade constitucional por meio de instrumentos jurídicos excepcionais (BERCOVICI, 2008, p. 216).

A função institucional consistente na tentativa de eliminar a anormalidade, quando nos limites legais, é válida, fazendo com que não mais subsista a ameaça e impedindo uma eventual crise maior. Alexandre Baumgratz da Costa (2013) dispõe, inclusive, que, nesses casos, o uso da violência poderá ser justificável, admitindo-se, também, a pena de morte. O autor menciona que, em caso de situação emergencial, que coloque o Estado em risco, há a necessidade de que a segurança institucional se demonstre latente, devendo-se utilizar dos mecanismos constitucionais pré-estabelecidos para que a Constituição vigente naquele momento, não seja enfraquecida ou subvertida, dando espaço a um novo cenário constitucional. Sobre o assunto, Bercovici (2008) atribui um importante papel a ser desenvolvido pelos remédios jurídicos previstos pelo Poder Constituinte, dispendo serem esses essenciais à busca do equilíbrio, validando-se o argumento de que a transgressão de uma ordem jurídica dá ensejo a uma outra, ainda que essa seja mais prejudicial.

Há que se mencionar que os limites constitucionais para as medidas de exceção poderão ser ultrapassados, eventualmente, com o objetivo de manter a existência do Estado. O risco que se incorrerá, diante disso, é que uma nova ordem constitucional pode ser erigida. Por esse motivo, Bercovici (2008) dispõe sobre a importância de se optar por respostas que estejam dentro do âmbito constitucional. Assim, afirma (BERCOVICI, 2008, p. 227):

A necessidade pode modificar a organização estatal contra a letra da constituição, sendo para Jellinek, a necessidade política um dos principais fatores de mutação e transformação constitucional. Este é, para Jellinek, o limite da investigação de direito público: a constituição está em posição de equilíbrio estável, dependendo completamente de forças sociais para manter esse equilíbrio ou promover modificações. Uma nova ordem jurídica se cria mediante um poder que funciona de modo contrário ao

direito, por um órgão do Estado que julga sua competência por si mesmo e o faz de maneira ilimitada. A conformidade ou transgressão da norma dependem das forças sociais sobre as quais se funda a ordem jurídica.

A intenção, com as medidas adotadas, é obter o restabelecimento do equilíbrio, vertendo-se para a normalidade estrutural do Estado. Nesse sentido, o autor Heraldo Garcia Vitta (2011), ao descrever a força das normas elaboradas pelo Estado para combater as crises, a exemplo de uma coação a uma ação hostil, defende que essas devem ser rápidas, sob pena de fazer ruir o Estado. Afirma, contudo, que a reação deva possuir limites (VITTA, 2011, p. 24):

Se o Estado não tivesse limites, por estar acima das normas legais, haveria anarquia; mas esta é transitória (não há como se admitir a supressão total e permanente do ordenamento jurídico do Estado), e consiste em possibilidade de fato, não de direito. E essência do Estado ter ordenamento jurídico, regulando relações e pessoas, submetendo-as, pois, ao regime imposto pelo próprio Estado. Além do povo, o Estado submete-se a essas regras; com isso, nega-se a absoluta doutrina da ilimitada atuação estatal.

No caso em que a estabilidade das relações é, de alguma forma, posta sob ameaça, inúmeras reações do Estado surgem de modo a tentar combater a situação de emergência. O maior desafio é tentar regular esse tipo de combate, com a finalidade de que seja assegurada as garantias e os direitos dos indivíduos. É, quanto a esse assunto que se insere o problema do estado de emergência. Em que pese o Estado de Direito ter como fundamento principal a preservação de direitos e garantias, a ruptura das estruturas estatais por motivos internos ou externos poderá afetar sua soberania e existência.

Em razão disso, os esforços devem ser no sentido de se evitar que haja um rompimento da ordem jurídica vigente. A soberania tem como finalidade tutelar a autodeterminação dos povos, importante característica do Estado de Direito, servindo, do mesmo modo, como aspecto reacionário para que se impeça a ruptura do sistema constitucional. Para Heraldo Garcia Vitta (2011), a soberania tem a capacidade de limitar o poder estatal, vinculando-a ao Direito, não havendo limites jurídicos cujo caráter seja absoluto. Esses contornos podem ser delimitados pelo próprio Direito, autorizando que o Estado se utilize da força, nos casos em que seja necessária, dentro dos limites estabelecidos. Acrescenta o autor (VITTA, 2011, p. 23):

Portanto, soberania, no (a) aspecto negativo, significa impossibilidade de o Estado ser juridicamente limitado por qualquer outra força ou potência, exceto a dele. Com isso, além do Estado, nenhum grupo de poder, externo ou interno, pode impor-lhe limitações jurídicas. Já no (b) aspecto positivo, soberania consiste na exclusiva capacidade do poder estatal de determinar, em todos os sentidos, o próprio regime (jurídico): afirmar-se ilimitado o poder estatal somente no sentido de que nenhuma outra força pode, juridicamente, impedi-lo de modificar o ordenamento jurídico.

O autor José Joaquim Gomes Canotilho (2003) afirma que é necessário que o Estado estabeleça um limiar mínimo de punições e, igualmente, de garantias para a defesa do próprio Estado, sob o risco de ser confrontado. A essencialidade de preservar-se permite a previsão de medidas e meios de sobrevivência de sua ordem jurídica constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 887):

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra atos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes a constituição. A ideia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesas das instituições).

As limitações legais e constitucionais, quanto às respostas estatais em situação de crise, são necessárias para garantir a unidade, uma vez que a elaboração de uma norma reativa repercute sobre diversas esferas de poder. Tanto é assim que tanto o Estado quanto os cidadãos tiveram a possibilidade de conceder ao Poder Constituinte a atribuição de criar mecanismos jurídicos constitucionais, assim dispostos como imposições de medidas restritivas de caráter temporário, de modo a combater uma exceção que possa pôr em risco a ordem pública e jurídica vigentes.

De modo a entender a plausibilidade ou não das restrições a direitos e garantias fundamentais, a seguir serão tratados sobre os conceitos do que seriam direitos fundamentais e interpretá-los dentro de um cenário em que a estabilidade estatal esteja sob ameaça.

3.3.2 *O contexto histórico e evolutivo dos direitos fundamentais*

Ante o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945 e a criação da Organização das Nações Unidas no mesmo ano, houve um forte movimento no sentido de que os direitos fundamentais se desenvolvessem e assumissem importância no contexto mundial. Anteriormente a esses fatos históricos, os direitos fundamentais surgem com a teoria jusnaturalista, a partir do século XVI, em que se adota a concepção de que, por meio da razão, deve-se buscar o que é o melhor para o homem, independentemente de sua posituação. A autora Nina Beatriz Stocco Ranieri (2013, p.237), quanto ao jusnaturalismo, assim compreende a evolução histórica dos direitos fundamentais:

De acordo com a doutrina jusnaturalista, existem direitos naturais, inerentes à qualidade humana de seus titulares, que não tem como fonte o Estado. Tais direitos, por prescindirem do Estado, diferem do direito positivo, sendo-lhe anteriores e superiores. Em síntese, são direitos absolutos, imutáveis e atemporais. De modo geral, três são as fontes do direito natural: a vontade divina, a natureza ou a razão.

Em momento seguinte, tem-se, na Idade Média, segundo Alexandre Baumgratz da Costa (DA COSTA, 2013, p. 87), o início das lutas sociais, em que se expunha as condições mínimas de sobrevivência do povo. Cita, inclusive, que a Magna Carta de 1215 teria sido, dentro desse cenário, a primeira Constituição a definir direitos individuais. Ana Claudia Silva Scalquette (2004) ressalta o importante papel dessa Constituição na constatação da necessidade de se desenvolver condições razoáveis aos cidadãos para sua sobrevivência. Pontua que essa percepção inédita fundamentou a tutela das garantias dos indivíduos diante o governante, vinculando sua obediência à lei e não mais a esse (SCALQUETTE, 2004, p. 25):

A Magna Carta, importante documento que marcou a evolução dos direitos humanos, no século XIII, na Inglaterra, foi outorgada por João Sem Terra e refletia o acordo deste com os barões e burgueses, protegendo seus interesses, de sorte que, embora merecedora de críticas por proteger apenas seus interesses de uma facção da sociedade, também é reconhecida pela doutrina como marco de grande evolução, pois trouxe o reconhecimento de direitos com a ‘enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos.

Com o escopo de desenvolver as delimitações dos poderes estatais em relação ao indivíduo, garantindo a este o mínimo existencial, fora elaborada a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776, sendo essa o primeiro documento legislativo em que se constatou a constitucionalização desses direitos. Em um panorama em que havia um domínio da Inglaterra sob suas colônias - as

Treze Colônias inglesas - na América, surge como um paradigma utilizado para evitar a ocorrência de arbitrariedades pelos ingleses.

Já na França, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, após o início da Revolução Francesa, surgiu como ponto de positivação desses direitos. Ana Claudia Silva Scalquette (2002) menciona que, em ambos os casos – o americano e francês -, houve a positivação dos direitos em uma lei fundamental, assim dispondo que “Duas importantes declarações marcaram o início do processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, foram elas: Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789” (SCALQUETTE, 2002, p. 20).

O embate entre o desenvolvimento dos direitos fundamentais e o poder do Estado, conforme Jairo Shäfer (2005), impôs a necessidade da exigência daqueles ante a esse. Assim, o Estado passou a exercer a função de tutelar esses direitos, advindo daí a essencialidade de que houvesse sua positivação, criando-se mecanismos de controle ao poder estatal. Com a Revolução Francesa, nasce a concepção política do Estado Liberal, em que se preza pela liberdade individual sem que houvesse interferência do Estado. Nesse sentido, Jairo Shäfer delinea essa evolução (SHÄFER, 2005, p. 19), configurando os direitos fundamentais de primeira dimensão:

Os fundamentos do Estado Absolutista começavam, lentamente, a desabar, principalmente diante das pretensões da emergente burguesia urbana, que buscava espaço para crescer economicamente. Com estas influências históricas e políticas, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração. São os direitos da liberdade.

Antes de mais nada, vale esclarecer que a utilização da nomenclatura “geração” direitos fundamentais é problemática em razão de que esse termo indicaria que teria ocorrido uma sucessão ou superação de uma geração pela outra – Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007), nesse sentido. Adotaremos, assim, o termo “dimensão”, de modo a evitar a abordagem do embate doutrinário.

Consustanciam-se a primeira dimensão de direitos fundamentais, os direitos de liberdade, notadamente os direitos civis e políticos. Segundo Paulo Bonavides (2009), “(...) esses direitos têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2009, p. 563-564). Dessa forma, são marcados pela prestação negativa estatal, em que o Estado se abstém de intervir na esfera particular,

causando uma valorização da liberdade individual. São exemplos típicos dos direitos fundamentais da primeira dimensão a liberdade de consciência, de reunião, de culto, de crença, considerando o homem considerado individualmente.

Ressalta-se que esse aspecto de prestação negativa se justifica em virtude do contexto histórico já detalhado, em que a burguesia, classe em crescimento de poder econômico, conclama a oportunidade de influenciar a política, objetivando assegurar a separação de poderes e a garantias de liberdade em um texto constitucional. É assim que se torna compreensível que os direitos fundamentais de primeira dimensão sejam representativos da não intervenção estatal, especialmente, na propriedade privada, vez que haveria, à época, forte domínio da burguesia.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Com a evolução das cidades e o advento da Revolução Industrial, houve uma busca por um bem-estar social maior, em que os trabalhadores almejavam por maior segurança, por acesso à cultura e melhor ambiente de trabalho, de modo a consolidar sua dignidade. A finalidade seria a concessão de melhores condições de trabalho, reclamando ao Estado uma diretriz positivada em legislação de normas que promoveria a igualdade. A progressiva importância dos direitos fundamentais da primeira dimensão irá colocar o Estado na função de tutor desses direitos, que protegerão a individualidade com a busca da igualdade, impedindo excessos que contrariariam a dignidade humana. Garantias mínimas também serão previstas, atribuindo ao legislador o papel de, através das leis, evitar o cometimento de abusos em detrimento dos indivíduos. A efetivação dos direitos fundamentais fundamenta-se, portanto, no bem-comum.

A crescente demanda por melhores condições de vida fizeram surgir alguns movimentos sociais no século XIX que propiciaram a transição do Estado Liberal para o Estado Social, sendo seu objetivo a busca por assegurar proteção aos hipossuficientes, além de conduzir à igualdade material, de forma contrário à promovida até então – igualdade formal. Muda-se, portanto, a ideia de que os direitos sociais não seriam direitos fundamentais a partir do documento intitulado Declaração do Povo Trabalhador e Explorado, que, segundo José Afonso da Silva (2005, p.159), possui um delineamento histórico:

As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. Isso se

explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí porque as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como liberdades-resistência ou como meio de limitar o poder, que, então, era absoluto. No entanto, o desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operária logo demonstram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas liberdades formais, de sentido negativo, como resistência e limitação ao poder. Pois a opressão não era, em relação a ela, apenas de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições materiais para exercê-las.

É nesse sentido que há uma mudança de visão sobre o indivíduo em abstrato, vez que esse era reconhecido em sua individualidade, para que fosse ampliada a esfera de direitos. Antes com grande importância, os direitos individuais de liberdade, igualdade, inviolabilidade não eram mais satisfatórios no contexto factual em que se inseriam. É desse modo que complementa José Afonso da Silva (2005, p. 159-160):

Os socialistas, primeiro os utopistas (Sait-Simon, Fourier, Louis Blanc, Owen e outros), depois os cientistas (Marx e Engels), submetem essas concepções abstratas da liberdade, da igualdade e, enfim do homem a severas críticas, pois, apesar de retoricamente afirmadas e reconhecidas, permitiam medrassem a injustiça e a iniquidade na repartição da riqueza, e prosperasse a miséria das massas proletárias, enquanto o processo acumulativo favorecia, de um lado o enriquecimento de poucos e, de outro, as crises econômicas mais empobrecedoras e geradoras de desemprego.

Mister ressaltar que a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado fora documento elaborado no cenário da Revolução Russa (1917) e teria trazido três inovações: a primeira, teria sido o trabalho obrigatório para todos, proclamando-o como um dever fundamental; a segunda determinou que a propriedade privada fosse eliminada, havendo a possibilidade de exploração do trabalho assalariado; e, por fim, estabeleceu tratamento diverso a titulares de direitos, a depender de sua classe social. O reconhecimento, pelo primeiro ponto, de que o trabalho obrigatório, um direito social, seria concebido como direito fundamental inovou na ordem jurídica mundial à época. A evolução do Estado Liberal para o Estado Social faz surgir, desse modo, os direitos fundamentais de segunda dimensão, explicitada por Daniel Wunder Hachem (2012, p. 39-40):

Já no desenrolar no século XIX, com as conseqüências da industrialização, caracterizada por graves problemas sociais, somadas à percepção de que a liberdade e igualdade concebidas sob um ponto de vista formal eram insuficientes para o gozo efetivos dos direitos, o Estado sofre uma reconfiguração, passando-se de um modelo Liberal para o

modelo de Estado Social. Nesse período, surgem movimentos reivindicatórios de novos direitos, que se convencionou denominar direitos fundamentais de segunda geração, direitos sociais ou direitos a prestações, os quais requerem ações positivas dos Poderes Públicos para a sua satisfação, incumbindo ao Estado a função de propiciar aos cidadãos condições materiais que lhes permitam exercer efetivamente as liberdades fundamentais.

É nesse sentido que os direitos fundamentais de segunda dimensão têm por escopo o de que sejam assegurados os direitos sociais, culturais e econômicos, com base na igualdade material, em que o Estado se incumbe de realizar a justiça social, a partir de prestações positivas. Importa dizer, todavia, que não se referem, tão somente, a essas prestações positivas, garantindo, também, as denominadas liberdades sociais, tais como as liberdades de sindicalização e o direito de greve, e a positivação de direitos basilares do trabalhador, como férias, limitação de jornada de trabalho, dentre outros, conforme explana Ingo W. Sarlet (2009, p.47).

Em que pese esses direitos fundamentais reconhecerem como seus titulares os indivíduos, dizem-se sociais em virtude da sua vinculação aos movimentos reivindicatórios sociais que marcaram o século XIX e a primeira metade do século XX. Paulo Bonavides (2009, p.564) dispõe que “são direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX”.

Um ponto interessante sobre esses direitos é quanto ao questionamento de sua juridicidade, posto que eles foram relegados a normas programáticas, situando-se como meros conselhos. Há uma crise a ser enfrentada quanto a execução dessas normas, portanto. Para que essa problemática fosse solucionada, as Constituições modernas, no tocante aos direitos de segunda dimensão, optaram para adotar o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Zulmar Fachin (2012, p. 239) dispõe que “Somente em hipóteses excepcionais, previstas na Constituição, um direito fundamental exige intermediação normativa de órgão estatal para ser aplicado ao caso concreto”.

Diante do poder-dever estatal de regular e promover os direitos coletivos e difusos, além dos individuais, dá-se ensejo aos direitos fundamentais de terceira geração, permeando uma carga valorativa que objetiva o estabelecimento do bem comum. Estabelecem a sinuosidade do correto e do bem-estar por meio de uma convivência social organizada e justa. Busca-se, nesses direitos, a fraternidade, em que o Estado, por meio da política e do ordenamento jurídico, implanta condições

necessárias, positivando-as em suas Constituições, instituindo mandamentos que traçam preceitos de vida a todos os indivíduos.

Para Norberto Bobbio (1992), a configuração factual que teria dado ensejo aos direitos fundamentais de terceira dimensão teria sido a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), vez que nela é colocado “em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado” (BOBBIO, 1992, p. 30).

O autor Jairo Schäfer (2005) traz a evolução das dimensões do direito, utilizando-se do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em julgamento de Mandado de Segurança nº. 22.164-0/SP, cuja transcrição da historicidade ora se reproduz (SHÄFER, 2005, p. 34-35):

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civil e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

O Estado e o cidadão passam a constituir um posicionamento jurídico sistêmico, em que a integridade, a cultura, a liberdade e a moralidade tornam-se imprescindíveis para a existência do Estado, na qualidade de tutor dessa política, e para a vida coletiva e individual. Assim, o Estado não seria o responsável único pela defesa desses direitos, compartilhando essa tutela com os representantes da sociedade civil. Nessa mesma perspectiva, Ingo W. Sarlet acrescenta que essa titularidade coletiva é, por muitas vezes, indefinida e indeterminável (SARLET, 2009, p. 49):

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Os direitos de terceira dimensão são marcados pela titularidade difusa ou coletiva, repousando-se sobre a coletividade ou grupos sociais, revelando a fraternidade entre os diferentes Estados. O direito ao meio ambiente, o direito à autodeterminação dos povos, o direito à comunicação, o direito à proteção ao patrimônio histórico e cultural da humanidade são exemplos desses direitos. Tem como objetivo a tutela do gênero humano.

Atualmente, há quem defenda que os direitos fundamentais poderiam ser divididos em quarta e até em quinta dimensão. Paulo Bonavides (2009, p.571) dispõe que a “globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, corresponde a derradeira fase de institucionalização do Estado social”. Dessa forma, os direitos de quarta dimensão consistiriam no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Ou seja, os direitos da quarta dimensão são fundados na defesa da dignidade da pessoa humana contra intervenções abusivas de particulares ou do Estado. Acrescenta que o direito à paz seria qualificado como direito de quinta dimensão (BONAVIDES, 2009, p.582-583). O autor Zulmar Fachin (2012, p. 229) destaca que haveria uma sexta dimensão, consistente no direito à água, ao dispor:

O direito fundamental a água potável, como direito de sexta dimensão, significa um acréscimo ao acervo de direitos fundamentais, nascidos, a cada passo, no longo caminho da Humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sócias e estatais, bem como por parte de cada pessoa humana.

A evolução dos direitos fundamentais trouxe parâmetros que balizaram o Estado Constitucional, não somente quanto a positivação desses direitos, mas também, em relação ao efeito de que o conjunto de valores devem ser protegidos, de modo a proteger a dignidade humana. Ademais, demonstra-se, a partir de tal análise, o papel que o Estado assume ao longo do tempo, como tutor social, devendo zelar pelos direitos de seus cidadãos, ainda que não positivados, traduzidos em princípios. O Estado, assim, passa a ser garantidor e protetor dos atos que ameacem a ordem social e pública.

É sob essa perspectiva que será delineado, a seguir, sobre o conflito existente entre as medidas de combate ao terrorismo adotadas por um Estado, que deveria atuar como garantidor e protetor dos direitos e garantias de seus cidadãos, e o quanto tais decisões tomadas em um contexto de exceção podem influenciar e atingir os direitos fundamentais individuais e coletivos.

3.3.3 *A limitação dos direitos fundamentais e as medidas contraterroristas*

Dentro do cenário da ocorrência de um ataque terrorista, nota-se que há a possibilidade de que uma imensurável quantidade de pessoas seja afetada e vitimada. Em resposta, há a exigência de que o Estado tome atitudes de modo a prevenir eventuais atentados ou reprimir seus responsáveis. Há casos, inclusive, conforme dispõem Eduardo Augusto Salomão Cambi e Felipe Augusto Rodrigues Ambrósio (2017), que as medidas estatais em resposta sejam encaradas como o terrorismo praticado pelo Estado, citando como exemplos dessa afirmação a utilização de tortura como meio para obtenção de informações, e invasões de domicílio, e do direito à privacidade (CAMBI e AMBRÓSIO, 2017, p. 201). Acrescentam, de modo a caracterizar essas políticas como terrorismo de Estado, que devem-se ser notadas em um panorama de política delincente, em que os próprios agentes públicos ou grupos por ele apoiados atuam como responsáveis pela prática dessas medidas, balizados por um norte traçado pelo próprio governo.

Um governo autoritário ou uma ditadura não seriam suficientes para que fosse praticado o terrorismo de Estado, segundo os autores. Afirmam que, em um regime democrático, no caso de terrorismo de Estado, há uma crescente repressão que incide sobre um amplo e irrefreável espectro da população, instituindo a militarização das relações sociais, tornando todos os indivíduos suspeitos. Seria, ademais ainda, um dos pontos qualificadores dessa conduta a tentativa de tornar os atos estatais invisíveis, ocultando-os, bem como a adjetivação de terrorista a um determinado grupo ou pessoas, alvos de sua perseguição (CAMBI e AMBRÓSIO, 2017, p. 202).

Como já dito, o Estado é detentor do monopólio da força física e, por essa razão, torna-se um dos mais prováveis executores de sua utilização de modo irregular ou abusivo, ao servir-se de instrumentos repressivos e treinados, tais como as Forças Armadas. Em sua estrutura, há um arranjo complexo e burocrático, consistente na racionalidade dos meios e um conjunto ideológico forte que o guia. Penny Green e Tony Ward destacam que o poder do Estado é inigualável. Tanto que nenhuma organização criminosa, por mais desenvolvida que seja, conseguiria ser detentora de poder maior que o estatal, ressalvado os casos em que essa se elevasse a um proto-Estado na iminência de instaurar uma revolução ou golpe (GREEN e WARD, 2004, p. 3).

A utilização de mecanismos terroristas para atingir um objetivo por determinadas organizações dissidentes – Estado Islâmico, como exemplo -, sejam estas estrangeiras ou locais, faz com que surja uma nova posição defensivista, cujo discurso pauta-se no direito penal do terror,

de modo semelhante às premissas das organizações terroristas que pretende combater. É nesse sentido que Salo de Carvalho expõe que esse direito penal do terror é sintetizado sob o entendimento de que “contra o terror das organizações criminosas o terrorismo de Estado” (CARVALHO, 2006, p. 256).

Assim, o direito e o processo penal ganham contornos da instauração da polarização formal entre o bem e o mal, fazendo com que a ideologia defensivista crie ambiente para seu desenvolvimento e fortalecimento. O direito penal do inimigo, idealizado por Gunther Jakobs (2009), ganha espaço diante do contexto de uma situação de crise, em que os terroristas seriam qualificados como não confiáveis e, portanto, reduzidos a categoria de *unpersonen*- não pessoas (NUNES, 2016). Contudo, Jakobs (2009), em que pese ter teorizado sobre o direito penal do inimigo, não a limitou aos grupos terroristas, abarcando todas as pessoas prováveis de cometer, novamente, um delito, apresentando-se com alta periculosidade ante à sociedade.

Segundo Jakobs (2009), a tutela do direito penal não seria um bem jurídico, mas as expectativas sociais, entendidas essas como a forma que as pessoas anseiam que seja conduzida uma conduta alheia. O bem jurídico penal seria, assim, a expectativa normativa fundamental de manutenção da configuração social e do Estado, diante de possíveis violações das normas, servindo a pena como instrumento de assegurar a vigência dessa. O direito penal serviria à proteção do sistema, uma vez que, com a atenção às expectativas sociais, outros bens jurídicos poderiam ser protegidos. Para quem violar as normas, haveria a necessidade de um tratamento diferenciado, considerando a figura do autor e não o fato delituoso. De acordo com a teoria do funcionalismo sistêmico e o direito penal do inimigo, o direito penal procederia de dois modos: para o delinquente ocasional, seria aplicado um direito penal do cidadão, enquanto para o inimigo, aquele que pratica crimes com maior incidência e com desvio de conduta reiterado, seria aplicado o direito penal do inimigo, sendo contra ele autorizada a supressão de direitos e garantias, com a finalidade de neutralizar o inimigo. Assim, segundo Jakobs (2009), o direito penal do inimigo atuaria de forma prospectiva, anterior ao crime cometido pelo agente, com o escopo de impor uma medida preventiva a um possível resultado danoso a ser cometido.

A partir disso, há uma ampliação do conceito do inimigo, levando a um alargamento da punitividade, colocando em risco o sistema de garantias, especialmente, as constitucionais. A ideia do direito penal do inimigo dá base para que as agências estatais repressoras desrespeitem os

direitos fundamentais, concedendo a essas atitudes um discurso legitimador, que justificaria a prática do terrorismo do Estado.

Nesse sentido, o autor François de Bernard afirma que os governos teriam como um de seus objetivos delimitar as ações terroristas a não integrantes do corpo estatal, omitindo o terrorismo praticado pelo próprio Estado. Acrescenta dizendo que essa restrição justificaria as medidas do Estado como resposta mais efetiva, desqualificando o terrorismo de Estado. Assim, o governo teria a prerrogativa de “de agir para que o terrorismo de Estado não exista aos olhos do cidadão e da comunidade internacional, ou pelo menos, que ele não seja percebido senão como resposta legítima e fundada para um terrorismo prévio, que seria único, autêntico.” (BERNARD, 2006, p. 16).

Ocorre que, a partir da inteligência de que o Estado se utilizaria do discurso defensivista para demonstrar a defesa pela democracia utilizando-se de estratégias terroristas, demonstra-se que ele não estaria combatendo ou eliminando o terrorismo. Muito ao contrário, estaria atingindo novos patamares, mais letais e amplos, praticando o terrorismo de Estado.

Sobre o tema, Zaffaroni (2006) alega ser, sob o olhar do estudo da criminologia atual, os crimes cometidos por Estados uma das maiores problemáticas. Justifica seu entendimento, dispondo que seria incompreensível que o conhecimento da criminologia ignorasse o que seria, à sua compreensão, um dos mais graves crimes, os praticados pelo Estado. Caso assim ocorresse, a omissão poderia representar aceitação à prática de tais atos. Um ponto interessante é o de que uma das motivações para essa omissão quanto aos crimes do Estado se insere em sua própria complexidade.: Os crimes praticados pelo Estado não são delimitados à esfera do indivíduo acusado, mas sim atingem questões maiores, as quais se inserem os aspectos históricos, culturais, econômicos e políticos; isto é, a estrutura organizacional estatal. Assim que nos casos, por exemplo, de crimes estatais praticados em virtude da segurança, há uma conotação que desqualificaria a conduta como delituosa, em razão da sua nobre justificativa. De modo contrário aos crimes comuns, em que se objetiva achar uma excludente que os justifiquem, nos atos criminosos praticados pelo próprio Estado, o agente responsável pela prática delituosa o comete amparado pelo próprio arranjo estatal, tornando-o um quase embaixador dos valores sociais que reforçam seu ato.

A exemplo do que está sendo tratado, tem-se que nos anos de 1960 e 1970, na América Latina, onde havia uma predominância de regimes ditatoriais, a prática de tortura, assassinato, colocar em exílio, demitir, censurar, dentre outros, eram práticas executadas pelo Estado, partindo-

se da justificativa de que havia uma suposta guerra contra o comunismo internacional. O que importava era a manutenção da segurança nacional, devendo ser eliminado o que fosse que a colocasse em risco.

Entretanto, como já dito, os crimes de Estado não são restritos tão somente a regimes ditatoriais e a governos autoritários. Como dispõem Eduardo Augusto Salomão Cambi e Felipe Augusto Rodrigues Ambrósio (2017, p.203), em Estados democráticos, vislumbra-se uma tentativa de legitimar a prática de tortura, seja por meio do Direito ou por meio de discursos que legitimam o uso da violência. A *Ticking Bomb Scenario Theory*, mais adiante tratada, é uma teoria que surge nesse contexto em que se investiga se a tortura pode ou não ser utilizada como meio de obtenção de informações diante de um iminente ataque terrorista.

Salo de Carvalho (2006, p. 259) defende que, nos momentos em que o Estado define determinado grupo como o sendo de grande potencialidade delitiva, restaura-se amplitudes de periculosidade particulares da criminologia etiológico-positivista, retirando dos componentes desse grupo seu status de pessoa, ocorrendo a renúncia a própria noção do Estado Democrático de Direito. Essa técnica teria sido utilizada nos regimes totalitários – em um contexto de Estados de exceção -, colocando-se a segurança acima da dignidade humana. Haveria uma mudança de concepção, diante disso, em que o indivíduo, antes sujeito de direito, coloca-se como mero objeto dele. O autor destaca que, na América Latina, há uma grande tendência de valer-se do discurso de emergência para justificar políticas criminais no combate ao narcotráfico. O crime organizado seria, assim, o inimigo a ser combatido no contexto atual, o que dá contornos para que a exceção se torne permanente. De forma semelhante, aplica-se a lógica na luta contra o terrorismo. O poder punitivo, para Salo de Carvalho, provoca a desestabilização das Constituições, vez que atua sob a aparência de respeitar às regras impostas no Estado de Direito, porém, age em vácuo de direitos (CARVALHO, 2006, p. 260).

Em uma comparação entre as políticas mais recentes na História e as medidas atuais contraterroristas, Giorgio Agamben (2004, p. 13) dispõe haver, na política contemporânea, um estabelecimento do Estado de Exceção como paradigma de governo, servindo-se de instrumentos excepcionais como técnicas de governo. Ainda que assim não seja declarado, o autor dispõe que houve a institucionalização de um Estado de emergência – ou Exceção- permanente, ainda em que em regimes democráticos, tornando-se prática essencial à existência do Estado contemporâneo.

No conflito exposto na crise entre a tutela dos direitos individuais, cada vez mais vitimada, e a segurança pública, ante a inabilidade do Estado de administrar os riscos, há uma tendência de que governos autoritários se instaurem, surgindo com uma pretensa proposta de fazer ser eficiente ao restabelecimento da ordem. Ante a isso, quando sopesados, há uma inclinação para que os direitos e garantias fundamentais sejam sacrificados, de modo que a segurança seja restaurada. Essa afirmativa é mais bem compreendida em um cenário em que os direitos e garantias pertencentes ao inimigo sejam sufragadas, colocando-o como obstáculo ou ameaça que deva ser retratado como uma pessoa sem direitos.

Assim, será tratada a proposta elaborada pelo autor Bruce Ackerman, após a ocorrência dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. O autor faz a proposta de elaboração de uma Constituição emergencial, de modo que sejam tomadas medidas excepcionais, porém de curta duração. A crítica formulada pelo autor David Cole também será abordada, vez que dispõe que Ackerman preocupou-se mais com a duração das medidas do que com seu conteúdo em si.

3.3.4 *O combate ao terrorismo e a necessidade de elaborar uma Constituição emergencial para Bruce Ackerman*

Ante ao anteriormente apresentado, quanto ao conflito entre a proteção de direitos fundamentais e a atuação estatal na luta contra o terrorismo, temos que Bruce Ackerman apresenta uma proposta constitucionalista à questão em uma análise do contexto americano após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, delineando uma nova forma de regime constitucional de emergência. Diante do questionamento do que deveria prevalecer, se as liberdades civis ou a segurança nacional, há que serem feitas algumas considerações.

A ex-juíza da Suprema Corte Americana, Sandra Day O'Connor, palestrando na *Columbia Law School* em novembro de 2007, dispôs que o conflito apresentado envolve a denominada guerra contra o terror, colocando que “são assuntos muito difíceis, em parte porque se reportam à essência do que queremos dizer quando usamos termos como ‘cidadão’, ‘nação’ e ‘liberdade’” (O'CONNOR, 2008). O professor americano Russel Hardin (2004, p. 77). pontuou que a “preocupação central da grande tradição das liberdades civis é como estruturar um Estado para proteger as pessoas umas das outras sem interferir em suas vidas além do necessário para manter a ordem social”

O debate proposto, entre liberdade e segurança, não é um problema recente na doutrina constitucional norte-americana. Um dos precursores da Constituição de 1787, James Madison, salientava que “ao moldar um governo que deve ser administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: você tem que capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida, obriga-lo a controlar a si mesmo” (HAMILTON, JAY, MADISON, 1787, p. 269).

Bruce Ackerman traz um novo desenho constitucional de modo a dar solução a problemática apresentada. Ele, contudo, parte da premissa de que os ataques terroristas estão só começando, ao assim alegar “Os ataques terroristas serão uma parte recorrente de nosso futuro. (...) O ataque de 11 de setembro é o protótipo para muitos eventos que irão colocar em desordem o século XXI” (ACKERMAN, 2004, p. 1029). Sugere, todavia, que com o escopo de defender as liberdades civis a longo prazo, o governo deverá ser autorizado a tomar medidas como resposta a uma situação de emergência (ACKERMAN, 2004, p.1030):

Para evitar um ciclo repetido de repressão, os defensores da liberdade devem considerar uma doutrina de orientação mais pesada – que permitiria medidas de emergência de curta duração, mas que trace um desenho contra restrições permanentes. Acima de tudo, devemos evitar que políticos explorem o pânico momentâneo para impor limitações de longa duração sobre a liberdade.

A posição de Ackerman (2004) é clara em ser contra medidas que imponham restrições às liberdades civis a longo prazo, bem como aos políticos que, porventura, queiram se aproveitar de uma situação excepcional. Além disso, ao dispor sobre o termo “guerra contra o terrorismo”, afirma ser esse inapropriado, vez que uma guerra limitaria ao envolvimento de Estados, em que há identificação do inimigo. De forma contrária, quando se fala de medidas contraterroristas, não há restrição quanto à identificação de um inimigo, podendo ser esse um indivíduo, um grupo ou um Estado (ACKERMAN, 2004, p. 1030).

A problemática reside no questionamento acerca de como é que poderia ser criado um aparato constitucional que, ao mesmo tempo, concilie a limitação de poderes políticos, mantendo-se a vigência das liberdades civis, e a observância quanto à segurança. Quanto a isso, Ackerman (2004) propõe uma resposta considerada incompleta, conforme Thiago Cássio d’Ávila Araújo (2008). A denominada “Constituição de Emergência” proposta por Ackerman estaria mais voltada aos prazos das medidas excepcionais do que ao seu conteúdo propriamente dito. É o que se analisa a partir da seguinte afirmativa “O desenho de um regime constitucional para um estado de

emergência limitado é um assunto traiçoeiro. A menos que cuidadosas precauções sejam tomadas, as medidas de emergência possuem o hábito de continuar por muito mais tempo que o necessário” (ACKERMAN, 2004, p. 1030). Thiago Cássio d’Ávila Araújo (2008, p. 173), porém, ressalta:

Muito embora fosse injusto dizer que Ackerman faz uma proposta meramente formal, sem qualquer conteúdo material, tendo-se em vista, por exemplo, que radicalmente se posiciona contra a tortura, é notória sua maior preocupação com o tempo de duração das medidas de emergência (...) Aliás essa preocupação exagerada de Ackerman com o prazo de duração das medidas de emergência é um dos pontos fracos de sua teoria, na opinião de David Cole.

O enfoque trazido por Bruce Ackerman (2004) é no sentido de atentar-se, porém não exclusivamente, na elaboração de um sistema formal, cujo escopo seja impedir o abuso que o prolongamento de um Estado de Exceção poderia ocasionar. Assim, demonstra-se estar mais preocupado em impedir a detenção a longo prazo de uma pessoa, por um lapso temporal indeterminado ou indeterminável, sem que haja a confrontação acerca da inocência ou culpabilização desse indivíduo. O enfoque à duração da prisão, por exemplo, sem que haja a observância de garantias mínimas, como a necessidade de ser demonstrada a causa provável para uma prisão preventiva, é assim tratado (ACKERMAN, 2004, p. 1037):

Chame de “função de reafirmação” (“*reassurance function*”): quando um ataque terrorista coloca a soberania efetiva do Estado em dúvida, o governo deve agir visivelmente e decisivamente para demonstrar a seus cidadãos aterrorizados que a fenda foi apenas temporária, e que está tomando ações agressivas para conter a crise e lidar com a perspectiva de repetição. Mais importante, minha proposta para uma constituição de emergência autoriza o governo a deter suspeitos sem as proteções usuais do direito criminal de causa provável ou suspeita razoável. O governo pode muito bem reivindicar outros poderes para realizar a “*reassutance function*”, mas ao desenvolver meu argumento, focarei na outorga de poderes extraordinários de detenção como paradigma. Meu objetivo é desenhar uma moldura constitucional para um estado de emergência temporário que capacite o governo a cumprir a “*reassurance function*” sem causar prejuízo de longo prazo a direitos individuais.

Bruce Ackerman traz a proposta de que haja uma remodelação quanto à racionalização da emergência, e sustenta que, nos sistemas tradicionais para o enfrentamento de uma exceção, há o surgimento da “*existential rationale*”, invocada quando há algum intuito de substituir o regime vigente, seja por meio de uma invasão inimiga ou por uma conspiração doméstica. Para ele, as ameaças de atentados terroristas não fariam desencadear a “*existential rationale*”, exigindo-se que haja uma remodelação da articulação dos legitimados a darem respostas efetivas. Isso porque, no

caso do terrorismo, haveria uma grave ameaça de lesão física à população sem que os terroristas pretendam substituir os governantes, isto é, não haveria substituição do regime vigente. Pontua seu argumento, de modo a trazer o modelo da “*reassurance rationale*”, justificando que, em virtude da permanência dos governantes no poder, poderia provocar um aumento de seu poderio ante à população a longo prazo na tomada de decisões cuja finalidade seja eliminar o medo social (ACKERMAN, 2004, p. 1031):

“Deveria ser o objetivo de um regime de emergência mais atual reafirmar ao público que a situação está sob controle, e que o Estado está tomando ações efetivas de curto prazo para evitar um segundo ataque. Essa “*reassurance rationale*” como a denomino, requer uma revisão profunda das provisões de poderes de emergência encontradas em muitas das Constituições do mundo.”

É dentro dessa contextualização que vislumbra a necessidade de que um novo modelo constitucional, voltado à situação de emergência, seja criado, baseado na “*reassurance rationale*”, devendo ser tal proposta adotada em diversas Constituições pelo Mundo. Em que pese sua concepção de projeto comum de Constituições, assume que cada projeto será traçado a partir das particularidades de cada região (ACKERMAN, 2004, p. 1040). É dessa forma que será substituída a “*existential rationale*”, prevista em Constituições tradicionais, sob os argumentos de que o poder não seria a finalidade principal a ser alcançada pelos terroristas e de que os governos alvos e vitimados, gradualmente mais fortalecidos e não submetido a risco de queda, poderiam objetivar a tomada de medidas, em prol da segurança, exageradas, sem que haja controle temporal. O fortalecimento do Estado, nas medidas contraterroristas, a longo prazo, parra Ackerman, é alvo de sua preocupação (ACKERMAN, 2004, p. 1040):

A última coisa que queremos é autorizar o Presidente a fazer o que quer que considere necessário pelo tempo que achar apropriado. Para ele se tornaria muito fácil transformar o pânico emergente após um horrível ataque em uma máquina de repressão burocrática e regência baseada em autoritarismo. Deveríamos estar buscando, ao contrário, por modelos inovadores que tornem difícil que as medidas de emergência saiam do controle, destruindo a moldura de governo com poderes limitados que supostamente deveriam proteger.

(...)

Este diagnóstico estabelece um desafio diferente para o desenho constitucional. De acordo com a “*existential rationale*”, parece um grande luxo preocupar-se demais com o destino das liberdades políticas e civis no longo prazo: se a ordem constitucional se desintegrar, estará a cargo de alguém mais se preocupar com o longo prazo. Contudo, de acordo com a “*reassurance rationale*”, o regime irá seguir adiante, mesmo que cambaleando, e o desafio é provê-lo com as ferramentas para uma resposta efetiva no curto prazo sem causar prejuízos desnecessários no longo prazo.

A teoria de Ackerman (2004) recebe muitas críticas, principalmente, por preocupar-se mais com a duração das medidas que propõe do que com a restrição dos direitos fundamentais em si. Grande crítico dessa teoria é o autor David Cole (2004), que apresenta, como um de seus argumentos, justamente, o fato de que Bruce Ackerman (2004) prioriza o controle do tempo de duração do estado de emergência em detrimento do conteúdo das medidas estatais em si. Elogia a criatividade da proposta, porém retrata que ela não dá conta do maior problema a ser enfrentado, que seria justamente, até que medida as liberdades civis e os direitos fundamentais poderiam ser restringidos (COLE, 2004, p. 1756):

Poderia ser realmente bem-sucedido na tarefa de pôr um fim ao estado de emergência de uma maneira tempestiva. Mas os limites temporais são apenas um problema com poderes emergenciais, e a solução para o assunto temporal deixa sem resposta a questão mais difícil que é precisamente quais poderes materiais deveriam ser atribuídos ao governo durante o período emergencial.

Em que pese a solução trazida por Bruce Ackerman (2004) , há um crescente desenvolvimento de uma teoria que acredita ser viável o uso da tortura como meio de obtenção de informações ante a um ataque iminente. A denominada *Ticking Bomb Scenario Theory* será abordada, sendo apresentada sua justificativa, críticas e embate aos direitos fundamentais individuais, principalmente, no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3.4 *TICKING BOMB SCENARIO THEORY* – O EMPREGO DA TORTURA NA IMINÊNCIA DE UM ATENTADO TERRORISTA

As legislações elaboradas com o escopo de combate ao terrorismo, de acordo com o entendimento de Giorgio Agamben (2004, p. 63), inserem-se dentro de uma lógica do terrorismo, constituindo-se uma negativa ao Estado de Direito, com adoção de medidas antidemocráticas e autoritárias. Haveria a possibilidade, assim, de incluir a própria exceção no ordenamento jurídico, configurando o já visto Estado de Exceção permanente. A autora espanhola Carmen Lamarca Pérez expõe sobre a questão excepcional do combate a uma eventual exceção que abala a estabilidade estatal, reportando-se ao terrorismo (LAMARCA PÉREZ , 2013, p. 39):

As leis antiterroristas também fazem parte da própria lógica do terrorismo e, de certa forma, o que elas expressam é uma abnegação do Estado de Direito procurado diretamente, de propósito. Se olharmos para a evolução desse gênero de regulamentação, deve-se notar que há algum tempo existe uma legislação dialética sobre agressão; toda vez que um ataque ocorre, imediatamente, o Estado cria ou endurece uma legislação cada vez mais autoritária e mais forte, e pode-se dizer que é, em geral. A resposta adota o mesmo sistema que a produção desses fenômenos, um caráter totalmente excepcional e, na maioria dos casos, com um claro conteúdo não democrático.

A recente teoria denominada *Ticking Bomb Scenario Theory* surgiu quando da necessidade de uma resposta extrema a uma situação igualmente extrema. Sua tradução para o português seria “teoria do cenário da bomba-relógio”, colocando o terrorismo como exemplificação de um perigo iminente, que culminaria com a explosão da bomba-relógio. Ela evidencia o uso da tortura como meio de obtenção de informações específicas sobre o planejamento de ataques terroristas. Nas palavras do autor Larry Siegel (2012, p. 382), seria o “emprego de uma técnica, em caráter de emergência, que possui como objetivo a prevenção e/ ou o combate aos atos terroristas iminentes, o que desativaria a ‘bomba-relógio’”.

A permissão ao uso da tortura, em situação excepcional, manifesta um dilema não só jurídico, como também ético e moral. Representa, para Michelle Farrel (2013, p. 224), um conflito entre os direitos fundamentais individuais, tal como o direito constitucional à proibição da tortura, e o da segurança da coletividade ou, ainda, um embate moral entre o direito de não ser torturado e a vida.

Um dos argumentos em que é baseado a admissibilidade do emprego da tortura como meio de evitar um ataque terrorista é o da tutela do direito fundamental à vida. Rogério da Cunha Sanchez cita que o ordenamento jurídico, em razão dos direitos humanos, obsta que o Estado empregue meios cruéis de investigação. Todavia, diante de um panorama em que uma quantidade imensurável de pessoas possa ser atingida, o que as expõe a um perigo iminente, a flexibilização quanto aos métodos cruéis seria medida que se impõe, em virtude da preservação de um bem maior: o direito à vida. A tortura seria, então, vista como um mal menor, ante a ponderação realizada, que visaria o menor dano e o maior benefício às pessoas (CUNHA, 2017). Há quem defenda que, e nesse sentido Alan Dershowitz (2002, p. 260), a plausibilidade da tortura poderia se realizar caso houvesse um mandado judicial ou executivo, dissolvendo-se a vedação à tortura. Sem o mandado, a vigência da proibição da tortura seria garantida

Em sentido contrário, Rogério Sanches da Cunha (2017) relata que, pela inadmissibilidade do emprego da tortura, ainda que seja o escopo de sua utilização a prevenção de um ato terrorista

iminente, a justificativa seria que o sistema de tutela aos direitos humanos não admitiria nenhuma exceção, de modo que os meios cruéis de investigação deveriam ser rechaçados. Aponta que acaso assim fosse permitida, haveria a possibilidade de expansão perigosa e ilimitada da tortura. Sobre esse ponto, Kenneth Rotu (2008) expressa que a relativização do direito à proibição da tortura, com a ampliação do uso dessa, é temerária (ROTU, 2008, p. 19):

(...) o cenário de bomba-relógio é uma metáfora perigosamente expansiva capaz de abranger não só quem possa saber de ataques imediatos, mas também aqueles de tempos futuros não especificados. Depois de tudo, porque só as vítimas de um ataque terrorista iminente são merecedoras de proteção baseada em tortura e maus-tratos? Por que não se usa também tal coação para impedir um ataque terrorista amanhã ou na próxima semana ou no próximo ano? E uma vez sendo o tabu contra a tortura e os maus-tratos quebrado, por que parar nos supostos terroristas? Por que não torturar e abusar também de suas famílias e pessoas próximas- ou quem mais possa fornecer informações que salvariam vidas? É um caminho que não se sabe onde vai parar.

Ainda nesse sentido, para Noberto Bobbio (1992), o direito de não sofrer tortura, assim como o direito de não ser escravizado, são direitos humanos absolutos, que não podem ser flexibilizados, visto que gozam de status privilegiado e ainda seria aplicável em todas as circunstâncias e para todas as pessoas, sem distinção. Segundo o autor (BOBBIO, 1992, p. 79):

É um status privilegiado que depende de uma situação que é verificada muito raramente: é a situação na qual são encontrados direitos fundamentais que não entram em concordância com outros direitos fundamentais. Devemos começar pela afirmação óbvia de que um direito pode ser instituído em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir o direito de outras categorias de pessoas. O direito de não ser submetido à escravidão implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a supressão do direito à tortura. Bem, esses direitos podem ser considerados absolutos porque a ação que é considerada ilícita como resultado de sua instituição e proteção é universalmente condenada. Prova disso é que, na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ambos os direitos são excluídos da suspensão da tutela que afeta todos os outros em caso de guerra ou outro perigo.

De acordo com a Associação para a Prevenção a Tortura (APT, 2007), a *Ticking Bomb Scenario Theory* teria dez pressupostos para a sua aplicação, sendo eles: i) sabe-se que há um plano de ataque específico; ii) o perigo é iminente e o ataque se concretizará em um curto espaço de tempo; iii) a ocorrência do ataque mataria uma grande quantidade de pessoas; iv) a pessoa que está em custódia possui envolvimento com o futuro ataque; v) o custodiado possui informações específicas que poderão impedir a realização do ato; vi) a tortura seria utilizada como meio de obtenção de informações para evitar o ataque, de forma imediata; vii) as informações não poderiam

ser obtidas através de outro meio; viii) as autoridades não conseguiriam tomar outras ações que impedissem o ataque; ix) a intenção do torturador é a tutela da coletividade, protegendo o maior número de pessoas; e x) esse modo de agir seria excepcional, não podendo ocorrer como meio natural de captação de informações ou planejamento de estratégias de combate ao terrorismo (APT, 2007, p. 4-5).

A APT defende que esses pressupostos podem ser contestados, vez que quaisquer situações excluídas das suposições descritas poderiam alargar esse rol. Isso poderia levar não _ à uma situação de exceção da aplicação da teoria, mas sim à instauração de uma nova regra que permite a tortura. Além disso, dispõe que a aplicabilidade da teoria seria questionável, vez que, a aceitação de que os “fins justificariam os meios” para impedir um ato terrorista significaria a adoção da mesma moral e princípios que fundamentam o próprio terrorismo (APT, 2007, p. 5-6). Em contrapartida, James Pfiffner (2008) argumenta que, acaso todos as suposições elencadas fossem cumpridas, a aplicação da teoria e, portanto, a utilização da tortura como meio eficaz de combate a um eventual atentado seria justificável. Faz, contudo, uma ressalva: o cenário teria que atender, fielmente, todos os requisitos (PFIFFNER, 2008, p. 136):

Vou admitir aqui, para fins de argumentação, que, em uma situação real de *Ticking Bomb*, a tortura pode ser justificada para obter maiores informações específicas que quase certamente salvaria vidas inocentes. Mas, se as condições prévias para a situação de *Ticking bomb* acima mencionadas não forem rigorosamente respeitadas, qualquer situação tática poderá levar à tortura.

George Hunsinger (2008, p. 57), quanto à concretização do cenário fiel, dispõe ser esse “extremamente hipotético. E em qualquer situação realmente existente, nem todas as condições postuladas são prováveis de ocorrer”. A improbabilidade de observação de todos as suposições é também alegada por Elaine Scarry (2004) sob o argumento de que o conhecimento sobre a realidade atual e mundial é imperfeito e haveria equívocos de cálculos e certa falta de habilidade para solucionar mistérios, exemplificando a questão quando cita a causa da guerra travada entre os Estados Unidos e Iraque, ao dispor que o primeiro teria ido “à guerra contra um país que foi ‘conhecido’ por ter armas de destruição em massa, só para descobrir que não tinha nenhuma” (SCARRY, 2004, p. 84).

A proposta da teoria, para George Luban (2006), seria sedutora, se tomado como ponto de partida de que é a imagem da *Ticking Bomb*, como sendo a melhor solução para determinada

problemática, que pode deturpar a situação. O autor cita Wittgenstein ao dispor que esse teria escrito que a confusão surge quando há um feitiço provocado por uma imagem. Traduz essa afirmação na ideia de que há certa facilidade na sedução com base em exemplos simplistas que parecem convincentes, mas que “em verdade, deturpam o mundo em que vivemos”. Assim, o torturador poderia ganhar destaque como sendo um funcionário público herói “disposto a fazer coisas desesperadas só porque a situação é tão desesperadora e tantas vidas inocentes estão pesando sobre a sua consciência”; enquanto o torturado atuaria como inimigo que possui informações estratégicas para interromper a ocorrência de um possível ataque. A deturpação consistiria no fato de que o torturador seria um executor de decisões, papel que, a priori, legal e constitucionalmente, não lhe caberia; e que o torturado poderia não estar envolvido necessariamente na ameaça terrorista. (GREENBERG, 2006, p. 45).

Retomando-se o embate quanto a admissibilidade da teoria e, conseqüentemente, quanto à tortura como instrumento de obtenção de informações estratégicas com a finalidade de proteger a coletividade, tem-se um exame de ponderação entre os direitos que estão em xeque: o da proibição à tortura e o da segurança coletiva. De acordo com Robert Alexy, os direitos fundamentais somente teriam possibilidade de se desenvolver se garantidos por meio de normas do direito positivo, tal como os princípios (ALEXY, 2009, p. 93). Para tanto, apenas uma ponderação entre princípios é que permitiria a análise sobre qual deles preponderaria em determinada situação, vez que seriam cláusulas abertas para o julgador, em um momento de decisão (OLIVEIRA, 2008, p. 91).

Uma problemática é exposta, contudo, quanto a esse método de resolução: não haveria critérios definidos para sua realização, o que empunharia uma limitação, na decisão, a aspectos cognitivos, tais como os de consistência lógica e correção empírica, tornando-a a juízo do ponderador (FACCINI NETO, 2017, p. 268). Para Marcelo Neves (2014, p. 194), uma ponderação sem limites poderia causar conseqüências à relação de autonomia e condicionamento recíproco entre Política e Direito no Estado constitucional. Orlando Faccini Neto (2017), mencionando Humberto Ávila, argumenta que o critério da ponderação não seria o melhor a ser utilizado como método geral de aplicação do ordenamento jurídico (FACCINI NETO, 2017, p. 270):

Por isso que Ávila, ao discutir o paradigma de ponderação, acentua que não pode ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico, porque leva, inexoravelmente, a um ‘antiescalonamento’ da ordem jurídica, na medida em que vários níveis de concretização normativa, a rigor relacionados numa complexa rede de relações hierárquicas e cada qual exercendo uma função específica, cedem lugar a um só nível,

onde estariam previstas as normas que irão orientar a decisão. Assim, se aceita a tese de que os princípios constitucionais devem ser ponderados sempre que puderem servir de fundamento para uma tomada de decisão, e feita a constatação banal de que dada a sua abrangência eles sempre poderiam cumprir esse desiderato, perder-se-ia, conseqüentemente, parte substancial da normatividade do Direito, porquanto, os princípios acabarão por ter o seu peso atribuído pelo intérprete, e este poderia, ao final da ponderação, culminar por atribuir a determinado princípio peso igual a nada.

Vista a crítica ao uso do paradigma da ponderação, tem-se que os direitos à dignidade humana, traduzido na vedação à tortura, e à segurança ganham relevo em uma situação de iminente ataque terrorista e na aplicação da *Ticking Bomb Scenario Theory*. O resguardo da vida de centenas de pessoas ameaçadas pelo cenário da bomba-relógio autorizaria ou não a utilização da tortura enquanto meio de legítima defesa ou estado de necessidade, legítima defesa de terceiros, prática permitida *ex ante* ou como exculpação *ex post facto*?

Destarte, cabe dispor que as causas de justificação, tais como o estado de necessidade e a legítima defesa, segundo Juarez Tavares (2000), além de exercerem a função de serem permissões contingentes, fundamentadas em situações acidentais ou privadas de uma seção da ordem jurídica, devem ser vistas, também, como “derivadas dos direitos fundamentais, aos quais devem subordinar”. Não podem ser tidas como exceções a condutas que são prescritas como ilícitas, exercendo papel de “instrumentos de convivência social, onde muitas vezes a justiça deve ceder lugar à conveniência” (TAVARES, 2000, p. 257-258).

Em vista ao primeiro ponto, há quem defenda que o estado de necessidade seria justificável como argumento para autorizar a tortura em situações excepcionais, como descreve Luís Greco (2007, p. 232). A tortura seria, assim, um mal menor diante de um cenário que poderia matar inúmeros inocentes, cujas vidas seriam de interesse preponderante. Baseia-se no utilitarismo de Jeremy Bentham, segundo o qual o último fim é o maior bem geral, conforme explica Willian Frankena (1969, p. 143):

(...) o que se chama habitualmente utilitarismo, sustenta a posição segundo a qual o fim o último é o maior bem geral – que um ato ou regra de ação é correto se, e somente se, conduz ou provavelmente conduzirá a conseguir-se, no universo como um todo, maior quantidade de bem relativamente ao mal do que qualquer outra alternativa; é errado o ato, a regra de ação quando isso não ocorrer e é obrigatório, na hipótese de conduzir ou de provavelmente conduzir a obtenção no universo, da maior quantidade possível de bem sobre o mal.

Seria, assim, ilógico o sacrifício de um número indeterminado de pessoas para que fosse salvo um criminoso. Sob uma perspectiva utilitarista centrada no ato, isto é, o malefício de torturar alguém *vs.* o bem gerado pelas vidas que foram salvas, a motivação pelo estado de necessidade parece plausível, em que pese o risco de tornar a segurança o único interesse do Estado (ANGLI, 2010, p. 23). Ademais, a disposição de que os direitos de um criminoso deveriam ser tutelados, que poderia servir para sustentar a vedação à tortura, também poderia reconhecer o direito à tutela da vida da coletividade. Segundo Michael Levin (1982), “se a vida é tão valiosa que nunca deve ser tomada, as vidas dos inocentes devem ser salvas, ainda que à custa de ferir a pessoa que as põe em perigo”. A respeito dessa posição, John Parry faz uma ressalva: “a tortura pode ser uma opção legítima – o menor dos males – em raras circunstâncias e sempre que não se converta em regra”, defendendo, por esse motivo, que a tortura só seja instrumento de obtenção de informações acaso essas sejam específicas (PARRY, 2004, p. 160).

Diante da utilização da causa de justificação estado de necessidade, surge uma crítica no sentido de que esta causa excludente da ilicitude serve aos casos em que se tenta a proteção de um direito do indivíduo ou da coletividade diante de um perigo atual. Assim, o perigo atual, consistindo em perigo presente, ocorre quando o agente pratica o ato de salvaguarda. Essa característica do estado de necessidade estaria ausente, quando da utilização da tortura, que tentaria impedir um atentado terrorista iminente, sem que esse seja, essencialmente, atual. Além disso, o estado de necessidade fundamenta-se na inevitabilidade do mal a ser causado para a tutela do direito próprio ou alheio. O questionamento que se impõe é se a tortura, de fato, seria o único meio hábil a obter a informação e evitar o ato terrorista. Caso a resposta fosse negativa, o estado de necessidade não poderia ser a justificativa (CUNHA, 2017).

A legítima defesa, igualmente, pode ser utilizada como justificativa do uso tortura no cenário da bomba-relógio, ostentando um duplo fundamento, de acordo com Jaime Malamud Goti (2017): a resistência à agressão contra um núcleo que constitui bens essenciais em que se manifesta a dignidade da pessoa humana e a igualdade na proteção dos sujeitos jurídicos (FACCINI NETO, 2017, p. 283). O perigo iminente ao atentado e a agressão injusta cometida pelo terrorista serviriam a qualificar a legítima defesa, permitindo a tortura.

Essa perspectiva alinha-se a um ponto de vista jurídico-filosófico, segundo o qual a “dignidade seria algo que poderia ser perdido pelo comportamento precedido por si” (GRECO, 2007, p. 11), permitindo a tortura. Michelle Farrel (2013, p.232) explica que, se o indivíduo pode

perder a dignidade em razão de seu comportamento, significa que a dignidade não seria um atributo inato ao ser humano. O uso da tortura, assim, não poderia ser visto como uma violação de direitos, vez que o sujeito, por ter criado a situação da bomba-relógio, os teria perdido. O Estado, então, promoveria uma reação à injusta agressão, em legítima defesa de terceiros, desconsiderando a dignidade humana do terrorista.

A favor dessa argumentação, Mariona Llobet Angli (2010, p. 25-26) defende que, se a legítima defesa pode ser instituto penal utilizado para matar alguém, por que não o seria em casos de tortura? Promove, ainda, uma interpretação sobre a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1984) segundo a qual essa só proibiria a tortura enquanto estado de necessidade, porém não o teria feito nos casos de legítima defesa.

Em sentido oposto, pelo não enquadramento da legítima defesa como permissiva à tortura, diz-se que essa causa de justificação incide sobre o responsável pela agressão injusta. Ante a problemática do conhecimento imperfeito, seria possível que o suspeito não fosse o ofensor. Em razão disso, contra ele não poderia ser alegada a legítima defesa já que não haveria agressão ilegítima (ALMEIDA; ARAÚJO, 2017, p. 90). Além disso, Kai Ambos (2009, p. 39) alerta que, em um panorama em que se utilize uma bomba de tempo, a legítima defesa não se encaixaria juridicamente em virtude da falta do requisito imediação, posto que, entre a possível ativação da bomba e sua explosão, pode haver um lapso temporal de horas e, na legítima defesa, a resposta deve ser imediata.

Já no que diz respeito à autorização *ex ante*, seus defensores, dentre eles Alan Dershowitz (2002, p. 260), esclarecem que a tortura poderia ser meio de obtenção de informações, caso houvesse um mandado judicial nesse sentido. Essa autorização do Judiciário, denominada “mandado de tortura”, seria direcionada a não-inocentes ou a quem, porventura, estivesse relacionado aos planos do ato terrorista. Esse método possuiria a vantagem de que o excesso poderia ser prevenido e daria maior segurança ao torturador que sua conduta estaria amparada no ordenamento jurídico. Para Elaine Scarry (2004, p. 286), essa proposta seria um equívoco, haja vista que seria questionável se:

(...) um juiz ou um funcionário do Poder Executivo, atuando sob a pressão de uma bomba-relógio, será capaz de discriminar entre casos aceitáveis e inaceitáveis? Afirma que há dúvidas quanto à realização de uma discriminação coerente por um magistrado,

interrogando se, sob este mandado de tortura “*são aceitáveis os casos que implicam essas armas de destruição massiva (e, portanto, dezenas de milhões de mortos) e (...) inaceitáveis aqueles que implicam um menor número de lesões? Ou é algum fator que não seja número de pessoas a chave?*”

Há quem externar que a justificação *ex post facto* seria fundamento para permissão da aplicação da *Ticking Bomb Scenario Theory*, que, em um panorama de ocorrência de uma situação extrema e de perigo iminente, o agente estatal poderia empregar métodos de tortura, e sua conduta analisada em momento posterior, por magistrados. Esses poderão ou não, a seu critério, ratificar a conduta da autoridade. Oren Gross (2004) intitula esse modo de atuar de “desobediência legal”, devendo a atitude ser valorada sob um ponto de vista legal ou, inclusive, moral, servindo para assegurar que a autoridade estatal não estaria acima da lei, assumindo o risco de que sua conduta seja tida como ilegal. Ressalta, porém, que “embora a tortura possa ser ratificada a nível nacional, pode ser objeto de um juízo diferente no plano internacional”, em virtude da observância das normas de direitos humanos no plano do Direito Internacional (GROSS, 2004, p. 240-241).

Em que pese a habilidade de conferir maior dinamicidade às medidas que objetivam evitar o atentado terrorista, a exculpação *ex post facto* sofre críticas em razão de se submeter o agente estatal à incerteza, já que não se saberá se sua conduta será considerada contrária ao direito ou conforme ele (ANGLI, 2008, p. 254). O agente não teria a capacidade de ter ciência sobre se a decisão judicial que julgasse seus atos poderia, de alguma forma, colocar em risco sua liberdade.

Ainda que a *Ticking Bomb Scenario Theory* não seja vislumbrada como o uso da tortura que se enquadra em uma das causas de justificação ou, ainda, encontrando fundamento na permissão *ex ante* ou exculpação *ex post facto*, a relevância de sua discussão ganhou ênfase em um contexto do pós atentados do 11 de setembro. Alex Dershowitz (2002) alerta que a sua aplicação, no contexto norte-americano, oferece perigo à sociedade, vez que haveria ali uma “cegueira deliberada, uma espécie de não pergunte não conte”, em que o governo e o procurador geral ignorariam a utilização da tortura como meio de obtenção de informações, resultando na dificuldade desses casos serem perseguidos e julgados (ALMEIDA; ARAÚJO, 2017, p. 99). A flexibilização do direito à proibição a tortura, além de constituir afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, abriria precedentes para ocorrência de arbitrariedades e abusos, conforme detalha Luís Greco e Alaor Leite (GRECO; LEITE, 2011, p. 93-94):

Pressupõe (a questão da bomba-relógio) que os serviços de informação ou a polícia saibam com absoluta certeza, que detiveram um terrorista prestes a cometer um atentado. Mas este pressuposto é extremamente improvável. Trata-se de descobrir somente a localização da bomba e a hora exata de seu disparo iminente, por que o resto já é conhecido? As coisas não são bem assim. Em todos os casos conhecidos, a iminência do ato – que deve ser questão de horas, talvez de dias – é ignorada: no máximo é considerada uma eventualidade. É possível que a tortura possa revelar essa informação, mas, como não existe um conhecimento prévio, qual a razão da tortura neste prisioneiro? Podemos ter certeza de que milhares de indivíduos não serão entregues a semelhantes sevícias porque um ou mais deles poderiam estar informados de um futuro projeto de atentado? Na falta de informações prévias, devidamente comprovadas e confirmadas, a hipótese da “bomba-relógio” traz o risco de abrir precedentes a abusos, em contradição com suas premissas, que são extremamente rigorosas.

É sob essa perspectiva que eventual flexibilização de direito fundamental à vedação da tortura evidencia-se como sendo prejudicial não só ao suspeito, mas à toda sociedade. Haveria a possibilidade do Estado arcar com o ônus de manter, em sua estrutura, torturadores treinados para utilização de diversos métodos de flagelo, o que implicaria, eventualmente, em profissionalização da tortura, como apontam Débora de Almeida e Fábio Araújo (2017, p. 107). Além disso, não há garantias que impeça a ampliação do uso da tortura, podendo essa tornar-se regra, ao invés de ser exceção. Assim, o risco de abalo do Estado Democrático de Direito, pautado no direito à dignidade humana, torna-se iminente, colocando os demais direitos fundamentais e suas garantias em xeque.

Em que pese as previsões legais norte-americanas não dispuserem sobre a legalidade de utilização da tortura em suas tentativas de coibir a prática de eventual ato terrorista, codificou-se, por meio do *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS, 2001) e, posteriormente, pelo *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS, 2015) procedimentos questionáveis, que colocariam em risco direitos fundamentais, diante de uma análise constitucional, motivada pela ânsia de combater o terrorismo. A implantação de um Estado de Exceção permanente, tal como preceitua Giorgio Agamben (2004), em que a regra excepcional se insere no ordenamento jurídico e passa a ser tratada e aplicada fora da situação que a justificou, fica evidente sob o pretexto de priorizar a segurança da coletividade e a manutenção da ordem pública. Tal como a *Ticking Bomb Scenario Theory*, o *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS, 2001) e o *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS, 2015) evidenciam discussões acerca da ameaça a direitos fundamentais. Uma análise mais específica será realizada no capítulo seguinte, quanto a essas legislações.

4. A RESPOSTA AMERICANA AOS ATENTADOS DE 11 DE SETEMBRO E O EMBATE ENTRE SEGURANÇA NACIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 O *Patriot Act* ou Lei Patriótica Americana

Em virtude do ocorrido nos atentados de 11 de setembro de 2001, o então Presidente dos Estados Unidos da América, George W. Bush, adotou como uma das prioridades de seu governo a política de justiça e da segurança. Por isso, em 14 de setembro de 2001, decidiu declarar estado de emergência nacional – Declaração n.º 7463, 66 Reg. Fed. 48, de 14 de setembro de 2001, com base na Constituição Americana – sec. 1631 (1994) -, seção que dispõe sobre o chamado *National Emergencies Act* (VERVAELE, 2014, p. 33).

José Cretella Neto (2008, p. 391-392) pontua que, em que pese a ocorrência dos atentados de 11 de setembro, os “atentados que podem ser enquadrados como ‘terroristas’ têm vitimado os EUA desde a década de 1960” e que apenas em 1996 o Congresso Americano teria promulgado legislações cujo escopo seria o combate ao terrorismo, denominadas *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* - na tradução: Lei Antiterrorismo e de Pena de Morte Eficaz- e o *Defense against Weapons of Mass Destruction* – na tradução: Lei de Defesa contra Armas de Destruição em Massa. Adiciona dispondo que, até 11 de setembro de 2001, os poderes Executivo e Legislativo americanos não possuíam precisão a respeito da melhor estratégia contraterrorista, “recorrendo principalmente aos mecanismos de persecução penal em casos individuais, associados à cooperação com outros países para elaborar convenções multilaterais”. Fernanda Tabor (2018, p. 32). menciona que, somente em momento posterior aos atentados de 11 de setembro, é que teria sido reconhecido que a ameaça terrorista teria ganhado contornos maiores, a partir de discurso do Vice-Presidente dos Estados Unidos durante o governo de George W. Bush.

Dentro desse contexto, o Procurador John Ashcroft elaborou nova proposta de lei, cujo nome seria Lei de Mobilização Contra o Terrorismo, documento que serviu de base para a redação final da *USA Patriot Act* (comumente designada pela sigla USAPA). Nesse sentido, a USAPA foi a reação mais visível e momentânea adotada pelo governo norte-americano com o escopo de combater o terrorismo. É uma norma de grande complexidade e extensão, cuja aprovação em cada Casa Legislativa fora quase unânime.

Uma crítica pertinente a ser feita nesse ponto é quanto às condições que essa lei foi elaborada e publicada. Isso porque foi concebida em regime de urgência, sem que fosse

possibilitado um debate mais aprofundado entre os legisladores. Acabou por incorporar, inclusive, determinadas propostas anteriores que não teriam sido aprovadas, até então, por suas supostas contrariedades à Constituição Americana (VERVAELE, 2014, p. 32-33). Há quem diga que a *Patriot Act* era uma lista de desejos de mudanças na lei de vigilância que o Congresso havia rejeitado anteriormente em razão de preocupações com liberdades civis (TIMM, 2011).

O texto da *Patriot Act* foi responsável pela alteração de mais de 15 leis federais, conferindo extraordinários poderes de execução a estruturas operativas de controle e aos serviços de inteligência. Dessa forma, expandiu o nível de atuação do FBI (sigla para *Federal Bureau of Intelligence* – agência nacional de segurança norte-americana) e da CIA (sigla para *Central Intelligence Agency* – responsável pelas ações de inteligência, conferindo-lhes expedientes inéditos até então). Em sua disposição em torno de 350 páginas, traça como objetivo principal evitar ocorrências de novos casos terroristas em território norte-americano, bem como punir aqueles que, de alguma forma, estivessem relacionados às práticas desse cunho. Para tanto, autorizou que agentes federais a rastreassem e interceptassem comunicações de eventuais terroristas, trazendo inovações assim elencadas por Charles Doyle (2002, p. 2):

a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; c) cria novos crimes federais; d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados, e e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo.

Dentre os instrumentos jurídicos emendados por este novo texto legal, encontra-se o *Foreign Intelligence Surveillance Act* – FISA (ESTADOS UNIDOS, 1978), o qual já havia sido alterado pelo *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, de 1996. É através do FISA que o Congresso americano “forneceu a base jurídica para o uso de vigilância eletrônica no contexto de obtenção de informações estrangeiras” (CRETILLA NETO, 2008, p. 394), se utilizando também, posteriormente, desta mesma lei para coletar em massa registros telefônicos norte-americanos (GREENWALD, 2014, p. 37). Sobre o procedimento estabelecido pelo FISA, John Vervaele (2014, p. 54) comenta:

Igualmente, segundo as sucessivas normas processuais e probatórias do *Department of Defense* e do Departamento de Justiça, muitos direitos fundamentais do sistema processual e da *Bill of Rights* não são reconhecidos: não existe um processo público (os julgamentos se celebram em audiência secreta), os advogados não podem conhecer as testemunhas da parte contrária, não se reconhece seu direito ao sigilo profissional, e necessitam de

autorização do *Department of Defense* para falar com a opinião pública. As conversas entre advogados e testemunhas são gravadas e, em matéria de prova, se admite todos os elementos que “teriam valor probatório para uma pessoa razoável”, incluídas as provas de *auditu*. A acusação não está obrigada a comunicar o iter de obtenção das provas, o que significa que a origem e o modo de obtenção de tais provas não são controlados. Admitem-se provas secretas FISA e as obtidas mediante vigilância secreta, ante o tribunal, *inaudita altera parte*.

É interessante notar que a própria formulação da lei foi o que impôs condições adversas a serem cumpridas por autoridades responsáveis por sua execução. Ao estabelecer inúmeras construções práticas, que podem possibilitar a transgressão de garantias fundamentais dos indivíduos, o que a *USAPA* institui é a imposição de um Estado de Exceção utilizando como instrumento o próprio Direito. Quanto ao estabelecimento do Estado de Exceção, recria-se o debate do capítulo anterior, em que se questiona se seria razoável permitir o descarte de garantias constitucional ante à segurança nacional.

A respeito disso, Clinton Rossiter (1948a, 1948b) dispõe que, a restrição a direitos em razão de necessidade de restabelecer o *status quo ante*, é consequência imediata dos atos previstos na referida lei americana, sendo justificável com o escopo de trazer o retorno da normalidade. De acordo com o autor, a partir do momento que o regime democrático, com seu complexo equilíbrio de poderes, passa por uma crise, o governo constitucional deve se alterar para neutralizá-la e restaurar a situação normal. Essa alteração implicaria um governo mais forte, em que os cidadãos teriam menos direitos.

Seguindo essa perspectiva, o ex-magistrado da Suprema Corte americana, William Rehnquist (1998), dispõe que os direitos civis podem ser limitados nos períodos de emergência. Para ele, não seria desejável, nem seria remotamente provável que a liberdade civil ocupe posição equânime em um panorama emergencial e em tempos de paz. Contudo, seria recomendável que os tribunais e os legisladores fossem mais atenciosos, quando a justificativa para restringir determinada garantia fosse a necessidade de um governo. Logo, as liberdades não seriam silenciadas, totalmente, todavia receberiam uma interpretação um pouco diferente. O ex-magistrado ressalta, também, que a problemática dessa interpretação restritiva reside no fato de que decisões judiciais proferidas sob condições emergenciais podem estabelecer precedentes que se perpetuam com o passar dos tempos, inclusive, após o fim da crise.

Em posição contrária caminha o atual magistrado da Suprema Corte, Stephen Breyer (2003), ao dispor que a Constituição tem que ser respeitada em todo momento e, nos períodos de

emergência, deve ocorrer uma tutela constitucional até mais intensa. Um dos argumentos para a defesa de sua posição é histórica. Assim, durante a Guerra Civil americana (ocorrida entre 1861 e 1865), a Suprema Corte americana, em *Ex parte Milligan* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1866), decidiu que a Constituição se aplica "em tempo de guerra como em tempo de paz". Acrescentou, exemplificando que, em 1941, no meio das hostilidades, um lorde inglês, chamado Lord Atkins, escreveu que "as leis não são silenciosas. Sua substância pode mudar, mas elas falam a mesma língua"². Sob o argumento de que a Inglaterra estaria engajada em uma luta pelo direito de manter um governo que protegeria as liberdades de seus cidadãos, haveria a exigência de que os juízes independentes se colocassem entre o governo e o cidadão - assegurando que o governo restringisse a liberdade não mais do que a lei permitisse (BREYER, 2003).

Outro ponto ventilado por Breyer (2003) seria que a Constituição teria sido elaborada definindo as liberdades primordiais de forma equilibrada, isto é, com ou sem emergência. As próprias disposições normativas são criadas de modo a conciliar os interesses individuais com os coletivos. De tal modo comportam-se as garantias constitucionais, que buscam um equilíbrio que possibilite ao governo uma resposta às ameaças sem que, com isso, abandone o compromisso da democracia com a liberdade individual. Nessa perspectiva, conforme seu entendimento, "o valor não muda; as circunstâncias mudam, mudando, assim, o ponto no qual um equilíbrio apropriado é atingido", sendo perfeitamente adequada tal afirmação às situações excepcionais e suas possíveis restrições mais severas. Estas, portanto, teriam obediência à Constituição (BREYER, 2003).

O que se pode apurar, após o exame das dicotômicas posições é que a busca por alternativas mais brandas, na medida da razoabilidade de seus executores, é uma opção que auxilia evitar as duas posições extremas. Quem diz que, em situações excepcionais, a Constituição tem que ser relegada a um mero documento de papel incorre em gravíssimo equívoco. A Constituição sempre importa, especialmente em um Estado de Exceção. De outro modo, aqueles que dispõem que os imperativos da segurança não são relevantes estão, igualmente, incorrendo em erro. Isso porque os categóricos da segurança podem ser prestigiados para determinar, detalhadamente, em que consiste o equilíbrio constitucional adequado. Com tal averiguação, há grandes chances de que a regra estabelecida e a exceção se tornem discerníveis, de modo a impedir a generalização desta

² Conforme disposição em documento disponível em https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp_04-15-03.html Acessado em 01/03/2019.

última nas normativas jurídicas. Assim, evita-se que o Estado de Exceção seja permanente, uma regra.

Sendo assim, a mencionada lei traz seu texto pontos questionáveis, especialmente, quando apresentam aparente inconstitucionalidade. A primeira controvérsia surge com a tentativa de definir o que seria o terrorismo doméstico, já que o *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a) estabeleceu um conceito vago. Ademais, pretende-se analisar o estabelecimento da tramitação dos processos sob o crivo da Lei Patriótica sob a jurisdição militar, bem como algumas das determinações da lei e seu conflito com determinados direitos fundamentais. Por fim, a edição da *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015), como substitutiva da *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a) será examinada, diante da expiração da vigência de certos pontos dessa lei.

4.2 Definição de terrorismo doméstico no *Patriot Act*

O *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a), como um instrumento de combate aos ataques terroristas, atuando de forma preventiva e, também, repressiva, tratou inicialmente de, definir o conceito de terrorismo doméstico, a despeito de toda a dificuldade do Direito Internacional, como já exposto, quanto a esta definição. A polêmica quanto a conceituação reside no fato de que seria muito abrangente, ao utilizar expressões como “atos perigosos”, “pareçam pretender”, “influenciar a política de um governo por intimidação ou coação”. Segundo Vinícius Diniz Vizzotto (2004), a amplitude de aplicação desses termos poderia trazer insegurança jurídica, já que sua utilização dependeria tão somente de sua interpretação. Adiciona o alerta de que o mau uso das expressões poderia levar a uma incriminação de pessoas que estariam exercendo seus direitos de expressão, de reunião, de dissenso e de protesto, o que afrontaria, diretamente, a 1ª emenda da Constituição dos Estados Unidos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787) que estabelece a concessão, dentre outros direitos, da liberdade de expressão, de reunião pacífica e o de peticionar ao governo para reparar eventuais injustiças cometidas.³ Apesar de ser uma definição

³ A primeira emenda é assim escrita: "1ª Emenda – O Congresso não poderá legislar no sentido de estabelecer uma religião, ou de proibir o livre exercício do culto, ou de restringir a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito de o povo se reunir pacificamente e apresentar petições ao Governo para reparação de injustiças".

polêmica, está contida no parágrafo 802 da Lei Patriótica, cuja novidade é a inserção do crime de terrorismo doméstico no ordenamento jurídico americano:

Seção 802. Definição de Terrorismo Doméstico (...)

(5) o termo terrorismo doméstico significa atividades que (A) configurem atos perigosos à vida humana que são uma violação de leis criminais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado; (B) que pareçam pretender (i) intimidar ou coagir uma população civil; (ii) influenciar a política de um governo por intimidação ou coação; ou (iii) visem modificar a conduta de um governo utilizando-se de destruição em massa, assassinatos ou sequestro; (...)

A atenção aos verbos nucleares dos tipos penais estabelecidos, no direito americano, deve ser mais detalhada, com o escopo de evitar o choque com o núcleo duro de um ou de mais de um direito fundamental (VIZZOTTO, 2004). Essa afirmativa fundamenta-se nas decisões jurisprudenciais americanas da Suprema Corte, especialmente após o julgamento das chamadas “loitering laws” ou lei de vadiagem (*Papachristow v. City of Jacksonville*, de 1972, e *Kolender v. Lawson*, de 1983), em que entendeu-se que suas prescrições configurariam abusos quanto à tipificação de condutas criminosas por terem tipos muito abrangentes (RUBIN, 2003, p. 186-187). Nessa perspectiva, Giorgio Agamben (2004, p. 14) expõe que “a novidade da ordem do presidente Bush está em anular radicalmente todo o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”, quando menciona a utilização de significados amplos e genéricos na tentativa de conceituar o terrorismo doméstico.

Sobre a necessidade de observância de determinação do tipo penal, tem-se que segundo Guilherme Sauer, o direito penal pensa e raciocina por meio de tipos (SAUER, 1956), o que torna a existência de um tipo bem definido uma essencialidade para análise da conduta descrita com a subsunção do fato concreto. É assim que, para que um fato tenha relevância penal, julga-se fundamental que o legislador o tenha materializado em uma lei, conforme dispõe (JIMÉNEZ DE ASÚA, , 1945). Dessa forma, sem a tipicidade, haveria o risco de que houvesse o esvaziamento do Direito Penal, vez que “(...) a rigorosa delimitação do tipo, que pretende significar univocamente quais ações são puníveis, e a fixação de um mínimo e um máximo, que deixa a individualização da pena muitas possibilidades, imprimem o selo do direito penal de nossa época” (MAYER, 2007, p. 39).

Em sentido contrário, defendendo que a mera subsunção não seria adequada à atividade penal, vem Humberto Ávila, que atribui o papel da interpretação do significado das palavras papel

fundamental. Assim, não seria “plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação”. Complementa, ao dispor que (ÁVILA, 2006, p. 32):

o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentido dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal

Seguindo essa compreensão, Robert Alexy (2008, p.548) alerta que “em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são deduzidas diretamente do material normativo preexistente”. A valoração realizada, contudo, não pode servir para mitigar o princípio da legalidade, segundo esse princípio haveria uma norma anterior definindo a conduta delituosa, o que serviria como uma garantia fundamental e constitucional. A leitura do dispositivo penal, em caso de indeterminação, deverá observar o caráter irrenunciável da garantia fundamental que é o princípio da legalidade.

Do mesmo modo é importante ressaltar que o *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a), quando da definição de terrorismo doméstico, não impõe que haja, na prática do ato terrorista, nenhum fim específico. A conduta tampouco precisa produzir resultados, basta que o indivíduo tenha a consciência de o que suas atitudes seriam em razão da execução de um ataque terrorista, não importando se houve atingimento do resultado (VERVAELE, 2014, p. 45). Como exemplo, tem-se que é configurado como delito o ato de fornecer ou arrecadar fundos para a utilização destes em fins terroristas ou “executar atos destinados a ocasionar a morte ou graves lesões a civis ou tendentes a intimidar a população ou a obrigar as autoridades governamentais a adotar uma determinada conduta ou a abster-se de fazê-lo” (18 USC Sec. 2239c). O auxílio material a organizações terroristas estrangeiras se converteu em um delito independente, previsto em item seguinte (18 USC Sec. 2339b).

Além disso, a seção 814 da USAPA (2001) estabeleceu maior rigidez de tratamento para o terrorismo informático. De acordo com Eric Schmidt e Jared Cohen (2013, p. 161), o terrorismo informático ou cibernético constituiria em atentados “com motivação política ou ideológica a informações, dados de usuários ou sistemas de computadores visando a resultados violentos”. Nesse sentido, quando há, por exemplo, a difusão de um vírus que provoque grave dano poderá ser imposta uma pena de até dez anos ou de vinte, caso haja reincidência. Igual sanção é estabelecida

acaso haja malefícios em rede automatizadas estrangeiras se, assim, afetar comércio ou a comunicações com os Estados Unidos.

A Seção 817 do *Patriot Act* autoriza que a mera posse de produtos tóxicos ou biológicos pode ser punida, não havendo necessidade de demonstrar que estariam destinados a ser utilizados como armas. Inclusive, a partir de uma certa quantidade, não será admitida a alegação que determinado produto seja para fins medicinais ou uso médico. Por fim, a Seção 813 faz referência à legislação relativa à criminalidade organizada, denominada RICO (*The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*), colocando o terrorismo comum um de seus principais desafios diante de medidas de confisco de grande alcance. De outra parte, a Seção 806 introduziu um sistema civil de confisco independentemente da origem dos bens e de que estes tenham sido utilizados para executar atos terroristas ou que constituam seu produto (VERVAELE, 1999, p. 291-315).

O estabelecimento acerca da jurisdição militar para a tramitação de julgamentos em que é aplicada a *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a) é outro assunto a ser abordado.

4.3 O amplo poder do executivo, a ausência de definição acerca do “combatente inimigo” e a jurisdição militar

Conforme dispõe John Vervaele (1999), nos Estados Unidos, o Presidente possui, na qualidade de Comandante Supremo das Forças Armadas, poderes abrangentes, quanto às funções legislativas e em matéria militar. Afirma, ainda, que essas atribuições teriam sido ampliadas após os atentados de 11 de setembro, em virtude de que, no *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a), não teriam sido previstos em sua regulamentação a definição do que seria inimigo terrorista ou sobre disposições acerca de juntas militares, cabendo ao Poder Executivo essa função (VERVAELE, 2014, p. 49).

A respeito do primeiro ponto, cita que a administração do Governo Bush, após a declaração do estado de emergência em 14 de setembro de 2001, editou a Resolução Executiva nº. 13224 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001b), tratando sobre o congelamento de bens e proibição de operações com indivíduos que cometam ou ameacem cometer atos terroristas ou que prestem ajuda ao terrorismo. Segundo a citada ordem executiva, as organizações terroristas são identificadas como organizações terroristas mundiais. Com isso, houve um alargamento da lista de

identificação de organizações terroristas e de terroristas, conforme explana (VERVAELE, 2014, p. 51):

(...) em 11 de setembro somaram-se 39 nomes, sobretudo organizações vinculadas ao Al-Qaeda; em 2 de novembro de 2001 foi incluído um grupo de homens de negócios da Arábia Saudita, e em 22 de novembro de 2001 foram introduzidas outras 22 organizações, entre as quais se achava Hezbollah, três organizações colombianas, o IRA e a Jihad. Ao mesmo tempo, a lista se converteu em um documento de 86 páginas que incluem centenas de organizações e pessoas.

Adiciona o autor que, a ausência da previsão da alcunha “combatente inimigo” no *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a) permitiu que o Presidente Bush, ao menos em sua primeira administração, ocorrida entre 2001 e 2004, refutasse a aplicação do direito internacional humanitário estabelecido no Acordo de Genebra – sendo essa a Convenção de Genebra de 1949 –, em que prevê o tratamento e direitos de prisioneiros de guerra e a proteção dos civis em período de guerra. O autor menciona que, durante esse período, o Chefe do Executivo George W. Bush teria optado por não aplicar esse Acordo à lista de identificação aos terroristas, não concedendo-lhes *status* de prisioneiros de guerra. Vervaele (2014) aponta, contudo, que em fevereiro de 2002, alguns direitos previstos na Convenção teriam sido reconhecidos a combatentes talibãs, excluindo-se os membros da *AlQaeda*. Menciona que nenhum membro desse grupo teria sido “(...) reconhecido como prisioneiro de guerra; são e permanecem como combatentes ilegais que podem ser interrogados arbitrariamente, que se vêem privados de direitos ou sofrem uma limitação nos mesmos enquanto durar a luta contra o terrorismo” (VERVAELE, 2014, p. 53).

Em relação à segunda questão, referente às juntas militares, em 13 de novembro de 2001, o então Presidente George W. Bush, sem que o Congresso fosse consultado, subscreveu uma ordem militar [*Military Order, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* (ESTADOS UNIDOS, 2001c), que em sua tradução significa Ordem Militar, Detenção, Tratamento e Julgamento de Certos Não Cidadãos na Guerra Contra o Terrorismo], em que foi permitido que os inimigos estrangeiros fossem julgados por juntas militares.

Os processos e investigações em que a *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a) foi aplicada ficou a cargo da jurisdição militar, o que seria criticável, segundo John Vervaele (2014, p. 53)., por muitos Dispôs, nesse sentido, que “(...) nos casos de terrorismo, o Departamento de Justiça e o Procurador Geral optaram pela jurisdição militar e, em consequência, pelo confinamento dos inimigos combatentes e pelos processos ante juntas militares”. A crítica

indicada por John Vervaele (2014) consiste no fato de que a ordem militar poderia colocar em risco princípios fundamentais inerentes aos direitos civis constitucionalmente previstos, bem como diversas regras do sistema penal comum. Afirma, ainda, que a organização e administração da justiça, nos casos das juntas militares, são realizadas por militares, sendo o corpo do sistema estruturado por militares, incluindo, juízes, acusação e, por vezes, advogados de defesa. Esses últimos, quando não integrantes do corpo militar, seriam advogados civis selecionados pelo Governo, subordinando-se às regras militares. Essa característica poderia comprometer a imparcialidade do julgamento. Além disso, na jurisdição militar, não há a previsão do remédio constitucional do *habeas corpus*, os direitos de defesa são limitados, as regras probatórias são especiais e não há julgamento pelo júri. Em caso recursal, admite-se um tribunal de apelação, porém, não constituinte do Poder Judiciário, ou seja o recurso é apresentado junto a um órgão colegiado de igual caráter militar, em que a decisão final se submete à sanção do Presidente da junta. Todas essas características evidenciam um procedimento que extravasa o Poder Judiciário, estando sob o controle do Poder Executivo, já que as Forças Armadas o compõem. A independência entre os Poderes e até dos julgamentos e, novamente, a imparcialidade são comprometidas, o que confrontaria um dos pilares do Estado Democrático de Direito (VERVAELE, 2014, p. 54).

Como contra-argumento, os defensores do procedimento assim alinhavado defendem que a forma como definida dão garantia de maior celeridade, sem que houvesse riscos a informações de investigações realizadas de forma secreta, ou a métodos de vigilância e a operações. Serviriam para proteger a segurança nacional, posto que as juntas militares ofereceriam maior resguardo aos juízes e às testemunhas contra potenciais ameaças terroristas.

Outros aspectos são apontados por John Vervaele (2014) como contrários a direitos fundamentais. Os exemplos: i) o processo não é público, sendo os julgamentos realizados em audiências secretas; ii) os advogados não podem conhecer as testemunhas da parte contrária, além de não haver o sigilo profissional entre ele e seu cliente e necessitarem de autorização do Departamento de Defesa para que possam ter contato com a opinião pública; iii) os diálogos entre advogados e testemunhas são gravados; iv) são admitidas todas as provas que tenham um valor probatório para uma pessoa razoável, incluindo-se, nesses casos, aquelas obtidas de forma ilícita; v) não há controle acerca da produção de provas, vez que a acusação não é obrigada a relatar qual foi sua forma de obtenção – tem-se, aqui, um receio doutrinário de que a tortura seja utilizada como meio de obtenção de prova, como já exposto quando retratada a *Ticking Bomb Scenario Theory*; e

vi) a junta militar, no julgamento da ação, poderá decidir pela não culpabilidade do acusado. O julgamento, contudo, poderá ser revertido se o Presidente da junta assim determinar. A unanimidade de julgamento só será exigida quando a pena aplicada for a de morte (VERVAELE, 2014, p. 54). A afronta aos direitos fundamentais de reconhecimento de um processo público e justo (i e vi), de ter para si uma boa defesa, de modo que o contraditório e a ampla defesa sejam assegurados (ii e iii), de vedação à aceitação de prova ilícita (iv), de tutela à dignidade humana, inclusive, com o banimento de penas cruéis e proibição da tortura (v) é amplamente discutida na doutrina, contrapondo-se à necessidade de tutelar a segurança nacional.

Serão abordados, especificamente, duas autorizações legislativas, por revelarem em seu conteúdo, nítido potencial lesivo aos direitos fundamentais de inviolabilidade de domicílio e de privacidade: quanto ao uso dos mandados de busca secreta – denominado *sneak and peak warrant* e à obtenção de informações, a partir de interceptações telefônicas, de dados, sem que a culpabilidade tenha que ser demonstrada.

4.3.1 *Sneak and peak warrant – mandado de busca secreta – e a inviolabilidade do domicílio e ao knock-and-announce*

A lei *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a), pela primeira vez na História dos Estados Unidos, autorizou que mandados de busca secreta fossem usados como procedimento padrão nas investigações. Os denominados mandados *sneak and peek* são abordados na Seção 213, no Título II da mencionada norma. Um mandado *sneak and peek warrant* ou, em português, chamado de mandado de busca secreta (oficialmente denominado de mandado de aviso retardado ou de mandado de busca secreta ou mandado de busca clandestina) autoriza aos policiais a executá-lo, entrando, fisicamente, em instalações privadas sem que seja necessária a permissão do proprietário. Não seria exclusivo para entrada em propriedade particular sem que houvesse determinação judicial para tanto, mas também, para apreensão de determinados bens (VERVAELE, 2014, p. 39). Geralmente, essas ordens não autorizam o governo a confiscar qualquer propriedade, mas isso não impede que, eventualmente, computadores sejam vasculhados.

Recentemente, segundo Vervaele (2014, p. 40), há notícias de que tais expedientes têm sido, cada vez mais, utilizados em investigações diversas às que objetivam a averiguação da ocorrência

de práticas terroristas. Uma questão aqui identificada seria quanto à contrariedade desse tipo de expediente ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Nesse sentido, a inviolabilidade do domicílio é considerada um direito fundamental, apoiada no princípio da dignidade humana. Possui como objetivo principal a tutela de um espaço que permita o desenvolvimento livre da personalidade individual. Constitui um dos direitos mais antigos existentes, visto que promove a proteção da vida privada, do sossego, da honra, enfim, particularidades que não podem ruir diante de uma persecução criminal do Estado. De modo a demonstrar a importância desse direito, Alexandre de Moraes traz um pedaço do discurso do Lord Chatham, no Parlamento Britânico (MORAES, 1998, p. 147):

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.

Igualmente, nos Estados Unidos, a proteção ao domicílio, como forma de salvaguardar a intimidade, ficou evidente no julgamento *Kyllo v. United States* (ESTADOS UNIDOS, 2001d). Naquela ocasião, policiais instalaram, dentro do veículo de um deles, um detector térmico para avaliar se Danny Kyllo estava cultivando plantas psicotrópicas dentro de casa. A iniciativa para o tráfico de drogas ficou comprovada. Kyllo, por sua vez, alegou, em sua defesa, que a atitude dos policiais teria ofendido a Quarta Emenda, que se refere à proteção contra buscas e apreensões arbitrárias. Na Suprema Corte, decidiu-se que, sem ordem judicial, acaso seja utilizada tecnologia que não está disponível a todos, a investigação não poderia ter ocorrido.

Pontua-se uma crítica fortemente ventilada quanto a esse julgamento por dois motivos. O primeiro seria porque a decisão menciona a utilização de tecnologia que explorassem a casa, excluindo, portanto, a proteção aos estabelecimentos comerciais ou quaisquer outros cujo caráter residencial não lhe fosse inerente. Segundo, posto que realizou a ressalva quanto ao uso da tecnologia não acessível a todos, o que teria sido um erro, uma vez que tornou legítima o ingresso no domicílio alheio quando havia a disposição mecanismos mais universais. Mostra-se, portanto, que a entrada de quem quer que seja no domicílio de determinada pessoa está subordinada à sua respectiva autorização, ou nos casos excepcionais previstos na legislação. Acaso assim não se proceda, há evidente risco de cometer-se uma inconstitucionalidade ou ilegalidade, conforme o regramento jurídico de cada localidade.

Vale frisar que o mandado *sneak and peek* contraria, igualmente, um princípio anglo-saxão basilar denominado *knock-and-announce* (no português, regra de pré-aviso). Esse princípio exige que policiais anunciem sua presença e forneçam aos residentes uma oportunidade de abrir a porta antes de uma eventual incursão à casa da pessoa. Consiste, também, em um dos fundamentos da Quarta Emenda, uma vez que ela não apenas protege as pessoas de serem submetidas a buscas sem mandado, mas também dá a elas o direito de realizar pesquisas de maneira razoável e justa.

As decisões judiciais proferidas sobre o assunto tutelam a pessoa, no sentido de evitar que autoridades invadam sua casa sem antes dar ao indivíduo a chance de deixá-los entrar quando anunciada sua presença. De fato, no caso *Ker vs. California* (ESTADOS UNIDOS, 1963), a Suprema Corte americana considerou que a Quarta Emenda indubitavelmente incluía o dever de um policial bater à porta primeiro.

Diante de tantos regramentos que desprestigiam uma entrada arbitrária de autoridades no domicílio alheio, ainda que para uma persecução penal, a questão da inviolabilidade do domicílio ser sufragada ante à segurança nacional será especialmente vista sob o ponto de vista da vigência do estado de exceção.

4.3.2 *Alteração nas chamadas “ordem de exibição de dados”, as “coisas tangíveis” e o direito à privacidade*

Foi determinado, de acordo com a USAPA (UNITED STATES OF AMERICA, 2011a), uma modificação na questão das comunicações. Sua seção 209-210 dispõe que podem ser proferidas ordens de exibição para obtenção de informações sobre os clientes, tais como dados pessoais ou dados conexos: detalhamento sobre contas bancárias, endereços de IP, sites acessados, dentre outros. Neste último aspecto é que reside a grande novidade. Para que as denominadas “ordens de exibição” sejam proferidas, não há quaisquer necessidades de indícios de culpabilidade. Permite-se tanto o acesso, por autoridades, às informações telefônicas, quanto às eletrônicas (VERVAELE, 2014, p. 42).

Em uma ordem de exibição no procedimento penal FISA (ESTADOS UNIDOS, 1978), ainda é indispensável a autorização judicial. A mudança está na flexibilização. Para sua concessão, basta que a relevância da informação seja demonstrada em uma investigação de delito terrorista que esteja em curso ou que seja para obter maiores informações sobre potências, organizações ou agentes estrangeiros.

Anteriormente, as denominadas ordens de exibição restringiam-se a sociedades de transporte, agências de viagem, por exemplo. Entretanto, a Seção 215 do *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS,2001a) ampliou sua abrangência, de modo a compreender, no âmbito das ordens autorizadas pelo FISA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1978), que a aplicação de suas ordens poderia atingir “todas as coisas tangíveis”, por exemplo, um balanço societário. Sob essa disposição, o FBI poderia obter ordens judiciais secretas para registros comerciais e outras "coisas tangíveis". Para tal, deveria justificar que os registros seriam solicitados para uma investigação autorizada ou para proteção contra o terrorismo internacional ou atividades clandestinas de inteligência. Sendo assim, o FISA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1978) permitiria a emissão de uma ordem, se o FBI assim o certificasse, mesmo quando não houvesse fatos para respaldá-lo. O conceito de “coisas” é bastante abrangente, podendo incluir registros de aluguel de carros e de apartamentos, de hotéis, de carteira de habilitação, de cartões de créditos, além de histórico da internet e muito mais.

Segundo noticiários americanos⁴, há suspeitas de que o governo tenha se utilizado das medidas previstas na Seção 215 de forma a obter informações sobre pessoas que não possuíam relação alguma com casos de terrorismo ou espionagem. Inclusive, de acordo com as veiculações jornalísticas, o Departamento de Justiça recusou-se a explicar como estava sendo realizada a interpretação da mencionada seção.

Segundo alegações do Senador Mark Udall⁵, democrata integrante do Comitê de Inteligência do Senado, acredita-se que o FBI tenha tido acesso “irrestrito” a dados particulares de cidadãos americanos, sem histórico criminal. Ressaltou, inclusive, junto ao Senador Roy Wyden que “quando o povo americano descobrir como o governo está secretamente interpretando o *Patriot Act*, vai ficar atordoado e com raiva” Em maio de 2011.

As modificações introduzidas pelo *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS,2001a) no sistema jurídico americano, como as vistas nesse tópico, evidenciam um grande conflito entre o direito fundamental à privacidade e o direito à segurança nacional.

⁴Disponível em <https://www.eff.org/deeplinks/2011/10/ten-years-later-look-three-scariest-provisions-usa-patriot-act> Acessados em 25/02/2020.

⁵ Disponível em https://www.nytimes.com/2011/09/22/us/politics/justice-dept-is-accused-of-misleading-public-on-patriot-act.html?_r=1 Acessados em 25/02/2020

O direito à privacidade se insere na classificação de direitos fundamentais comumente conhecidos como de segunda dimensão e é inserido em constituições dos Estados Democráticos de Direito, em regra, dentro dos direitos e garantias fundamentais, e serve de esteio à garantia de um mínimo necessário para uma convivência social. O escopo é servir como instrumento de tutela à intimidade, traçando um padrão mínimo de dignidade particular. Constitui um importante direito à personalidade, portanto.

Vale destacar, inclusive, que a proteção ao direito à privacidade é vislumbrada em âmbito internacional. Consta no art. 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948), no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CONSELHO DA EUROPA, 1950) e no art. 5º da 9ª Conferência Internacional Americana (BRASIL, 1952). Nos Estados Unidos, inclusive, a despeito das arbitrariedades cometidas com base no *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS, 2001a), o direito à privacidade é de extrema relevância, tal como demonstra-se no julgamento do caso *Carpenter v. United States*, em junho de 2018.

Na decisão proferida pela Suprema Corte americana, indicou-se a necessidade de ordem judicial a fim de que autoridades públicas obtivessem dados e/ou informações, sobre o deslocamento e localização de pessoas suspeitas de prática de crimes por meio das redes de telefonia celular, em investigação do FBI, que acesso à dados pessoais, especialmente os telefônicos e de comunicação fere, mais detalhadamente, a um ramo específico ao direito à privacidade, ou seja, o direito ao segredo, sendo este detalhes ou fatos específicos que não convém sua publicização, quer seja por motivos pessoais, quer seja por outras justificativas.

O que está em debate, portanto, é se o direito à privacidade poderia coexistir com as faculdades atuais que as inúmeras agências de governo têm de descobrir, acessar e analisar, minuciosamente. Os detalhes mais particulares da vida de qualquer pessoa, seja cidadã americana ou estrangeira. Ou, ainda, de forma mais categorizada, se o direito à privacidade deveria ceder ante ao direito à segurança, principalmente, quando medidas são tomadas sob aparente estado de exceção.

4.4 Uma análise do *Patriot Act* à luz da teoria do estado de exceção

As medidas introduzidas pela USAPA (ESTADOS UNIDOS, 2001a), acima explanadas apenas exemplificam algumas das respostas dadas pelo Estado americano na vigência de um Estado

que se encontra em situação excepcional. Visualiza-se pelo contexto em que a lei se insere, o confronto entre garantias fundamentais (tais como direito à inviolabilidade de domicílio, direito à privacidade, direito ao segredo) e o direito à segurança nacional.

O questionamento a ser realizado, contudo, é: será que em um Estado de Exceção, em que as próprias condições da realidade social são anormais, haveria a possibilidade de ser aceita a restrição, ou até mesmo, a eliminação das liberdades individuais e coletivas diante de outro direito, o da segurança nacional, de forma incontestável? Inicialmente, é necessário definir o que seria um Estado de Exceção.

Para tanto, iremos abordar duas acepções: a primeira, elaborada por François Saint-Bonnet (2001), que explica que o Estado de Exceção ocorre quando as regras são transgredidas ou suspensas para o enfrentamento de uma determinada ameaça ou perigo. Para ele, o Estado de Exceção constitui um “ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político” (SAINT-BONNET, 2001, p. 28). Pontua que as medidas excepcionais se encontram na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do Direito, porém o Estado de Exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Dispõe que, contudo, se o direito é expressão da realidade, e essa realidade é de exceção, há que se teorizá-lo, de modo a definir a relação que liga e ao mesmo tempo, abandona o vivente do direito. Compromete-se com uma investigação acerca da diferença entre o político e o jurídico, o direito e o vivente, de modo a elucidar a questão sobre o que significaria agir politicamente.

A segunda perspectiva é defendida pelo autor Giorgio Agamben, que aponta um fenômeno consistente na penetração e modificação do Estado de Exceção nos sistemas jurídicos, alterando o que seria arbitrariamente temporário em algo durável (AGAMBEN, 2004). Assim, o Estado de Exceção surge como paradigma de governo dominante na política contemporânea, ameaçando transformar a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição (AGAMBEN, 2004, p. 23-24).

Agamben (2004) destaca que os Estados de Exceção que se instauraram na Europa na Primeira Guerra Mundial criaram situações de perpetuações. Não mais com o pretexto da guerra. Novas situações de estado de exceção foram impostas para alavancar a economia. O Estado de Exceção perduraria, aceito por todas as forças políticas. A declaração do Estado de Exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo. O autor também destaca uma problemática que reside no estatuto

jurídico- político, também chamado de biopolítico. Por muitas vezes, há a tentativa de convencimento na aceitação, pelos cidadãos daquela sociedade, de práticas de contenção excepcionais como se comum fossem. Pauta-se, portanto, na ideia foucaultiana de animalização progressiva do homem (AGAMBEN, 2004, p. 25-27).

A ideia de biopoder de Michel Foucault (1987) traz, como princípio basilar, a mudança da forma de agir do indivíduo, no sentido de que os cidadãos haviam aceitado as leis da sociedade, incluindo aquelas que as permitiam que eles fossem punidos. O infrator seria inimigo comum da sociedade e, por isso, mereceria ser punido. O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade.

Inauguram-se aí duas objetivações: a do criminoso e a do crime. O criminoso seria o homem da natureza que precisa de cultura, o “anormal”, o louco, o doente, o monstro, que teria quebrado o pacto com a sociedade; e, em relação ao crime, haveria a necessidade de organizar o campo de prevenção, constituição de certeza e verdade, codificação, definição dos papéis, regras de procedimento (traduz a ideia de punir melhor, com mais universalidade e necessidade). Essas duas linhas de objetivações serviram para criar uma nova política do corpo, proposto com um viés biopolítico, consistente no fato de que o ser humano passa, de forma gradual, a se posicionar no centro da vida política moderna. Nessa perspectiva (AGAMBEN, 2004, p.11):

O que está em jogo aqui não é nada menos que a nova relação biopolítica supostamente normal entre cidadão e Estado. Essa relação não tem mais nada a ver com a participação livre e ativa na esfera pública, mas diz respeito ao registro e fichamento do elemento mais privado e incomunicável da subjetividade: falo da vida biológica dos corpos. Assim, aos dispositivos de mídia que controlam e manipulam a palavra pública correspondem, portanto, os dispositivos tecnológicos que inscrevem e identificam a vida nua. Assim, ao aplicar aos cidadão- ou, melhor dizendo, ao ser humano como tal- as técnicas e os dispositivos que inventaram para as classes perigosas, os Estados, que deveriam constituir o espaço da vida política, fizeram dela o suspeito por excelência, a tal ponto que é a própria humanidade que se tornou a classe perigosa.

Nesse sentido, um eventual risco de cometimento de violência real ou irreal, usada como justificativa de diversos governos, bem como dos Estados Unidos na elaboração do *Patriot Act* – nesse caso, o perigo de práticas terroristas- poderia ser instrumento para servir de fundamento à tomada de medidas excepcionais. Resta, então, evidenciada a biopolítica nos Estados modernos, em que se institucionaliza, de modo generalizado, dispositivos de exceção. Tal processo representa a ameaça da “suspensão legal” da lei como consequência jurídica da mudança política em um

panorama de caos, em que o indivíduo não mais aparece como sujeito político ou jurídicos, mas, tão somente, como objeto do Direito.

Agamben indaga (AGAMBEN, 2004, p. 38-39) que se o próprio Estado de Exceção é a suspensão do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? E, ao contrário, se é apenas uma situação de fato, como pode a lei não o regular? A isso responde que o Estado de Exceção não é nem exterior, nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é destituída de relação com a ordem jurídica.

Dispõe que juízo sobre o significado do Estado de Exceção pressupõe uma análise do conceito jurídico de necessidade. Mais do que tornar o lícito em ilícito, a necessidade age como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção. É a ideia de que a necessidade não se sujeita à lei. A necessidade então, não é fonte de lei e tampouco a suspende. Ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma. Nesse contexto, a lei seria formulada para proteção de um bem comum. Caso houvesse perigo a essa proteção e, portanto, à lei, seria aceitável uma conduta que não a obedecesse. A necessidade faria desaparecer a obrigação de obediência.

Sob outro olhar, o estado de necessidade tende a ser incluído na ordem jurídica e a apresentar-se como verdadeiro “estado” da lei (AGAMBEN, 2004, p. 42). O princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde sua *vis obligandi* transforma-se naquele em que a necessidade constitui o fundamento último e a própria fonte da lei. O Estado de Exceção seria, portanto, sob essa visão, medida ilegal, mas perfeitamente jurídica e constitucional, que se concretiza na criação de novas normas, posto que seria fonte de direito.

Após toda essa análise, Agamben afirma que a teoria da necessidade fracassa, justamente por ser a necessidade um conceito subjetivo (AGAMBEN, 2004, p. 47). A necessidade implica avaliação moral ou política, pela qual se julga a ordem jurídica e se considera que é digna de ser conservada e fortalecida, ainda que a custa de sua eventual violação. Assim, a teoria da necessidade para significar o Estado de Exceção não pode ser utilizada.

O Estado de Exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e a sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma

de sua aplicação. É, então, espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei. É a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa (AGAMBEN, 2004, p. 48-49). A união impossível entre norma e realidade e a conseqüente constituição no âmbito da norma, é operada sob a forma de exceção. Pelo pressuposto de sua relação, isto é, para aplicar uma norma, é necessário suspender sua aplicação, produzindo uma exceção.

Em que pese as considerações de Giorgio Agamben (2004) em definir o Estado de Exceção como uma condição em que a norma é suspensa por medidas anormais, mantendo-se, contudo, vigente, não foi o que se depreendeu da *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS, 2001a). Isso porque a própria formulação da lei foi o que impôs condições adversas a serem cumpridas por autoridades responsáveis por sua execução. Ao estabelecer inúmeras construções práticas duvidosas, que possibilitam a transgressão de garantias fundamentais dos indivíduos como já visto, o que a USAPA (ESTADOS UNIDOS, 2001a) realiza é a imposição de um Estado de Exceção utilizando como instrumento o próprio Direito, sem que houvesse suspensão das normas aplicadas em situação de normalidade.

A restrição a direitos é consequência imediata dos atos previstos na referida lei americana. Para Clinton L. Rossiter (ROSSITER, 1948a; 1948b), isso é justificável com o escopo de trazer o retorno da normalidade. De acordo com o autor, a partir do momento que o regime democrático, com seu complexo equilíbrio de poderes, passa por uma crise, o governo constitucional deve se alterar para neutralizá-la e restaurar a situação normal. Essa alteração implicaria um governo mais forte, em que os cidadãos teriam menos direitos.

Aliás, esse é o grande debate que se encontra: seria razoável permitir o descarte de garantias constitucional ante à segurança nacional?

Uma primeira opinião, exemplificada pelo ex-magistrado da Suprema Corte, William Rehnquist (REHNQUIST, 1998), vem no sentido de que os direitos civis podem ser limitados nos períodos de emergência. Para ele, não seria desejável, nem seria remotamente provável que a liberdade civil ocupe posição equânime em um panorama emergencial e em tempos de paz. Contudo, seria recomendável que os tribunais e os legisladores deem mais atenção, quando a justificativa para restringir determinada garantia seja a necessidade de um governo. Logo, as liberdades não seriam silenciadas, totalmente. Todavia, receberiam uma interpretação um pouco diferente. Ressalta, também, que a problemática dessa interpretação restritiva reside no fato de que

decisões judiciais proferidas sob condições emergenciais podem estabelecer precedentes que se perpetuam com o passar dos tempos, inclusive, após o fim da crise.

Em sentido oposto caminha o atual magistrado da Suprema Corte, Stephen Breyer (BREYER, 2003), ao dispor que a Constituição tem que ser respeitada em todo momento. Nos períodos de emergência, deve ocorrer uma tutela constitucional até mais intensa. Um dos argumentos para a defesa de sua posição é histórica. Assim, durante a Guerra Civil americana (ocorrida entre 1861 e 1865), a Suprema Corte, em *Ex parte Milligan* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1866), decidiu-se no sentido de que a Constituição se aplica "em tempo de guerra como em tempo de paz".

De fato, em 1941, no meio das hostilidades, um lorde inglês, chamado Lord Atkins, escreveu que "as leis não são silenciosas. Sua substância pode mudar, mas elas falam a mesma língua" (Apud BREYER, 2003)⁶. Ele acrescentou que a Inglaterra estava engajada em uma luta pelo direito de manter um governo que protegeria as liberdades de seus cidadãos. Esse objetivo exige que os juízes independentes se coloquem entre o governo e o cidadão - assegurando que o governo restrinja a liberdade não mais do que a lei permite.

Outro ponto ventilado por Breyer (2003) seria que a Constituição teria sido elaborada definindo as liberdades primordiais de forma equilibrada, isto é, com ou sem emergência. As próprias disposições normativas são criadas de modo a conciliar os interesses individuais com os coletivos. De tal modo comportam-se as garantias constitucionais, que buscam um equilíbrio que possibilite ao governo uma resposta às ameaças sem que, com isso, abandone o compromisso da democracia com a liberdade individual. Nessa perspectiva, conforme seu entendimento, "o valor não muda; as circunstâncias mudam, mudando, assim, o ponto no qual um equilíbrio apropriado é atingido", sendo perfeitamente adequada tal afirmação às situações excepcionais e suas possíveis restrições mais severas. Estas, portanto, teriam obediência à Constituição (BREYER, 2003).

O que se pode apurar, após o exame das dicotômicas posições é que a busca por alternativas mais brandas, na medida da razoabilidade de seus executores, é uma opção que auxilia evitar as duas posições extremas.

Quem diz que, em situações excepcionais, a Constituição tem que ser relegada a um mero documento de papel incorre em gravíssimo equívoco. A Constituição sempre importa,

⁶ Conforme disposição em documento disponível em https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp_04-15-03.html Acessado em 01/03/2019.

especialmente em um Estado de Exceção. De outro modo, aqueles que dispõem que os imperativos da segurança não são relevantes estão, igualmente, incorrendo em erro. Isso porque os categóricos da segurança podem ser prestigiados para determinar, detalhadamente, no que consiste o equilíbrio constitucional adequado. Com tal averiguação, há grandes chances de que a regra estabelecida e a exceção se tornem discerníveis, de modo a impedir a generalização desta última nas normativas jurídicas. Assim, evita-se que o Estado de Exceção seja permanente, uma regra.

4.5 *USA Freedom Act*

Ante ao transcurso do tempo, as disposições do *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS, 2001a) norma que, a priori, pretendeu-se temporária, tiveram que ser prolongadas. Assim, no dia 26 de maio de 2011, o Presidente norte-americano Barack Obama sancionou a *Patriot Sunsets Extension Act of 2011* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2011), com o intuito de prolongar a vigência da Lei Patriótica por mais quatro anos. Ocorre que, na data de 01 de junho de 2015, algumas previsões dessa lei expiraram. No dia consecutivo, entrou em vigor o *Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act*, ou *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015).

O *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015) foi editado com o propósito de substituir o *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2011), porém manteve inúmeras de suas previsões. Tem como escopo, de acordo com o preâmbulo da lei (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015, p. 2), a promoção de reformas substanciais quanto à forma de como as autoridades americanas e o governo norte-americano obtêm informações de dados de internet e registros telefônicos e a como as utilizam. É no mesmo preâmbulo que há a alteração dos instrumentos hábeis para coletar informações, arrolando as “escutas telefônicas, vigilância eletrônica, registros de determinadas atividades comerciais, dispositivos de rastreamento”, além de dispor sobre outras formas dessa coleta em relação a agentes estrangeiros, nas estratégias contraterroristas e com pretensões criminais.

Uma das maiores mudanças provocadas foi a respeito da lei do FISA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1978), que regula as normas quanto aos procedimentos de vigilância e obtenção de dados. No *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015), dentre seus oito títulos, no mínimo quatro são dedicados a modificar diretamente a regulamentação promovida pelo

FISA. Sobre o tema, Cretella Neto expressa que (CRETELLA NETO, 2008, p. 394): “O FISA forneceu a base jurídica para o uso de vigilância eletrônica no contexto de obtenção de informações (*intelligence*) estrangeiras. Ao elaborá-lo, o Congresso americano buscou conseguir equilíbrio entre os interesses da segurança nacional e os direitos à privacidade individual”.

As alterações realizadas pelo *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015), a respeito do FISA, foram de extrema importância na tutela da privacidade e das liberdades civis individuais, sem que houvesse comprometimento de programas destinados ao trabalho contraterrorista, após as divulgações feitas por Edward Snowden, em 2013 (sobre esse ponto, GREENWALD, 2014, p. 72), em relação aos programas de espionagem desenvolvidos por agências de vigilância norte-americanas. Isso deve-se ao fato de que o *Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015) tem por escopo restringir a amplitude da coleta de informações em massa pelo Estado norte-americano, de modo a proibir que o governo americano e suas agências obtenham informações pertencentes a prestadores de serviços particulares, como de telefonia e de internet, relativas a indivíduos de uma certa localidade, dentro ou fora do território norte-americano. Com isso, houve a exigência, na Seção 201, Título II, b, 4, A, (i), de que a *National Security Agency* (NSA, com tradução para Agência de Segurança Nacional), quando do requerimento de análise de dados, somente o fizesse em relação a uma pessoa, conta ou aparelho específico (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015, p. 11). A exigência para que haja a colheita de informações referentes a comunicações eletrônicas dos prestadores desse tipo de serviços particulares pela Agência de Segurança Nacional é que se apresente uma causa provável e legítima, em razão da segurança nacional, conforme dispõe a Seção 202, impondo uma maior proteção à privacidade dos indivíduos:

O Procurador Geral assegurará a vigência das políticas e procedimentos de forma a salvaguardar as informações não disponíveis publicamente sobre cidadãos dos Estados Unidos, coletadas através do uso de escutas ou dispositivos de rastreamento instalados sob esta seção. Tais políticas e procedimentos devem, na medida do possível, serem coerentes com a necessidade de proteger a segurança nacional e incluírem proteções de privacidade que se aplicam à coleta, retenção e uso de informações sobre pessoas dos Estados Unidos.

Em que pese a regulamentação mais protetiva ao direito fundamental à privacidade, a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos aprovou um projeto de lei, em 11 de janeiro de 2018, que altera a Seção 702 do FISA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1978), para que seja permitido que a *National Security Agency* realize o monitoramento de dados pela internet, sem

que houvesse necessidade de autorização judicial. A aprovação do Senado Americano ocorreu em 18 de janeiro de 2018, e foi sancionada pelo Presidente Donald Trump em 19 de janeiro de 2018.

Em suas disposições finais, especificamente nas Seções 801 e 802, o *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015) prevê algumas regras quanto ao terrorismo nuclear, dispondo, também, sobre a aplicação de penalidades quanto a tentativa e conspiração para cometer este crime.

Por todas as tensões abordadas com o advento do *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2011) e *USA Freedom Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015), envolvendo possíveis restrições aos direitos fundamentais, contrapondo-as com a necessidade de que seja respeitado o direito também fundamental à segurança, o presente estudo examinará o sistema constitucional e legal no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, será vista a previsão constitucional do estado de defesa e do estado de sítio, sendo suas possíveis decretações, medidas que se impõe quando da ocorrência de anormalidades que possam abalar a ordem pública, jurídica, social ou econômica. Será realizado um estudo da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016), intitulada pela doutrina e jurisprudência brasileira como lei antiterrorista brasileira, principalmente quanto seus pontos mais questionados: a definição do termo “terrorismo”, a causa de exclusão do crime de terrorismo e sua relação com os movimentos sociais, a punibilidade dos atos meramente preparatórios e sua relação com o Direito Penal do Inimigo. Por fim, um exame sobre a primeira operação antiterror no Brasil será realizado, promovendo maior detalhes sobre a operação *Hashtag*.

5. AS PREVISÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DIANTE DE UMA SITUAÇÃO DE CRISE E OS PONTOS CONTROVERTIDOS TRAZIDOS PELA LEI 13.260/2016

5.1 O sistema constitucional de crises no ordenamento jurídico brasileiro

Em situações em que a estabilidade da ordem em um Estado é ameaçada, a codificação constitucional pode prever soluções para que a anormalidade seja cessada. É o caso do Brasil, que prevê no texto de sua Constituição (BRASIL, 1988), respostas às emergências que, porventura, possam abalar as estruturas estatais, sejam elas política, social, econômica e, inclusive, jurídica. É nesse contexto que o estado de defesa e o estado de sítio se inserem, de modo a servirem como instrumentos para que seja reestabelecida a paz social. As respostas conferidas a determinados panoramas foram remodeladas de acordo com o contexto fático, não sendo o estado de defesa e o estado de sítio os únicos meios existentes na história do ordenamento jurídico pátrio brasileiro.

Assim, a Constituição Política do Império, datada de 1824, no art. 179, XXXV (BRASIL, 1824), estabelecia que, em casos em que ocorresse “rebelião e invasão de inimigos”, haveria a possibilidade de que garantias constitucionais fossem suspensas. Mencionada suspensão era de competência do Poder Legislativo, restando, subsidiariamente, ao Executivo essa atribuição em caso de recesso do Parlamento. Nesse caso, o Executivo deveria prestar contas à Assembleia na primeira oportunidade, quando do retorno de suas atividades ordinárias. Igualmente prevista estava a possibilidade de que as Assembleias Provinciais instaurassem o estado de sítio.

A primeira Constituição republicana, de 1891 (BRASIL, 1891), previa em seu art. 34, 20, que caberia ao Congresso Nacional decretar o estado de sítio e, em caso de sua ausência, ao Presidente da República. No art. 80, está a previsão de que as garantias constitucionais seriam suspensas, quando a segurança da República assim o exigisse, devendo as autoridades estabelecerem quais garantias seriam essas. Deveriam observar, entretanto, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como, da temporalidade. Em casos em que a houvesse grande repercussão gerada pela agressão estrangeira ou comoção intestina, o estado de sítio poderia ser declarado de imediato, ainda que o Congresso não o tivesse autorizado. Importante observação faz João Barbalho Uchôa Cavalcanti (2002, p. 119-120) ao expor que o Código Penal vigente na época consentia que, em caso de motim, tumulto, assuada ou sedição a força policial poderia ser utilizada, sendo decretada prisão preventiva pela autoridade policial independentemente de ordem judicial. As imunidades parlamentares e as do Presidente da República não poderiam ser

restringidas ou cessadas, porém. Uma peculiaridade em relação a Constituição Imperial está na possibilidade de que nessa última, os entes federados poderiam decretar a medida de crise.

De modo a tentar coibir a ocorrência de eventuais abusos praticados pela Constituição de 1891, foi promulgada a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), mantendo o Estado de Sítio com configurações semelhantes, detalhando-se algumas providências. Atribuiu ao Presidente da República, no art. 56, §13 (BRASIL, 1934), a competência de decretar o estado de sítio, desde que tenha havido uma prévia permissão do Poder Legislativo. Caso o Congresso Nacional estivesse em recesso, o Chefe do Executivo poderia decretar, sem autorização prévia do Congresso Nacional, o estado de sítio, desde que tivesse aquiescência da Seção Permanente do Senado Federal. A Assembleia Legislativa deveria reunir-se em até 30 dias após a declaração, para examinar as razões pelas quais instaurou-se a medida, decidindo por sua permanência ou rejeição. O estado de sítio teria durabilidade de até 90 dias, prorrogáveis por igual período, autorizando que alguns direitos e garantias, e tão somente eles, fossem restringidos, conforme a seguinte previsão no art. 175, 2:

- 2) na vigência do estado de sítio só se admitem estas medidas de exceção:
 - a) desterro para outros pontos do território nacional, ou determinação de permanência em certa localidade;
 - b) detenção em edifício ou local não destinado a réus de crimes comuns;
 - c) censura de correspondência de qualquer natureza, e das publicações em geral;
 - d) suspensão da liberdade de reunião e de tribuna;
 - e) busca e apreensão em domicílio.

As imunidades parlamentares, durante a vigência do estado de sítio, seriam mantidas. Ao findarem-se as motivações que ensejavam a declaração da exceção, cessaria o estado de sítio, impondo o dever de apresentação de relatórios acerca das medidas adotadas por seus executores. Se constatado algum abuso, os executores poderiam ser responsabilizados civil e criminalmente. A Constituição, inclusive, autorizou que o legislador infraconstitucional pudesse elaborar lei para dispor acerca de guerra ou emergência de guerra.

Um fato histórico introduziu novidades no ordenamento jurídico. No ano de 1935, ocorreu a Intentona Comunista, que fez com que as previsões constitucionais do estado de sítio fossem alteradas. Uma nova categoria de estado de sítio surgiu, sendo mais específica, denominada estado de guerra, e seria decretada no caso de comoções intestinas graves em que sua finalidade fosse a subversão das instituições políticas e sociais (art. 159 e seguintes). Nesse estado de guerra, todas

as garantias constitucionais seriam suspensas, exceto as que o próprio decreto mencionasse que continuariam a vigor.

Inserida no contexto do Estado Novo, houve a promulgação da Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), em que o estado de sítio, no art. 166, era denominado como estado de emergência e estado de guerra. Caberia ao Presidente da República sua decretação, sem que, para isso, houvesse autorização legislativa. Serviria a um propósito mais de suspensão da Constituição do que de Estado de Sítio em si, uma vez que, conforme art. 171, durante esse período “de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República”.

Retomando ao sistema tradicional, a Constituição de 1946 estabeleceu duas espécies de estado de sítio no art. 206 (BRASIL, 1946). A primeira seria aplicável quando ocorresse comoção intestina grave, em que algumas garantias poderiam ser suspensas. Já a segunda, mais grave quanto aos seus efeitos, admitia, desde que assim previstas em lei específica, maior suspensão de direitos e garantias nos casos de guerra externa ou guerra civil. A decretação do estado de sítio deveria se realizar por meio de lei, editada pelo Congresso Nacional, devendo, em caso de sua ausência, ser conferido por decreto do Presidente da República, que iria, de forma imediata, promover a convocação do Parlamento para que definisse, em até quinze dias, a aprovação ou não da medida de crise.

Em sendo o panorama de comoção intestina grave, o estado de sítio somente poderá durar por até trinta dias, prorrogáveis por igual período. A Constituição (BRASIL, 1946), no art. 209, previu o rol de direitos e garantias que poderiam ser restringidos, a saber:

Art 209 - Durante o estado de sítio decretado com fundamento em o nº I do art. 206, só se poderão tomar contra as pessoas as seguintes medidas:
 I - obrigação de permanência em localidade determinada;
 II - detenção em edifício não destinado a réus de crimes comuns;
 III - desterro para qualquer localidade, povoada e salubre, do território nacional.
 Parágrafo único - O Presidente da República poderá, outrossim, determinar:
 I - a censura de correspondência ou de publicidade, inclusive a de radiodifusão, cinema e teatro;
 II - a suspensão da liberdade de reunião, inclusive a exercida no seio das associações;
 III - a busca e apreensão em domicílio;
 IV - a suspensão do exercício do cargo ou função a funcionário público ou empregado de autarquia, de entidade de economia mista ou de empresa concessionária de serviço público;
 V - a intervenção nas empresas de serviços públicos.

Na ocorrência de guerra externa, há estabelecimento de que a medida de exceção poderia vigorar durante o período que a ameaça perdurasse. Nota-se uma particularidade, já que a Constituição não previu os direitos e garantias a serem suspensas. Há menção, inclusive, de que as imunidades parlamentares poderiam sofrer restrição, acaso o parlamentar agisse de modo inconciliável com a defesa da nação. A constatação de tal incompatibilidade seria examinada a partir de deliberação de dois terços dos membros da Câmara ou do Senado.

Em ambas as situações, tão logo findados os motivos que determinassem a implantação da medida de exceção, seriam cessados os efeitos dessa, momento em que o Presidente da República deveria detalhar e justificar as providências adotadas. O controle judicial delas perduraria durante todo o estado de sítio, limitando-se apenas aos atos ilegais e não aos discricionários.

Sobreveio, em momento de poderio militar, a Constituição de 1967 (BRASIL, 1967a). Em sua redação originária, no art. 152, assentou a instauração do estado de sítio quando houvesse grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção e guerra. As medidas coercitivas autorizadas no §2º do dispositivo seriam a obrigação de residência em localidade determinada, a detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns, a busca e apreensão em domicílio, a suspensão da liberdade de reunião e de associação, a censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas e, por fim, o uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, assim como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.

O Presidente da República seria a única autoridade competente para decretar a medida, submetendo o ato à apreciação do Congresso Nacional. A durabilidade do estado do sítio era de até sessenta dias, prorrogável por igual prazo, desde que houvesse motivação do Presidente da República, que justificasse o aumento de sua duração, ao Congresso que, acaso não estivesse em funcionamento, seria convocado pelo Presidente do Senado. Em relação às imunidades parlamentares, essas vigorariam, porém, não de forma absoluta. Poderiam ser suspensas por voto secreto de dois terços dos membros da respectiva Casa a que o parlamentar pertencesse. O Poder Judiciário, assim como previsto na Constituição de 1946, continuaria a exercer o controle dos atos ilegais.

A emenda do Ato Institucional n.º 5 de 13 de dezembro de 1968 (BRASIL, 1968), comumente chamado de AI5, autorizou a decretação do estado de sítio sem que houvesse

aprovação do Congresso Nacional, rejeitando as restrições originárias do texto constitucional, como a que limitava a duração da medida, deixando a sua durabilidade ao encargo do Presidente da República – nesse sentido, art. 7º.

De modo a alterar o texto da Constituição de 1967, fora editada a Emenda Constitucional n.º 1 de 17 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969). Em seu art. 182, com o intuito de por cabo a eventual subversão ou extinguir corrupção, estabeleceu uma suspensão transitória e parcial da Constituição, instituindo um estado extraordinário semelhante ao estado de guerra criado pela Constituição de 1937.

Uma inovação ao sistema constitucional brasileiro deu-se com a Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978 (BRASIL, 1978a). Ao passo que revogou o Ato Institucional n.º 5, trouxe uma novidade no art. 155, no sentido de que medidas coercitivas poderiam ser tomadas para “restabelecer, em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações”, quando, eventualmente, não fosse a hipótese de decretação de estado de sítio ou de emergência. Denominadas medidas de emergências, elas teriam duração de até sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período e seriam limitadas às medidas que poderiam ser tomadas em um estado de sítio. Na hipótese da determinação de novas medidas, o Presidente da República, dentro de quarenta e oito horas, daria ciência dessas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como das razões que as determinaram.

Outra inovação foi o estado de emergência, declarado pelo Presidente da República, mas não sujeito à apreciação do Legislativo, utilizado em casos de guerra ou para repelir atividades subversivas. As medidas são as mesmas aplicadas no estado de sítio, com a diferença de que o prazo é de noventa dias, renovável por uma só vez por igual período.

De forma mais drástica, o estado de sítio seria decretado pelo Presidente da República, autorizado pelo Congresso, quando da ocorrência de guerra ou com o escopo de “preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão” – art. 156. Um rol taxativo de situações que ensejariam a decretação de estado de sítio fora imposto, sendo os direitos e garantias previstos no art. 156, §2º limitados. A sua duração seria de cento e oitenta dias, renováveis enquanto perdurasse a situação que gerou sua decretação.

Exposta a criação e desenvolvimento do sistema constitucional para lidar com as crises, tem-se, finalmente, a Constituição da República Brasileira de 05 de outubro de 1988 (BRASIL,

1988). Essa foi elaborada em um contexto em que se buscava coibir o autoritarismo em uma tentativa de fortalecer o Estado Democrático de Direito. Igualmente às Constituições anteriores, também elencou medidas para lidar com situações de exceção, como a decretação do estado de defesa e de sítio.

5.2 A previsão constitucional do sistema de crises na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) foi promulgada em um contexto histórico de redemocratização após longo lapso temporal em que os militares permaneceram no poder (1964-1985) e buscou ser reativa ao autoritarismo desse período. Quanto à forma de lidar com as possíveis medidas a serem tomadas em situações excepcionais, vislumbra-se essa pretensão, como, por exemplo, a denominação ao título V: “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, a partir da tentativa de tutelar o Estado, a soberania nacional e a pátria, substancializada pelas instituições democráticas. Como descreve José Afonso da Silva (SILVA, 2004, p. 740-741), o sistema de resolução de crises previsto no bojo do texto constitucional não objetiva “a defesa deste ou daquele regime político ou de uma particular ideologia ou de um grupo detentor do poder”.

O texto constitucional de 1988 estabeleceu, de forma análoga a Emenda ^o 11/78, duas modalidades de respostas a uma crise, caracterizando, a primeira, por ser mais branda – o estado de defesa –, enquanto a segunda é mais rigorosa – o estado de sítio. O estado de defesa, assim estabelecido a partir do art. 136, tem como finalidade a preservação ou o pronto restabelecimento, em locais restritos e determinados, da ordem pública ou paz social que estejam sendo ameaçados por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza. O estado de sítio, com previsão a partir do art. 137, em sendo medida mais rígida, propõe-se como resolução a panoramas de “comoção grave e de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia da medida tomada durante o estado de defesa” ou quando houver “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” – ambos dispositivos inseridos no art.137, I e II.

Nota-se que a diferença em relação entre as duas perspectivas de exceção está no grau de gravidade dos motivos ensejadores de suas respectivas decretações. Enquanto no estado de defesa tenta-se a correção de um mal menor; no estado de sítio, o risco é maior. Outro ponto de dissonância está no fato de que o primeiro possui alcance pontual no território, mais limitada. Já no segundo, a

abrangência territorial poderá ser a uma determinada área do território nacional, sendo, portanto, mais amplo.

5.2.1 *O estado de defesa*

O estado de defesa, previsto no art. 136 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), possui certa semelhança com as já mencionadas medidas coercitivas adotadas no art. 155, inserido pela Emenda Constitucional n.º 11 de 13 de outubro de 1978 à Constituição de 1967. De acordo com o art. 84, IV, compete ao Chefe de Estado, isto é, ao Presidente da República, a implementação dessa medida por meio de decreto. Ao Congresso Nacional caberá, conforme art. 49, V, sustar os atos normativos do Poder Executivo que, porventura, exorbitarem seu poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, fazendo transparecer a manutenção do controle legislativo do ato.

A sua decretação é opção discricionária do Presidente, servindo-lhe como uma faculdade pessoal, conforme *caput* do art. 136. O texto constitucional adiciona que devem ser ouvidos os Conselhos da República e o Conselho de Defesa Nacional, causando uma possível dúvida: o parecer de um dos dois órgãos ou dos dois pode ser ignorado pelo Chefe do Executivo? O autor Ivo Dantas conduz sua análise a partir de uma interpretação sistêmica dispondo que, em prol do “espírito constitucional”, em caso de haver divergência entre as posições dos Conselhos e do Presidente, deverá preponderar o entendimento dos Conselhos (DANTAS, 1989, p. 60). No caso de conflito entre os próprios Conselhos, deveria preponderar a decisão do Conselho da República, uma vez que possui uma composição mais eclética. Em sentido contrário, Ricardo Chimenti (CHIMENTI, 2005, p. 131) compreende ser o parecer de ambos os Conselhos meramente opinativos, não vinculando, assim, o Presidente da República.

Quanto ao procedimento de tramitação, de acordo com o art. 136, §4º, em até vinte e quatro horas, o decreto deverá ser encaminhado ao Congresso com a sua respectiva justificativa. A partir de então, o Congresso terá o prazo de até dez dias, para aprovar a medida – de acordo com o art. 49, IV – ou rejeitá-la – conforme art. 136, §§ 4º, 6º e 7º, sendo, nos dois casos, necessária a maioria absoluta. Em relação a esse último ponto, ressalta Ricardo Chimenti (2005, p. 132) que “(...) por se tratar de medida de exceção, creio que o decurso do prazo sem manifestação do Congresso implica em imediata suspensão do decreto”.

Acaso a decretação do estado de defesa se realize no recesso do Poder Legislativo, o Congresso será convocado para reunião em até cinco dias, devendo examinar a matéria nos dez primeiros dias de seu recebimento. Seu funcionamento, independentemente de recesso, ocorrerá durante todo o período em que o ato vigorar, como previsto no art. 136, §6º. Na sessão legislativa extraordinária, o Parlamento somente poderá discutir sobre a matéria (art. 57, § 7º), sendo autorizado, ainda, que por iniciativa da “mesa, e ouvidos os líderes partidários, designar Comissão composta por cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas” (art. 140, *caput*), independentemente de serem essas tomadas no estado de defesa ou no estado de sítio. Ivo Dantas faz uma ressalva no sentido de que o Congresso não poderia apresentar emendas, fossem elas aditivas ou supressivas, ao decreto do Chefe do Executivo, vez que a instituição do estado de defesa é ato privativo, nos termos do art. 84, IV, do Presidente da República (DANTAS, 1989, p. 61).

O decreto presidencial deverá respeitar limites materiais, não podendo inovar no ordenamento jurídico. É por esse motivo que a justificativa do Presidente se torna fundamental, sendo necessária para a análise do Congresso, que irá decidir aprovar a medida ou não, por maioria absoluta. Em caso de ser rejeitado, o estado de defesa é imediatamente cessado (art. 136, §7º), bem como seus efeitos, retornando ao Congresso ao seu recesso, caso sua convocação seja extraordinária.

Decretada a medida de exceção, deverá ser observado o dever de serem expostos, de forma clara e objetiva, as suas finalidades e os propósitos a serem atingidos com o intuito de tutelar ou restabelecer a ordem pública em locais restritos e determinados. Ou seja da ocorrência da ameaça, o estado de defesa já poderá ser suscitado, não havendo a necessidade de que seja concretamente atingida a paz social e a ordem pública. Basta que haja o preenchimento de dois requisitos: a grave e iminente instabilidade institucional, decorrente de um ato humano, ou calamidades provocadas por eventos da natureza que causem grande lesividade. Caso os dois requisitos não sejam integralizados, o Congresso Nacional terá o dever de rejeitar o estado de defesa.

O art. 136, §1º tem como redação os direitos e garantias que podem ser restritos na vigência dessa medida excepcional, É disposto que: “O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:”. Ante a expressão “nos termos e limites da lei”, o autor Ivo Dantas (1989, p. 62) expressa que o texto constitucional deixa à lei a

função de disciplinar a utilização das normas de crise em razão do tempo de sua duração e das áreas a serem abrangidas.

Tem-se que a duração será de trinta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Esse prazo, todavia, não é absoluto, já que, se cessado o estado de defesa pelo Congresso Nacional, também serão interrompidos seus efeitos – art. 136, §7º. O contorno temporal de trinta e de sessenta dias, em caso de prorrogação, são máximos e, expirados, a solução cabível seria a decretação do estado de sítio nos termos do art. 137, I da Constituição de 1988.

As áreas abrangidas serão especificadas no decreto do Presidente. De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, uma vez que ele não traça expressamente o limite territorial, não poderão abranger toda a extensão do território brasileiro. Acaso se estendesse por todo solo nacional, a medida a ser aplicada seria, propriamente, o estado de sítio, de acordo com o art. 137, I (PAULO e ALEXANDRINO, 2011, p. 940):

O estado de defesa visa a reprimir ameaças à ordem pública ou à paz social em locais restritos e determinados. A área a ser abrangida pelo estado de defesa será especificada pelo Presidente da República no decreto que instituir a medida. A Constituição Federal não estabelece limites objetivos para a definição de "locais restritos e determinados", mas uma interpretação sistemática do texto constitucional leva a concluir que não pode ela ter amplitude nacional, pois, nesse caso (isto é, no caso de comoção grave de repercussão nacional), a medida a ser adotada seria o estado de sítio, conforme determina o art. 137, I, da Lei Maior.

Outra baliza instituída pela redação constitucional, no art. 136, I e II, foi acerca das medidas coercitivas que podem ser aplicadas, conferida a faculdade ao Presidente da República de utilizar algumas delas ou todas, sendo essencial, apenas, que os limites ali estabelecidos não fossem ultrapassados. Omite-se, contudo, sobre quem seriam as autoridades autorizadas em executar essas ações.

Um detalhe a ser analisado é a divisão, em duas categorias, das medidas coercitivas usadas nessa medida de exceção. Nesse sentido, o primeiro grupo seria aquele da hipótese de grave e iminente instabilidade institucional, em que os direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, de correspondência, de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica poderiam ser restringidos, conforme art. 136, I, alíneas a, b e c. De modo diverso, no caso de calamidades de grandes proporções da natureza, que impactem na ordem pública e paz social, comprometendo-as,

as ações coativas, previstas no art. 136, II, poderiam ser a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos.

Ante a possibilidade de se limitar os direitos, vale o comentário de que esses não serão suprimidos ou extintos. A lei será o instrumento hábil a dispor a respeito das restrições, não cabendo ao Chefe do Poder Executivo executar essa tarefa por meio do decreto. A lacuna legislativa existente, porém, concede essa atribuição ao Presidente da República a partir de edição de uma medida provisória, de acordo com o art. 62 da Constituição de 1988, em razão da urgência e relevância.

Do mesmo modo que a Constituição se responsabilizou em determinar o cerceamento de direitos, voltou-se a impor limites a esse no art. 136, §7º, em virtude do respeito à certas garantias fundamentais. O inciso I do mencionado dispositivo traz a presciência de que “a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial”. A comunicação da prisão além de ser instantânea, deverá ser acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação, nos termos do inciso II, com a finalidade de que sua integridade seja tutelada e mantida. O inciso seguinte determina que “a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário”. Relativa a essa possibilidade de prorrogação do prazo, Ivo Dantas dispõe que o Magistrado, sendo provocado por autoridade policial, poderá determiná-la, estabelecendo um novo período específico que não poderia ser renovado (DANTAS, 1989, P. 64). Ademais, a incomunicabilidade do preso é vedada pelo inciso IV.

Como exposto em momento anterior, em caso de ineficácias das medidas adotadas no estado de defesa, há a possibilidade de decretação do estado de sítio, momento em que o estado de exceção se torna mais rigoroso.

5.2.2 *O estado de sítio*

O estado de sítio é uma medida contra uma situação excepcional mais grave que àquela que poderia ensejar a decretação do estado de defesa. José Afonso da Silva (2004, p.748) conceitua como sendo a instauração de uma legalidade extraordinária por determinado tempo e em certa área,

com o escopo de preservar a normalidade constitucional, ora perturbada por motivo de comoção grave de repercussão nacional ou por situação de beligerância com Estado estrangeiro.

Antes da decretação do estado de sítio, o Chefe do Executivo deverá ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, obrigatoriamente, sob pena de tornar inconstitucional a sua decretação. Após a oitiva dos conselhos, o Presidente da República deverá solicitar a concordância para a instituição do estado de sítio ao Congresso Nacional de forma prévia. Esse último requisito, que impõe um controle prévio pelo Legislativo, é criticado por Ivo Dantas, posto que pode ser que delongue demasiadamente o processo de instauração da medida excepcional, o que contrariaria sua lógica de impor ações imediatas (DANTAS, 1989, p.67).

A prescrição do art. 137, parágrafo único da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) vem no sentido de que a deliberação do Congresso para autorizar a o estado de sítio deverá ser por maioria absoluta. No caso de estar o Congresso Nacional em recesso, deverá ser convocado em cinco dias pelo Presidente do Senado para apreciação do ato. O prazo estabelecido pelo §2º do art. 137, de cinco dias, é criticado por Ivo Dantas, pelas mesmas razões da crítica formulada ao controle prévio: seria essa quantidade de dias excessiva, diante da necessidade de tomada de decisões urgentes. Sugere, portanto, que o prazo de reunião pudesse ser de, no máximo, quarenta e oito horas ou, até ser posterior à decretação (DANTAS, 1989, p. 67).

A sistemática a respeito da apreciação do decreto, no estado de sítio, é diversa da do estado de defesa. Nesse, o Congresso deve examinar o ato em até dez dias após o seu recebimento – art. 136, §6º. Naquele, não há qualquer previsão de prazo específico para que o Parlamento aprecie a medida, contudo, o Congresso irá permanecer em funcionamento até o término das medidas coercitivas - art. 137, §3º. Essa exigência faz com que seja garantida a representatividade do povo. Após a publicação do estado de sítio, sendo ouvido o Congresso previamente, o Chefe do Executivo, nos termos do art. 138, *caput*, irá designar o executor das medidas e as áreas abrangidas. Por ser decisão posterior, não haverá a submissão de tal decisão ao crivo do Parlamento.

O art. 137, I da Constituição de 1988 prevê as hipóteses que ensejam o estado de sítio, sendo elas a comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa. O estado de sítio seria a resposta adequada a uma comoção tão grave, de tamanho relevo nacional, que implique uma subversão profunda que coloque em risco as instituições, a tranquilidade e a vida das pessoas e seus direitos. Não seria a hipótese de meras desordens ou motins, situações as quais a própria ordem constitucional e

legislativa ordinária conseguem resolver. A repercussão deverá abranger toda a extensão territorial nacional, ainda que não cause os mesmos efeitos de forma igualitária ao longo dele. O inciso I detalha, inclusive, que, acaso as medidas adotadas no estado de defesa não sejam suficientemente eficazes, permite-se a decretação do estado de sítio. Trata-se de uma faculdade e não uma obrigatoriedade imposta ao Chefe do Executivo que deverá passar pelo controle prévio do Parlamento. De outro modo, o inciso II trata da declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. A guerra, de acordo com Ivo Dantas, deve ser declarada, vez que “sendo regime de exceção o estado de sítio deve ser interpretado restritivamente” (DANTAS, 1989, p. 83).

Ademais, o conteúdo material do decreto que institui o estado de sítio é definido nos art. 138, *caput* e §1º. Essa norma deverá indicar, obrigatoriamente, a sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que restarão suspensas. A respeito de sua duração, especificamente, no caso de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, o estado de sítio perdurará o mesmo período em que continuarem persistindo as razões que deram ensejo a decretação da medida de exceção. Isso não quer dizer que o Presidente não poderá limitar a vigência das medidas coercitivas a serem tomadas. Além disso, findando-se a guerra, tão logo será suspenso o decreto e seus efeitos. Em relação à duração máxima do estado de sítio, será definido de acordo com a causa de sua decretação. Assim, o art. 137, parágrafo único define que, acaso os motivos se adequem ao inciso I do art. 147, o prazo será de trinta dias e sua prorrogação, de cada vez, só será possível por igual período, sendo os motivos que justificaram a dilação serem examinados pelo Congresso Nacional.

Diante da expressão “as garantias fundamentais que ficarão suspensas”, é relevante a compreensão de que a Constituição não é suspensa. Ao contrário disso, nesses casos, ela é quem dispõe, no art. 139, os direitos que poderão ser restringidos, de modo taxativo. Sobre as restrições que poderiam ser aplicadas, quando o estado de sítio fosse decretado por motivos de comoção grave de repercussão nacional ou de ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, é assim estabelecido:

- Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:
- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
 - II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.

Essa prescrição somente abrange as hipóteses em que há comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, omitindo-se quanto à situação de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. A partir dessa lacuna, Ivo Dantas (1989, p.84) defende que a interpretação deve ser restritiva, no sentido de que somente seria admitida a delimitação de direitos previstas na Constituição, uma vez que se trata de cerceamento de prerrogativas fundamentais. A ausência de delimitação material na Constituição pode significar consequências negativas na tutela dos direitos constitucionais, dando espaço a interpretações políticas diversas, a depender de quem estiver no comando. Em defesa de tese oposta, Ricardo Cunha Chimenti (2005, p. 133) expõe que “o estado de sítio decretado com base no inc. II do art. 137, em tese, admite a suspensão de qualquer direito ou garantia constitucional, desde que prevista na autorização do Congresso Nacional”

O texto constitucional no parágrafo único do art. 139, sobre as imunidades parlamentares durante o estado de sítio, vem no caminho de que essas se mantêm, vez que são cruciais para o funcionamento e controle a ser exercido pelo Poder Legislativo. No art. 53, § 8º, contudo, há disposição de que poderiam ser suspensas, acaso assim fosse decidido por dois terços dos membros da Casa respectiva, a respeito dos atos que fossem praticados externamente ao Congresso Nacional, mas que fossem incompatíveis com a execução da medida. Quanto a esse último dispositivo, Ivo Dantas alega que haveria grande equívoco, vez que apenas os atos praticados fora do recinto do Congresso poderiam ocasionar a suspensão da imunidade (DANTAS 1989, p. 110). Isso porque o senador ou deputado, em que pese esteja fora do espaço físico de sua Casa, poderá estar exercendo seu mandato ou, ainda, estando dentro do Congresso, poderá não estar atuando como parlamentar. A imunidade estaria intrinsecamente ligada ao cargo e não à pessoa, independentemente de sua localização.

A respeito da amplitude do estado de sítio, a Constituição de 1988 define que, depois de publicado o decreto de instituição dessa medida, o Presidente da República irá designar o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. Nesse sentido, o decreto presidencial não necessita,

de imediato, estabelecer os limites territoriais, podendo o Chefe do Executivo assim decidir em momento posterior à instauração do estado de sítio. Os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011) afirmam que a motivação para a instauração do estado de sítio será uma anormalidade de caráter nacional. Em sendo a ocorrência da anormalidade em locais restritos e determinados, o estado de defesa seria a melhor solução (PAULO e ALEXANDRINO, 2011, p. 940). Complementam no seguinte sentido:

Não obstante, apesar de os pressupostos para a decretação de estado de sítio serem situações de alcance ou repercussão nacional, as medidas coercitivas não necessariamente abrangerão todas as áreas do território nacional (mas podem ter tal abrangência, se necessário, diferentemente do que ocorre na decretação de estado de defesa). Sejam quais forem as áreas abrangidas pelas medidas, repita-se, o Presidente da República só precisa designá-las depois de editado o decreto de instituição do estado de sítio.

Disposto o sistema constitucional para solucionar as eventuais crises que atinjam o Estado, será analisada a abordagem do terrorismo, assim tido como um dos fatores que possam ensejar a instauração de um Estado de Exceção, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, com um exame acerca da nova lei antiterrorista, qual seja, Lei 13.260/ 2016 (BRASIL, 2016).

5.3 O ordenamento jurídico brasileiro e o combate ao terrorismo: uma análise da evolução legislativa

O ordenamento legislativo acerca da temática terrorista, no Brasil, é extenso. O principal marco histórico inicial dá-se com a Lei Constitucional nº. 1 de 1938 (BRASIL, 1938), publicada para emendar o art. 122, n.º 13 da Constituição de 1937, de modo a inserir a alínea h, autorizando a pena de morte a quem praticasse “quaisquer atos destinados a suscitar terror”. Foi a primeira vez que o termo terror teria sido utilizado na legislação pátria. Ainda em 1938, houve a tipificação e punição, com o reforço da utilização da pena de morte, para os praticantes da conduta consistente em “suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições” no art. 2º, 8.

Em que pese a previsão de pena de morte para os atos que suscitavam o terror, a criminalização do terrorismo somente veio ocorrer com o Decreto-Lei 314 de 1967 (BRASIL, 1967b), em contexto em que vigorava o governo militar do Presidente Costa e Silva. Essa norma que possuiu escopo de definir crimes contra a segurança nacional e contra a ordem política e social estabeleceu, no art. 25, pena de reclusão de dois a seis anos para quem fosse condenado por atos

terroristas. A tentativa e os atos preparatórios seriam igualmente puníveis, com redução de um terço da pena. A falta de definição sobre quais seriam esses atos consubstancia cláusula aberta, contudo.

Outra tentativa falha em tipificar o termo terrorismo ocorreu sob a égide do Ato Institucional nº. 5, com o Decreto-Lei 898 de 1969 (BRASIL, 1969b), em que, cingindo-se a invocar a expressão, esqueceu-se de especificar, no art. 28, no que consistia a conduta, avesso ao princípio da taxatividade, que traduz-se na ideia de que norma incriminadora legal deve ser clara, compreensível, permitindo ao cidadão a real consciência acerca da conduta punível pelo Estado. Demais investidas de tipificação, que fracassaram ao seu intento justamente pela contrariedade ao princípio da taxatividade, realizaram-se com a Lei 6.620 de 1978 (BRASIL, 1978b) e Lei 6.815 de 1980 (BRASIL, 1980), a primeira versando sobre Segurança Nacional e a última sobre extradição, em que seria autorizado ao Supremo Tribunal Federal deixar de considerar crimes políticos os atos terroristas – art. 77, § 3º.

Foi publicada uma nova Lei de Segurança Nacional – Lei 7.170 de 1983 (BRASIL, 1983), que ainda se encontra vigente no ordenamento jurídico pátrio, restringindo-se a mencionar, no art. 20, a expressão “atos de terrorismo”, sem tentar defini-los, o que contrariou o princípio constitucional da legalidade, sem o qual não haveria crime sem lei que previamente o defina. Acresceu a motivação da prática dos atos no tipo penal. O terrorismo teria motivações de inconformismo político ou de auxílio financeiro que objetivasse a manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Estabeleceu, como pena, reclusão de três a dez anos, e nos casos em que o fato resultasse em lesão corporal ou morte, seria aumentada.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), o termo terrorismo é citado no art. 4º, inciso VIII e art. 5º, inciso XLIII. Na primeira previsão, o repúdio ao terrorismo é especificado como um dos princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil. No segundo caso, coube a própria norma constitucional instituir que a prática terrorista seria crime inafiançável e insuscetível de fiança, graça ou anistia, equiparando-a aos crimes hediondos. Em que pese isso, não há esclarecimento sobre a definição do terrorismo.

A respeito da responsabilidade civil da União perante terceiros em caso de danos provocados por atos terroristas contra aeronaves, cuja inscrição de matrícula seja brasileira, operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, o art. 1º, §4º da Lei 10.744 de 2003

(BRASIL, 2003) procura definir terrorismo como sendo “qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional”.

A Lei de Organizações Criminosas - Lei n.º 12.850 de 2013 (BRASIL, 2013)-, teve seu art. 1º, §2º, inciso II alterado pela Lei Antiterrorista, a fim de que fossem qualificadas as denominadas organizações terroristas assim entendidas “como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos”.

Além das legislações domésticas, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais referentes ao terrorismo, assim como ratificou resoluções obrigatórias do Conselho de Segurança da Organizações das Nações Unidas, tais como a Convenção para Prevenir e Punir Atos de Terrorismo de 1973, ratificada em 1999 (BRASIL, 1999), a Convenção Internacional de Supressão de Financiamento do Terrorismo de 2003, ratificada em 2005 (BRASIL, 2005a) e a Convenção Interamericana contra o Terrorismo de 2003, ratificada em 2005 (BRASIL, 2005b). Esta última traz um importante compromisso em seu art. 4º, inciso I, quando dispõe sobre as medidas para prevenir, combater e erradicar o terrorismo: “Cada Estado Parte, na medida em que se não o tiver feito, deverá estabelecer um regime jurídico e administrativo para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo e lograr uma cooperação internacional eficaz a respeito [...]”. Apesar de ser signatário em diversos tratados internacionais, uma crítica da doutrina é em razão da definição do termo terrorismo ser amplo e genérico. Débora de Souza de Almeida e Fábio Araújo dispõe nesse sentido (2017, p. 150):

além de até pouco tempo não dispor de um tipo penal próprio, não possuía uma descrição jurídico-penal adequada, pois as várias tentativas sempre resultavam amplas e genéricas, cingindo-se a estampar a expressão “atos de terrorismo” sem especificá-los.

Um ponto que merece destaque reside no fato de o Brasil ser signatário da Convenção Internacional de Supressão de Financiamento do Terrorismo (BRASIL, 2005b) e esta prever que, acaso um dos países signatários não criassem normas domésticas no combate ao financiamento de atividades terroristas, uma punição internacional poderia ser imposta a esse país. Aliado a isso está que o Brasil sediou eventos esportivos de grande relevo, como a Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas e as Paraolimpíadas, ambos ocorridos no ano de 2016, que fomentaram a urgência de legislação específica sobre a temática do terrorismo.

Em atenção a atender a necessidade de evitar uma reprimenda internacional e de criar um sistema legal que abordasse o terrorismo de forma mais pormenorizada, fora elaborado o Projeto de Lei (PLC) n° 2016 de 2015 (BRASIL, 2015c), enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, em regime de urgência na Câmara dos Deputados. O projeto, após ter sido aprovado naquela Casa, seguiu para o Senado, na forma do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 101 de 2015 (BRASIL, 2015d), momento em que foi debatido, alterado e encaminhado para o Poder Executivo aprovação.

É, dentro desse contexto, que é publicada a Lei 13.260 de 2016 (BRASIL, 2016a), comumente denominada Lei Antiterrorista brasileira, tendo sido vetado do PLC 101 de 2015 criminalizar atos de manifestações de cunho político, social, religioso e profissional que venham a ferir a liberdade de expressão. Essa disposição normativa é elaborada com a finalidade de criar um regime jurídico e administrativo doméstico acerca do terrorismo.

O autor José Cretella Neto (2008, p. 443) defende que, em razão de o legislador brasileiro não ter incluído o fenômeno do terrorismo no Código Penal brasileiro, até que esta conduta fosse prevista em lei, não poderia ocorrer condenação criminal no Brasil por este crime. Todavia, esta omissão do legislador quanto ao conceito de terrorismo fora preenchida com a promulgação da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016).

5.4 A Lei Antiterrorista Brasileira – Lei 13.260/2016

De modo a regulamentar o art. 5, inciso XLIII da Constituição Federal de 1988, foi publicada, em 17 de março de 2016, a Lei 13.260 (BRASIL, 2016a), comumente denominada lei antiterrorista brasileira. Tem como principal escopo a disciplina a tentativa de definição sobre o termo terrorismo, os procedimentos investigatórios e processuais e a reformulação do conceito de organização terrorista.

O presente trabalho objetiva a abordagem de algumas temáticas da lei, levando em consideração os aspectos mais controversos. O exame, quanto às questões processuais, limitar-se-á a análise da punição quanto aos atos preparatórios, por julgar ser o ponto mais debatido na doutrina. Assim, o que se pretende é desenvolver uma pesquisa quanto aos seguintes pontos: *i)* definição do terrorismo na nova legislação brasileira, *ii)* a causa de exclusão do crime de terrorismo previsto no art. 2, §2º e sua relação com os movimentos sociais, *iii)* a ilegitimidade ou legitimidade

da punição dos atos meramente preparatórios de terrorismo, enquanto exceção à regra da relevância penal a partir da prática dos atos de execução em sua relação com o princípio da legalidade e *iv*) a operação *Hashtag*, tida como a primeira em que a lei antiterrorista foi utilizada e por isso também analisada.

5.4.1 *A definição do terrorismo na legislação brasileira*

O art. 2º da mencionada lei traz sua tentativa de definir o que seria terrorismo. Diante da dificuldade conceitual, a lei antiterrorista brasileira optou por trazer elementos que realizam uma tentativa de identificá-lo e tipificá-lo. De tal forma, para caracterizar o terrorismo, é necessário que haja a existência de cinco elementos, cuja ausência de qualquer um deles ocasiona a não tipificação da conduta do agente como terrorista. De acordo com Marcelo Rodrigues da Silva (2017, p. 198-199), os elementos são:

- a) elemento subjetivo: a prática do terrorismo pode ser realizada por um ou mais indivíduos (o Brasil prevê o terrorismo praticado individualmente – lobo solitário – artigo 2º, *caput*, trecho inicial;
- b) elemento objetivo: o terrorismo deve expor a perigo pessoa, patrimônio, paz pública ou incolumidade pública, sendo que no mínimo deve haver exposição a perigo (art. 2º, *caput*, *in fine*;
- c) elemento causal (motivação do agente): são as causas do próprio terrorismo, que podem ser: razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou religião – a causa é discriminação (art. 2º, *caput*). Observação: pecou o legislador em não incluir motivação política;
- d) elemento finalístico: há um propósito a ser realizado pelo ato: finalidade de provocar terror social ou geral (art. 2º, *caput*);
- e) elemento de atuação ou instrumental: deve o agente praticar ao menos um dos atos de terrorismo listados no § 1º do artigo 2º da lei antiterrorismo, quais sejam:

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

II – (VETADO);

III - (VETADO);

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

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

Henrique Hoffman Monteiro de Castro e Valter Foletto (2016) trazem a primeira crítica ao dispositivo, no sentido de que legislador não teria tutelado a liberdade sexual ou a de locomoção, ao dispor que houve a proteção da integridade física, da igualdade e do pluralismo da sociedade, porém “equivocadamente, a nosso sentir, não protegeu a liberdade, ignorando que vários grupos terroristas se valem do sequestro e do cárcere privado como *modus operandi* para incutir terror na população”.

Outro debate doutrinário foi traçado, diante dessa presciência, no sentido de ser o terrorismo crime hediondo ou não, em razão do que dispõe o art. 5, XLIII da Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 1988). Há quem defenda que os atos terroristas estariam taxativamente arrolados no artigo, sendo o único a equipará-los ao crime hediondo. Nesse sentido, Débora de Almeida e Fábio Araújo (2017) e Vladimir Aras (2015). Com base em uma interpretação literal da Constituição Federal que dispõe, no seu art. 5º, XLIII, que a “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”, os autores manifestam-se no sentido de que o imperativo da tutela e equiparação deve recair somente aos atos terroristas e não a condutas a ele relacionadas. Assim, somente as práticas arroladas no art. 2º, cuja redação é expressa quanto a definição do terrorismo, poderiam ser qualificadas como terroristas, sendo que, os demais delitos previstos na lei, não tipificariam o terrorismo, mas as condutas a ele relacionadas e, por esse motivo, não poderiam ser equiparados a hediondos.

De modo a reforçar essa linha de pensamento, está o argumento de que, no Direito Penal, a interpretação deve ser restritiva, nos casos em que haja possibilidade de prejuízo ao acusado. O legislador teria falhado em não ter esclarecido o que seria terrorismo, diferenciando-os de condutas a ele relacionado. Com o escopo de tentar corrigir essa falha, o intérprete não poderia realizar uma interpretação ampla da lei, devendo se submeter aos preceitos do Direito Penal. Ante aos gravames impostos pela lei, a via estrita seria a melhor a ser adotada.

O terrorismo seria tipificado no dispositivo mencionado, sendo que, as demais infrações penais, seriam relacionados a ele, em uma interpretação teleológica. Nesse sentido, Débora de Souza Almeida e Fábio Roque Araújo (ALMEIDA e ARAÚJO, 2017, p. 168), justificam essa ideia

a partir de complementação de voto no Plenário do Senado quanto ao PLC 101 de 2015, em que ficou assim registrado:

(...) consideramos que o crime de terrorismo, por abarcar uma diversidade de condutas, demanda uma faixa de pena – entre a mínima e a máxima – mais ampla do que o financiamento ao terrorismo; (...) optamos por definir o crime de terrorismo a partir da previsão simplificada de uma ação humana, representada por um verbo no infinitivo (‘atentar contra pessoa’). (...) Esse foi, portanto, o núcleo do tipo penal (art. 2º, *caput*).

O exposto pelo Senado, quando da votação do projeto de lei, restringe ao art. 2º os crimes de terrorismo, enfatizando que há um ponto mais importante a ser percebido: o fato da prática do ato ir de encontro a pessoa, não discriminando, todavia, se direcionada a somente um indivíduo ou a coletividade.

Ademais, corroborando com essa compreensão estaria uma interpretação sistemática, vez que a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, internacionalizada sob o Decreto 5.640 de 2005 (BRASIL, 2005b), indica a pluralidade de condutas autônomas ao terrorismo, aos quais a ele se relacionava, porém não poderiam ser qualificados como terrorismo. Vem, nesse sentido, prevendo o seguinte “(...) Observando que o número e a gravidade de atos terroristas internacionais dependem do financiamento que os terroristas venham a obter”. Evidente, com a redação, que a prática terrorista depende de financiamento, não sendo este, um ato terrorista em si. É assim que os autores Débora de Souza Almeida e Fábio Roque Araújo (ALMEIDA e ARAÚJO, 2017, p. 170), em uma análise comparativa aos crimes previstos nos arts. 3º e 6º, que abordam sobre determinados tipos de auxílio e financiamento ao terrorismo ou à organização terrorista, expressam que “fica claro que mais uma vez a hipótese de que as condutas dos arts. 3º e 6º da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016) não são terrorismo, mas a ele relacionadas. O art. 2º buscou tipificar o crime de terrorismo e, portanto, é o único dessa lei que pode ser equiparado a crime hediondo”.

Em sentido contrário, em defesa do entendimento que todos os tipos penais da lei podem ser enquadrados como terrorismo e assim equiparados a crimes hediondos, e não só os atos previstos no art. 2º, Rogério Cunha (2017) e Ronaldo Batista Pinto (2016). Sob o argumento de que a lei antiterrorista brasileira é lei de regência, impõem que essa criaria um sistema de prevenção e repressão ao terrorismo, rotulando todas as condutas delituosas nela prevista como terrorismo. Como uma das justificativas, afirmam que, acaso não fosse esse o entendimento, o art. 17 da lei

não mandaria aplicar os conseqüências da Lei 8.072/1990 (BRASIL, 1990), lei de crimes hediondos, aos crimes previstos na lei antiterrorista – no plural -, não se limitando ao crime plurinuclear do art. 2º. Os autores ainda suscitam um questionamento que sustenta suas lógicas (SANCHES e PINTO *apud* ALMEIDA e ARAÚJO, 2017, p. 172):

Obviamente que o financiamento ao terrorismo (art. 6º) é crime ainda mais grave do que o ato terrorista (art. 2º), tanto que é punido mais rigorosamente, Como pode, então, a infração menos grave sofrer os rigores da Lei 8.072/90, e mais grave não?

Afirmam que essa posição doutrinária, no sentido de que todos os crimes previstos na Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016) seriam equiparados a hediondos, tem como pilar o princípio da proibição da proteção deficiente, posto que, de modo que não deva um preceito secundário penal causar uma hipertrofia da punição – aquele que institui a quantidade de pena a ser cumprida -, também não deve o Estado tutelar, de forma deficiente e falha, os bens jurídicos mais importantes e indispensáveis à convivência do homem em sociedade.

Em que pese o déficit legislativo em não tutelar as liberdades ao arrolar os atos terroristas e a divergência doutrinária acerca da equiparação aos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal, em momento anterior a edição e vigência da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016), decidiu que o Brasil poderá conceder extradição de cidadão residente estrangeiro e que seja réu em processo no seu país de origem pela prática de atos terroristas que somente lá sejam assim reconhecidos, se sua conduta se amoldar em qualquer tipo penal brasileiro, como, por exemplo, homicídio e sequestro. Não se avalia o nome dado ao crime, mas sim que a conduta do acusado seja um ilícito penal em ambos os países envolvidos. Deve-se ter atenção a dupla tipicidade, requisito sem o qual a extradição não deverá ser autorizada. É o que o Supremo Tribunal Federal decidiu em julgamento do Prisão Preventiva para Extradição n.º 730 (Min. Celso de Mello, julgado em 16/12/2014, informativo 772).

5.4.2 *A causa de exclusão do crime de terrorismo previsto no art. 2, §2º e sua relação com os movimentos sociais*

Embora a Lei 13.260 (BRASIL, 2016) seja uma norma que provoca diversas aberturas interpretativas, previu em seu art. 2, §2º⁷ situações em que não será aplicada a lei. Excluiu a sua incidência sobre “conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação contida em lei”.

Quando do projeto de lei, os autores Marcos Zilli, Fabíola Monteconrado e Maria Thereza Moura (2015, p.548) defenderam que o dispositivo com a mesma redação seria uma hipótese de exclusão de crime desnecessária e possivelmente criminógena, favorecendo e aumentando a prática de atos criminosos. Há quem afirme, Geovane Moraes (2016) nessa perspectiva, que “não há em que se falar em crime, por expressa excepcionalidade trazida pela lei”. Outra posição, respaldada por Marcelo Rodrigues da Silva (2017, p. 201), vem no sentido de que as condutas delituosas praticadas por manifestantes deverão ser objeto de responsabilização em outros tipos penais, que não o terrorismo.

Uma questão importante sobre a norma é que ela menciona manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional. Porém, deixou de prever o que poderia ser enquadrado como manifestações políticas ou movimentos sociais – os demais têm em seus atos constitutivos suas qualificações e escopos definidos. A apontada indefinição causa dificuldade em sua aplicação.

De modo a tentar uma designação para as expressões, Stoppino (2011, p. 786-787) afirma não haver distinção entre os movimentos político e manifestações sociais, em uma análise sob o prisma da estrutura e das atividades. Apenas destaca que os primeiros possuem uma estrutura menos fluida e de existência efêmera e atividades são mais centradas no âmbito político, com inclinação de considerar, mais veemente, as relações políticas de força. Já as segundas, significam a reunião de valores em comuns, com a finalidade de traçar as formas de ação social e obter influências em seus resultados. Os autores Thiago Grazziane Gandra e Carlos Luiz de Lima e Naves (2017, p. 318) assim dispõem acerca do que seriam os movimentos sociais:

⁷ § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

(...) os movimentos sociais não pretendem ser efêmeros, não reivindicam e buscam uma mudança pontual. De forma geral, são movimentos que buscam impor mudanças nas normas, nas funções e nos processos de destinação dos recursos, que pretendem influenciar nas modalidades de acessos à participação política e de mudança nas relações de força, podendo até pretender a subversão da ordem social e transformação do modo de produção e das relações de classe.

Para os autores, a partir dessa concepção, defendem que o escopo dos movimentos sociais dialogaria com a liberdade de pensamento e de manifestação, sendo, portanto, tutelados pelo Estado Democrático de Direito. Pontuam que a lei teria sido clara ao estabelecer a exclusão de sua aplicabilidade, desqualificando como terrorismo, quando os propósitos sociais ou reivindicatórios objetivarem a contestação, a crítica, o protesto, ou o apoio em razão da proteção dos direitos, garantias e liberdades individuais. Para reforçar o argumento de que os movimentos políticos e as manifestações sociais não deveriam ser tidos como atos de terrorismo, apontam que esses não preencheriam o elemento essencial do tipo estabelecido no art. 2º, *caput*, que previu que a finalidade do terrorismo seria “provocar terror social ou generalizado”. Ao fixar o objetivo social ou reivindicatório dos movimentos, considerando-os como elemento subjetivo especial do tipo penal, o legislador teria afastado a qualificação dos movimentos como terrorismo.

A previsão do elemento subjetivo especial do tipo, como sendo a finalidade a de provocar terror social ou generalizado, evidencia uma tentativa de distinguir o terrorismo dos delitos comuns. Além disso, propõe-se a aliar ao estabelecido em Resolução 49/60 sobre Medidas para Eliminação do Terrorismo Internacional da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU, 1960), que se referiu ao terrorismo como:

atos criminosos destinados ou calculados para provocar um estado de terror no público em geral, um grupo de pessoas ou de pessoas particulares para fins políticos estão em qualquer circunstância injustificáveis, quaisquer que sejam as considerações de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou qualquer outra natureza que podem ser invocados para justifica-las.

Percebe-se que não há necessidade de que a conduta tenha a efetividade em provocar tal sensação, bastando, somente, que o agente tenha a finalidade de provocá-la. Manuel Cândia Meliá (2010, p. 167) dispõe ser esse especial fim de agir o que distinguiria o terrorismo dos crimes comuns, denominando-o como “intimidação massiva”, que seria uma estratégia de comunicação terrorista.

Thiago Grazziane Gandra e Carlos Luiz de Lima e Naves (2017, p. 318-319) fazem uma ressalva, quanto ao tema, reforçando o posicionamento de Marcelo Rodrigues da Silva: “o fato de não se caracterizar o movimento, ainda que violento, como terrorista, por absoluta atipicidade, não exclui a possibilidade de responsabilidade penal para cada ato criminoso isolado praticado pelos participantes da manifestação”.

Em posição oposta, no sentido de que os movimentos sociais deveriam ser tipificados como terrorismo, estaria o então Senador relator Aloysio Nunes Ferreira que, em momento anterior ao envio do PLC 2016/2015 (BRASIL, 2015) ao Senado Federal, excluiu o parágrafo que teria igual a redação do art. 2, §2º da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016). Entendia que os movimentos sociais poderiam ser qualificados como terrorismo, justificando que “em um Estado democrático de direito, as manifestações e reivindicações sociais, sejam elas coletivas ou individuais, não tem outra forma de serem realizadas senão de maneira pacífica e civilizada”⁸. Apesar da retirada do dispositivo na votação no Plenário do Senado, no retorno do projeto à Câmara dos Deputados, foi reinsertado e encaminhado para a sanção presidencial, que não o vetou.

Outro ponto controverso da norma é quanto à amplitude de aplicação. A redação do art. 2, §2º estabelece, em sua parte inicial, estabelece o seguinte: “O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, (...) sem prejuízo da tipificação penal contida em lei”. A prescrição do parágrafo limita a exclusão dos movimentos nele mencionados apenas quanto aos crimes arrolados no art. 2º. A lei antiterrorista, contudo, designa a outros dispositivos, outros crimes, tal como o financiamento do terrorismo no art. 6º. Ao inserir esse texto, compreende-se que o legislador expõe que as liberdades de expressão e manifestação não são direitos fundamentais absolutos.

Em síntese, a vagueza do art. 2, §2º da lei antiterrorista, a falta de significação acerca da definição do que seriam os movimentos políticos e manifestações sociais, bem como a limitação de sua aplicação seriam responsáveis pela ampliação do risco que suas ações sejam tratadas como terrorismo. É o que expõe a Anistia Internacional⁹, o Alto Comissariado das Nações Unidas para

⁸ Senado aprova tipificação do crime de terrorismo com pena de até 30 anos. Senado Notícias, 29 out. 2015. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/10/28/senado-aprova-tipificacao-do-crime-de-terrorismo> Acessado em 07/02/2020.

⁹ ANISTIA INTERNACIONAL. Nota pública: Anistia Internacional lamenta aprovação de projeto de lei 2016/15 que tipifica crime de terrorismo no Brasil, 25 fev. 2016. Disponível em <https://anistia.org.br/noticias/nota-publica-anistia->

os Direitos Humanos na América do Sul¹⁰ e alguns movimentos sociais, como o Movimento Sem Terra¹¹ e a organização não-governamental Conectas Direitos Humanos¹².

5.4.3 *A punição dos atos meramente preparatórios de terrorismo e o Direito Penal do Inimigo*

Para a análise quanto à consumação de um crime, é necessário analisar o seu “caminho”, comumente denominado *iter criminis*, que se inicia com a decisão de realização do delito, sua preparação, começo da execução até a produção do resultado pretendido pelo agente com a sua conduta. Vale ressaltar que não são todas essas frases que possuem relevância penal. O simples pensamento de cometer um crime, a exemplo, não é, geralmente, punível pelo Direito Penal, sob o risco de que houvesse punição pelos pensamentos, aspecto íntimo do sujeito. O autor penalista Eugênio Raúl Zaffaroni (2002, p. 598) defende que não há como punir o pensamento, sob o argumento de que feriria o princípio segundo o qual o pensamento não poderia suportar quaisquer penas. A consumação do crime, isto é, realização da conduta prevista no preceito primário do tipo penal, ocasiona a punição do preceito secundário, em que as penas são estabelecidas, a partir do qual poderão sofrer as adaptações necessárias – redução ou aumento de pena legalmente previstos, conforme o caso. O art. 14, I do Código Penal brasileiro estabelece o conceito de crime consumado (GRECO, 2016).

Assim, os atos executórios, aqueles em que se inicia a agressão ao bem jurídico, por meio da realização do núcleo do tipo penal, são puníveis. De forma contrária, no ordenamento jurídico brasileiro, optou-se por, via de regra, não criminalizar os atos preparatórios, sendo esses os realizados anteriormente à execução do crime, constituindo-se como uma fase entre a cogitação e a execução. Somente serão puníveis quando, por si só, constituírem uma infração penal. Os autores Álvaro Antanavicius Fernandes e Luiza Borges Terra (2017, p. 26) destacam pontos de distinção entre os atos preparatórios e executórios:

[internacional-lamenta-aprovacao-de-projeto-de-lei-201615-que-tipifica-crime-de-terrorismo-brasil/](#) Acessado em 07/02/2020.

¹⁰ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL- ONUBR: Escritório de direitos humanos da ONU critica aprovação de lei antiterrorismo, 26 fev. 2016. Disponível em <https://nacoesunidas.org/brasil-escriptorio-direitos-humanos-da-onu-critica-aprovacao-lei-antiterrorismo/> Acessado em 07/02/2020.

¹¹ MST – MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA. Em nota, MST repudia lei antiterrorismo e exige veto completo do projeto. Página do MST, 25 fev. 2016. Disponível em <https://mst.org.br/2016/02/25/em-nota-mst-repudia-lei-antiterrorismo-e-exige-o-veto-completo-do-projeto/> Acessado em 07/02/2020.

¹² CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Veto parcial ao PL antiterrorismo, 17 mar. 2016. Disponível em <https://www.conectas.org/noticias/veto-parcial-ao-pl-antiterrorismo> Acessado em 07/02/2020.

A distinção extremamente importante entre atos preparatórios e atos de execução, e em decorrência a obtenção dos respectivos conceitos, pode ser feita a partir de duas perspectivas: a) uma perspectiva ‘formal-legal’, segundo a qual são atos preparatórios aqueles que antecedem temporalmente a execução do fato, não estando descritos na generalidade dos tipos penais, impossível, por isto, que venham a se constituir em base de responsabilização penal. Como exemplo, pode-se apontar que o simples fato de alguém adquirir uma escada para transpor o obstáculo à subtração da coisa não pode ser, de forma alguma, considerado como ato executório do delito furto (Código Penal, art. 155); e b) uma perspectiva ‘material’, que define atos preparatórios em função da violação do bem jurídico tutelado.

Os atos preparatórios não possuem grande relevo no Direito Penal, a não ser quando punível expressamente pela lei, por consistir ações em que estejam de acordo com o ordenamento social. Acaso assim não fosse, se houvesse punição dos atos preparatórios de forma indiscriminada, seria possível uma ilegítima punição de simples intenções. Por essa razão é que o art. 31 do Código Penal (GRECO, 2016) vigente admite, de forma excepcional, a punibilidade dos atos preparatórios quando houver disposição expressa criando um tipo penal autônomo. Haveria a alteração de uma conduta preparatória para uma típica.

Na contramão da irrelevância de punibilidade dos atos preparatórios está a inovação promovida pelo art. 5º da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016), que assim prevê: “Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade”. A grande dificuldade que é apontada é a ausência de exemplos ou tipificação de condutas que poderiam ser interpretadas como atos preparatórios. Conforme João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2016, p. 11), a lei passaria a autorizar que qualquer ato poderia constituir ato preparatório para o terrorismo. O primeiro autor, inclusive, defende que a previsão da lei antiterrorista em punir atos preparatórios constituiria violação ao princípio penal da taxatividade, derivado da legalidade, que representa que a norma incriminadora deve ser clara e compreensível, permitindo a real consciência do cidadão sobre a conduta punível pelo Estado. A falha da lei em não prever expressamente os comportamentos a serem tipificados deixaria ao intérprete a criminalização de atos indeterminados, podendo-se macular a segurança jurídica. O autor cita, inclusive, que “até uma mera reunião de pessoas pode ser considerada ato preparatório” (MARTINELLI, 2016).

Os atos preparatórios, contudo, não podem ser confundidos, com o delito tentado. A tentativa, prevista no art. 14, II do Código Penal (GRECO, 2016), possui maior gravidade que um

mero ato preparatório. Isso porque o agente, de fato, inicia a execução do crime, que não é consumado por circunstâncias alheias à sua vontade. Assim, diversamente do ato preparatório, o crime tentado tem sua execução principiada, não havendo sua finalização por questões externas ao agente. Quanto às duas modalidades de conduta – tentada e preparatória - há uma crítica em relação a falta de proporcionalidade quando da aplicação de suas penas. Isso porque a Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016) deixou de regular a pena cominada para um crime tentado, aplicando-se a previsão do Código Penal, que estabelece uma redução de pena de um a dos terços do crime consumado (GRECO, 2016). Já a respeito da pena fixada para os atos preparatórios, a previsão da Lei 13.260/2016, em que pese o menor desvalor de resultado, a diminuição será de um terço até metade, isto é, menor do que nas hipóteses do delito tentado, embora os atos executórios não tenham sido iniciados nesses, mas sim, naqueles.

A partir da punição dos atos preparatórios, denota-se uma influência do direito penal do inimigo na criação da lei, fruto da teoria do funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs (JAKOBS, 2009). Segundo o autor, a tutela do direito penal não seria um bem jurídico, mas as expectativas sociais, entendidas essas como a forma que as pessoas anseiam que seja conduzida uma conduta alheia. O bem jurídico penal seria, assim, a expectativa normativa fundamental de manutenção da configuração social e do Estado, diante de possíveis violações das normas, servindo a pena como instrumento de assegurar a vigência dessa. O direito penal serviria à proteção do sistema, uma vez que, com a atenção às expectativas sociais, outros bens jurídicos poderiam ser protegidos. Para quem violar as normas, haveria a necessidade de um tratamento diferenciado, considerando a figura do autor e não o fato delituoso. De acordo com a teoria do funcionalismo sistêmico e o direito penal do inimigo, o direito penal procederia de dois modos: para o delincente ocasional, seria aplicado um direito penal do cidadão, enquanto para o inimigo, aquele que pratica crimes com maior incidência e com desvio de conduta reiterado, seria aplicado o direito penal do inimigo, sendo contra ele autorizado a supressão de direitos e garantias, com a finalidade de neutralizar o inimigo. Assim, segundo Jakobs (2009), o direito penal do inimigo atuaria de forma prospectiva, anterior ao crime cometido pelo agente, com o escopo de impor uma medida preventiva a um possível resultado danoso a ser cometido.

A luz desse entendimento, existiria o tipo normativo e o tipo criminológico do autor. O primeiro seria a concepção de que o somente haveria subsunção do fato ao tipo penal caso de desse último considerar a imagem ou modelo do autor. Compara-se o fato com o comportamento

delituoso da ação que se espera de um típico autor do crime. Diversamente, na conceituação criminológica, tem-se que o que é levado em consideração não seria o juízo de valor, mas sim um mero exame empírico de que a personalidade do agente vai ao encontro das características do criminoso habitual.

Um ponto que corrobora com a exposição de que o direito penal do inimigo exerceu influência na previsão de punição dos atos preparatórios na lei antiterrorista vem no sentido de que o legislador deixou de remeter, no tipo pena, à finalidade do ato terrorista descrita no *caput* do art. 2º da mencionada norma, ou seja, ao “terror social” e à definição de “organização terrorista”. De acordo com Gabriel Habib (2016, p. 14), isso levaria a:

1. A proliferação de crimes de risco desvinculados de qualquer lógica de ofensividade e previsibilidade;
2. O aumento da criação de tipos penais com ampla antecipação da punibilidade, por meio da incriminação autônoma de atos preparatório de outros crimes e dos chamados delitos associativos (...)

A abrangência indeterminada do tipo penal do art. 5º da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016) torna esse dispositivo um tipo penal aberto, afrontando o princípio da taxatividade, corolário da legalidade penal, o que coaduna com a visão do direito penal do inimigo, que dispõe que quando de sua aplicação, direitos e garantias devem ser restringidos ou eliminados em virtude da restauração da paz social.

Outro argumento no sentido da mencionada influência é o de que, para a teoria de Gunter Jakobs (2009), o delito deve ser analisado como um ato que abala o sistema normativo, vislumbrando na aplicação da pena o meio necessário a ser utilizado para a manutenção da credibilidade das instituições. Nesse sentido, de modo a evitar que o sistema seja atingido e que eventual desequilíbrio não importe a insegurança social, seria recomendável, a luz do direito penal do inimigo, que a legislação penal antecipasse a punição dos atos preparatórios. Entende-se que seria suficiente a atitude interna para se castigar o autor, não havendo motivos para aguardar a consumação do delito.

A crítica quanto a essa intervenção sustenta-se sob o pilar de que, no direito penal brasileiro, aplica-se o direito penal do fato, em que consagra o princípio da culpabilidade como o juízo sobre a relação do autor com o fato concretamente realizado, não levando em consideração sua personalidade e conduta social. A punição de acordo com o autor da conduta é rejeitada, assim.

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 107) expressam o repúdio à aplicação do direito penal do autor, justificando ser uma corrupção do direito penal:

(...) ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o ser ladrão.

Sob a ótica do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito penal brasileiro, via de regra, reconhece e respeita a autonomia moral da pessoa, não criminalizando ou punindo a sua personalidade, mas apenas o seu agir. O entendimento de que o deveria penalizar o autor, ignorando o ato, contraria, inclusive, o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), vez que o agente somente poderá ser culpado após o trânsito em julgado de sua decisão condenatória. É sob essa ótica que defende Ruchester Marreiros Barbosa (2016) que “somente após este fato jurídico, alguém poderia ser considerado, efetivamente “terrorista”, antes disso, a lógica que iria prevalecer seria da periculosidade de uma pessoa e não o fato por ela praticado”.

5.4.4 *A operação Hashtag*

A operação Hashtag, realizada pela Polícia Federal, foi a primeira a aplicar os dispositivos da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016). Foi realizada pela Divisão de Antiterrorismo da Polícia Federal (DAT) em 27/07/2016, em momento anterior à realização dos Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro, em razão da investigação que apurava a existência de um grupo de pessoas que estariam planejando ataques terroristas durante o evento esportivo, conforme exposto por Isabelle Kishida (2017, p. 127):

De acordo com a representação da Autoridade Policial, o inquérito nº. 07/16 ‘foi instaurado por portaria para apurar a integração/ promoção da organização terrorista Estado Islâmico (EI) por brasileiros residentes em diversas cidades deste país, o que configuraria o fato típico descrito no art. 3º da Lei 13.260/16’. O presidente da referida investigação considerou que os membros do grupo ‘Defensores da Sharia’ promoviam e integravam a organização Estado Islâmico, considerada por parte da PF como organização terrorista. Para a investigação, considerou-se como filiado ao EI, ou seja, como integrante, o indivíduo que se autodeclarou como membro, em geral, por meio de um juramento, que alguns chamam de bay’ah. Neste particular, ocorreu uma mudança de paradigma no

tocante à forma de recrutamento de membros para a organização terrorista, caso se compare o EI à Al- Qaeda. Nesta última, mundialmente conhecida como organização terrorista, o recrutamento de membros se dá por meio de uma seleção por um membro recrutador do grupo, o qual deverá aprovar a escolha.

Uma crítica inicial à operação consiste no fato de que lei antiterrorista brasileira pretende a tutela da paz pública ou da incolumidade pública, da pessoa e do patrimônio, ao repelir atos praticados em virtude de xenofobia, de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, conforme preceitua o art. 2º, *caput* e não haveria como alegar que a mera simpatia de pessoas a um grupo terrorista faria com que houvesse subsunção a um tipo penal específico previsto na lei antiterrorista brasileira. Em que pese o art.3º da lei estabelecer como um delito o de promover, constituir, integrar e auxiliar uma organização terrorista (BRASIL, 2016), não há nenhuma menção acerca da simpatia com ele, ainda porque trata-se de questão íntima do indivíduo. O uso do termo “promoção” na norma não pode ser confundido com o verbo simpatizar, sob o risco de haver a criminalização do simples pensamento.

O caso se torna ainda mais emblemático se for considerado o direito fundamental de manifestação de pensamento contido no art. 5º, IV da Constituição Federal de 1988, cujo respeito é inerente ao Estado Democrático de Direito. Sua possível violação configuraria o atingimento reflexo da democracia, em que se preza pela tutela da diversidade de opinião. Como os demais direitos, não é absoluto, porém, devendo ser analisado em um juízo de ponderação. E é sob o argumento de que teria ocorrido abuso do direito de manifestação, ao haver incitação à prática de atos terroristas, é que se baseou a instauração do inquérito e início das investigações, conforme denúncia do Ministério Público Federal (2016).

Em que pese essas considerações, Isabelle Kishida expõe que a Autoridade Policial optou por representar pelos pedidos de prisão temporária, busca e apreensão domiciliar e condução coercitiva dos suspeitos com o receio de que ocorresse, de fato, um atentado terrorista durante a realização das Olimpíadas no Rio de Janeiro em 2016 (KISHIDA, 2017, p. 135). A operação foi intitulada *hashtag*, pois o monitoramento do grupo ocorreu por meio das redes sociais.

Na representação do pedido de prisão temporária, o grupo formado pelos então investigados, não foi considerado organização terrorista. De modo a tipificar a conduta deles no art. 3º, seus integrantes foram considerados participantes do grupo terrorista Estado Islâmico, atribuindo-lhe a função de tentar instaurar, no Brasil, uma célula terrorista. O Delegado responsável

pela condução das investigações observou a possibilidade de que os suspeitos possuíssem armas de fogo e artefatos explosivos, considerando os diálogos obtidos por meio de interceptação de mensagens, especialmente via aplicativos *Whastapp* e *Telegram*, após ter sido autorizada, em medida cautelar, a quebra de sigilo de dados telemáticos. De modo a exemplificar, Isabelle Kishida (KISHIDA, 2017, p. 139-140) menciona o conteúdo de um *e-mail*:

- 1- Nos preparar física, intelectual e espiritualmente parra o combate. Trocaremos conhecimento entre nós, assim o mais versado no conhecimento passará o seu saber aos demais, seja sobre o Din ou a Língua Árabe, alinharemos intenções em empreender a Jihad fisabilillah, treinaremos artes marciais e manuseio de armas de pequeno e médio porte, assim como artilharia pesada. Formando assim combatentes preparados, o que facilitará e economizará tempo e gastos para o Dawlat, pois já chegaremos com uma boa formação.
- 2- Levantar fundos para o financiamento de envio de recursos (em dinheiro) e reforços (em pessoas) para o Dawlat.
- 3- Não sabemos o que pode acontecer aqui o Brasil, que hoje ainda está 'Neutro' em relação ao Dawlat, amanhã ou depois podem se aliar contra e então estaremos preparados, inshallah. Além do que, há muitos rumores sobre guerra civil, golpe militar etc., se estivermos juntos e isso acontecer poderemos tomar proveito da situação em nosso benefício.

O Magistrado federal responsável pelo inquérito policial e pela instrução e julgamento do caso, Dr. Marcos Josegrei da Silva ao analisar os requerimentos realizados pela Autoridade Policial, nos autos do inquérito (processo nº. 5023557-69.2016.4.04.7000/PR, distribuído para o Juízo Federal da 14ª Vara Federal de Curitiba), compreendeu ser correto o enquadramento dos fatos ao art. 3º da lei antiterrorista. Quanto aos atos praticados em momento anterior à vigência da Lei 13.260/2016 (isto é, anterior a 16/03/2016) e que não fossem demonstrados a permanência ou continuidade após a entrada em vigor da lei antiterrorista, entendeu que haveria plausibilidade para a tipificação dos crimes de organização criminosa, aplicando-se a Lei 12.850/13, de racismo (Lei 7.716/89), de propaganda de perseguição religiosa (Lei 7.170/83) e de genocídio (Lei 2.889/56).

O principal argumento utilizado pelo Magistrado, conforme Isabelle Kishida (KISHIDA, 2017, p. 140-141) para a decretação da prisão temporária foi no sentido de que, acaso assim não fosse, poderia haver a possibilidade de elaboração de versões semelhantes dos investigados com a finalidade de esquivarem-se das acusações, o que inviabilizaria a efetividade da oitiva simultânea de todos. A imprescindibilidade da medida ficou demonstrada também diante do receio de que a execução de um eventual atentado fosse acelerada, posto que seu planejamento teria sido descoberto pelas autoridades.

Cabe destacar, também, que a competência do Juízo da 14ª Vara Federal de Curitiba foi estabelecida a partir da aplicação do art. 11 da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016a). Considerando-se que os investigados teriam naturalidade de diversos Estados-membros do Brasil, definiu-se a competência por prevenção entre aquelas Seções Judiciárias dos domicílios dos suspeitos. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Ordinário interposto em um *Habeas Corpus* (RHC 98349), reafirmou a competência da 14ª Vara Federal de Curitiba.

Embora haja a previsão no sentido de que será a Justiça Federal a competente no art. 11 da Lei 13.260/2016, parcela da doutrina julga ser, essa norma, inconstitucional – afirma Fábio Roque et al. (2017, p. 265), nesse sentido. Isso porque o art. 109, IV da Constituição Federal de 1988, ao qual o art. 11 expressamente se refere, determina a competência residual da Justiça Federal para processar e julgar crimes, estabelecendo sua competência apenas quando houver interesse ou afetação à União ou de suas autarquias ou empresas públicas, excluindo-se a competência das Justiças Militar e Eleitoral (BRASIL, 1988). Fábio Roque et al. (2017, p. 265) expõe que a norma constitucional traz em seu texto hipóteses de fixação de competências taxativamente previstas, merecendo, portanto, uma interpretação restritiva. Logo, seu rol não deveria ser ampliado por legislação infraconstitucional. O art. 11 da lei antiterrorista seria inconstitucional justamente por promover a dilatação das hipóteses da competência da Justiça Federal, já que os crimes de terrorismo não seriam, necessariamente, de interesse da União. Estabelece, inclusive, premissas (ROQUE ET AL., 2017, p. 265-266):

Inicialmente, devemos estabelecer as seguintes premissas:

- a) o fato de haver motivação preconceituosa não caracteriza, por si só, interesse da União. Basta perceber que os crimes contemplados na Lei 7.716/89 não são, regra geral, de competência federal. Ora, se o fato de se adotar uma postura preconceituosa pudesse dar ensejo à caracterização do interesse da União, todos os crimes de preconceito seriam federais, o que não ocorre.
- b) o fato de se provocar o terror social ou generalizado também não caracteriza, por si só, o interesse da União. Aliás, podemos vislumbrar situações em que ocorreria esta finalidade de produzir o terror social, mas com interesse localizado.

O autor adiciona que o fato do crime ser grave não faz com que a competência seja da Justiça Federal. O crime somente poderia ser processado e julgado na Justiça Federal acaso seu caráter transnacional se configurasse, se sua execução tivesse sido iniciada no Brasil e o seu resultado ocorresse em local no exterior ou que lá tivesse se iniciado, provocando resultados no Brasil. Aplicar-se-ia, nesses casos, o art. 109, V da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que

determina que será competente a Justiça Federal “nos crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

Em que pese a discussão acerca da competência da Justiça Federal em processar e julgar os acusados pelos crimes na operação *Hashtag*, oito envolvidos foram condenados em sentença proferida nos autos da ação penal [processo nº. 5046863-67.2016.4.04.7000/PR pelo Juiz Federal da 14ª Vara Federal de Curitiba, Dr. Marcos Josegredi da Silva (BRASIL, 2016b)] em 04/05/2017. A apelação criminal, recurso devido no caso de condenações no âmbito penal, distribuída para o relator, desembargador federal Dr. Márcio Antônio Rocha, integrante da 4ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, fora julgada em 14/05/2018, mantendo-se a condenação de todos os réus. A ação ainda se encontra em fase recursal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pendente de julgamento de Embargos de Declaração opostos em face do julgamento da apelação.

6. CONCLUSÃO

Esta dissertação de mestrado assumiu como objetivo compreender as estratégias adotadas pelos Estados para combater o terrorismo, analisando a possibilidade de que os direitos coletivos e individuais fundamentais possam ser restringidos ou eliminados.

A partir do problema apresentado, de como os Estados deveriam responder ao combate ao terrorismo - visto que tal combate pode infringir os direitos dos indivíduos envolvidos -, defendemos que deve haver uma prevalência das diretivas de Direito e das normas constitucionais que privilegiem os direitos fundamentais, a despeito da tutela pela segurança ser uma questão importante.

Caberá aos Estados e aos organismos internacionais a exigência de criação de políticas transfronteiriças adequadas, bem como de reformas institucionais dos órgãos de segurança dos Estados. À sociedade civil fica o encargo de que seja realizado o estímulo permanente ao exercício da cidadania, com a capacidade gradativa de aumentar a organização e participação em políticas efetivas.

Um dos grandes percalços aos planos de combate ao terrorismo encontra-se na dificuldade de conceituar esse fenômeno. Tal desentendimento fundamenta-se por diversos fatores, seja pelo exercício do poder do Estado, pelo medo gerado e pelo impacto causado na sociedade pela violência do atentado ou pela articulação política, dentre outros. Evidencia-se, contudo, a fragilidade que reside em serem as estratégias do combate ao terrorismo utilizadas como instrumento político a justificar a tomada de decisões pelo Estado para que possa ser reprimida ou prevenida a ocorrência de eventual ato terrorista.

Dentro dos próprios países há discordância conceitual e jurídica quanto esta ou aquela prática ser tipificada como um ato terrorista ou ter outra natureza dentro do escopo criminal. Os próprios atores do estado divergem sobre qual entendimento prevalece diante do acontecimento do fenômeno, ainda que ele tenha um impacto de medo e de violência tanto nas ações para prevenir sua ocorrência, quanto nas reações a sua ocorrência. Os instrumentos políticos e jurídicos do Estado são conflitantes e, portanto, frágeis no sentido da tomada de decisões para que os crimes sejam evitados e/ou reprimidos. Ora se olha pra Constituição e se considera que ela é o Norte de toda e qualquer ação do Estado, e que sob qualquer circunstância, o que ela dispõe há que imperar; já outras vozes dissonantes vão no sentido de que como o crime de terrorismo é uma total quebra do

paradigma tanto social quanto de segurança e também de violência, o Estado tem que ter meios para investigar, de punir e de levantar informações. Assim, defendem que nestes casos a Constituição fique um pouco pelo meio do caminho, para horror de muitos.

A expressão terrorismo não pode ser interpretada como neutra, capaz de qualificar e até descrever um fenômeno que lhe é exterior, uma vez que faz surgir juízos valorativos distintos. É em função disso que há a necessidade de que seja contextualizado diante de condições objetivas, da avaliação quanto ao contexto em que se insere o terrorista e do significado da prática terrorista.

Ademais, a conceituação do que seria um terrorista ou grupo terrorista pode ser assim enfrentada como um ato político. Perceber isso auxilia o entendimento de que há uma relação entre a qualificação mencionada e as políticas de segurança do Estado. Decisões contraterroristas serão tomadas sobre a personificação do inimigo, tornando-se cada vez mais evidente, o espaço que a teoria de Gunther Jakobs – o direito penal do inimigo – ganha diante desse panorama. Assim, os sistemas repressivos desenvolvidos objetivam a punição da pessoa e não dos fatos em si, criando um vácuo obscuro entre a democracia e o autoritarismo, aproximando o direito penal do inimigo do Estado de Exceção permanente. E a opção política de classificar determinado indivíduo ou grupo como terrorista ganha relevo nessa discussão.

De modo a realizar o combate ao terrorismo, seja ele praticado por particulares ou pelo Estado, para que possa prevenir sua ocorrência, faz-se necessária uma análise quanto às condições que permitem sua existência, tendo, as medidas tomadas nesse processo, que observarem as normas constitucionais e de acordo com as normas impostas pelo Direito Internacional também, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), a Convenção Interamericana contra o Terrorismo e a Carta da Organização dos Estados Americanos.

No Brasil, a repressão e repúdio aos atos terroristas é erigido a princípio constitucional, ao lado do racismo, conforme previsão do art. 4º, inciso VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), para reger as relações internacionais do Brasil. Além disso, o art. 3º, inciso IV da Constituição também elenca como objetivo fundamental do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A globalização é responsável por evidenciar as diferenças humanas ao impor um modelo liberal de sociedade como universal. Com isso, há um embate gerado a partir do choque das

diversidades e pluralidades idealizados, fazendo com que possam surgir situações em que a violência seja utilizada pelos marginalizados, contexto em que se insere o terrorismo. Os grupos sociais contrários aos modelos hegemônicos impostos encontram na força e violência meios para satisfazerem seus anseios, servindo de aparato de justificativa do terrorismo. Nesse sentido, a violência e o terrorismo se confundem, coincidindo-se.

Diante disso, a forma que mais se enquadra como método de combate ao terrorismo seria a possibilidade de maior participação política dos marginalizados e excluídos, seja no âmbito interno, seja no internacional, impondo-se ações que repudiam a violação dos direitos humanos e práticas de medidas delinquentes e de estruturas repressivas autoritárias, que podem colocar em xeque o desenvolvimento dos regimes democráticos.

Deve ser afirmada a compreensão de que a guerra contra o terror não pode se utilizar de decisões políticas que, de algum modo, restrinjam os direitos e garantias fundamentais, tais como a criminalização de atos preparatórios e a possível legitimação da tortura, vez que, com isso, haverá um grande risco de que seja consolidado um direito penal de exceção. As soluções assim tomadas apenas evidenciam o aumento de violência e maior sensação de insegurança pelos indivíduos.

É crescente, contudo, a adoção de métodos, no combate ao terror, que substancializam as limitações aos direitos e garantias fundamentais, utilizando-se o terrorismo como mera desculpa ao enfraquecimento democrático e relativização dos limites que permeiam a repressão realizada pelos agentes estatais. O terrorismo praticado pelo Estado torna-se realidade, atingindo, principalmente, os mais vulneráveis, escolhidos, sem critérios definidos, como potenciais inimigos internos ou internacionais.

Especificamente quanto ao caso brasileiro, ainda há muito o que se percorrer, em que pese a elaboração de uma lei antiterror. Antes de mais nada, é necessário que ocorra a ruptura com o passado autoritário e violento, proveniente dos anos sob o regime ditatorial, para que seja dado um norte seguro na consolidação da democracia, privilegiando a promoção dos direitos fundamentais. Com o escopo de fomentar a segurança, não basta somente a elaboração de uma lei antiterror, mas a criação de políticas públicas eficientes que consolidem os direitos e garantias fundamentais como prioridades estatal e social.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. **Yale LJ**, v. 113, p. 1029, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: [Homo Sacer, II, I]**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y Derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Débora de Souza; ARAÚJO, Fábio Roque. **Terrorismo: Aspectos Criminológico e Político Criminal**. 1. Ed. Salvador: JusPodvum, 2017.
- AMBOS, Kai. **Terrosimo, tortura y derecho penal: respuestas em situaciones de emergencia**. Barcelona: Atelier, 2009.
- ANGLÍ, Mariona Llobet. ¿ Es posible torturar en legítima defensa de terceros?. **InDret**, n. 3, 2010.
- ARAS, Vladimir. **O projeto de lei de criminalização do terrorismo**, Blog do Vlar, 16 de agosto de 2015, Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/08/16/o-projeto-de-lei-de-criminalizacao-do-terrorismo/> Acesso em 06/02/2020.
- ARAÚJO. Thiago Cássio d'Ávila. **Terrorismo, direitos fundamentais e os aspectos críticos da teoria da Constituição de Emergência**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, ano 8, n. 34, 2008, p. 175-205.
- ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A)**. Paris, 1948.
- ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE. **Defusing the ticking bomb scenario: why we must say no to torture, always**. Geneva: Association for the Prevention of Torture (APT), 2007. Disponível em https://www.apr.ch/content/files_res/tickingbombscenario.pdf Acesso 19 de fev. 02 de 2020.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **La ley e el delito**. Caracas:Andres Bello, 1945.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- BARBOSA, Ruchester. Lei antiterrorismo e Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-antiterrorismo-e-direito-penal-do-inimigo> . Acesso em: 20 fev. 2020
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

BERNARD, François de. **A fábrica do terrorismo – um livro incorreto para o uso de grandes pessoas**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade para uma teoria geral da política**. 7ª ed. Ed. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORRICAND, J. L'extradition des terroristes. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, p. 661, 1980.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

BRASIL. **Decreto nº N° 30.544, de 14 de fevereiro de 1952**. Carta da Organização dos Estados Americanos. [S. l.], 1952.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, D.F.: Congresso Nacional, 2016.

BRASIL. **Constituição Política Do Império Do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824

BRASIL. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 1891

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro, 1937

BRASIL. **Lei Constitucional nº. 1, de 16 de maio de 1938**. Emenda ao art. 122, n. 13 da Constituição. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1938.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, 1946

BRASIL. **Lei nº 2889, de 1 de outubro de 1956**. Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1956.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, 1967a.

BRASIL. **Decreto nº Ato Institucional Nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, D.F.: Presidência da República, 1968.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, D.F.: Presidência da República, 1969.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº N° 11, de 17 de outubro de 1978**. Altera dispositivos da Constituição Federal. Brasília, D.F.: Congresso Nacional, 1978.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. Brasília, D.F.: Congresso Nacional, 1967b.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969.** Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília, D.F., 1969b.

BRASIL. **Lei nº 6620, de 17 de dezembro de 1978.** Define os crimes contra Segurança Nacional, estabelece sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília, D.F.: Congresso Nacional, 1978.

BRASIL. **Lei nº 6815, de 19 de agosto de 1980.** Texto para impressão Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, D.F.: Presidência da República, 1980.

BRASIL. **Lei nº 7170, de 14 de dezembro de 1983.** Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília, D.F.: Presidência da República, 1983.

BRASIL. **Decreto nº 2018, de 6 de abril de 1999.** Promulga a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, concluída em Washington, em 2 de fevereiro de 1971. Brasília, D.F.: Presidência da República, 1999.

BRASIL. **Lei nº 10744, de 9 de outubro de 2003.** Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Brasília, D.F.: Presidência da República, 2003.

BRASIL. **Decreto nº 5640, de 26 de dezembro de 2005.** Promulga a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001. Brasília, D.F.: Presidência da República, 2005a

BRASIL. **Decreto nº 5639, de 26 de dezembro de 2005.** Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. Brasília, D.F.: Presidência da República, 2005b

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, D.F.: Presidência da República, 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2016/2015, de 18 de junho de 2015.** Altera a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para dispor sobre organizações terroristas. Brasília, D.F.: Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 101, de 16 de junho de 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, D.F.: Câmara dos Deputados, 2016.

BREYER, STHEPHEN G. **‘Liberty, Security, and the Courts’ Association of the Bar of the City of New York, New York, 14 de abril de 2003.**

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMBROSIO, Felipe Augusto Rodrigues. Ameaça aos direitos fundamentais e à democracia: a lei antiterror do Brasil. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 18, n. 1, p. 185-212, 2017.

CÂNCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**. Madrid: Editorial Reus, 2010.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria a Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Almeida, 1998.

CARVALHO, Salo de. **Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente**. *Crítica Jurídica*, v. 25, p. 253-267, 2006.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca Casamasso. Reflexões sobre a hipertrofia do Poder Executivo. In: SILVEIRA, Carlos Frederico; SALLES, Sergio de Souza; ROSA, Waleska Marcy. (Org.). **Ensaio sobre justiça, processo e direitos humanos II**. 1ªed.Petrópolis: UCP, 2009, v. II, p. 143-170.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. **Maquiavel e Razão de Estado: Elementos da Supremacia Política**. 1ª. ed. Curitiba: Editora CRV, 2016.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro, SANTIN; Valter Foletto. **Terrorismo e a busca da paz**. In: COSTA, Ilton Garcia; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (Org.) **Paz & Teorias da Justiça**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

COLE, David. **The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot**. *The Yale Journal*, v. 113, n. 8, 2004.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma, 1950.

CRETELLA NETO, José. **Terrorismo internacional: inimigo sem rosto –combatente sem pátria**. Campinas: Millennium, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Ticking Bomb Scenario Theory: o emprego da tortura na iminência de um ato terrorista**. Blog Meu Site Jurídico, 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/ticking-bomb-scenario-theory-o-emprego-da-tortura-na-iminencia-de-um-ato-terrorista>. Acesso em: 19 fev. 2020.

CUNHA. Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 5 ed. Salvador: Juspodvm, 2017

DA COSTA, Alexandre Baumgratz. **O Estado de Direito e as restrições aos direitos e garantias fundamentais no Estado de Emergência**. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Ciência Política) - Centro de Educação em Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, p.154. 2013

DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações terroristas: intersecções e diálogos entre as Leis 12.850/2013 e 13.260/2016**. In **Lei Antiterrorismo: lei 13.260/ 2016**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do estado e das instituições democráticas na nova constituição**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989.

DERSHOWITZ, Alan. **Why terrorism works: understanding the threat, responding to the challenge**. New Haven and London: Yale University Press, 2002.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOYLE, Charles. **The USA PATRIOT Act: A Legal Analysis**. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2002.

DYZENHAUS, David. States of Emergency. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. 1ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 442-462.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Lei nº 71 U.S. 2, de 1 de dezembro de 1866**. EX PARTE MILLIGAN. Washington D.C.: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1866.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição [ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA]**. Washington D.C.: Congresso dos Estados Unidos da América, 1787

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Lei nº 95-511, de 25 de Outubro de 1978**. Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (FISA). Washington D.C.: Congresso dos Estados Unidos da América, 1978.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Caso nº 461 U.S. 352, de 2 de maio de 1983**. Kolender v. Lawson. Washington D.C.: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1983.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Lei nº 104-132, de 24 de Abril de 1996**. Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996. Washington D.C.: Congresso dos Estados Unidos da América, 1996.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Lei nº 107-56, de 26 de outubro de 2001**. Patriot Act. United States of America: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (USA Patriot Act), Washington D.C.: Congresso dos Estados Unidos da América,. 2001a.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Ordem Executiva Do Presidente nº 13224, de 23 de setembro de 2001**. Blocking Property and Prohibiting Transactions With Persons Who Commit, Threaten To Commit, or Support Terrorism. Washington D.C., 2001b

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Ordem Militar nº Volume 66, Number 222, de 13 de novembro de 2001.** Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism. Washington D.C., 2001c

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Apelo nº 99-8508, de 11 de junho de 2001.** *Kyllo v. United States*. Washington D.C., 2011d.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Lei nº S. 990, de 26 de maio de 2011.** PATRIOT Sunsets Extension Act of 2011. Washington D.C.: Congresso dos Estados Unidos da América, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Lei nº 114-23., de 06 de fevereiro de 2015.** USA Freedom Act of 2015. Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act of 2015. Washington D.C.: Congresso dos Estados Unidos da América, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Caso nº 405 U.S. 156, de 8 de dezembro de 1972.** *Papachristou v. City of Jacksonville*. Washington D.C.: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1972.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Decisão da Suprema Corte No. 16-402, de 22 de junho de 2018.** *Carpenter v. United States*, Washington D.C.: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 2018

FACCINI NETO, Orlando. A tortura do terrorista como expressão de uma crítica à metodologia da ponderação. In: HABIB, Gabriel (org.). **Lei Antiterrorismo: Lei nº 13.260.** Salvador: Juspodivm, 2017.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FARREL, Michelle. **The prohibition of torture in exceptional circumstances.** United Kingdom: Cambridge University Press, 2013.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. **International Journal of Constitutional Law**, v. 2, n. 2, p. 210-239, 2004.

FERNANDES, Álvaro Antanavicius e TERRA, Luiza Borges. **O crime de terrorismo: um olhar sobre a punibilidade dos atos preparatórios.** In **Lei Antiterrorismo: lei 13.260/ 2016.** Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 8, n. 82, p. 01-08, 2007.

PINTO FERREIRA, Luís. **Curso de Direito. Constitucional.** 8ª edição. Saraiva, São Paulo, 1996.

FOUCALT, M. **Segurança, território, população.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel; **Nascimento da Biopolítica**: Curso no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANKENA, William K. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

GANDRA, Thiago Grazziane Gandra; NAVES, Carlos Luiz de Lima e. **Terrorismo: Aspectos Criminológico e Político Criminal em Terrorismo comentário, artigo por artigo, à Lei 13.260/2015 e aspectos criminológicos e político- criminais** 1. Ed. Salvador: JusPodvum, 2017.

GRECO, Luís. As regras por trás da exceção—reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. **Revista Jurídica**, v. 23, n. 7, p. 229-264, 2009.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. In: ROXIN, Claus; LEITE, ALAOR (Org.) **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, p. 31, 2014.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. Niterói: Editora Impetus , 2016.

GREEN, Penny; WARD, Tony. **State crime— governments, violence and corruption**. London: Pluto Press, 2004.

GREENWALD, Glenn. **Sem lugar para se esconder**. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

GROSS, Oren. The Prohibition on Torture and the Limits of the Law. In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Torture: a collection**. New York: Oxford University Press, 2004.

HABIB, Gabriel. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos**. Niterói/RJ: Impetus, 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012

HAMILTON, Alexandre; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**, Indianápolis, n. 51. The Gideon Edition. 1787.

HARDIN, Russell. Civil liberties in the era of mass terrorism. **The Journal of Ethics**, v. 8, n. 1, p. 77-95, 2004.

HUNSINGER, George. Torture is ticking bomb: why the necessity defense fails. In: HUNSINGER, George (ed.). **Torture is a moral issue: christians, Jews, muslims and people of conscience**. Cambridge: William B. Eedermans Publishing Company, 2008.

JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito?. **Novos estudos CEBRAP**, n. 83, p. 27-36, 2009.

KISHIDA, Isabelle Vasconcellos. O Indiciamento da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 8, n. 1, p. 99-120, 2017.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley y el delito. **Principios de Derecho penal**, v. 3, Buenos Aires: Editorial Losada, 1945.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. Noción de terrorismo y clases. Evolución legislativa y político-criminal. DORADO, Juanatey; ESTRADA, Carmen y FERNÁNDEZ-PACHECO, Cristina (Eds.), **El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria y social**, p. 39-48, 2013.

LEVIN, Michael. **The case for torture**. In: Newsweek, 7 jun. 1982. Disponível em: <http://people.brandeis.edu/~teuber/torture.html> Acesso em 21 de fev. de 2020.

LIGA DAS NAÇÕES, **Convenção para Prevenção e Repressão do Terrorismo**, 1937. Disponível em <https://www.wdl.org/en/item/11579/> Acesso em 23 de jan de 2020.

LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes**, Buenos Aires, Astrea, 1970.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Ed. Vozes. 1994.

LUBAN, George. Liberalism, torture, and the Ticking Bomb. In: GREENBERG, Laren J. (ed.). **The torture debate in America**. New York: Cambridge University Press, 2006.

MALAMUD GODI, Jaime E. Legítima Defesa y Estado de Necesidad: problemas sistemáticos de las causas de justificación. In: FACCINI NETO, Orlando. **A tortura do terrorista como expressão de uma crítica à metodologia da ponderação**. In **Lei Antiterrorismo: lei 13.260/2016**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Roberto Grassi, Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 1976.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. Os atos preparatórios na nova lei “Antiterrorismo”. **Boletim do IBCCrim**, n. 2284, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A nova lei “antiterrorismo” e a violação ao princípio da legalidade**. Empório do Direito, mar/ 2016. Disponível <https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/317671705/a-nova-lei-antiterrorismo-e-a-violacao-ao-principio-da-legalidade> em Acesso em 12 de fev de 2020.

MAYER, Max Ernst. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: BdeF, 2007.

MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MEZEY, Michael L. **O poder decisório do legislativo nos sistemas políticos em desenvolvimento**. In: MENDES, Cândido (Org.). **O legislativo e a tecnocracia**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1975.

MONTECONRADO, Fabíola; MOURA, Maria Thereza; ZILLI, Marcos. **Terrorismo e o direito brasileiro**. In: AMBOS, Kai; MALARINO; STAINER, Christian. **Terrorismo y derecho penal**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Geovane. **Lei 13.260/16, que define terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista**. Editora Armador. 23 de março. Disponível em <http://www.armador.com.br/wp-posts/lei-13-26016-que-define-terrorismo-tratando-de-disposicoes-investigatorias-e-processuais-e-reformulando-o-conceito-de-organizacao-terrorista>. Acesso em 07/02/2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NUNES, Leandro Gornicki. **Constituição, contraditório e linguagem**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119. ano 24. p. 75-101. São Paulo: Ed. RT. mar-abr 2016

O'CONNOR, Sandra Day. Balancing security, democracy, and human rights in an age of terrorism. **Colum. J. Transnat'l L.**, v. 47, p. 6, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermeútica e a (in) determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, 1984.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Resolução 49/60 sobre Medidas para Eliminação do Terrorismo Internacional da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas**. 1960

PARRY, John T. Escalating and necessity: defining torture at home and abroad. In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Torture: a collection**. New York: Oxford University Press, 2004.

PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. **Triunvirato de emergência**. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Editora Método, São Paulo, 7 edição, 2011.

PFIFFNER, James P. **Power Play: The Bush Presidency and the Constitution**. Washington: Brookings Institution Press, 2008.

PINTO, Ronaldo Batista; SILVARES, Ricardo. **Novo CPC e seus reflexos no âmbito do processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: o Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013.

REHNQUIST, William H. *All the Laws but one: Civil Liberties in Wartime*. New York: Random House, 1998.

ROQUE, Fábio et al. **Terrorismo: comentários, artigo por artigo, à lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais**. Ed. JusPodivm, Salvador, 2017.

ROSSITER, Clinton L. *Social Sciences, Politics, International relations. World, global politics. International affairs. Foreign policy*. New Jersey: Princeton University Press, 1948a.

ROSSITER, Clinton L., **Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies**, New York: Harcourt Brace, 1948b.

ROTU, Kenneth. **Getting away with torture**. In: HUNSINGER, George (ed.). **Torture is a moral issue: christians, Jews, muslims and people of conscience**. Cambridge: William B. Eedermans Publishing Company, 2008.

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 8, 2003.

SAINT-BONNET, F. **L'etat d'exception**. Paris:PUF, 2001.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1956.

SAUL, Ben. Attempts to define 'terrorism' in international law. **Netherlands International Law Review**, v. 52, n. 1, p. 57-84, 2005.

SAUL, Ben. Defining 'Terrorism' to Protect Human Rights. In: STAINES, Deborah (ed.). **Interrogating the War on Terror: Interdisciplinary Perspectives**. 1ª. ed. UK: Cambridge Scholars Publishing, 2007. p. 190-210.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2004.

SCARRY, Elaine. **Five errors in the reasoning of Alan Dershowitz**. In: LEVINSON, Sanford (ed.). *Torture: a collection*. New York: Oxford University Press, 2004.

SCHIMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A Nova Era Digital**. Como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Estados Unidos: Intrínseca, 2013.

SCHMITT, Carl. **La dictadura**: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madri: Revista de Occidente, 1968.

SCHMITT, Carl. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. 1ª. ed. Cidade do México: Fondo De Cultura Economica, 2004

SCHMITT, Carl. **Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty**. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

SIEGEL, Larry. **Criminology: Theories, patterns, and typologies**. Toronto: Nelson Education, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2. ed., rev. e ampl. Madri: Civitas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOPPINO, Mario. Ditadura. In: BOBBIO, Noberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade Nacional de Brasília. 11ª Edição, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7ª Edição. **Porto Alegre: Livraria do Advogado**, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de Emergência: O controle do Poder em situação de crise**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

TIMM, Trevor. **Ten Years After the Patriot Act, a Look at Three of the Most Dangerous Provisions Affecting Ordinary Americans**. 26 de outubro de 2011. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2011/10/ten-years-later-look-three-scariest-provisions-usa-patriot-act> Acesso em 28/02/2019.

UNODC. **Guía para Colombia sobre el régimen jurídico contra el terrorismo y su financiación**. In: UNODC. **Guía para Colombia sobre el régimen jurídico contra el terrorismo y su financiación**. 1ª. ed. Guía para Colombia sobre el régimen jurídico contra el terrorismo y su financiación, 2014. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Colombia_Legal%20Guide/GLFTweb_Spanish.pdf. Acesso em: 3 fev. 2020.

VERVAELE, John AE. A legislação antiterrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 2, n. 1, 2014.

VITTA, Heraldo Garcia. **Soberania do Estado e poder de polícia**. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro: Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act. **Direito e Democracia**, v. 5, n. 1, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El crimen de Estado como objeto de la criminología. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. **Panorama internacional sobre justicia penal: Política criminal, derecho penal y criminología**. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. México DF: UNAM, 2007.