UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

RENATA DA SILVA ATHAYDE BARBOSA

**O MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO – UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Niterói

2014

RENATA DA SILVA ATHAYDE BARBOSA

**O MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO – UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. RODRIGO DE SOUZA COSTA

Niterói

2014

# Universidade Federal Fluminense

# Superintendência de Documentação

# Biblioteca da Faculdade Direto

|  |  |
| --- | --- |
| B238 | Barbosa, Renata da Silva Athayde. O mandado constitucional de criminalização do terrorismo : uma análise a partir da jurisprudência do STF / Renata da Silva Athayde Barbosa. – Niterói, 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – PPGDC, Universidade Federal Fluminense, 2014.1. Criminalização. 2. Terrorismo. 3. Direito penal. 4. Princípio da legalidade. 5. Extradição. I. Universidade Federal Fluminense, Instituição responsável. II. Título.

CDD 341.5  |

RENATA DA SILVA ATHAYDE BARBOSA

**O MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO– UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Prof. Dr. RODRIGO DE SOUZA COSTA – Orientador

UFF

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Prof. Dr. DANIEL ANDRÉS RAIZMAN

UFF

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Prof. Dra. PATRÍCIA MOTHÉ GLIOCHE BÉZE

UERJ

Niterói

2014

**DEDICATÓRIA**

A Deus, luz e guia em todo meu caminho.

À minha família, pelo exemplo, amor e compreensão.

Ao Pedro, por alegrar meus dias.

**AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Rodrigo de Souza Costa, que me apresentou e inspirou a seguir pelo caminho da construção do conhecimento, pelos ensinamentos e pelo incentivo constante.

À Fabrizia e ao Eric, pela amizade construída neste percurso.

**RESUMO**

O presente estudo tem por objetivo analisar o mandado constitucional de criminalização e sua inserção na Constituição de 1988, em especial o do terrorismo, porquanto ainda não cumprido pelo legislador ordinário. A expectativa é de contribuir com uma visão atualizada e inovadora do mandado constitucional de criminalização, combinada com a escolha desafiadora do terrorismo, tema tão embrionariamente desenvolvido no Brasil, como caso especial de mandado de criminalização. A pesquisa buscou enfrentar questões importantes como a relação entre o mandado constitucional de criminalização, os direitos fundamentais e a coerência da localização daqueles no rol de garantias fundamentais, a vinculação do legislador ordinário ao mandado e os efeitos do não cumprimento do mandado constitucional de criminalização. Em relação ao terrorismo, pairava a insegurança do labor sobre um tema tão amplo e tão pouco trabalhado pela doutrina brasileira, no entanto, o esforço rendeu um panorama da evolução de seu conceito no interna e externamente, bem como sua distinção do crime político. Além disso, foi necessário recorrer ao Constituinte originário e aos Anais da Assembleia Nacional Constituinte para demonstrar a invalidade da lei n. 7.170/83 com fim de tipificação do crime de terrorismo, e enumerar as diversas tentativas do legislador ordinário de suprir, ainda que tardiamente, a falta de uma legislação que trate, nos moldes da Constituição de 1988 e do significado pós-11 de setembro, do terrorismo. Finalmente, através do instituto da extradição buscou-se demonstrar que, de certa forma o Supremo Tribunal Federal vem lidando com o crime de terrorismo, mesmo que por influência do princípio da dupla tipicidade. A Corte Suprema reconhece o caráter de crime comum do terrorismo, na medida em que dá por cumprido o requisito de dupla tipicidade e concede a extradição, distinguindo-o dos demais pelo especial fim de agir e pela atrocidade.

Palavras-chave: mandado constitucional de criminalização – terrorismo – Direito Penal Constitucional .

**ABSTRACT**

The present study aims to examine the constitutional order of criminalization and its inclusion in the Constitution of 1988, particularly regarding the terrorism criminalization command, because it has not yet been fulfilled by the ordinary legislator. This paper expects to contribute with an updated and innovative vision of the constitutional command of criminalization, combined with the challenging choice of terrorism, a theme that is embryonic developed in Brazil, as a special case of determination of criminalization . The research sought to address major issues such as the relationship between the constitutional command of criminalization, the fundamental rights and the consistency of its location in the list of constitutional fundamental prerogatives, the connection of the ordinary legislator to the constitutional command and the effects of its non-compliance. Regarding terrorism, the uncertainty of the study hovered over such a broad topic and so minimally discussed by the Brazilian doctrine, however, the effort promoted an overview of the evolution of the concept, both internally and externally, as well as its distinction of political crime. Furthermore, it was necessary to reach the originally promulgated text of the Constitution and the proceedings of the National Constituent Assembly to demonstrate the invalidity of the law n. 7.170/83 aiming the definition of crime of terrorism, and, also to enumerate the various attempts of the legislator to fulfill the lack of legislation concerning terrorism along the lines of the Constitution of1988 and the its meaning after September, 11. Finally, through the tool of extradiction, this paper aims to show that the Supreme Court has been facing the problem dealing with the crime of terrorism, even with the double incrimination principle. The Supreme Court recognizes terrorism as common crime, distinguishing it from the other crimes by the special willingness to act of the agent and fulfilling the need of fouble

Keywords: Determination of criminalization – terrorism – Criminal Constitutional Law

**LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

AI Agravo de Instrumento

art. artigo

n. número

CP Código Penal

ETA *Euskadi Ta Azkatasuna*

IRA *Irish Republican Army*

LEP Lei de Execução Penal

MST Movimento Sem Terra

ONU Organização das Nações Unidas

RE Recurso Extraordinário

RISTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

**SUMÁRIO**

**1. CONSTITUIÇÃO, NORMATIVIDADE E NOVAS PERSPECTIVAS PARA O DIREITO PENAL**

1.1 A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

1.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

**1.2.1 A constitucionalização do Direito Penal**

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

**2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUAS DETERMINAÇÕES DE INCRIMINAÇÃO**

2.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO

**2.1.1 As Constituições brasileiras e os mandados de incriminação**

**2.1.2 As Constituições alienígenas**

**2.1.3 Da existência de um dever implícito de criminalização**

2.2 A OBRIGATORIEDADE DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO

2.3 A EFETIVIDADE DO MANDADO CONTITUCIONAL DE INCRIMINAÇÃO

**2.3.1 Mandado constitucional de criminalização: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente**

**3. O MANDADO DE INCRIMINAÇÃO DO TERRORISMO**

3.1 A BUSCA POR UM CONCEITO DE TERRORISMO

**3.1.1 O Brasil e o terrorismo: breve análise**

3.2 O TERRORISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PÓS

CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.3 CONCEITOS E ELEMENTOS DO TERRORISMO

**3.3.1 Terrorismo e crime político**

3.4 O CUMPRIMENTO DO MANDATO CONSTITUCIONAL DE

CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO

3.5 AS TENTATIVAS LEGISLATIVAS DE CRIMINALIZAÇÃO

**4. O TERRORISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL**

**FEDERAL**

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA EXTRADIÇÃO

**4.1.1 Conceito**

**4.1.2 Procedimento**

**4.1.3 Requisitos da extradição**

**4.1.4 Limites ao poder de extraditar**

4.2 CRIME POLÍTICO E TERRORISMO NA EXTRADIÇÃO

**4.2.1 O conceito de terrorismo de acordo com a jurisprudência do STF**

CONCLUSÃO

**INTRODUÇÃO**

Em meio a toda polêmica causada pela mais recente tentativa de criminalização do terrorismo (PL 499 de 2013) que, a princípio permitia a inclusão de manifestações populares no conceito de terrorismo, fazendo do terrorismo um crime de resultado e ignorando o especial fim de agir, muitas vozes se sublevaram contra a criminalização do terrorismo.

Entretanto, não obstante ao burburinho jurídico gerado pelas manifestações e eventos esportivos, olvidou-se que a criminalização do terrorismo não se trata somente de uma necessidade em virtude dos diversos compromissos internacionais que o Brasil assinou, mas de uma determinação constitucional não cumprida.

Os chamados mandados constitucionais de criminalização foram inseridos na Constituição de 1988 atendendo a todo um contexto internacional advindo, desde a II Guerra Mundial, da crescente constitucionalização do direito e a maior normatividade conferida ao texto constitucional, bem como da demanda gerada por 21 anos de ditadura, pelo resguardo dos direitos fundamentais.

A princípio, pode parecer um equívoco tratar da incriminação como um direito fundamental, contudo, sua inserção no “TÍTULO II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e no “Capítulo I- Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos” não mero acaso. A topografia constitucional, no caso, reflete uma nova face dos direitos fundamentais, a de proteção do indivíduo.

É esse o contexto em que se insere o mandado constitucional de criminalização. Embora essa tendência seja mais recente, a Constituição de 1988 não foi a primeira a estipular a tutela penal de determinadas condutas, a Constituição de 1937 já o fazia.

A primeira questão que o trabalho se propõe a responder é acerca da vinculatividade de tais mandados constitucionais de criminalização para o legislador ordinário. Somente com um olhar mais detido é possível perceber que a resposta não é tão óbvia quanto parece, basta refletir sobre a inexistência de uma lei que criminalize o terrorismo, atendendo ao mandado constante do art. 5º, XLIII.

De tal circunstância parece ser possível concluir que a normatividade da texto constitucional, conceito tratado nas linhas iniciais do trabalho, não passa necessariamente pela possibilidade de sanção por seu não cumprimento, ou seja, efetividade. A Constituição Federal de 1988 inovou ao instituir instrumentos capazes de lhe garantir efetividade e plena aplicabilidade, embora nada tenha sido feito neste sentido até hoje.

Neste ponto, surge outra questão: como lidar com a carência de um conceito de terrorismo, dificultando sua tipificação? O terrorismo teve uma longa evolução histórica, sem que, contudo, houvesse um acordo quanto ao seu significado, até pela constante mudança de seu conteúdo que foi desde os *hashishins,* passando pelo anarquismo até chegar ao 11 de setembro de 2001.

Na legislação brasileira, a menção ao terrorismo não é tão recente quanto o 11 de setembro, aparecendo desde os anos 20, destacando-se durante a ditadura militar e chegando às inúmeras menções na legislação penal e processual penal, sem que, contudo, houvesse uma tipificação.

O legislador ordinário não ficou passivo a tal demanda, existe uma série de projetos de lei que se propõem a tipificar o terrorismo, que aparece, inclusive, no anteprojeto de Código Penal.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal foi levado a tratar do crime de terrorismo por meio do instituto da extradição, que tem como um dos seus requisitos a dupla incriminação, isto é, para que seja possível a extradição do sujeito passivo por crime de terrorismo, deveria o mesmo ser criminalizado no país.

A Corte Suprema, em consonância com os compromissos internacionais assumidos e o princípio constitucional que rege as relações internacionais de repúdio ao terrorismo, decidiu que o crime de terrorismo seria passível de extradição, pois é tipificado em outros crimes comuns, o que revela o caráter comum do crime de terrorismo e o diferencial do especial fim de agir.

Algumas opções metodológicas devem ser esclarecidas. Este trabalho não adota a perspectiva de Zaffaroni e de Jakobs sobre terrorismo, adentrando ao Direito Penal do Inimigo, pois esta perspectiva é de relevância para um segundo momento, isto é, pós tipificação, no qual se empreenderá esforços em compreender o funcionamento do terrorismo e como o Direito Penal pode lidar com ele.

O primeiro capítulo deste trabalho se propõe a demonstrar as circunstâncias que levaram a inserção do mandado constitucional de criminalização na Constituição de 1988, tratando desde a característica normatividade das constituições do pós-Guerra até a nova concepção de direitos fundamentais que motivou a inserção dos dispositivos criminalizantes no rol de direitos fundamentais.

O segundo capítulo ilustra a trajetória das determinações constitucionais de incriminação nas constituições brasileiras e faz uma breve comparação com o caso de alguns países próximo e que serviram de inspiração a constituição brasileira. Além disso, são feitos alguns esclarecimentos a respeito do conceito dos mandados, bem como enfrenta-se a problemática questão de sua obrigatoriedade.

O terceiro capítulo passa a tratar do terrorismo, seu histórico e a dificuldade de elaboração de um conceito, principalmente, que o diferencie do crime político, no cenário nacional e internacional. Entra em cena, também, o mandado constitucional de criminalização do terrorismo e as tentativas do legislador de concretizá-lo.

O último capítulo trata da roupagem conferida ao terrorismo pelo Supremo Tribunal Federal em termos de extradição, de onde extrai-se alguns elementos do crime de terrorismo.

Finalmente, conclui-se que a carência de uma legislação que trate, consoante os ditames constitucionais e do direito internacional público, o crime de terrorismo deve ser suprida, sob pena de chegar a ocasião em que, sendo necessária, sua ausência será (res)sentida. Temerário seria se, numa situação de necessidade, se atribuisse ao Legislador a edição de uma lei de caráter populista e demagógico, de pouca técnica e elevadas penas.

**1. CONSTITUIÇÃO, NORMATIVIDADE E NOVAS PERSPECTIVAS PARA O DIREITO PENAL**

As questões trazidas no bojo do primeiro capítulo deste trabalho visam a fornecer ao leitor um panorama abrangente do cenário fático e jurídico que culminou com a inserção na Constituição Federal dos mandados constitucionais de criminalização. Tal abordagem é imprescindível a adequada compreensão do instituto, o porquê da sua existência, de que maneira se afina com modelo de constituição adotado em 1988 e com as tendências do Direito Constitucional vigentes à época de sua elaboração.

Após aproximadamente vinte e um anos de um regime político fechado, que mantinha a sociedade a margem da participação política, o processo de redemocratização ocorrido no Brasil em meados da década de oitenta trouxe uma nova Constituição. Com ela, veio um novo ânimo, um fulgor causado pela recuperação de liberdades e do poder político pelo povo, símbolo da inauguração de uma fase inédita para o Brasil.

É na constituição que repousa a opção do constituinte por um determinado modelo de Estado, o que fornece a feição de cada constituição. Coube a Constituição de 1988 trazer em seu corpo os anseios sociais reprimidos por todos os anos, o que se refletiu em seu texto extenso e, por vezes, paradoxal.

Esta característica, cuja razão de ser está compromisso assumido entre as classes que participaram do jogo político à época do Constituinte, pode ser facilmente evidenciada pelo art. 170 que garante uma ordem econômica fundada simultaneamente na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, pelo art. 5º, XXII e XXIII que protegem a propriedade privada e exige que cumpra sua função social, aspectos que, a princípio, não são facilmente conciliáveis.

Conforme será demonstrado, este tipo de compromisso, de privilegiar aspectos aparentemente conflitantes entre si, está presente em outras passagens do texto constitucional, inclusive, no rol dos direitos fundamentais, onde estão previstas algumas hipóteses de criminalização de condutas (v. item 1.3).

Todo o contexto histórico gerou uma acumulação de demandas por parte da sociedade que culminou com a inserção de uma vasta quantidade de normas de eficácia limitada, cabendo ao legislador ordinário lhes dar executoriedade plena mediante leis integrativas[[1]](#footnote-1).

A Magna Carta guarda, ainda, as características de ser vinculante e dirigente. Vinculante porque opera não como catálogo de princípios políticos, mas enquanto documento dotado de juridicidade, obrigando a todos os níveis da Federação, Poderes do Estado e particulares.[[2]](#footnote-2) Dirigente, pois, sendo uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro[[3]](#footnote-3), estabelece objetivos e tarefas ao Estado e à sociedade brasileira.

O advento da “constituição cidadã” simbolizou a reconstitucionalização do país[[4]](#footnote-4). Em consequência, o Direito Constitucional passou da órbita ao núcleo no ordenamento jurídico nacional, assumindo papel pujante na sua estruturação.

Este movimento foi acompanhado da mudança na visão dos próprios teóricos do Direito Constitucional a respeito de sua importância na vida política e jurídica do Estado. A Constituição de 1988, acompanhando a uma tendência originária do pós 2ª Guerra Mundial, rompeu o paradigma de constituição como exortação ao legislador para entregar-lhe um caráter obrigatório e vinculativo.[[5]](#footnote-5)

1.1 A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Um símbolo dessa mudança de perspectiva é o maior reconhecimento conferido ao caráter normativo do texto constitucional. O fenômeno, que no Brasil ganhou força na década de 80 e na Europa se desenvolveu no decorrer do século XX, atribuiu obrigatoriedade às normas constitucionais, que deixaram de ser meras exortações políticas, para ocupar posição de destaque nos ordenamentos jurídicos.[[6]](#footnote-6)

Com isso, não se exclui o caráter jurídico-normativo que a constituição tivera outrora, mas destaca-se o papel de preponderância que assumiu nos ordenamentos jurídicos que têm nela sua base. Para demonstrar a evolução da posição ocupada pelas constituições no discurso jurídico e seu conceito.

Um ícone da concepção de papel político e, mais, sociológico desempenhado pela constituição é a obra de Lassalle[[7]](#footnote-7), que preconiza que a constituição não seria capaz de conter os “fatores reais de poder”, componentes de constituição “real” do país, sendo por eles regida. Assim, quanto mais distante estivesse o texto constitucional da realidade, mais a constituição se assemelharia a uma “folha de papel”, sendo incapaz de submeter a realidade.

O pensamento de Lassale fora marcado pela contradição entre Revolução de 1848, de tendências populares e democráticas, e a aprovação de constituição de 1850. A descrença do autor não só se dava somente em relação a força transformadora da constituição, como também no Estado, que atuaria como mero assegurador da manutenção das forças vigentes garantindo os fatores reais de poder.

Em oposição à concepção sociológica de constituição surgem os conceitos jurídicos de Constituição. O primeiro deles foi inaugurado por Hans Kelsen[[8]](#footnote-8), que via na constituição do Estado a base da ordem jurídica nacional, cuja validade e eficácia configuram o “poder” do Estado[[9]](#footnote-9). Essa relação direta se dá em razão da compreensão do Estado como ordem jurídica, de modo que o problema da constituição encontra-se na teoria geral do Direito.

Kelsen distingue, ainda, a Constituição no aspecto material, que consiste “escalão do direito positivo mais elevado”, da constituição formal que são as normas jurídicas que não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e que, em comparação com as leis ordinárias, só podem ser alteradas ou revogadas através de um procedimento especial submetido a exigências mais severas.[[10]](#footnote-10)

Num plano ainda jurídico, mas diverso, surge o conceito de Constituição relacionado ao de Estado Constitucional de Direito. A passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito é ilustrada no excerto a seguir:

“(...)é o reflexo de uma tríplice mudança operada nos ordenamentos jurídicos: da primazia da lei à primazia da Constituição; da reserva de lei à reserva da Constituição e do controle jurisdicional de legalidade ao controle jurisdicional de constituição.”[[11]](#footnote-11)

O segundo conceito jurídico foi inaugurado por Konrad Hesse, como uma concepção de constituição diversa, uma constituição com atributo de norma jurídica, dotada de imperatividade.[[12]](#footnote-12) A constituição é, então, mais que simples reflexo das condições fáticas, não podendo ser ignorada em seu aspecto normativo.[[13]](#footnote-13)

Hesse apresenta uma visão dialética, na medida em que reconhece um condicionamento recíproco entre a Lei Fundamental e a realidade político-social[[14]](#footnote-14), no entanto, diferencia-se de Lassalle ao tratar a coincidência entre realidade e norma como um limite hipotético. Hesse entende que, fosse esse limite real, estar-se-ia negando o valor do direito constitucional como ciência jurídica, normativa.[[15]](#footnote-15)

Nesse sentido, é de se destacar que não há uma polaridade entre as teses de Hesse e Lassalle, mas ênfases diferentes são conferidas ao fator realidade. Konrad Hesse reconhece a existência de uma tensão necessária e imanente entre Constituição Real e Jurídica, diferindo de Lassalle na medida em que afirma que “ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio”[[16]](#footnote-16).

Enquanto para aquele a força ativa da Constituição, que a diferencia das demais leis, influenciando-as, é os fatores reais de poder[[17]](#footnote-17), para este tal visão não se sustenta na medida em que confere a constituição a reles tarefa justificar relações de poder dominante.[[18]](#footnote-18)

Hesse reconhece que, embora a Constituição, por si só, não possa realizar nada, ela pode impor tarefas e, diferentemente de Lassalle, entende que a Constituição transforma-se em força ativa, se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se, a despeito do juízo de conveniência, houver vontade de concretizar a ordem constitucional, existindo não só a vontade do poder, mas também a “vontade da Constituição”. Ao mesmo tempo em que a Constituição não está desvinculada da realidade histórica de seu tempo, ela não está simplesmente condicionada por essa realidade.

O conceito de normatividade constitucional, como abordado acima, trouxe a ideia de que a constituição parte de duas premissas: fundar e limitar o poder político, sem a este se restringir, e simultaneamente reconhecer direitos e liberdades. Neste ponto, se dá o contato entre o tema até agora tratado e a disciplina ventilada neste trabalho: o Direito Penal possui as mesmas funções.

Desde o Iluminismo, o Direito Penal, simbolizado, neste contexto, por Beccaria, se empenhou em fixar limites ao exercício do poder punitivo, que, por sua vez, advém do poder político. Assim, tanto Direito Penal quanto constituição figuram como limites ao poder político constituindo-se, também por isso, em asseguradores de direitos e liberdades.

Ademais, a elevação do grau de normatividade da constituição[[19]](#footnote-19) fez com que a relação entre Direito Penal e constituição passasse a ser de, ainda maior, proximidade, vez que esta passou a irradiar mais efetivamente sua força normativa sobre aquele. Tal fenômeno será devidamente analisado no item. 1.2.

Ainda tendo em conta o fator realidade e sua ligação com a constituição, em sua obra “Conceito e Qualidade da Constituição”, Hesse sustenta[[20]](#footnote-20) que quanto mais intensa for a conexão dos preceitos constitucionais com as circunstâncias da situação histórica, maior será a capacidade da Constituição de expandir sua força normativa.

Ora, se, por um lado, um modelo não pautado na experiência impossibilita a realização do comportamento determinado pelo constituinte, por outro, uma Constituição que não apresenta mecanismos de adaptação a eventuais mudanças sócio-políticas, torna-se carente de eficácia.

Luis Roberto Barroso, adotando posição semelhante à de Hesse, aduz que, embora muito se repita que a Constituição deve refletir condições históricas, políticas e sociais de um povo, essa crença merece reflexão.[[21]](#footnote-21) A ordem jurídica de um país deve ser pensada para ser durável, de modo que, idealmente, uma Constituição será tão melhor quanto consiga efetuar mudanças na vida social, sem abalar as estruturas políticas de uma sociedade, e não somente se contentar com elas.

Deve-se aspirar a que a Constituição atenda, em seu bojo, às diversas relações que mereçam ser disciplinadas, de modo a perdurar no tempo. Contudo, o preço da inclusão de regras de “curto fôlego histórico”[[22]](#footnote-22), que conduzem à rápida obsolescência do texto, é o desprestígio da norma, pois ao se dar o mesmo peso ao principal e ao acessório, diminui-se o valor daquele.[[23]](#footnote-23) Tal tópico será mais profundamente desenvolvido no item 3.2.

Desta forma, a (maior) normatividade conferida às normas constitucionais tem influência direta no tema em questão, não só porque a constituição intensificou sua força normativa, como também porque assim a constituição vem irradiando sua normatividade pelos demais ramos do Direito, englobando variadas disciplinas em seu texto.

1.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

 Como decorrência da normatividade emanada pela constituição, o Direito sofre um processo de constitucionalização, aqui empregada na acepção determinada por Luis Roberto Barroso, qual seja, a tarefa desenvolvida pela constituição de “incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito”.[[24]](#footnote-24)

O efeito vinculativo das normas constitucionais estende-se aos demais ramos do Direito, por todo sistema jurídico, abrangendo, inclusive, temas infraconstitucionais. Essa relação de mútua influência possui dois aspectos marcantes: a presença do direito infraconstitucional na constituição e a (consequente) constitucionalização dos direitos infraconstitucionais.

No que tange ao primeiro aspecto, é notório que os mais diversos ramos do direito infraconstitucional foram contemplados na Constituição de 1988, desde o Direito do Consumidor até o Direito Financeiro e Tributário. A nova abrangência conferida a Constituição contou inclusive com a incorporação de normas que estabelecem um dever de prestação normativa, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, previsto no art. 5º, XXXII, e do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no art 153, VII, ambos da Constituição Federal.

Com efeito, Barroso acentua que, mais que a simples previsão de normas infraconstitucionais no texto constitucional, o fenômeno gera um caráter subordinante da Constituição em relação a determinado ramo, na medida em que provoca, na interação entre normas constitucionais e os princípios e regras típicos de determinada matéria, relação de superioridade, gerando a constitucionalização das fontes do direito naquela determinada matéria.[[25]](#footnote-25)

No que tange à presença da matéria Penal, envolvendo o direito material e processual, na Constituição de 1988, esta se dá largamente, não faltando normas constitucionais que positivem princípios, concedam direitos ou tragam normas processuais.[[26]](#footnote-26)

Destaque-se que, como ressaltado pelo autor, os efeitos deste processo nem sempre são positivos, uma vez que causam uma interferência nos limites de atuação do legislador ordinário e na leitura constitucional a ser feita pelo Judiciário em relação ao tema constitucionalizado.

Tais efeitos perniciosos ficam evidentes e podem ser facilmente ilustrados. O primeiro exemplo trata dos limites estabelecidos ao legislador ordinário, que foram estipulados e são constantemente alterados pelo Constituinte derivado através de emendas, visando a burlar as limitações propostas pelo Constituinte originário, como no caso dos juros e da taxa de iluminação pública.[[27]](#footnote-27)

Nesta esteira, é possível a realização de um paralelo com o conceito de Marcelo Neves de “sentido negativo da constitucionalização simbólica”, que é a ausência de concreção normativa do texto constitucional. Concretamente, a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de desviar a finalidade da constituição, mas também de violá-la continua e casuísticamente. [[28]](#footnote-28)

No entanto, o que diferiria o processo de constitucionalização ocorrido no Brasil da constitucionalização simbólica é o seu sentido positivo, que é o papel político-ideológico desempenhado pela constituição. É certo que, em alguma escala, a constituição normativa desempenha a função simbólica neste sentido, porém o que a distingue é o amplo grau de concreção normativa das sua disposições constitucionais, implicando um elevado grau de regulação da conduta e orientação das expectativas de comportamento.

Ainda acerca dos efeitos da constitucionalização negativa, constantemente chegam ao Supremo Tribunal Federal (STF) demandas acerca das opções legislativas feitas pelo Constituinte originário. A lei de crimes hediondos, por exemplo, cuja previsão foi estabelecida no art. 5º, XLIII, estando em vigor desde 1990, teve seu rigor atenuado desde então, de modo que hoje, pouco da dureza original da lei permaneceu, após uma intensa atuação do STF harmonizando-a com diversos preceitos constitucionais.[[29]](#footnote-29)

Neste ponto, traçamos outra ressalva ao ímpeto constitucionalizante que se apresenta (congruente com) a normatividade exarada pela constituição. Como destaca Luciano Feldens, quanto mais constituição, mais jurisdição constitucional e, unido a isso, mais limites à atuação do legislador ordinário.[[30]](#footnote-30)

Tal configuração possibilita ao Tribunal Constitucional reverter decisões políticas tomadas pelo Legislador, ainda que contrariando a decisão majoritária. Neste sentido, acentua Feldens:

“a experiência é rica em demonstrar que não raramente a minoria parlamentar bate às portas dos tribunais buscando reverter a derrota política sofrida no parlamento. E não podemos simplesmente olvidar: uma decisão judicial que pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei assume nítido caráter *contramajoritário*”.[[31]](#footnote-31)

O segundo aspecto, o da constitucionalização do direito infraconstitucional, foi funcionalizado pelo reconhecimento de força normativa à constituição, que trouxe, para além da superioridade formal de que já dispunha, superioridade material, fazendo com que a Constituição emane valores de seus princípios.

A mudança para o paradigma constitucional no direito brasileiro torna-se evidente se pensarmos o papel outrora assumido pelo Direito Civil. O Código Civil de 1916 ocupou durante um bom tempo o lugar de parâmetro do ordenamento jurídico nacional.

Algumas constatações ilustram a assertiva: o Direito Civil era ensinado como introdução ao estudo do direito, tendo esta disciplina somente ganhado autonomia nas últimas décadas; além disso, as normas gerais do ordenamento jurídico brasileiro eram previstas na Lei de Introdução ao Código Civil, que recentemente foi adequada a essa nova perspectiva, tendo sido nomeada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro [(Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2)).

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não só referência para o Direito Constitucional, como também para todo o ordenamento jurídico pátrio, funcionando como uma lente através da qual deve ser enxergado o Direito.

**1.2.1 A constitucionalização do Direito Penal**

O Direito Penal não ficou excluído do movimento de aproximação com a constituição, tendo a nossa Constituição, como “a maioria das Constituições surgidas na segunda metade do século XX, recebido de forma expressa as proposições político-criminais mais importantes”[[32]](#footnote-32), formando a chamada Constituição Penal.

Luciano Feldens conceitua Constituição Penal como:

 “um conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pelo Constituição, as quais compreendem princípios e regras gerais respeitantes à matéria criminal (penal e processual penal) positivados na ordem constitucional”.[[33]](#footnote-33)

A existência da chamada Constituição Penal ilustra o fenômenos da constitucionalização do Direito Penal, que se manifesta de diversas formas.

Em um modelo de Estado de Direito Democrático e Social, a ciência jurídico-penal não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, tendo seus limites e fundamentos por ela estabelecidos.

Ilustra a comunhão entre Direito Penal e Constituição a constatação de que por, aproximadamente, uma centena de vezes a Constituição faz referência a expressões ligadas ao Direito Penal: por quarenta e sete vezes utiliza a expressão crime(s); dez vezes a infrações (penais); duas vezes punir ou punição; nove vezes prisão; nove vezes preso; onze penal ou penalmente; e oito, criminal.[[34]](#footnote-34)

Sob uma perspectiva tradicionalmente assecuratória, a Constituição de 1988 confere uma série de garantias processuais e penais ao investigado/acusado/condenado, prevendo limites ao Direito Penal. Além disso, a Constituição exclui a criminalização de algumas condutas, tal como previsto nos dispositivos constitucionais que asseguram o direito de reunião, de associação, bem como aquele que assegura aos deputados federais e senadores a imunidade quanto a opiniões, palavras e votos.

Por outro lado, a Constituição Federal previu, pela primeira vez, um dever de prestação normativa em matéria penal, funcionando como fundamento normativo de Direito Penal. Nessa perspectiva, a Constituição estatuiu mandados e proibições, conferindo uma dupla tarefa ao legislador.

Um reflexo dessa dupla função desempenhada pela constituição é a posição que o bem jurídico-penal passou a ocupar no Direito Penal com as teorias constitucionais do bem jurídico. Para boa parte da doutrina, assim como a Constituição, o bem jurídico desempenha o papel finalístico de ser fundamento e limite da disciplina penal.[[35]](#footnote-35)

A relevância da abordagem do assunto se dá na medida em que essa atuação de duas vias do bem jurídico penal é reflexo da dupla função exercida pelos direitos fundamentais em relação ao Direito Penal: fundamentação e limite. É a partir dessas premissas que devem ser analisadas as imposições de criminalização elencadas pelo constituinte originário (v. item 1.3).

O pilar central das teorias constitucionais do bem jurídico é de que, sendo a Constituição o documento que prevê os valores mais caros à sociedade, é nela que deve o legislador pautar-se para a escolha dos bens jurídicos que o Direito Penal irá tutelar, em harmonia com seu caráter fragmentário e subsidiário[[36]](#footnote-36).

O outro pilar é o fato de o Direito Penal atingir, direta ou indiretamente, a liberdade individual, que também tem cariz constitucional. Isso gera a necessidade de que, para conferir coerência ao sistema, ao privar o indivíduo de um bem constitucionalmente previsto, haja a infração a outro bem constitucionalmente previsto.

Assim, as teorias constitucionais do bem jurídico importam, seja qual for o viés de fundamentação, uma espécie de positivação dos bens jurídicos na ordem constitucional. O grande mérito dessas teorias é buscar um parâmetro mais restrito para a conferir a tutela penal ao bens passíveis de proteção. [[37]](#footnote-37)

A primeira vertente da doutrina tem na Constituição um limite negativo ao Direito Penal, isto é, o Estado pode reconhecer condutas como criminosas desde que essas sejam atentatórias a valores fundamentais do Estado, mesmo que não previstos na Constituição e, desde que, com a criminalização não sejam feridos outros princípios constitucionais.[[38]](#footnote-38)

A crítica que se pode tecer a respeito do uso da Constituição como limite negativo é que ela em nada diferencia os limites postos ao Direito Penal daqueles postos aos demais ramos do Direito, na medida em que é vedado ao legislador em geral (e não somente em matéria penal) contrariar a Constituição, sob pena de padecer de vício de inconstitucionalidade.[[39]](#footnote-39)

Já a vertente que vê a Constituição como limite positivo ao Direito Penal entende que o legislador ordinário só pode criminalizar os bens previstos na Constituição como os mais caros a determinada sociedade, não sendo suficiente que a lei penal não entre em conflito com a Constituição. [[40]](#footnote-40)

A divergência entre ela e a concepção negativa refere-se somente a maneira de vinculação à norma constitucional. A vertente positiva, por sua vez, está divida em duas teorias.[[41]](#footnote-41)

A teoria do Direito Penal como potencial espelho da Constituição assevera que “todo e qualquer bem ou valor de cunho constitucional pode ser objeto da tutela penal pelo Estado”, independentemente de sua natureza ou escala de valor que ocupe na Constituição. Nesse sentido, vigora o art. 18, n. 2, da Constituição Portuguesa.[[42]](#footnote-42)

Destaque-se, ainda, que em se tratando de um *potencial* espelho da Constituição, não basta a limitação do Direito Penal, afastando a intervenção máxima do Estado, é necessário que o bem tutelado, além de ser caro a determinada sociedade, careça efetivamente de tutela.

Os adeptos da teoria do Direito Penal como instrumento de tutela a direitos fundamentais defendem que a previsão constitucional de determinados bens jurídicos não seria suficiente a legitimação da tutela penal, devendo envolver também direitos fundamentais. [[43]](#footnote-43)

A aproximação entre o bem jurídico penal e a constituição, através das teorias constitucionais, e a constitucionalização do Direito Penal, mais uma vez, conduziram a entrega ao Supremo Tribunal Federal de questões relativas a matéria penal. Neste ponto, cabe a nós refletir acerca da amplitude do processo de constitucionalização, especificamente, no que tange ao Direito Penal.

A Constituição brasileira de 1988 adotou a forma analítica, abrangendo em seu texto os mais diversos aspectos do Direito, o que a leva a possuir um corpo extenso e a atribuir sentido constitucional a vários temas de direito infraconstitucional.

Uma pequena demonstração desta característica é a previsão, no mesmo rol (do art. 5º), de garantias ao investigado/acusado/condenado e de condutas positivas criminalizantes do legislador, inclusive, agravando categorias de crimes e negando-lhe uma série de benefícios, a exemplo dos crimes hediondos.

Assim, uma Constituição de preocupações tão amplas deixou poucos temas fora de seu texto. Luciano Feldens aduz que, em face da amplitude ou abertura axiológica e cultural da constituição, sempre haverá meios que permitam, de forma mais ou menos remota, conectar o bem jurídico a valores constitucionais.[[44]](#footnote-44)

Isso se reflete na vasta competência conferida a Suprema Corte para julgar questões atinentes à Constituição, que, por consequência, são muitas. Esta intensa atuação das Cortes Constitucionais é, como já se destacou, característica decorrente da normatividade da Constituição.

Desta forma, no ordenamento pátrio, todo tema do Direito tende a estar direta ou indiretamente ligado à matéria constitucional, não havendo um parâmetro seguro para afastar a competência do Supremo Tribunal Federal sobre certas questões, o que resulta numa hiperatividade, por vezes discricionária, de sua parte.

O tratamento dado ao instituto da repercussão geral[[45]](#footnote-45) deixa essa constatação mais evidente, conforme ilustrado a seguir.

No RE 635.659 RG/SP o Supremo Tribunal Federal concedeu repercussão geral ao recurso extraordinário sob o argumento de que o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal, sendo, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, uma “discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria”.[[46]](#footnote-46)

Já no AI 754008 RG/RS a Suprema Corte reiterou a negativa de seguimento ao recurso extraordinário sob o argumento de que a eventual existência de requisitos subjetivos para progressão de regime prisional não seria tema de feição constitucional (art. 5º, II), mas legal, por estarem previstos na lei n. 10.792/03 que alterou a redação do art. 112 da LEP, não sob a ótica do interesse geral, mas da relação reflexa a tema Constitucional.[[47]](#footnote-47)

Referente a mesma matéria, execução penal, com a especificidade de vincular-se aos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no RE 579167/AC, sob o argumento de que a discussão em torno do requisito temporal (tutelado no art. 5º, XL) para a progressão de regime nos crimes hediondos praticados antes da lei n. 11.464/2011 seria relevante para um grande número de apenados.[[48]](#footnote-48)

Observando os critérios usados pelo Supremo Tribunal Federal para determinar a repercussão geral dos temas, é possível traçar dois deles. O primeiro é a relevância para um elevado número de interessados, o que ocorre em ambos casos de matéria de execução penal, não obstante ao primeiro deles tenha sido negada repercussão geral.

O segundo critério é a relação do tema do recurso extraordinário com a Constituição Federal, que se for tangencial, ou seja, se for a ofensa à Constituição reflexa, terá a repercussão geral negada.

Neste caso, destaca-se não só que, tanto a segunda, quanto a terceira decisão, parecem tangenciar igualmente temas constitucionais relativos a progressão de regime, tendo ambos fulcro na lei, embora somente em um deles tenha sido reconhecida a repercussão geral; como também que o caso do consumo de drogas toca com tanta ou maior distância a temática constitucional que a progressão de regime a temática constitucional.

No que se refere especificamente ao RE que trata do consumo de drogas, parece ser uma tentativa de tratar da permissão normativa de porte de drogas para uso pessoal no Brasil, não obstante, a decisão esteja a margem da iniciativa legal, seja da população, mediante iniciativa popular, nos termos do art 62,§1º da CF, seja pela via representativa.

Os exemplos acima demonstram que a expansão da atividade jurisdicional na Suprema Corte em matéria penal, gerada pela constitucionalização, não restou limitada a constituição Penal, sem, entretanto, seguir um parâmetro no que concerne a atuação do Supremo Tribunal Federal, o que ficou constatado em termos de repercussão geral.

Cabe destacar, no entanto, que o modelo de atuação do Tribunal Constitucional é retroalimentado pelos próprios juristas, que, se valendo de um acesso mais facilitado ao Judiciário do que ao Legislativo, demandam constantemente que os Tribunais se posicionem acerca de questões controversas, sob o manto do interesse constitucional.

A questão está além de uma eventual carência de legitimidade democrática por parte do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a abrangência conferida à disciplina constitucional e a concentração de tarefas na Corte, ambos delineados por certo casuísmo.

O papel assumido pelas Cortes Constitucionais no panorama contemporâneo é de destaque, contudo, há que se ponderar quais são os limites desta atuação, bem como sua conveniência nos termos já destacados (v. supra 1.2).

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A possível relação entre o dever de concretizar a constituição e o direito de vê-la cumprida envolve sua análise enquanto norma jurídica revestida de máxima juridicidade, principalmente em se tratando de normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais.[[49]](#footnote-49)

A Constituição através do bem jurídico, quer como espelho da Constituição, quer como instrumento potencial de proteção a direitos fundamentais, guarda o núcleo constitucional do Direito Penal. Sendo “os direitos fundamentais epicentro da relação entre Constituição e direito penal, constituindo-se no núcleo em torno do qual se pode cogitar de um *reserva constitucional de Direito Penal*”[[50]](#footnote-50).

A perspectiva tradicionalmente esboçada acerca da presença de dispositivos penais na Constituição Federal é aquela segundo a qual, em matéria Penal (aqui abrangendo Direito Penal e Processual Penal), os direitos fundamentais funcionam protegendo o indiciado, o acusado, o apenado.

Nada há de novo em afirmar que a disciplina Penal atua como garantidora de direitos fundamentais, por exemplo, ao assegurar que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL), ou que nenhuma pena passará da pessoa do acusado (art 5º, XLV).

A questão que se coloca é se a disciplina Penal pode atuar garantindo direitos fundamentais à sociedade em face do autor de condutas que ponham em risco bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Desde já, se assegura que a hipótese passa a margem de qualquer visão punitivista ou expansiva do Direito Penal, o objeto desse estudo é tratar dos direitos fundamentais, cuja concepção pode ser tomada em dois sentidos.

O primeiro sentido é o tradicional, qual seja, de direito fundamental oponível ao Estado, indicativo do dever estatal de respeitar os direitos de defesa, adotando-se uma perspectiva negativa. Essa visão unidirecional dos direitos fundamentais marca uma etapa da história constitucional, qual seja, o Estado Liberal de Direito, durante a qual o Estado ainda era encarado como único inimigo do cidadão.[[51]](#footnote-51)

O segundo sentido é aquele no qual o Estado atua por meio de uma prestação positiva para tutelar o direito fundamental, protegendo-o ativamente de ataques de terceiros ou de membros do próprio Estado. [[52]](#footnote-52) Nessa condição, além de configurar direito subjetivo, os direitos fundamentais passam a operar como “princípios objetivos fundamentais da comunidade”[[53]](#footnote-53).

A noção de que os direitos fundamentais estão sujeitos a limites, ainda que de natureza e graus diversos, não surpreende, sendo bem acatada pela doutrina que trata da matéria. Não há liberdades absolutas, “elas aparecem, pelo menos limitadas pela necessidade de assegurar as liberdades dos outros”.[[54]](#footnote-54)

Houve uma “horizontalização” das relações de direitos fundamentais, também na esfera penal. O fenômeno é reconhecido por Palazzo[[55]](#footnote-55) que entende que o sistema de justiça constitucional assume um papel historicamente novo, isto é, “não mais o de fixador de limites a favor do indivíduo e contra o poder punitivo, mas o ‘propulsor’ do direito penal para novas matérias, em novas fronteiras integrativas Estado social”.

Neste sentido, Luciano Feldens[[56]](#footnote-56) aduz que, por vezes, o que aparenta ser uma restrição para um grupo de pessoas pode ser uma libertação para outros. Assim, as medidas restritivas não têm um *fim-restritivo-em-si*, senão que visam a conter o exercício dos direitos e dar liberdades nos limites constitucionais (e legais) exigidos pela própria coexistência de liberdades.

Maria Conceição Ferreira da Cunha[[57]](#footnote-57) assevera que a Constituição assume uma dupla faceta: de defesa do indivíduo face ao poder Estatal, em especial poder penal, e de atuação do Estado no sentido de proteger valores fundamentais. O marco na aceitação deste novo paradigma é mudança de perspectiva do Estado, que deixa de ser inimigo dos direitos fundamentais, para ser auxiliar em seu desenvolvimento.

Tal processo reflete-se também na própria liberdade, que deixa de ser uma liberdade formal, garantida através da omissão, para exigir, pelo contrário, determinada condições favoráveis para que, de fato, possa existir.

Para que a defesa do indivíduo e da sociedade seja efetivamente realizada, parece, então, ser necessário mais do que uma abstenção estatal, uma efetiva atuação estatal para proteção do ataque de terceiros.

Guilherme Raposo[[58]](#footnote-58) sintetiza:

“Assim, para que os valores constitucionais sejam efetivamente resguardados, não basta a mera omissão do Estado, sendo necessário, ao lado do dever clássico de abstenção, ele também tem a incumbência de atuar positivamente para que evitar terceiros sofram graves lesões ao valores consagrados no texto fundamental.

(...)

Logo, o Estado, para bem cumprir sua missão constitucional, deve necessariamente criar sistemas preventivos e sancionatórios com objetivo de coibir violações a interesses descritos na Constituição.”

Nesse sentido, paradigmática foi a decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso Luth[[59]](#footnote-59), na qual ficou assentado que os direitos fundamentais não se limitam a função de serem direitos subjetivos de defesa indivíduo contra atos do Estado, mas constituem “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos”[[60]](#footnote-60). Figuram não só como garantias negativas aos interesses individuais, mas também valores objetivos básicos e fins diretivos à ação positiva do poder público.

Ingo Sarlet[[61]](#footnote-61) traduz a nova dimensão dos direitos fundamentais da seguinte forma:

“(...) a função dos direitos fundamentais não se limita (notadamente no contexto do Estado Democrático de Direito) à sua condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”

Isso não significa que o preceito subjetivo esteja atrelado a existência da norma, mas que a face objetiva dos direitos fundamentais tem um conteúdo normativo autônomo, que deve ser reconhecido.

Fica então evidente que a mudança na concepção de direitos fundamentais pressupõe uma mudança na visão de Estado que de Estado de Direito Liberal passa a Estado de Direito Democrático e Social. Ocorre, portanto, uma forte interação entre Constituição, modelo de Estado e direitos fundamentais.

Nesta esteira, fica evidente que a previsão de dispositivos que pretendem determinar a criminalização de condutas no coração do catálogo de direitos fundamentais sugere a ruptura com o paradigma exclusivamente liberal, no qual se inseria tradicionalmente o Direito Penal.[[62]](#footnote-62)

Assim, sendo o Estado Constitucional aquele que reúne aspectos do Estado de Direito e do Estado de Direito Democrático e Social, nele a eleição de direitos fundamentais deve ir além da mera previsão formal. No Estado Constitucional o elenco de direitos fundamentais atinge níveis razoáveis de legitimação, característicos da democracia, e de concretização, emanada da normatividade constitucional.[[63]](#footnote-63)

É nesse contexto que se desenvolve a relação entre constitucionalismo e direitos fundamentais, tendo a Constituição não só os elencados como também o imposto o dever de protegê-los.

O art. 5º da Constituição Federal constitui núcleo dos direitos fundamentais, cuja natureza é de cláusula pétrea.[[64]](#footnote-64) Donde conclui-se que, ao ter o constituinte originário optado por incluir previsões expressas de incriminação no art. 5º da Constituição, que enumera Direitos e Deveres individuais e coletivos, enquadrou as como direito fundamental também.

Deste modo, as hipóteses reforçam-se mutuamente demonstrando que a Constituição tanto é capaz de adotar uma concepção positiva de direito fundamental, que englobou mandados expressos de incriminação em seu rol de direitos fundamentais, e, embora não seja possível falar em direito subjetivo a tutela penal, recai sobre o Estado o dever de implementar a proteção exigida por força do próprio direito fundamental.

A tensão gerada pela inclusão de dispositivos que prevêem condutas penalmente puníveis no rol de direitos fundamentais deve-se a consistir a criminalização numa determinação ainda abstrata, e não ao fato de serem direitos fundamentais de proteção oponíveis a terceiros, que não o Estado.

Reforça essa premissa a constatação de que não causa o mesmo estranhamento a previsão de crimes de perigo abstrato que tutelam bens coletivos. O Tribunal Constitucional português, por exemplo, entendeu constitucional a previsão legal do crime direção de veículo automotor por condutor não habilitado.

Observe-se que o Tribunal Constitucional português concluiu que:

 “a vida e a segurança das pessoas que circulam nas estradas – que o legislador pretende proteger com a punição de veículos automóveis por quem não possua habilitação legal – são seguramente bens que, à luz da ordem jurídico constitucional de valores, o direito pode assumir como seus (isto é, como bens jurídico-penais)”.[[65]](#footnote-65)

Por sua vez, no ordenamento pátrio não faltam exemplos de tutela penal a direitos fundamentais oponíveis a terceiros, a exemplo dos crimes contra o meio ambiente, crimes contra a ordem tributária, crimes contra a administração pública.

Neste diapasão, conclui-se que o constituinte originário apostou na disciplina Penal como instrumento de garantia de direitos fundamentais tanto na dimensão de tutela contra o Estado quanto na dimensão de tutela pelo Estado. Tal percepção é pressuposto imprescindível à análise dos mandados constitucionais de criminalização, missão desenvolvida a seguir.

**2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUAS DETERMINAÇÕES DE INCRIMINAÇÃO**

Na contramão de uma constituição compromissória, que tutelava as mais diversas demandas, um interesse genérico sobressaiu dando origem ao art. 5º: a vontade do constituinte originário de prever e implementar um rol de direitos fundamentais. Após um período de difícil vivência das liberdades individuais, o Novo Texto visava a fugir da clássica ausência de concretização ou até mesmo violação dos direitos fundamentais.[[66]](#footnote-66)

Nesta esteira, optou o constituinte originário por incluir no rol de direitos fundamentais previsões de incriminação de determinadas condutas. Tal escolha sempre esteve longe de ser despropositada ou despretensiosa, passando por uma série de premissas acerca de efetiva tutela de direitos fundamentais abordadas no capítulo anterior.

Não há que se estranhar ser a Constituição de 1988 o campo fértil ao surgimento deste tipo de previsão. O ambiente mais propício para os mandados é a constituição dirigente, pois ela demanda que os compromissos estipulados em seu bojo sejam efetivamente cumpridos.[[67]](#footnote-67)

Para uma melhor compreensão do objetivo do constituinte originário ao elencar condutas a ser incriminadas, é necessária análise precisa do significado e dos reflexos de sua presença no ordenamento jurídico pátrio.

A tarefa seria menos árdua se, para fazer cumprir a decisão do constituinte, bastasse a previsão constitucional para conferir lhe efetividade. Contudo, o mandado constitucional de tutela penal, não define condutas ou comina sanções, apenas aponta o bem jurídico digno de tutela.

Eis a razão pela qual, o constituinte originário somente estabeleceu um dever de legislar, pois em matéria penal é imprescindível a elaboração de leis que precisem condutas, penas e eventuais benefícios.

2.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO

Os chamados mandados constitucionais de criminalização consistem em dispositivos constitucionais nos quais o constituinte determinou explicita (ou implicitamente)[[68]](#footnote-68) a intervenção do legislador penal, criminalizando condutas. A Constituição, neste sentido, funcionaria como um sinal verde ao legislador ordinário, apontando para a necessidade de tutela penal.

A Constituição Federal de 1988 previu alguns deveres ao legislador penal, elencados na tabela infra. Algumas dessas normas relevam a fixação de pontos de não retorno, a exemplo das normas que proíbem o racismo e a tortura, outras, opções político-criminais constitucionais, como o rigor apresentado na criminalização do tráfico, vez que apresentam um maior desvalor da conduta.[[69]](#footnote-69)

Neste ponto, a Constituição cumpriu a função que costuma ser entregue à política criminal, decidir sobre a necessidade da criminalização. Nos mandados, mais do que decidir sobre a criminalização, por vezes, o constituinte fixou o modo de criminalização, a exemplo da vedação a certos benefícios.

O problema se dá precisamente em relação a necessidade de lei que preveja quais são as condutas que constituem crime, dentro da margem estabelecida pelo constituinte originário.

A própria Constituição Federal determina, em seu art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Um dos princípios extraídos do enunciado é o princípio da legalidade voltado, especificamente, para matéria penal.

Segundo o princípio da legalidade a “elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei”[[70]](#footnote-70), de onde extrai-se que nenhuma conduta será considerada crime ou ocorrerá aplicação de pena, se não houver, antes de sua ocorrência, lei definindo a como crime e cominando sanção.

Para aqueles que distinguem o princípio da legalidade da reserva legal, neste está contida a norma segundo a qual a criminalização de condutas e a cominação de penas só podem ser feitas por meio de lei formal, sendo nos termos do art. 22, I da Constituição, competência privativa da União editá-la.

Os fundamentos para sua existência passam pelo liberalismo político, na medida em que visa a proteger as liberdades individuais em face do poder estatal; pela democracia e divisão de poderes, ao conceder ao Legislador e não ao juiz ou ao executor ingerência quanto à individualização da punição; e pela culpabilidade, pois não haveria indivíduo culpável se não fosse possível a ele saber ou prever que seu comportamento seria reprovável.[[71]](#footnote-71)

Tal princípio constitui-se uma limitação ao poder de punir estatal, não admitindo exceções e conferindo segurança jurídica. A Legalidade é um dos pilares do Direito Penal, podendo ser encontrado nos mais diversos sistemas jurídicos, sendo englobado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, entre outros.[[72]](#footnote-72)

A Constituição, por meio do referido dispositivo, entrega ao legislador ordinário a decisão sobre o que será considerado infração penal e qual será a medida aplicável àquela espécie de infração, assegurando a participação social, por seus representantes. A despeito da delegação feita ao legislador, isso não significou deixar ao seu alvedrio, pois o princípio tem feições de garantia, perdendo seu significado se ficasse ao livre alvedrio do legislador a escolha de condutas e penas.[[73]](#footnote-73)

Coube, então, à Constituição fornecer as diretrizes para o legislador, funcionando o já explorado bem jurídico, seja como valores tutelados pela Constituição, seja como objetos expressamente previstos por ela[[74]](#footnote-74), na tarefa de reduzir o âmbito de sua atuação.

Não obstante a condição de direito fundamental de, pelo menos, alguns[[75]](#footnote-75) dos mandados de incriminação, sua eficácia é restringida em razão de outra garantia fundamental, a legalidade penal, condicionando produção de seus efeitos, o que implica o reconhecimento de sua conceituação como norma de eficácia limitada.[[76]](#footnote-76)

Do princípio da legalidade decorre que, para dar concreção à decisão do constituinte originário de incriminar condutas, o legislador teria o dever de atuar positivamente, não sendo suficientes para a produção dos efeitos almejados pelo constituinte. A celeuma que permeia o tema gira em torno de eventual obrigatoriedade de intervenção do legislador penal. Antes de chegar a questão, é necessário algumas considerações teóricas a acerca do tema.

Os mandados não exigem que, para ser concretizados, haja um tipo autônomo na parte especial do Código Penal ou em lei própria. Por exemplo, a retenção dolosa do salário poderia vir como um parágrafo do art. 168.[[77]](#footnote-77) Ademais, o mandado confere limite mínimo a tipificação, o máximo fica entregue ao legislador.

TABELA 1- Mandados constitucionais explícitos de criminalização

|  |  |
| --- | --- |
| **Crime de racismo** (art. 5º, Constituição Federal) | XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; |
| **Crimes de tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e hediondos**(art. 5º, Constituição Federal) | XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; |
| **Crime de ação de grupos armados contra a ordem Constitucional e o Estado Democrático**(art. 5º, Constituição Federal) | XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; |
| **Crimes de retenção dolosa do salário do empregado**(art. 7º, Constituição Federal) |  X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; |
| **Crimes contra o meio ambiente**(art. 225, Constituição Federal) | § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. |

Neste ponto, há divergência em relação a doutrina de Luciano Feldens, pois excluiu-se do rol dos mandados tanto os dispositivos que falam em punição, quanto os chamados crimes de responsabilidade.

Quanto aos primeiros, a razão é simples: o fato de o constituinte originário mencionar uma punição, não significa que esta deva ser na esfera criminal. Para melhor compreensão, colaciona-se os arts. 5º, XLI e 227, §4º da Constituição, respectivamente:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Os dispositivos acima trazem a determinação de uma punição, contudo, não determinam de qual espécie seria e, havendo, no Direito, os mais diversos tipos de sanções, não há que se interpretar pela mais grave delas, a reservada a matéria Penal[[78]](#footnote-78). Nesse sentido, Janaína Paschoal corrobora o entendimento ao dizer que é “certo que o simples termo *punição* não diz respeito exclusivamente ao Direito Penal”[[79]](#footnote-79).

No que tange aos crimes de responsabilidade, acompanhou-se Eugênio Pacelli ao entender que estes não constituem crime, em sentido estrito, mas infração de natureza política.[[80]](#footnote-80)

A primeira razão para o entendimento é a distinção no tratamento conferido às infrações penais e aos crimes de responsabilidade. Enquanto as primeiras estão submetidas ao julgamento exclusivo por órgãos do Judiciário, os crimes de responsabilidade são julgados por órgãos de jurisdição política, como Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras dos Vereadores.

Embora, em alguns casos, ocorra julgamento de crimes de responsabilidade por órgãos com funções originariamente jurisdicionais, eles estarão exercendo, por exceção, o julgamento político e aplicando sanções administrativas; de onde surge o segundo fundamento para o entendimento, qual seja, a distinção entre penas aplicadas aos crimes de responsabilidade e às infrações penais.

Enquanto aos crimes de responsabilidade é aplicada como sanção a perda de cargo ou da função pública e a vedação aos seus exercícios no futuro, às infrações penais aplica-se as penas previstas taxativamente no art. 5º XLVII da Constituição.

Assim, pode o reconhecimento da figura dos mandados constitucionais de incriminação ser feito de maneira ampla ou restrita. Aos que o interpretam de maneira ampla, resta a inclusão de previsões que falam em “punição” e em crimes de responsabilidade, situações nas quais as palavras que indicariam a ligação com a matéria penal levam a um plurivocidade.

Conforme demonstrado, neste trabalho, adotou-se a perspectiva mais restrita dos mandados constitucionais de incriminação.

**2.1.1 As Constituições brasileiras e os mandados de incriminação**

Adotando a visão mais restrita do conceito dos mandados constitucionais de incriminação, far-se-á uma retrospectiva pelas Constituições brasileiras anteriores à Constituição de 1988. Certamente, não se pode atestar identidade entre institutos de tempos histórico-político diversos, deste modo, o que apresenta-se aqui é o precursor do mandado de incriminação, na forma como se apresenta hoje.

A Constituição de 25 de março de 1824, outorgada pelo imperador D. Pedro I, trouxe em seu bojo algumas disposições que se aproximavam dos mandados de incriminação.

Os arts. 156 e 157 previam, respectivamente, que “Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar” e “Por suborno, peita, peculato,e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.”

Neste sentido, os delitos previstos nos dispositivos supracitados não guardam semelhança com os crimes de responsabilidade[[81]](#footnote-81), constituindo infrações penais propriamente ditas, tendo sido previstos no Código Penal do Império do Brazil de 1830, que foi o primeiro Código Penal brasileira, já que à época da Constituição vigoravam as Ordenações Filipinas.[[82]](#footnote-82)

A Constituição de 1891 e a Constituição de 1934 não apresentavam nenhum dispositivo que sequer se aproximasse dos mandados constitucionais de criminalização.

A Constituição de 1937 destaca-se nesse sentido. Outorgada durante o período conhecido como Estado-Novo, por Getúlio Vargas, a Constituição de 1937, embora previsse garantias, estava em notável o descompasso com o regime tipicamente autoritário.

Alguns dispositivos destacam-se pela proximidade com os mandados de incriminação:

 Art 122, 17) - os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir.

Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Art 172 - Os crimes cometidos contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições serão sujeitos a justiça e processo especiais que a lei prescreverá. (grifos nossos)

Chama especial atenção o art. 122, pela semelhança circunstancial com o art. 5º da Constituição de 1988. O art. 122 da Constituição de 1937 prevê “Direitos e Garantias Fundamentais”, contudo, assim como o art. 5º da Constituição de 1988, contém em seu bojo norma que prevê a criminalização de condutas, no caso, os crimes que atentem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado.

Curioso é destacar que no art 122, 13) havia previsão também dos crimes sujeitos a pena de morte, não obstante, estivesse longe de ser uma norma de garantia. A regra, contudo, tem a redação permissiva, dizendo que “a lei poderá prescrever a pena de morte”.

Na esteira do que ocorre com a Constituição de 1988, a Constituição de 1937 estipulou condutas a ser criminalizadas fora do rol dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, em se tratando de um período em que a criminalização podia ser feita pelo próprio presidente, através de decreto-lei, fica atenuada a característica de ser um mandado, já que o mesmo presidente outorgou a Constituição e governava com o Congresso Fechado, de modo que cabia ao próprio a edição de eventuais leis penais[[83]](#footnote-83).

A Constituição de 1946, assim como a Constituição de 1988, recebeu a tarefa de restabelecer o regime democrático no país, não tendo trazido em seu bojo nenhum dispositivo assemelhado aos mandados constitucionais de criminalização da Constituição de 1988.

A Constituição de 1967 é outro exemplo de Constituição na qual a previsão de direitos e garantias individuais, bem como as limitações ao poder, era mera formalidade. Assim como na Constituição de 1946, não há proximidade com os mandados constitucionais de incriminação.

Embora o Ato Institucional n. 5 tenha mantido a Constituição de 1967, esta foi tantas vezes emendada que caracterizou uma nova Constituição, tendo rompido com a ordem constitucional anterior.[[84]](#footnote-84) Quanto a disposições criminalizantes, não houve nenhuma que se destacasse, nos termos do que há na Constituição de 1988.

**2.1.2. As Constituições alienígenas**

É certo que a Constituição Federal de 1988 não foi a primeira a prever obrigações expressas de criminalização, nos moldes do que elas representam hoje. Neste tópico percorrer-se-ão brevemente outras Constituições que o tenham feito.

Para a autora portuguesa Maria da Conceição Ferreira de Cunha a Constituição de Portugal de 1976, fonte inspiradora da Constituição de 1988, somente apresenta um caso de imposição constitucional de criminalização expressa, o art. 120, n. 3 – após a revisão de 2005, art. 117, n.3 –, que se refere aos crimes de responsabilidade, o que, contudo, é relativizado por se tratar de uma imposição muito vaga.[[85]](#footnote-85)-[[86]](#footnote-86)

A constituição espanhola de 1978 é a mais proeminente no que tange às cláusulas expressas de incriminação, pois trouxe as expressamente, possuindo as cláusulas de maior relevo. Ela contém três cláusulas marcantes, quais sejam, a relativa à tutela do ambiente natural; à tutela do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha; aos abusos, por parte dos órgãos públicos, quanto aos poderes de suspensão de determinados direitos fundamentais.[[87]](#footnote-87)-[[88]](#footnote-88)

A constituição argentina, reformada em 1994, também trouxe mandados de criminalização expressos em seu art. 15, que prevê criminaliza a celebração de contratos cujo objeto seja o comércio de pessoas; o art. 22 prevê o crime de sedição; o art. 29, a usurpação de poderes; art. 36, atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático; art. 119, a traição da Nação.[[89]](#footnote-89)-[[90]](#footnote-90)

Importa destacar o art 75, 22 da Constituição Argentina que confere *status* constitucional a diversos Tratados Declarações e Convenções elencados em seu bojo, que, por sua vez, trazem ordens de criminalização, a exemplo da Convenção conta a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Convenção sobre a eliminação de todas as formas de descriminação contra a mulher, Convenção Internacional sobre todas as formas de descriminação racial etc. Assim, sendo eles normas, ainda que mediatamente, constitucionais, pode-se afirmar que são mandados de criminalização.[[91]](#footnote-91)-[[92]](#footnote-92)

A Constituição Chilena, reformada em 2000, trouxe comandos de incriminação. O art. 9º prevê a criminalização do terrorismo, o que se depreende da negativa de benefícios típicos às penas privativas de liberdade aos autores daquelas condutas. O art. 19 n. 4 trata de delitos que se assemelham aos nossos crimes contra a honra. Por fim, o art. 32, 22º traz a o delito de malversação do Erário Público.[[93]](#footnote-93)-[[94]](#footnote-94)

Importa esclarecer que esse estudo não tem por objeto o Direito Comparado, mas tão somente inserir a Constituição brasileira num contexto, evidenciando a relevância da discussão.

Feito um panorama, que demonstra não ser o dever de tutela penal de determinados bens jurídicos exclusividade da Constituição brasileira de 1988, a seguir tratar-se-á das hipóteses em que tal dever de proteção penal não está expressamente previsto, mas é implícito, decorrendo de outros valores tutelados na Constituição.

**2.1.3 Da existência de um dever implícito de criminalização**

Até agora o objeto deste trabalho foi um dever explícito de criminalização, o dever conferido pelo Constituinte originário ao legislador penal ordinário para proteger bens jurídicos explicitamente tutelados pela Constituição criminalizando condutas. A questão que se propõe a seguir refere-se à existência de mandados de criminalização implícitos, ou seja, não diretamente tutelados pelo Constituinte, mas cujo valor social levaria a dignidade de tutela penal.

O conceito de mandado implícito de criminalização parece ser um dos desdobramentos do conceito de Constituição Penal, que pode se compreendida em sentido formal, englobando o universo de normas expressamente positivadas na ordem normativa superior, ou em sentido material, consistindo nas diretrizes normativas que são diretamente referíveis da Constituição.[[95]](#footnote-95)

Da noção de Constituição em sentido material advém o mandado constitucional implícito de criminalização, pois é a partir dela infere-se a dignidade penal de determinado bem jurídico e, assim, a existência do mandado implícito.

Luciano Feldens[[96]](#footnote-96) assevera que a existência deste dever implícito de criminalização de condutas se dá para melhor proteger bens jurídicos constitucionais. Aduz que os mandados constitucionais implícitos podem ser racionalmente deduzidos da eminência do direito constitucionalmente consagrado, sendo a Constituição formal o pronto de partida, mas não de chegada.[[97]](#footnote-97)

Como exemplo, o autor cita o mandado de criminalização da retenção dolosa do salário do trabalhador, do qual, segundo ele, pode-se subsumir um dever de proteção da vida do trabalhador, nas relações de trabalho.

Sob o argumento de que conferir proteção ao bem (salário) e não conferir à vida do trabalhador seria uma inversão na dignidade penal dos bens jurídicos o autor entende que existe um mandado implícito de proteção à vida. O constituinte teria explicitado a necessidade de criminalização da retenção dolosa pela necessidade de garantia, já que quanto a proteção da vida do trabalhador, parece haver consenso.

Assim, sob pena de provocar uma ruptura sistêmica, haveria que se exigir a proteção de determinados bens jurídicos que se revelassem inequivocamente primários no âmbito de uma sociedade submetida a um programa constitucional básico.[[98]](#footnote-98)

Francesco Palazzo[[99]](#footnote-99) entende pela existência de cláusulas de penalização tácitas, dando dois fundamentos para tal. Primeiramente, a presença de cláusulas expressas não autoriza o argumento de que, quando a Constituição quis regular a matéria detalhadamente, o fez; assim, quando permaneceu silente, o fez porque quis[[100]](#footnote-100). Além disso, o argumento da razoabilidade seria deveras genérico para evitar o entendimento.

O autor conclui que o verdadeiro problema, no entanto, não se trata da existência de normas abstratas e genéricas que obriguem à tutela deste ou daquele valor, mas realização legislativa de tal valor. Neste sentido, não é vedado a Corte constitucional a possibilidade de concluir de modo mais ou menos genérico quanto aos bens ou valores carecedores de tutela penal. Assim, não existiriam diferenças concretas nos efeitos dos mandados implícitos e explícitos.

Maria Conceição Ferreira da Cunha[[101]](#footnote-101) acolhe as razões de Palazzo e acrescenta o exemplo da Alemanha que prevê no art. 26, GG a penalização da preparação de guerra de agressão. Para a autora, o referido dispositivo foi fruto de um contexto histórico bastante específico do pós-guerra, o que, no entanto, não significa que em outros países onde não tenha havido semelhante disposição não sejam criminalizados estes fatos.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves[[102]](#footnote-102), por sua vez, aponta como diferença entre o mandado constitucional expresso e o implícito o fato deste sindicar a presença da dignidade penal, enquanto aquele, a necessidade de pena. A consequência de seu descumprimento implicaria na desproporcionalidade, nos moldes da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente, funcionando como óbice a eventual descriminalização ou redução da esfera de proteção.

Neste diapasão, os autores que têm defendido que, em relação ao mandado de incriminação implícito, o constituinte faz uma análise da dignidade penal dos bens que reconhece como caros a sociedade, deixando a avaliação da necessidade para o legislador ordinário; já em relação ao mandado expresso constituinte teria feito a avaliação da dignidade e da necessidade da tutela.

Tal entendimento foi criticado por Janaína Paschoal, para quem não se pode admitir que o constituinte deixe para o legislador a liberdade de criminalizar ou não as afrontas à vida, obrigando-o, ao contrário a criminalizar o racismo.[[103]](#footnote-103)

Neste ponto, cabe conceituar alguns elementos utilizados pela doutrina, dignidade e necessidade da tutela penal, para melhor abordar seus argumentos.

O Direito Penal só deve tutelar os bens mais caros a sociedade, os valores mais fundamentais, tendo em vista ser o sistema cujas sanções constituem-se as mais drásticas. O parâmetro oferecido para determinação da dignidade penal destes valores mais fundamentais é a Constituição, o que coaduna com toda teoria sobre os bens jurídicos constitucionais e tutela penal na constituição, vistos no item 1.2.1.

A dignidade penal seria, então, condição necessária, mas não suficiente a justificativa da intervenção penal, constituindo um primeiro passo. O segundo passo encontrar-se-á na necessidade ou carência da tutela penal, aferidas segundo critérios de utilidade e eficácia do meio Penal.[[104]](#footnote-104)

A necessidade de pena se traduz no emprego do Direito Penal como único meio suficiente para proteger a comunidade, trazendo em seu bojo a noção danosidade social, que envolve o grau de intolerabilidade social e, com isso, pressupõe um juízo mais pragmático. [[105]](#footnote-105)

Retomando os argumentos da doutrina supracitada, Feldens entende que a razão de ser do mandado implícito é a proteção da vida do trabalhador, o que, todavia, não parece ser o melhor entendimento. Não que se negue a necessidade de tutela da vida do trabalhador, mas é desnecessário recorrer ao conceito de mandado implícito de criminalização para determinar sua proteção.

Primeiramente, porque a vida está protegida no *caput* do art 5º, sendo eixo fundamental dos direitos e garantias individuais. Desta forma, a tutela da vida, seja do trabalhador, em seu ambiente de trabalho, seja a vida na sua dimensão mais genérica, é mais imediatamente protegida pela Constituição no seu rol nuclear de direitos fundamentais do que pelo mandado implícito, não sendo necessário o recurso a ele.

Não se afirma aqui que, se o Constituinte não conferiu proteção expressamente, não o fez por assim entender melhor, mas que o fez diretamente, por outras vias. A via direta escolhida foi a eleição bem jurídico vida para ser constitucionalmente tutelado, vale dizer, num espaço em que não deixa dúvidas quanto a sua dignidade penal, qual seja, o art. 5º.

Tal entendimento é facilmente corroborado pelas teorias que tratam do papel desempenhado pela constituição na tutela de bens jurídicos penais (v. supra 1.2.1). Quer pela vertente da constituição como limite negativo ao Direito Penal, a mais abrangente, quer pela vertente da constituição como limite positivo do Direito Penal, na teoria da constituição como instrumento de tutela de direitos fundamentais, a mais restrita, o bem jurídico vida será digno de tutela.

Sorte diversa não segue o exemplo fornecido por Maria Conceição Ferreira da Cunha, no qual aflora a dignidade penal da proibição de preparação de guerra de agressão (previsão expressa no art 26 do GG alemão). Ora, não é necessário que se recorra ao mandado implícito para asseverar a dignidade de tal tipo de tutela, ela decorre da proteção de outros tantos bens constitucionais, no caso da Constituição brasileira, os previstos nos arts 1º, 3º e 4º.

Embora pareça ser o mandado implícito de criminalização um indiferente normativo, já que, a função que ele se propõe a desempenhar, de tutelar valores relevantes a sociedade, conferindo-lhes dignidade penal, o bem jurídico constitucional o faz suficiente e diretamente.

De todos, o melhor entendimento, mais coerente com os pressupostos aqui desenvolvidos, é o apresentado por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, segundo o qual a existência do que ele chama de mandados constitucionais implícitos de criminalização denota a presença (apenas) de dignidade penal.

Assim, em se reconhecendo sua existência, a consequência dela seria a mesma imputada ao reconhecimento da dignidade constitucional do bem jurídico, qual seja, de possibilitar ao legislador ordinário conferir concretamente tutela legal ao bem jurídico.

Não há que se conferir o atributo de vinculação ao mandado constitucional implícito de criminalização, principalmente, porque não se pode subsumir de um conceito abstrato como aqui estudado uma obrigatoriedade de incriminação. O Direito Penal, como sistema, é aquele que impõe as sanções tradicionalmente mais severas, sendo o último recurso, dentro de uma escala, previsto no ordenamento pátrio.

Assim, para prestigiar as subsidiariedade e a fragmentariedade, características da Disciplina, deixa-se ao alvedrio do legislador ordinário a escolha quanto a necessidade de criminalização das condutas que atingem bens constitucionalmente relevantes, sob os quais não impende uma ordem.

Por fim, se em relação aos mandados explícitos houve necessidade de explicitar a necessidade de tutela penal de tais e quais disciplinas, em relação ao implícito, estes são tão claramente dignos de tutela, que não se expressou.

Em seguida, trata-se do ponto mais controverso acerca dos mandados constitucionais de criminalização, mais especificamente dos expressos, a obrigatoriedade que eles entregam às normas constitucionais, vinculando (ou não) o legislador ordinário a elaboração de leis que prevejam a criminalização de determinadas condutas.

2.2 A OBRIGATORIEDADE DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO

A questão central gerada pela existência dos mandados constitucionais de tutela penal é acerca de sua obrigatoriedade e os reflexos que ela produziria no ordenamento. Trata-se aqui somente de mandado de criminalização, a uma, porque neste trabalho entende-se pela inexistência dos mandados implícitos de criminalização, a duas, porque, são, por si só, incapazes gerar uma obrigação de criminalização do legislador originário.

Inicialmente, serão expostos os argumentos que reforçam a não obrigatoriedade do mandado de criminalização, para, em seguida, realizar a abordagem dos argumentos contrários.

Janaína Conceição Paschoal[[106]](#footnote-106) formula todo seu pensamento com o objetivo de limitar o *ius puniendi* estatal. A autora entende que a Constituição tem como função precípua limitar a atuação do Direito Penal, excluindo sua eficácia enquanto fundamento do mesmo.

Segundo os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, princípios fundamentais do Direito Penal, este só deverá ser buscado quando todos os outros meios de tutela de bens jurídicos houverem falhado e as condutas danosas atingirem os bens mais essenciais. Assim, somente sob a perspectiva da Constituição como limite, e não como fundamento, do Direito Penal seria possível valer-se dele como *ultima ratio,* prestigiando as normas principiológicas.[[107]](#footnote-107)

A autora assevera que, além da fragmentariedade e da subsidiariedade, pressupostos presentes mesmo na doutrina que entende pela obrigatoriedade do mandado, para chegar ao Direito Penal mínimo, dever-se-ia verificar se o mecanismo penal é capaz de fornecer a tutela desejada, de modo que não pode o Direito Penal conviver com uma constituição que traga necessidades automáticas de criminalização. Se assim não fosse, estar-se-ia caminhando para a maximização do Direito Penal.[[108]](#footnote-108)

Tomando a Constituição como limite ao Direito Penal, mesmo com as determinações expressas de incriminação, não existiria obrigatoriedade de tipificação e sim a possibilidade, a critério do legislador ordinário de fazê-lo, mediante necessidade e utilidade.

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa[[109]](#footnote-109) também afirma que o constituinte originário apenas indica, expressa ou tacitamente, os bens jurídicos que podem ser objeto da tutela do Direito Penal. Tendo em vista que as normas constitucionais não estão aptas a, por si sós, criminalizar condutas, já que não contém tipos penais, também não pode suprimir o juízo do legislador.

Todavia, isso não importaria a ausência de incidência da constituição, que reconhecidamente não é somente um repositário de normas de garantia ao réu, contendo também normas de estruturação do poder punitivo estatal. A normatividade e a efetividade seriam exercidas quanto aos efeitos das leis que o legislador ordinário optasse por fazer (v. item 2.3)

A não obrigatoriedade decorreria, primeiramente, do fato de o constituinte trazer o quadro máximo, dentro do qual o legislador ordinário, observando os princípios informadores do Direito Penal, pode se movimentar. Em segundo lugar, decorreria da constatação de que as determinações expressas de criminalização estão ligadas não a necessidade, mas a fatores histórico/sociais presentes à época da elaboração da carta.[[110]](#footnote-110)

Em se tratando do binômio adequação à realidade histórica *x* obsolescência da norma constitucional, Barroso[[111]](#footnote-111) colaciona um ponto bastante ilustrativo à discussão: se por uma lado, a Constituição norte-americana tem mais de 200 anos, adquirindo *a priori* um alto grau de duração, embora isso se deva em grande parte à reduzida abrangência do direito escrito na *common Law*, pode-se afirmar que a Constituição de 200 anos atrás não é a mesma de hoje.

Por exemplo, o texto originário da referida Constituição permitia o regime de escravidão, o que é bem ilustrado em *Scott vs. Sandford[[112]](#footnote-112)*. Após 76 anos, a 13ª Emenda aboliu a escravatura. Ainda assim, os negros eram largamente discriminados. Em 1896 ao decidir o caso *Plessy vs. Ferguson[[113]](#footnote-113)*, a Suprema Corte, tendo oportunidade de rever, endossou a doutrina do “equal but separate” e somente em 1954 em *Brown vs. Board of education[[114]](#footnote-114)*, a Suprema corte considerou inconstitucional a segregação entre negros em brancos em escolas públicas.[[115]](#footnote-115)

A mudança fica até mais evidente ao contrastarmos *Bowers vs. Hardwick* e *Lawrence vs. Texas*, separados por menos de 20 anos. No primeiro caso a suprema Corte confirmou a constitucionalidade do Código Penal da Geórgia que penalizava a sodomia, que não estavam amparados pelo direito a intimidade.[[116]](#footnote-116) No segundo, a Suprema corte anulou a lei do Texas que incriminava a sodomia.[[117]](#footnote-117)-[[118]](#footnote-118)

Assim, é notável que, mediante a vigência de um mesmo texto, a Corte constitucional evoluiu da discriminação total para a não discriminação, de onde se extrai que materialmente, é possível haver normas diversas em vigência perante o mesmo texto constitucional a depender do contexto de inserção.

No caso da Constituição brasileira, embora muito mais jovem, poder-se-ia, por exemplo, questionar o fôlego histórico da criminalização do racismo. Conforme demonstrado pelos exemplos acima, a Constituição (e a interpretação que se faz dela) tende a refletir o ambiente histórico e cultural que a rodeia.

Regis Prado reconhece que o poder legiferante, com a criação de tipos penais, faz uma opção que reflete o espírito de sua época[[119]](#footnote-119), e diferente raciocínio não se aplicaria ao constituinte. Maria Conceição Ferreira da Cunha entende que a determinação dos bens jurídico-penais é determinada pelo contexto histórico-social-cultural de cada comunidade.[[120]](#footnote-120)

Um último argumento refere-se a inexistência de um instrumento capaz de forçar o legislador a criminalizar condutas, tópico que, pela sua relevância, será abordado no item 2.3.

Para esses autores, com isso não se pretende dizer que há norma constitucional inconstitucional, pois é prescindível recorrer a tal conceito, “bastando ser fiel a ideia de que a Constituição representa um limite positivo ao legislador e que, por isso, não obrigada a qualquer criminalização”.[[121]](#footnote-121) Entretanto, isso não significa que sejam normas inúteis, mas que refletem anseios sociais ou fatos históricos, chamando atenção para os bens que visa tutelar.

Do outro lado, entre os autores que entendem que o dever constitucional expresso de tutela penal vincula o legislador ordinário prevalece que não é suficiente o reconhecimento constitucional da importância de um bem. Exigem também que a tutela oferecida pelos demais ramos do Direito seja insuficiente, bem como que as condutas a ser proibidas pelo Direito Penal sejam as mais graves.

Isso importa dizer que, além da dignidade penal do bem jurídico penal tutelado, é necessário que seja carente de tutela. No entanto, tal carência seria inerente aos casos em que o constituinte originário previu os mandados de criminalização. Maria Conceição Ferreira da Cunha sintetiza: “no caso de imposições expressas, a constituição como que implicitamente declara não só a dignidade, mas também a carência de tutela penal”.[[122]](#footnote-122)

Luciano Feldens entende pela obrigatoriedade do mandado de penalização, pois, o constituinte afastou do âmbito de liberdade da configuração do legislador a decisão sobre merecerem, ou não, os bens envolvidos a tutela jurídico-penal. Portanto, tais normas geram um duplo efeito: impor o cumprimento do objeto do dever e vedar movimento legislativo tendente a suprimir proteção exigida, tais efeitos serão objeto do item 2.3.

Em razão do comando normativo constitucional, tais normas têm robustecida sua presunção de constitucionalidade, no que se refere a idoneidade bem jurídico. O espaço de atuação do legislador não resta anulado, pois cabe a ele determinar condutas e sanções, regulamentando o mandado, despiciendo mencionar que não ficam os dispositivos imunes a alteração legislativa.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves[[123]](#footnote-123) assevera que nos mandados constitucionais expressos de criminalização a Constituição privou-se o legislador ordinário da discussão sobre se haverá criminalização, não deixando qualquer opção sobre quando deverá ocorrer a tipificação, decidindo sobre a maneira como devem ser protegidos os direitos fundamentais. O legislador recebe, então, um elemento de vinculação.

Os mandados configuram ordens diretas ao legislador, cuja necessidade de cumprimento advém da supremacia da constituição, não sendo possível ao legislador realizar juízos de conveniência ou política criminal a esse respeito.

Quanto ao argumento de que as indicações criminalizadoras feito pelo constituinte originário engessam o legislador infraconstitucional, Luiz Regis Prado[[124]](#footnote-124) o combate lembrando que a imposição de um dever de criminalização de condutas não retira sua liberdade seletiva quanto a necessidade de criminalização e, principalmente, quanto a definição das condutas puníveis e sanções penais a elas correspondentes.

Outro argumento que pode ser rebatido é o do condicionamento histórico a que é submetido esse tipo de dispositivo, cujo conteúdo pode variar materialmente, como funcionou na Constituição norte-americana. Não há que se comparar os modelos de constituição brasileira e norte-americana, pois neste há abertura que possibilite diferentes interpretações, enquanto naquele, sendo bastante minimalista em seu conteúdo e assertivo quanto aos mandados, valendo-se de verbos que dão ideia de imperatividade, não há espaço para tal discricionariedade.

A partir de todas as reflexões citadas é possível concluir que há vinculação da lei penal aos dispositivos constitucionais. Embora *a priori* tal conclusão pareça bastante intuitiva, não é de tão simples solução, porquanto um dos argumentos daqueles que se opõem a obrigatoriedade dos mandados constitucionais de criminalização refere-se a efetividade destes e os meios coercitivos para proporcioná-la.

A seguir tratar-se-á da consequência natural da relação de obrigatoriedade gerada pela existência do mandado constitucional de criminalização, a forma de exigir o seu cumprimento.

2.3 A EFETIVIDADE DO MANDADO CONTITUCIONAL DE INCRIMINAÇÃO

Um dos argumentos daqueles que entendem pela não vinculação do legislador penal ao mandado constitucional de criminalização refere-se ao fato deste, por vezes, cumprir uma função meramente formal, vez que não existiria um instrumento capaz forçar o legislador produzir tais diplomas ou uma suposta inconstitucionalidade de lei descriminalizadora.[[125]](#footnote-125)

Contudo, tendo em vista que seu não cumprimento consiste em espécie de omissão do legislador e o dever de agir deve ser cumprido na máxima extensão possível, eis que a omissão inconstitucional se dá tanto pela inércia total do Estado, quanto pela omissão parcial, os instrumentos utilizáveis para o controle da efetividade do mandado são os mesmos que controlam a omissão do legislador em geral.[[126]](#footnote-126)

O instrumento do mandado de injunção seria um instrumento de garantia descartado, porque visa a tutelar o gozo dos direitos e liberdades previstos na Constituição, não comprometendo o exercício de liberdades individuais. [[127]](#footnote-127) Lembre-se que a concepção exposta só será coerente se os direitos fundamentais forem tomados unicamente sob a perspectiva limite a atuação do Estado e não como fundamento.

Um segundo instrumento seria a inconstitucionalidade por omissão, que é mais abrangente, podendo ser utilizado em todas as hipóteses de omissão legislativa. Contudo, há quem entenda que este não seria o instrumento adequado porquanto a verificação da inconstitucionalidade por omissão é feita materialmente, isto é, checando sua indispensabilidade, a necessidade não é presumida.[[128]](#footnote-128) Tal argumento é ilustrado com o seguinte trecho da obra de Canotilho:

A inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conexiona necessariamente com os *prazos ou tempos* dentro dos quais deveria ter havido a *interpositio* legiferante necessária para tornar exequíveis os preceitos constitucionais. De um modo geral, o legislador constituinte fixa prazos quando se trata de *ordens de legislar.* Na hipótese de omissões derivadas do não cumprimento de *imposições constitucionais,* os «momentos» decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a *importância e indispensabilidade da mediação legislativa* para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites *ad quem.[[129]](#footnote-129)*

Entretanto, alguns autores [[130]](#footnote-130) entendem que essa omissão legislativa configuraria uma situação de ilicitude constitucional, pois a passividade do legislador supõe, nesses casos, infração do ordenamento jurídico, distinta da mera inércia, vez que configura um dever jurídico do legislador, surgindo da própria normatividade constitucional.[[131]](#footnote-131) Como bem ilustra outro excerto da obra de Canotilho:

“Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais *concretamente* impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da não actuação de *normas-fim ou normas-tarefa,* abstractamente impositivas. É diferente dizer que há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta, impõem, por ex., o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional (art. 59.°/ *2-a), (...).* O incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional, mas a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido restrito, podem originar uma acção de inconstitucionalidade nos termos do art. 283.° da CRP.”[[132]](#footnote-132)

Assim, a materialidade a que se refere o autor é aquela que se distingue de normas abstratamente impositivas por impor medidas concretas, mas cuja concretização resta condicionada a atuação do legislador.

Conclui-se que qualquer que seja o instrumento e sua eficácia, parece que a vinculatividade do mandado e sua efetividade são questões diversas. Primeiramente, porque a questão da efetividade dos mandados legislativos do Constituinte originário é um problema que atinge não só o Direito Penal, atingindo também outros ramos, como o Direito Tributário com o Imposto de Grandes Fortunas, do Direito Administrativo, com a greve dos servidores.

Além disso, a eficácia dos instrumentos constitucionais para suprir a falta de normas sobre os temas regulados no texto constitucional é um problema do Direito Constitucional, cuja discussão vai muito além do objeto deste trabalho.

Quanto a declaração de inconstitucionalidade da norma revogadora da lei penal, que atende à determinação constitucional expressa de criminalização, os autores contrários a obrigatoriedade das imposições de criminalização asseveram reputar-se incoerente com a realização de um Direito Penal mínimo a inconstitucionalidade de leis que proponham a descriminalização.[[133]](#footnote-133) Assim, não haveria inconstitucionalidade na revogação da lei de crimes, hediondos, por exemplo.[[134]](#footnote-134)

Neste sentido, Leonardo Luiz Figueiredo da Costa, contraditoriamente, entende que, embora não haja inconstitucionalidade na revogação dos crimes constantes nos chamados mandados de criminalização, a norma produziria efeitos impedindo o surgimento de lei que, por exemplo, conceda anistia ou graça aos crimes hediondos graça ou anistia, sob pena de padecer de vício de inconstitucionalidade.[[135]](#footnote-135)

Ao tratar do assunto, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves entende que é inconstitucional disposição que revogue norma legal que atendeu ao mandado de criminalização, sem que haja outra a substituí-la. É possível a alteração de tipos, mas não sua extinção.[[136]](#footnote-136)

Desta forma, a obrigação de criminalizar implica proibição de descriminalizar. Caso contrário, estar-se-ia voltando a situação de inconstitucionalidade, que detsa vez seria por ação, reduzindo a eficácia jurídica e social da Constituição e equiparando-se concretamente ao descumprimento da norma originariamente exigida.

Alguns outros argumentos podem embasar a impossibilidade de revogação da norma que cumpre o mandado de criminalização. A supremacia constitucional que assegura que norma inferior à Constituição não pode contrariá-la e, se assim não fosse, estar-se-ia reduzindo o poder normativo da Constituição. Por fim, em obediência ao princípio da vedação de retrocesso nos direitos fundamentais, tratando-se de normas penais protetivas de direitos fundamentais, fica vedada a revogação de tais normas.[[137]](#footnote-137)

Tomando por pressuposto a existência de limitações materiais ao poder do constituinte derivado de emendar a constituição, com efeito imprescindível e incontornável[[138]](#footnote-138), outras indagações se impõem: quanto a possibilidade de emenda constitucional tendente a abolir o mandado constitucional de incriminação e, consequentemente, quanto a sua natureza de cláusula pétrea.

O art. 60, §4º da Constituição Federal impõe, em seu inciso IV, que proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais não serão objeto de deliberação. Logo, a reflexão que cabe é acerca da natureza de direito e garantia fundamental dos mandados de criminalização.

Não fosse suficiente toda explanação do item 1.3 deste trabalho acerca da natureza fundamentadora de direitos fundamentais do Direito Penal e da preponderância da corrente que entende que o rol mínimo dos direitos e garantias fundamentais é o art. 5º, o que, todavia, não exclui a natureza de direito e garantia fundamental de dispositivos exteriores a ele[[139]](#footnote-139), poder-se-ia por um exercício argumentativo adotar a corrente que entende que cláusulas pétreas são somente aquelas que trazem deveres de abstenção do estado.

Dentro do conceito restrito de mandado constitucional de criminalização temos dois dispositivos que ficam excluídos do rol do art. 5º, quais sejam, o que se refere a retenção dolosa do salário do trabalhador, bem como o referente aos crimes ambientais.

Quanto ao art. 7º, X, conforme demonstrado das jurisprudências colhidas a nota 69, o rol de direitos fundamentais abrange os direitos sociais, sendo tranqüila a conclusão de que se trata de cláusula pétrea.

Quanto ao dispositivo que trata dos crimes ambientais, art. 225, §3º, por ficar fora do art. 5º e ser tema que suscita tutela eficaz de outros ramos do Direito, não é considerado cláusula pétrea.

Reconhecido este pertencimento, modificá-la significaria alterar o projeto original do constituinte, em termos de programa penal.

A razão de ser das cláusulas pétreas é proteger um núcleo que, à época da constituinte, era fundamental e preservar o projeto original do constituinte. Assim, eliminar a cláusula pétrea significaria enfraquecer os princípios básicos eleitos pelo constituinte originário, de modo que, em havendo uma mudança tão relevante no conteúdo de seu núcleo, haveria que se fazer uma nova constituição, mais adequada ao novo projeto.[[140]](#footnote-140)

Desta forma, calam-se as vozes que propugnam que a impossibilidade de modificação dos dispositivos que prevêem mandado de criminalização importaria um engessamento e endurecimento da disciplina Penal, vez que, em havendo mudança no contexto que ensejou sua proteção no art. 5º, já consiste na indicação de um novo projeto constituinte de programa penal.

A impossibilidade proposição de emenda constitucional tendente a abolir os mandados, acaba sendo um reforço ao entendimento segundo o qual não pode lei posterior revogar ou reduzir a proteção conferida pelo mandado, pois se não é passível de emenda ao texto constitucional, como muito mais razão, não será possível a mudança por texto legal.

Nesta senda, destaca-se a Emenda Constitucional n. 40 que excluiu o §3º do art. 192, que tratava do crime de usura com a seguinte redação: “*As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar*”.

A questão não se revela tão problemática porquanto a o decreto n. 22.636/33 em seu art. 13 e a lei n.1.521/51 em seu art. 4º continuam regulando a usura penalmente, não deixando espaço para uma infraproteção do bem jurídico, questão tratada no item a seguir.

**2.4.1 Mandado constitucional de criminalização: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente**

Coube tanto ao Poder Judiciário aferir a adequação da legislação produto do mandado, vez que, uma legislação falha pode trazer uma situação mais vulnerabilidade do que sua ausência, quanto ao legislador atribuir efeito ao mandado constitucional de criminalização. Para realizar esse equilíbrio, o método proposto pela doutrina[[141]](#footnote-141) é o recurso à proporcionalidade, mais especificamente, nas figuras da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente.

Especialmente no que tange ao Direito Penal, tais perspectivas refletem as duas faces dos direitos fundamentais. Assim, a proporcionalidade também não se esgota na proibição de excesso, na perspectiva proteção a bens jurídicos fundamentais, já que há vinculação ao dever de proteção de Estado, inclusive quanto a agressões aos direitos fundamentais provocadas por terceiros.[[142]](#footnote-142)

Em síntese, trabalha-se com a ideia de que o princípio da proporcionalidade não só veda o excesso, mas também reforça a dimensão de garantia dos direitos fundamentais, através da proibição da proteção eficiente.[[143]](#footnote-143)

A proporcionalidade nessas duas frações funciona como critério de controle de constitucionalidade ora das medidas restritivas a direitos fundamentais, como direitos de defesa, um dos principais limites às restrições dos direitos fundamentais (proibição de excesso), ora da falta de atuação ou atuação insuficiente do Estado na tutela dos direitos fundamentais (proibição de proteção insuficiente), vinculando-se à questão das omissões inconstitucionais.

A perspectiva da proibição de excesso é encarada com mais naturalidade, mas a proibição de insuficiência, por ser menos estudada e mais recente, causou estranhamento.[[144]](#footnote-144)

A violação da proibição de insuficiência costuma ser representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que se refere ao cumprimento de um imperativo constitucional de tutela, que não se esgota. Tanto quanto o princípio da proibição de insuficiência, a proibição de excesso vincula os órgãos estatais atrelando-os, com diferentes intensidades, aos direitos fundamentais.[[145]](#footnote-145)

O ponto de contato entre os princípios se refere ao fato de que a proibição de insuficiência “corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério de necessidade no plano da proibição de excesso” que, por sua vez, equivale a mínimo exigido pela proibição de insuficiência.[[146]](#footnote-146)

Contudo, enquanto na esfera da proibição de excesso se está a controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção na proteção de direito fundamental, no campo da proibição de proteção insuficiente, cuida-se da omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental.

O mandado constitucional de incriminação obrigaria não só o juiz, como o legislador, a observar a proibição de proteção deficiente pois o mandado tem o efeito de gerar um demanda de proteção, que deve ser atendida por meio de uma tutela adequada e eficaz.[[147]](#footnote-147) O legislador, por sua vez, ficou restrito a dois limites: a proibição de proteção excessiva em prol do indivíduo que sofre a restrição do seu direito fundamental, liberdade; e a proteção deficiente em prol do titular do direito a ser tutelado.[[148]](#footnote-148)

Portanto, a proibição de proteção deficiente deve ser aferida em dois níveis: no primeiro, constata-se se há um imperativo de tutela, depois, em que termos deve ser este cumprido pelo legislador.

O Supremo Tribunal Federal vem adotando as categorias em seus julgamentos.

Embora não se trate de um mandado constitucional de criminalização, conforme esclarecido no item 3.1, não há como se negar que o art. 227, §4º da Constituição clama por uma maior proteção à infância e adolescência. A legislação penal respondeu a este clamor, adequando-se ao Constituinte originário, não só na lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como também ajustando alguns dispositivos do Código Penal, principalmente no que se refere a dignidade sexual da criança.

Neste sentido merece destaque o julgamento do RE nº 418.376, no qual o impetrante requeria a aplicação analógica do ora vigente art. 107, VII do Código Penal, possibilitando o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo crime de estupro de criança de nove anos de idade, eis que o réu teria estabelecido união estável com a vítima.

Entretanto, a tese vencedora considerou que a aplicação analógica da referida causa de extinção de punibilidade representaria uma proteção insuficiente ao bem jurídico no caso concreto, especialmente diante da vulnerabilidade específica da vítima.[[149]](#footnote-149) Eis a ementa do julgado:

EMENTA: PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei n° 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.( **RE 418376**. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. J. 09/02/2006.)

Também em matéria penal, conquanto sem conexão com o mandado constitucional de criminalização, destaca-se o HC n. 104.410 pelas digressões a respeito do princípio da proporcionalidade, na vertente proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente, que restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierteninhaltlichenKontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALDIADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA. (**HC 104410 / RS**. Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador:Segunda Turma. DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)

No julgamento, o impetrante discutia a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, especificamente quanto ao crime de porte de arma de fogo desmuniciada, previsto pela Lei nº 10.826/2003. De forma sintética, o voto condutor do Min. Gilmar Mendes consignou as seguintes diretrizes: (i) os mandatos constitucionais de criminalização impõem ao legislador a observância do princípio da proporcionalidade tanto como proibição de excesso quanto como proibição de proteção insuficiente; (ii) a conformação do Legislativo conferiria a este Poder ampla discricionariedade na elaboração de tipos penais, sujeitando-se ao controle jurisdicional a atividade legislativa que transborde aos limites constitucionais, o que pode ser verificado tanto pelo excesso quanto ausência de tutela penal; (iii) o caso específico dos crimes de perigo abstrato, em discussão, constituiria tutela adequada e necessária para a proteção dos bens jurídicos por eles tutelados (segurança, vida, liberdade e integridade física).[[150]](#footnote-150)

Assim, parece que a Corte Suprema acena com o reconhecimento do dever positivo tanto do Legislador quanto do Judiciário de tutelar o bem jurídico (constitucional) através da vedação da proteção insuficiente.

Feitas todas as considerações sobre o instituto do mandado constitucional de criminalização, passa-se a tratar no capítulo 3 especificamente do mandado do terrorismo e suas particularidades.

**3. O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO**

A escolha do mandado de criminalização do terrorismo como objeto deste trabalho se deve ao fato de ter sido ele o único ainda não cumprido, o que é amplamente reconhecido pela doutrina[[151]](#footnote-151). Conforme será demonstrado ao longo deste capítulo, a legislação brasileira ainda carece de um tipo específico que determine no que consiste a prática de terrorismo, não obstante exista considerável gama de dispositivos legais que faça menção ao gênero terrorismo.

As duas faces dos direitos fundamentais, tratadas no primeiro capítulo deste trabalho, se erigiram na forma de *positive obligations* no direito internacional dos direitos humanos, suplantando territórios nacionais. Assim, o comprometimento brasileiro de criminalizar o terrorismo se deu não só através de sua própria Constituição, como também pelos compromissos internacionais de que é signatário.

Para compreender a dificuldade que se apresenta em dar cumprimento a tarefa de criminalizar o terrorismo, apresenta-se neste capítulo um breve histórico do surgimento do terrorismo, suas características e tratamento dado à matéria pelo legislador brasileiro até hoje.

3.1 A BUSCA POR UM CONCEITO DE TERRORISMO

A palavra terrorismo remete ao período chamado de Terror (*Terreur*), ocorrido durante a Revolução Francesa, de setembro 1793 a julho de 1794, sob autoridade de Robespierre. Durante esse período, a pretexto de restabelecer a ordem interna e evitar uma invasão externa, suspendeu-se a vigência da Constituição e instaurou-se um Comitê de Salvação Pública, cuja medida mais conhecida foi o alargamento do conceito de suspeito, que retirou a defesa e o interrogatório prévio dos acusados. [[152]](#footnote-152)

Além disso, suprimiu-se a utilização de defensores, a oitiva de testemunhas e instaurou-se a decretação somente da pena de morte, sem a possibilidade de apelação ou recurso, entre outras medidas de caráter econômico e de laicização.[[153]](#footnote-153)

Após a eliminação dos líderes da oposição, Danton e Hebert, e uma série de medidas econômica impopulares, Robespierre acabou perdendo o prestígio, o que permitiu uma reação da burguesia, que culminou com um golpe que o levou a guilhotina, condenado por terrorismo.[[154]](#footnote-154)

Embora a maior parte dos autores[[155]](#footnote-155) mencione o Terror da Revolução Francesa como o período em que se deu início às práticas terroristas, Celso Mello, citado por Rodrigo de Souza Costa,[[156]](#footnote-156) diz que já no século XI havia práticas terroristas, na Pérsia. Hassan Bem Sabbah fundou em 1090 uma sociedade chamada de *Hashishins*, seita dissidente dos *ismailis,* formando uma irmandade que usava da agitação e do segredo.

Em seguida, o desenvolvimento do terrorismo esteve diretamente associado ao anarquismo. Como afirmou Fragoso: “A doutrina anarquista dirige-se substancialmente contra o estado e a existente ordem baseada no poder, formulando a idéia de uma sociedade libertária alternativa, baseada na cooperação e não na coerção, indicando como evoluir de uma para a outra”.[[157]](#footnote-157)

Heleno Fragoso[[158]](#footnote-158), citando Kropotkin, aduz que o terror revolucionário é a “propaganda pela ação”, aludindo ao efeito fantástico da repercussão do atentado terrorista, que confere destaque à causa dos que combatem o poder, mostrando suas vulnerabilidades e desmoralizando-o.

Diversos movimentos anarquistas apareceram na Europa e nos Estados Unidos, no final do século XIX, por vezes se unindo ao sindicalismo. Na Rússia, o grupo Narodnaya Volia se destacou, sendo o responsável pela morte do Czar Alexandre II. Entre 1890 e 1910, chega o auge do chamado terrorismo à bomba, com um número expressivo de atentados a governantes, dentre eles Alfonso XII, da Espanha; Guilherme I, da Alemanha; e homicídios como o do presidente Carnot, da França; McKingley, dos Estados Unidos; Elizabeth, da Áustria.[[159]](#footnote-159) A trajetória culminou no assassinato do arquiduque Francisco Ferdinando, membro do império Austro-hungaro, que deu ensejo a I Guerra Mundial.[[160]](#footnote-160)

O terrorismo entrou em sua segunda onda com o movimento revolucionário. Neste ponto, Marx afirma que, para abreviar o sofrimento da sociedade burguesa, há somente um meio “o terror revolucionário”.[[161]](#footnote-161) De outro lado, Lenin recusa-se claramente a adotar o terrorismo, que, contraposto a guerrilha, é substancialmente individualista.[[162]](#footnote-162) Ernesto ‘Che’ Guevara também julga o terrorismo uma “arma negativa, que não produz nenhum dos efeitos desejados”, pois os aspecto indiscriminado do ato lhe confere a possibilidade de atingir inimigo e aliado.[[163]](#footnote-163)

Até então, tanto terrorismo revolucionário quanto o anarquista era reconhecido como mecanismo de abalo da ordem interna, utilizado como um meio de derrubar o poder vigente em determinado país, somente passando a falar-se em terrorismo internacional no período entre as duas grandes guerras.[[164]](#footnote-164)

A grande característica do terrorismo contemporâneo é sua internacionalização, existindo redes internacionais de terrorismo e uma conexão entre os terroristas, mesmo que visem a fins diferentes.[[165]](#footnote-165) O terrorismo internacional entrou na pauta com as Conferências Internacionais para a Unificação do Direito Penal, a partir de 1927, e, principalmente, com a Sexta Conferência em 1935.

Contudo, o assunto só ganhou força em 1934 com o homicídio do rei Alexandre da Iugoslávia e do ministro dos Negócios Estrangeiros francês, Louis Barthou, por terroristas macedônios, o que intensificou os trabalhos de elaboração de duas Convenções sobre Terrorismo pela Sociedade das Nações, que acabaram sendo ratificadas somente pela Índia.

É somente na década de 60, com a multiplicação de atentados, que a comunidade internacional retomou a luta contra o terrorismo internacional, cujo diferencial é o fato de ser dirigido contra alvo internacionalmente protegido ou conter algum outro elemento internacional. Deste modo, deve o agente ou a vítima ser cidadãos de países diferentes ou a ação ser realizada, no todo ou em parte, em mais de um estado.[[166]](#footnote-166)

À guisa de exemplo podemos citar, na Itália, atentados cometidos tanto pela direita, origem fascista, na *Piazza Fontana*, em Milão, na *Piazza della Loggia*, em Brescia, quanto pela esquerda, em ação permanente pelas Brigadas Vermelhas; nos Estados Unidos cometidos por grupos como a *Weathermen* e S*ymbieneses Liberation Army*[[167]](#footnote-167)*;* e os atentados de Munique em 1972.[[168]](#footnote-168)

Como medidas adotadas em razão de tais eventos cite-se, a título exemplificativo, a Convenção relativa a Infrações e a Certos Atos Ocorridos a Bordo de Aeronaves (1963), Convenção para a Repressão da captura Ilícita de Aeronaves (1970), Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos Dirigidos contra a Segurança da Aviação Civil (1971), Convenção Internacional contra a Prisão de Reféns (1970) e Convenção para a Proteção física de Materiais Nucleares (1980)[[169]](#footnote-169).

No âmbito regional é possível destacar a Convenção Europeia para Supressão do Terrorismo de 1977, preparada sob a égide do Conselho Europeu, dando apoio regional às convenções das Nações Unidas. O grande mérito desta convenção é separar as ofensas que não poderiam ser encaradas como ofensa política ou ligada à política.[[170]](#footnote-170)

Mais tardiamente, surge a Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas com Explosivos (1997) e a Convenção Internacional para repressão ao financiamento do Terrorismo (1997).[[171]](#footnote-171)

Embora a noção de terrorismo internacional seja antiga, seu estabelecimento enquanto crime internacional não é algo pacífico, havendo controvérsia a respeito de quais modalidades de terrorismo constituiriam crime internacional.[[172]](#footnote-172) Junto aos crimes de agressão e tortura, Cassese atribui ao terrorismo duas características de crime internacional: de ser um *core crime*, uma categoria que compreende os crimes mais hediondos, quais sejam, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio; e o fato de eles não estarem sob a jurisdição de qualquer tribunal ou corte internacional.[[173]](#footnote-173)

Todavia, foi em meio a atentados terroristas resultantes do conflito árabe-israelense, atentados realizados pelo ETA[[174]](#footnote-174), pelo IRA[[175]](#footnote-175), tipicamente nacionalistas, e atentados realizados por outros grupos voltados para o aspecto religioso, que aconteceu o atentado que mudaria o paradigma do mundo contemporâneo sobre terrorismo, o 11 de setembro, atingindo Nova York, Washington e Pensilvânia, quando mais de três mil pessoas morreram.

Nayan Chanda e Strobe Talbott[[176]](#footnote-176) acentuam que, com o 11 de setembro, as expressões e conceitos familiares de terrorismo tornaram-se inadequados. O Pearl Habor[[177]](#footnote-177) era o que de mais imediatamente próximo se tinha e, ainda assim, estava longe de ser um precedente. O resultado, desta vez, era um número de americanos mortos quase cinco vezes maior que o de todos os incidentes terroristas das três décadas anteriores somados. Esse novo terrorismo era diferente, seus militantes pareciam inspirados pelas perspectivas de suas próprias mortes causticantes.

A ressignificação da palavra terrorismo veio combinada com o fenômeno da globalização. Na ocasião, o alvo foi um dos maiores benfeitores e beneficiários da globalização, os Estados Unidos. Ela ajudou a que os efeitos econômicos, psicológicos e diplomáticos do atentado se espalhassem pelo mundo, pondo em risco o aspecto positivo do fenômeno. A globalização, que integrou e deu mais liberdade de deslocamento, com o 11 de setembro, enfrentou os efeitos negativos dessas facilidades. [[178]](#footnote-178)

Poucas semanas depois, os esporos do bacilo *Anthracis* começaram a circular no correio americano, irrompendo mais um novo aspecto do terrorismo, o bioterrorismo. [[179]](#footnote-179)

A reação desencadeada a partir de então envolveu uma série de medidas preventivas, principalmente, as previstas na Resolução 1368 e 1373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, adotadas em setembro de 2001, que envolviam não só os estados membros da ONU, mas também os não membros, clamando que agissem de acordo com os princípios da Resolução consoante fosse necessário para manter a paz e a segurança internacional.[[180]](#footnote-180)

O Direito Internacional, então, tratou de consolidar uma obrigação *erga omnes* de repressão ao terrorismo, lastreada principalmente nas Resoluções do Conselho de Segurança, o que inclui a obrigação de criminalização da conduta nos ordenamentos internos, bem como a tutela jurisdicional sobre pessoas não extraditáveis.[[181]](#footnote-181) Na síntese de Leandro Moll:

### “Interessante notar que a obrigação internacional geral de repressão do delito acabou surgindo antes do desenvolvimento de uma definição convencional universal de terrorismo e, por essa razão, os Estados permaneceram com uma margem ampla de liberdade para tipificar internamente a conduta e adequar suas regras de competência internacional e sobre cooperação jurídica com vistas a assegurar a efetividade da repressão penal”. [[182]](#footnote-182)

Com o pós 2001, a atividade terrorista não cessou. Alguns episódios mais recentes podem ser mencionados, como o atentado ocorrido em Madrid a 4 trens em março de 2004 atribuído a Al-Qaeda, que teve como resultado aproximadamente 200 mortes e dois mil feridos; em 2005, quatro atentados suicidas foram perpetrados em plena hora do "rush" em Londres deixando 56 mortos e 700 feridos; e no ano de 2011, em Oslo, o grupo jihadista Al Alami[[183]](#footnote-183) reivindicou a autoria das explosões que atingiram o escritório do primeiro-ministro norueguês Jens Stoltenberg.[[184]](#footnote-184)

**3.1.1 O Brasil e o terrorismo: breve histórico**

No Brasil, o fenômeno do terrorismo ganhou expressão nos anos 20, principalmente em razão da imigração italiana, que levou o país a tratar desde então o terrorismo anarquista. Nesse contexto, o decreto 4.269 de 1921 surgiu e foi duramente criticado por tratar da questão do terrorismo sem que se delimitasse um significado para a expressão.[[185]](#footnote-185)

A primeira lei de segurança nacional, a lei n. 38 de 4 de abril de 1935, tratava dos crimes “contra a ordem política e social”. Entre os crimes contra a ordem social figurava a incitação ou preparação de atentado contra pessoa ou bens, por motivos doutrinários, políticos ou religiosos (art 17) e entre os crimes contra a ordem pública estava prevista d a conduta de fabricar, ter sob sua guarda, possuir, importar ou exportar, comprar ou vender, trocar, ceder, ou emprestar, por conta própria ou de outrem transportar, sem licença da autoridade competente, substancias ou engenhos explosivos, ou armas utilizáveis como de guerra ou como instrumento de destruição (art. 13).[[186]](#footnote-186)

Em 1946, com a redemocratização do país, foi promulgada a lei 1.802 que trata dos crimes contra o Estado e a ordem política e social, prevendo em seu art. 16 punição para várias ações relacionadas a substâncias ou engenhos explosivos ou armas de guerra ou utilizáveis como instrumentos de destruição ou terror.[[187]](#footnote-187)

No período que compreende a chamada ditadura civil-militar, entre 1964 e 1985, foi revogada a lei 1.802, que não era suficiente para atender ideologia de segurança nacional[[188]](#footnote-188), surgindo uma infinidade de Atos Institucionais e decretos-lei nela inspirados. Durante este período, é possível falar, dependendo do ponto de vista, em ataques praticados tanto pelos opositores ao regime[[189]](#footnote-189), quanto pelas próprias autoridades estatais, dando forma ao que se chama de terrorismo de Estado[[190]](#footnote-190).

Posteriormente, foram feitas algumas menções ao terrorismo em nossa legislação que permanecem vigentes, sem, contudo, se chegar a uma definição, conforme será demonstrado no decorrer do trabalho. Cite-se: a lei 6.620/78, lei 6.815/80, no art 77, §3º; lei 7.170/83, art 20[[191]](#footnote-191).

A respeito deste último dispositivo legal, pode-se dizer que ele desafia a legalidade, pois “refere-se a ‘atos de terrorismo’, agregado ao especial fim de agir do ‘inconformismo político’ ou da ‘obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas’”[[192]](#footnote-192), sem, contudo, apontar em que consistem, definindo, o que são estes “atos de terrorismo”.

Quanto aos documentos internacionais sobre o terrorismo, o Brasil tornou-se signatário de uma série deles, à guisa de exemplo sendo possível citar: Convenção Relativa às Infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves (Decreto 66.520 de 1970); Convenção das Nações Unidas para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves (Decreto 70.201 de 1972), Convenção para Supressão de Atos ilícitos contra a segurança da Aviação Civil (Decreto 72.383 de 1973).[[193]](#footnote-193)

O panorama aqui resumidamente demonstrado preocupou-se em abranger desde o surgimento do terrorismo no Brasil até a Constituição de 1988, que apresentou mudanças no tratamento dado ao tema, ganhando importância no cenário nacional como demonstrado a seguir.

3.2 O TERRORISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o advento da Constituição de 1988, a questão do terrorismo ganhou força e tornou-se pauta tanto de assuntos internacionais quanto internos.

O art 4º, VIII da Constituição prevê que o Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais pelo repúdio ao terrorismo. A importância de figurar como preceito relativo às relações internacionais se dá na medida em que qualifica a repulsa, por ser um modo desumano de atuação, devendo ser eliminado não só do Brasil, como também do mundo.[[194]](#footnote-194)

Recorreu-se aos anais da Constituinte de 1988 para levantar maiores informações a respeito da origem dos dispositivos constitucionais que tratam do terrorismo[[195]](#footnote-195).

Quanto ao que hoje consiste no art 4º, VIII, a existência de um dispositivo que tratasse dos princípios que regeriam as relações internacionais do Brasil foi uma inovação em relação a constituição anterior que continha poucas menções a área internacional, conforme acentuado por Vicente Marotta Rangel na Subcomissão de Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais.[[196]](#footnote-196)

Inicialmente, no Anteprojeto de Constituição da Comissão Afonso Arinos, o repúdio ao terrorismo figurava no art 5º, inciso III, junto ao repúdio à guerra e à competição armamentista, tendo sido modificado pela Comissão de Sistematização e, após algumas emendas[[197]](#footnote-197), ganhou a redação que é hoje conhecida.

Ao longo dos debates na Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais a única aparição do terrorismo nos debates ligados às relações internacionais se deu com a menção do constituinte Aluizio Bezerra ao terrorismo de estado praticado pelos Estados Unidos com relação à Nicarágua, relacionando-o à soberania deste país e sua estabilidade política.[[198]](#footnote-198)

Desta forma, é notável que, pelo menos no que se refere ao terrorismo na ordem internacional, o constituinte originário pouco refletiu sobre sua influência quer na política externa, que na legislação do país.

O art. 5º, que traz em seus incisos direitos e deveres fundamentais, dispõe em seu inciso XLIII sobre a criminalização de diversas condutas, dentre elas o terrorismo, atribuindo-lhe um regime jurídico diferenciado e mais gravoso, quando for tratado pela legislação infraconstitucional.

Na Subcomissão de Direitos e Garantias individuais a sra. Armida Bergamini Miotto[[199]](#footnote-199), convidada tratar da inafiançabilidade, imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia por parte da tortura, destacou que esse tipo de crime, também conhecido como “terror que vem de cima”, é similar ao “terror que vem de baixo”, que engloba “assalto a bancos matança de inocentes, a extorsão mediante sequestro de pessoas, sequestro esse podendo durar semanas, meses, com inflição de tormentos ao sequestrado, e cruéis ameaças e exigências à família da pessoa sequestrada”, crimes similarmente cruéis, merecendo o mesmo tratamento jurídico.[[200]](#footnote-200)

Tal afirmativa, despertou o interesse do Sr. Modesto da Silveira[[201]](#footnote-201) para quem, dada a gravidade do tipo de delito, dever-se-ia acrescentar a indultabilidade, o que, pelo menos a respeito do terrorismo, faria jus ao estudo do terrorismo individual e institucionalizado, fazendo alusão inclusive ao período de ditadura militar, para melhor apreciação do tema. No entanto, isso não ocorreu.[[202]](#footnote-202)

Embora nos debates da Subcomissão de Direitos e Garantias individuais, o terrorismo tenha reaparecido no âmbito das relações internacionais, na proposta do Constituinte José Viana, em dispositivo que vedava a manutenção de relações diplomáticas, culturais e comerciais entre o Brasil e países que se utilizassem de terrorismo.

Segundo Flávia Piovesan[[203]](#footnote-203), ao propor a criminalização do terrorismo o Constituinte originário pretendeu tutelar a vida e a dignidade humana, constitucionalmente tidas por invioláveis, seja nas suas modalidade coletiva ou individual.

Contudo, como é possível notar dos parágrafos acima, não houve na Subcomissão um efetivo debate sobre a importância ou as consequências na inserção do terrorismo, e, principalmente, do mandato de incriminação do terrorismo na Constituição de 1988, sobre qual seria a concepção de terrorismo adotada, qual seria a relevância da inclusão desse conceito etc.

Foi somente na Comissão de Sistematização na qual o constituinte Theodoro Mendes[[204]](#footnote-204) propôs emenda modificativa no art 13, III, “i” do Anteprojeto, ao lado da tortura, ‘o terrorismo praticado contra a população civil’ que seria insuscetível de fiança, prescrição ou anistia.

Após inúmeras emendas, o dispositivo veio para o art. 5º, pois relaciona-se à tutela da vida, assim foi incluído no §8º, passando a figurar juntamente à tortura e ao tráfico como crimes imprescritíveis, inafiançáveis, insusceptíveis de concessão de anistia e indulto, conforme sugerido por Sandra Cavalcanti[[205]](#footnote-205).

O constituinte Roberto Balestra, ao tratar do terrorismo, disse:

“Paralelamente aos efeitos causados pelo crime de tortura, temos aqueles decorrentes dos atos de terrorismo, que, se bem entendidos os seus objetivos, não deixarão de ser considerados no dispositivo do 2º Substitutivo.

Diante disso, importa tecer as seguintes considerações sobre o terrorismo:

– terrorismo é o modo de coagir, ameaçar ou influenciar outras pessoas ou de impor-lhes a vontade pelo

uso sistemático do terror (estado de grande pavor ou apreensão);

– terrorismo é todo processo tendente a obter determinado objetivo político mediante o recurso ao terror

despertado por atos de violência (aqui, podendo-se incluir a própria tortura, e a sabotagem);

– o terrorismo busca firmar-se através da intimidação permanente, ameaças e violências.

Finalmente, numa análise comparativa entre tortura e terrorismo, cabe destacar algumas indagações para melhor reflexão do Relator do Substitutivo:

1º Se ao Estado é imposto proteger o indivíduo contra o crime de tortura, como fica a proteção da coletividade e do próprio Estado contra os crimes praticados pelo terrorismo?

2º Como proteger o Poder Legislativo de atos terroristas, praticados pela intimidação permanente, ameaças e violências aos parlamentares?

3º Se o próprio substitutivo repudia o terrorismo no seu art. 4º por que não considerá-lo no § 8º do art. 5º como crime?”[[206]](#footnote-206)

O constituinte José Maria Eymael, reafirmando os argumentos trazidos, reforçou a razão pela qual terrorismo e tortura deveria figurar juntos:

“É importante assinalar, Sr. Presidente, que, se a tortura é a ofensa ao indivíduo, o terrorismo é sua alma gêmea, porque é a tortura da sociedade como um todo. Não interessa de onde venha o terrorismo, não interessa qual a sua orientação, não interessa a que espírito serve qualquer forma de terrorismo, tanto aquele que destruiu as bancas de jornais, que destruiu parte do Riocentro, como aqueles que se voltavam contra qualquer outra forma de instituição. O terrorismo, seja ele de qualquer marca, de qualquer inspiração, é uma agressão brutal à própria sociedade.

Não podemos dissociar, não podemos estabelecer como figuras distintas a agressão ao indivíduo representada pela tortura e a agressão à sociedade, representada pelo terrorismo. Quando falamos em terrorismo, Sr. Presidente, queremos referir-nos ao terrorismo em todas as suas formas; da mesma maneira e com o mesmo espírito, àqueles que o praticam e àqueles que são os seus mandantes.” [[207]](#footnote-207)

Entretanto, diante das objeções levantadas pela constituinte Cristina Tavares que entendia pela inclusão do terrorismo e do tráfico de drogas no Código Penal, pelo constituinte Plínio Arruda Sampaio que, além de rejeitar a união com a tortura, alertou a Assembleia para a subjetividade do conceito de terrorismo, e pelo Relator da Emenda o constituinte que se inserisse especificamente junto à tortura, o destaque foi rejeitado mediante o compromisso de posterior análise.[[208]](#footnote-208)

O terrorismo voltou a pauta na ocasião em que se discutiu a pena de morte. O deputado Amaral Neto[[209]](#footnote-209) sustentou que além de sua inserção na Carta constitucional, ela deveria abranger a tortura, terrorismo, tráfico e demais crimes hediondos.

O assunto, mais uma vez, surgiu em um paralelo com a tortura, havendo grande resistência a tratar tortura, terrorismo e tráfico no mesmo dispositivo, pois entendia-se que tal disposição era um estratégia para vincular os crimes diluindo a relevância da tortura enquanto crime de Estado,em atenção ao período ditatorial.[[210]](#footnote-210)

No texto da Emenda Substitutiva 2.038, o terrorismo passou a figurar no §9 do art. 6º, com a seguinte redação “Ninguém será submetido a tortura, a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática da tortura, o tráfico de drogas, os crimes hediondos e o terrorismo; crimes inafiançáveis, insusceptíveis de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem.”, que foi aprovado em conjunto com o Título II com o quorum 377 a 56, e duas abstenções.

No entanto, permaneceu a controvérsia acerca da inserção do terrorismo no mesmo dispositivo que a tortura. E, entre os que defendiam que deviam figurar juntos, estava Gerson Peres[[211]](#footnote-211) que dizia:

“De forma que esta comparação cria uma confusão. O terrorismo é uma tortura coletiva, é mais hediondo que a própria tortura, porque esta atinge a pessoa individual e,exclusivamente, enquanto aquele, atinge a coletividade.

Pergunto ao orador que me antecedeu qual dos crimes a Constituição conceituaria mais hediondo em relação ao conceito social: o terrorismo ou a tortura? Ora, está claro que o terrorismo se dissemina, arrasa, mata inocentes indiscriminadamente. Portanto, e por isso mesmo, não pode ser tratado de maneira diferente na Constituição. A Constituição, ai sim, estaria discriminando, no que diz respeito à defesa do bem-estar social, se colocasse apenas a tortura e excluísse o terrorismo. Mas o terrorismo é um crime usado muitas vezes para desestabilizar governos. E o crime de entorpecentes também serve para financiar o terrorismo.

E há um sentido ideológico neste trabalho, quando pretendem excluir o terrorismo e o crime de entorpecentes para se beneficiarem, no futuro, com a graça, a anistia e a própria afiançabilidade. Digo isto, Sr. Presidente, porque vemos diariamente no Oriente Médio o terrorismo ceifando a vida de muitos cidadãos inocentes. Vemos o tráfico de entorpecentes financiando estes crimes para desestabilizar governos.”[[212]](#footnote-212)

A separação entre terrorismo e tortura, tráfico e crimes hediondos foi rejeitada com o apertado quorum de 240 a 279, e 6 abstenções.

Entre inúmeras outras tentativas, a do Deputado José Genoíno que propôs um destaque que suprimia da redação as expressões tráfico de drogas, crimes hediondos e terrorismo foi rejeitada por 191 a 315, com 20 abstenções.[[213]](#footnote-213) Vale lembrar que o Grupo “Tortura Nunca Mais” apoio a separação.

Surge então uma emenda conciliadora, que preserva a redação quanto ao terrorismo e o tráfico, mas os separa da tortura.[[214]](#footnote-214) Ao longo de todo processo foram diversas emendas e destaques, dos quais colacionou-se os mais expressivos, havendo até emendas que punham o terrorismo ao lado da corrupção.[[215]](#footnote-215)

A redação seguinte, que já enquadrava o terrorismo no art. 5º e no inciso XLIV, contém a seguinte redação: “XLIV – A lei considerará inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, por ele respondendo os mandantes, os Executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”. Outras propostas de alteração se seguiram, desde uma que retirava os crimes hediondos do dispositivo, até que José Genoíno apresentou, desta vez, uma emenda visando a retirada do terrorismo e dos crimes hediondos.

Sandra Cavalcanti mais uma vez se manifestou sobre o tema, no sentido de diferenciar o terrorismo do crime político, reconhecendo que podem ser aliados, o que não seria uma condição necessária. Ela ressaltou a gravidade do crime, entendendo que deve permanecer [[216]](#footnote-216).

Qualquer que fosse o parâmetro de terrorismo pretendido pelo Constituinte originário, vale lembrar que nada do que fosse estabelecido nos idos dos anos oitenta valeria como paradigma com o pós 11 de setembro, mas restou inequívoca a intenção do constituinte em criminalizar o terrorismo por tratar-se de um atentado à democracia, semelhante àquilo que na época era identificado com a tortura, que também carecia de tipificação naquele momento.

Conforme demonstrado no item 3.1, o terrorismo foi mais uma vez ressignificado com o atentado às Torres Gêmeas, Washington e Pensilvânia, pois, com o episódio, foi possível perceber a extensão e a danosidade que terrorismo é capaz de produzir.

É possível notar, desde a Constituição, um maior empenho em legislar e firmar compromissos internacionais sobre o terrorismo. Por exemplo: lei 8.072/90, no art. 2º; lei 9.474/97, art 3º, III; Lei Complementar 105/01, art. 1º, §4º; lei 10.744/04, art 1º caput e §4º; a lei 12.850/13, art. 1º,§2º, II.[[217]](#footnote-217) [[218]](#footnote-218)

Quanto aos documentos internacionais sobre o terrorismo, o Brasil é signatário dos doze principais documentos das Nações Unidas sobre o tema, é possível citar: Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares (Decreto 95 de 1991), Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos que Prestem Serviço à Aviação Civil Internacional (Decreto 2.611 de 1998), Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, Inclusive Agentes Diplomáticos (Decreto 3.167 de 1999), Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns (Decreto 3.517 de 2000). Convenção sobre a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção (Decreto 4.021 de 2001), Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba (Decreto 4.394 de 2002) e a Convenção Internacional para Supressão ao financiamento do Terrorismo (Decreto 5.640 de 2005).[[219]](#footnote-219)

No âmbito Regional, o Brasil é signatário das três convenções da Organização dos Estados Americanos (OEA) relacionadas ao terrorismo, estando apenas uma na dependência de aprovação legislativa. Exemplifique-se: Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional (Washington, 1971); Convenção Interamericana Contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos (Washington, 1997); Convenção Interamericana Contra o Terrorismo (Bridgetown, 2002).[[220]](#footnote-220)

Ainda, no âmbito do Mercosul, é possível conferir destaque ao Acordo de Cooperação em Operações Combinadas de Inteligência Policial sobre terrorismo e Delitos Conexos entre os Estados-Partes do Mercosul.

O tópico tinha por objetivo demonstrar a relevância de Constituição de 1988 na delimitação de um compromisso interno e externo de repressão ao terrorismo. Em seguida, tratar-se-á do conceito, características e dificuldades na incriminação do terrorismo.

3.3 CONCEITOS E ELEMENTOS DO TERRORISMO

A definição do conceito de terrorismo é das questões mais emblemáticas para o Direito Penal Internacional. Embora não seja um fenômeno novo, o conceito de terrorismo ainda está a ser trabalhado pela doutrina, pois quem sobre ele labora enfrenta a dificuldade trabalhar sobre um conceito que oscila conforme o referencial. Para ilustrar tal desafio e apresentar os elementos comuns, colacionou-se, sem a pretensão de exaurir o tema, as definições de alguns autores.

Sobre a dificuldade que se impõe, Flávia Piosevan[[221]](#footnote-221) aduz que o desafio passa pela ruptura com a ótica tradicional de proteção dos direitos humanos: de um lado Estado violador em oposição à vítima singularmente considerada. No terrorismo o agente violador é um ator não estatal e a vítima, a população civil coletivamente considerada, apresentando um padrão de conflituosidade distinto.

Contudo, este não é o único desafio que envolve a atribuição de um conceito ao terrorismo. Cassese entende que a barreira mais relevante é o acordo entre os países desenvolvidos e países em desenvolvimento; enquanto estes postulavam que a noção de terrorismo não poderia envolver os atos de violência dos chamados “freedom fighters”[[222]](#footnote-222), aqueles vociferavam que nenhum tratamento poderia ser dado ao terrorismo a não ser que causas relacionadas a questão econômica, social ou política fossem profundamente debatidos [[223]](#footnote-223).

A questão ganha relevância no contexto brasileiro, não só pela ocorrência de grandes eventos esportivos, como também pelos movimentos sociais, a exemplo do MST (Movimento Sem Terra) e, num contexto bastante atual, das manifestações ocorridas desde junho de 2013.

Ocorre que eventualmente tais movimentos ganham maior agressividade, gerando um embate entre as noções de liberdade de manifestação e segurança pública. Recentemente a morte do cinegrafista Santiago Andrade, enquanto realizava a cobertura de um protesto contra o aumento das passagens no centro do Rio de Janeiro, atingido por um rojão, reacendeu a questão. [[224]](#footnote-224)

O debate apaixonado gerou propostas das mais diversas, inclusive a de incluir os manifestantes no anteprojeto de lei antiterrorismo. Por si só, a palavra terrorismo já implica um juízo de valor, dado o sentido negativo que apresenta. Deste modo, distinguir o manifestante do terrorista apresenta-se como um exercício ideológico. Cezar Roberto Bitencourt ilustra com a seguinte passagem:

“Nesse sentido, se tem dito que, por mais distantes que os Revolucionários franceses de 1789 estejam dos militantes do IRA, por exemplo, o elemento que produz a intersecção de ambos é o fato de se apresentarem como defensores da liberdade, enquanto seus opositores se esforçam por caracterizá-los como terroristas”[[225]](#footnote-225)

Fragoso, há mais de trinta anos, dizia que uma das dificuldades que o conceito de terrorismo oferece é que não existe um fator objetivo para diferenciá-lo do crime comum. As razões que distinguem o terrorismo do crime comum pouco têm a ver com a natureza dos atos, elas derivam do interesse da reação oficial a tais atos.[[226]](#footnote-226)

O tema foi pauta na Constituinte também, ao tratar a inclusão terrorismo em conjunto ou em separado com a tortura, o discurso do Sr. Gerson Peres reforçou:

“Com isso quero demonstrar a V. Ex.ª que o conceito de terrorismo é subjetivo. O crime de tortura é objetivo. Há sempre a vítima indefesa e o carrasco para supliciá-la.

(Palmas.) Mas pergunto a V. Ex.ª: quem é terrorista na África do Sul? O regime branco que comina com pena a atos que considera de terrorismo, ou o negro esmagado, que tem o direito de rebelião? (Palmas) Quem é terrorista na África do Sul? (Palmas.) Eu pergunto: o que acontecerá a um patriota chileno se acertar um tiro em Pinochet? Se a ditadura sobreviver, ele é terrorista; se a ditadura cair, ele é herói. Quantos chefes de Estado conheço que hoje governam nações e já foram acusados de terroristas! Quantas personalidades no mundo, por conta dos humores dos "poderosos-do-dia", foram consideradas terroristas!”[[227]](#footnote-227)

A esse respeito, Sarah Pellet afirma que uma rápida passagem pela legislação interna de alguns países permite concluir que há uma tendência a considerar os atos terroristas como infrações comuns, que ganham característica de terrorista em razão das motivações de seus autores, o que gera a compreensão de que o terrorismo pode percebido com um especial fim de agir.[[228]](#footnote-228)

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, ao tratar do tema, destaca a influência ideológica existente na conceituação de terrorismo, porquanto, aqueles que atuam contra o poder raramente se consideram terroristas, mas revolucionários, ao revés, os detentores do poder não raro invocam razões de Estado para a prática de violência ou restrições de direito, também chamado de terrorismo de estado.[[229]](#footnote-229)

A polêmica gerada cativa juristas, Legislador e imprensa.[[230]](#footnote-230) Assim, o terrorismo pode tomar parte apenas internamente num país, por uma organização particular ou pelo próprio Estado, o que não impede que exista o terrorismo fruto da realização ofensiva de uma organização ou país a outro[[231]](#footnote-231).

Sobre a determinação de um conceito de terrorismo, é possível afirmar que o terrorismo é frequentemente abordado em função de suas consequências, sendo uma árdua tarefa chegar a uma definição que contemple suas diversas facetas.[[232]](#footnote-232)

Lênin[[233]](#footnote-233) conferiu o seguinte sentido ao terrorismo:

“O terrorismo é a estratégia a que recorrem grupos de intelectuais, separados das massas, nas quais, na realidade, não confiam e às quais estão organicamente ligados, de modo que sua ação acaba por caracterizar-se no sentido de uma desconfiança em relação à insurreição, quando faltam condições necessárias para desencadeá-la”

O terrorismo é definido por Celso Mello[[234]](#footnote-234) como uma técnica de grupos que contestam o sistema, visando geralmente à mudança de governos, ou é usado por aqueles que pretendem chamar a atenção da opinião pública para determinado fato, ou ainda por aqueles que pretendem defender o sistema vigente.

Chama atenção a inclusão pelo autor no conceito de terrorismo tanto daquele praticado contra o governo, quanto daquele praticado pelos que pretendem defender o regime, dentre os quais encontra-se o terrorismo de Estado, que é aquele praticado pelas autoridades com o fim de gerar na população determinado comportamento.

Na doutrina estrangeira destaca-se o conceito dado por Eric David[[235]](#footnote-235), segundo quem o terrorismo pode ser conceituado como “todo ato de violência armada que, praticado com um objetivo político, social, filosófico, ideológico ou religioso, viola entre as prescrições do direito humanitário aquelas proibitivas do emprego de meios cruéis e bárbaros, do ataque de alvos inocentes, ou do ataque de alvos sem interesse militar”.

Jimenez Asúa[[236]](#footnote-236) classificava o terrorismo como um crime ou uma série deles que são tipificados pelo alarma por estes produzidos, ordinariamente motivado pelos meios de consecução que o terrorista tem por hábito utilizar.

Regis Prado e Luiz Roberto Araújo[[237]](#footnote-237) conceituam ato terrorista como:

 “todo aquele que tem como objetivo produzir terror ou intimidação em determinadas personalidades, grupos de pessoas ou na população de um estado, criando perigo comum para a integridade corporal ou visado a atingir a liberdade das pessoas (seqüestros), mediante emprego de meios cuja natureza cause graves perturbações da ordem de danos e de grande monta.”

Dada a diversidade de conceitos e de elementos, afirma-se não haver um conceito de terrorismo único. Cassese[[238]](#footnote-238), entretanto, sustenta que existe uma definição de terrorismo, pois o fenômeno também equivale a um crime internacional consuetudinário, cuja definição foi gradualmente emergindo e o que falta é o consenso quanto à possibilidade de inclusão dos “freedom fighters”, o que levou a um beco sem saída.

Leandro Moll[[239]](#footnote-239), por sua vez, também destaca a existência de uma *opinio juris communis* no sentido de que a repressão do crime de terrorismo visa a proteger valores fundamentais para a comunidade internacional como um todo, levando ao desenvolvimento de parâmetros internacionais que permitem a consolidação costumeira de um crime internacional autônomo de terrorismo.

Embora Cassese[[240]](#footnote-240) apresente o terrorismo como um camaleão, pois se manifesta sob diversas categorias de crimes, traça algumas características comuns. Uma das características mais marcantes seria a despersonalização da vítima, expressão cunhada por Mireille Delmas-Marty, segundo a qual o perpetrador ataca pessoas aleatoriamente, pouco importando sua identidade, uma vez que ela será somente uma ferramenta.

Não obstante a existência de alvos preferenciais, como militares, chefes de estado, lugares simbólicos, o terrorismo é marcado por sua cegueira, ignorância ou indiferença às vítimas, seja por via reflexa (numa espécie de dolo geral), seja atingindo a indistintamente a população, inclusive as vítimas mais frágeis, idosos, crianças e mulheres.[[241]](#footnote-241)

Outro traço distintivo é que o terrorismo deve apresentar nexo com um conflito interno ou externo, apresentando as marcas de crime contra a humanidade, ou envolver autoridades, exibindo dimensão transnacional. A última característica citada é a de ser criminoso tanto se cometido por particulares quanto por autoridades estatais.[[242]](#footnote-242)

Fragoso[[243]](#footnote-243), por sua vez, cita como elementos característicos do terrorismo o emprego de meios capazes de criar estragos consideráveis ou perigo comum, a violência ou ameaça de violência e o especial fim de agir constituído pelo propósito de atentar contra o sistema político-social vigente.

Quanto ao elemento violência, é possível fazer uma ressalva, vez que ele não se mostra imprescindível. Basta pensar nas hipóteses em que o terror se implanta em razão da aplicação de um veneno ou de microorganismos, vide a disseminação doença causada pelo bacilo *Anthracis* por correio nos Estados Unidos. Ou ainda mais atual, pode-se falar no *ciberterrorismo.[[244]](#footnote-244)*

No que tange ao especial fim de agir, Fragoso[[245]](#footnote-245) ressalva que tal característica não é uniformemente aceita, pois certas definições contentam-se com a provocação de terror, intimidação e danos extensos consideráveis.[[246]](#footnote-246) Contudo, o autor entende que tal característica é elementar, sob pena de não ser possível distinguir o terrorismo do crime comum.

Monteiro[[247]](#footnote-247) indica como características do terrorismo a criação do terror, a violência, o fim político de agir e, um diferencial, o requinte na organização e preparação das atividades, bem como o nível dos membros que delas participam.

O autor se utiliza de casos concretos para demonstrar a relatividade dos elementos que para parte da doutrina aqui citada compõe o terrorismo: o motivo político não é essencial, vide o seqüestro dos Ministros da OPEP, em Viena no ano de 1985; de outro lado, há fatos que não provocaram terror, mas que estão incluídos no contexto de terrorismo, como os assassinatos de Marthin Luther King e Robert Kennedy.

Após tantas conceituações e caracterizações, é necessário destacar que é inegável que o terrorismo tem uma forte vertente política e social, contudo, o elemento religioso também merece atenção. Regis Prado e Erika Carvalho[[248]](#footnote-248) conferem destaque a essa faceta “porque o objetivo político não é uma constante do atuar terrorista, já que este pode assumir várias formas, servindo-lhe freqüentemente de motivação não apenas a revolta política, mas também o levante social e o protesto religioso”.

Um último aspecto peculiar, que merece ser ressaltado, é que a lógica tradicional da prevenção especial e geral não se aplica ao terrorismo, mostrando-se ainda mais duvidosa do que em relação aos crimes comuns uma vez que seus autores estão dispostos a grandes sacrifícios pessoais, inclusive a morte para alcançar seu propósito.

O terrorismo impõe uma revisão de conceitos clássicos do direito penal, como o de bem jurídico, que para o terrorismo é coletivo; traz a necessidade da punição de atos preparatórios; leva a revisão dos conceitos de prevenção geral e especial, que, por si só já são questionáveis, no terrorismo tornam quase inúteis, dada entrega da vida em prol da causa, como no caso dos homens bomba.

Em virtude disso, verifica-se que, em nome da emergência que o terrorismo costuma evocar, muitas vezes suprimiu-se direitos fundamentais. [[249]](#footnote-249) Contudo, é recomendável a cautela para evitar que com as leis antiterroristas não se chegue ao que é o objetivo do terrorismo, a negação do Estado de Direito.[[250]](#footnote-250)

Para Figueiredo Dias o terrorismo se insere na lógica do Direito Penal do Futuro, junto com o Direito Penal do meio-ambiente, genética, criminalidade organizada, nos quais qualquer que seja a estrutura típica, participam substancialmente da natureza dos crimes de perigo abstrato, antecipação da proteção. Deste modo, verifica-se que o desafio de conceituar e tipificar o fenômeno do terrorismo é só o primeiro dos desafios.[[251]](#footnote-251)

**3.3.1 Terrorismo e crime político**

Outra dificuldade conceitual existente na conceituação de terrorismo é a sua distinção para o crime político, pois, se, por um lado, não há dúvidas de que a legislação converge para proteger o autor do crime político e evitar a impunidade do terrorista, por outro, distingui-los nem sempre é fácil. [[252]](#footnote-252)

O tema é há tempos abordado pela doutrina e pela jurisprudência, principalmente pela sua influência direta na extradição. Na tentativa de delimitar o conceito de crime político três teorias ganharam destaque.

A teoria objetiva leva em conta a natureza do bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão. Assim, os crimes políticos atentam contra a ordem política estatal, ameaçando sua organização político jurídica, não abrangendo condições existenciais do Estado, mas com o objetivo político de perturbar a ordem pública em um ou vários de seus elementos. [[253]](#footnote-253)

As teorias subjetivas, por sua vez, fundamentam o crime político na motivação interna que empolga o agente, sendo criminosos todos aqueles que buscam com sua conduta uma finalidade política. Neste caso, não importa a natureza do bem jurídico perseguido pelo autor, apenas sua finalidade.[[254]](#footnote-254)

As teorias mistas, mais aceitas na atualidade, unem os dois critérios, mesclando na definição de crime político os critérios objetivo e subjetivo. No delito político, então, devem estar associado ao bem ou interesse jurídico ofendido o fim político.[[255]](#footnote-255)As teorias mistas são ainda divididas em extensiva ou restritiva, conforme adotem os critérios objetivo e subjetivo alternativamente ou cumulativamente.

Hungria parece adotar a teoria mista ao dizer que crimes políticos “são os dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais”.[[256]](#footnote-256)

Fragoso também adota a teoria mista, conferindo especial destaque ao fim de agir do crime político, representado pelo propósito de atentar conta a segurança do estado. Citando Soler, Fragoso esclarece que não é suficiente que o fato esteja dirigido contra os interesses do Estado (como no peculato), mas é preciso que atente contra suas condições políticas e com motivações políticas, não pessoais. Assim, não basta o critério do direito lesado, o fim político deve ser elemento essencial da noção de crime político.[[257]](#footnote-257)

Em meio a uma gama de classificações, um critério se destaca em relevância para os fins deste trabalho, quanto ao objeto material atingido. O esforço empenhado busca transferir o terrorismo para os crimes comuns, distinguindo-o dos crimes políticos e retirando daquele o privilégio concedido a este. Neste sentido os crimes políticos podem ser puros, complexos ou conexos.

Os crimes políticos puros são os que se dirigem contra a forma e a organização políticas de um Estado.[[258]](#footnote-258) Os crimes políticos complexos são infrações que atingem simultaneamente a ordem político-social e bens jurídicos do direito comum, a exemplo do homicídio de um chefe de Estado ou governo. Já os delitos conexos aos crimes políticos ocorrem com a perpetração de delitos de natureza política e de natureza comum, unidas por uma relação de conexidade, a exemplo de saques realizados por insurgentes.[[259]](#footnote-259)

A distinção entre os delitos complexos e conexos reside no fato de que naqueles prepondera o elemento subjetivo, o fim ou o motivo que impulsiona o agente, enquanto estes têm em sua essência um limite objetivo, qual seja, a atrocidade dos fatos perpetrados.[[260]](#footnote-260)

Nesse sentido, é esclarecedor o seguinte excerto:

“Ainda que da utilização de meios fortemente destrutivos resulte a aniquilação ou a desestabilização do sistema político-social vigente, o terrorismo não se confunde com o delito político nem pode ser a ele equiparado. E isso porque o delito terrorista revela tal crueldade - sobretudo na seleção dos meios executórios (capazes de produzir efeitos físicos, fisiológicos e psicológicos gravíssimos) e na forma de sua utilização - que conduz à inevitável necessidade de defesa não desse ou daquele Estado, mas de toda a comunidade internacional de seus efeitos altamente lesivos.”[[261]](#footnote-261)

Uma semelhança que pode ser facilmente apontada é a dificuldade de delimitação precisa e a consequente facilidade de manipulação dos conceitos de terrorismo e crime político. Nesta senda, Fragoso[[262]](#footnote-262) alerta para a possibilidade de redução dos crimes políticos ao crime de opinião. Embora não tenha o autor feito tal ressalva, parece que essa possibilidade só existiria em se tratando de crime político puro.

Há ainda quem trate os crimes políticos numa classificação dicotômica: crimes políticos absolutos e crimes políticos relativos. Aqueles traduzem-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe e afetar-lhe a ordem política e social. Estes exprimem uma concreta motivação político-social de seu agente, projetando-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum.[[263]](#footnote-263)

Como a lei não definiu atos de terrorismo nem crimes políticos, cabe à jurisprudência traçar os contornos destes conceitos e separar crimes comuns de crimes políticos.

Definidas as premissas (ainda que não uniformemente) atribuídas ao fenômeno do terrorismo, passa-se a análise da criminalização do terrorismo pelo ordenamento brasileiro.

3.4 O CUMPRIMENTO DO MANDATO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO

As medidas preventivas e repressivas ao terrorismo requerem um esforço internacional de cooperação. Outrossim, impõe-se uma conjugação do ordenamento internacional com a legislação pátria, em nome da efetividade das normas internacionais, bem como da harmonia entre ordenamento jurídico interno e externo.

Embora seja uma questão tradicionalmente mais debatida em fóruns internacionais, o terrorismo não é uma figura estranha ao legislador brasileiro. Particularmente, antes da Constituição de 1988 ele foi explorado pelo legislador em um sem número de decretos e algumas leis. Com a primeira constituição pós-ditadura, inúmeras menções legais ao terrorismo surgiram, sem que, contudo, algum conceito fosse delimitado ou que houvesse uma tipificação precisa do crime de terrorismo.

Em termos de elementos do crime, houve uma inversão nos elementos do delito de terrorismo: sabe-se que a conduta é ilícita, existindo uma série de normas penais (v. item 3.2) que remetem ao terrorismo, que, no entanto, carece de tipificação autônoma.

Tal afirmativa não é pacífica na doutrina, havendo quem sustente que já houve uma tipificação da conduta de terrorismo, com o art. 20 da doravante citada lei 7.071 de 1983.[[264]](#footnote-264)

Neste sentido, Mirabete[[265]](#footnote-265) contraditoriamente entende que embora não esteja especificamente definido em lei, pode ser identificado em alguns dispositivos da lei n. 7.170 de 1983:

“O terrorismo, porém, também não está especialmente definido em lei, mas pode ser conceituado como a criação do terror, a prática de violência com o fim político e o requinte na organização e preparação das atividades. O terrorismo pode ser identificado em algumas das condutas previstas na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170, de 14-12-83), em especial no art. 20, que se refere especificamente a ele.”

Antonio Scarance Fernandes[[266]](#footnote-266), por sua vez, sequer questiona a validade da lei n. 71.70/83, afirmando que o terrorismo está previsto no art. 20 da referida lei, tratando o dispositivo de um crime de ação múltipla, no qual uma das condutas é a de praticar atos de terrorismo.

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio[[267]](#footnote-267) também entendem que o art. 20 da lei n. 7.170 de 1983 tipifica o terrorismo, no entanto, não fundamentam seu entendimento.

Contudo, parece que mesmo sob a égide da Constituição anterior, não havia o reconhecimento de um tipo penal do terrorismo.

Fragoso entendia não haver uma específica figura de delitos denominada “terrorismo”. Ainda na vigência da lei 6.620 de 1978 (e não mais um decreto-lei como fora até então, não obstante a lei tenha sido resultado da conversão de um projeto de iniciativa do Executivo transformado em lei por decurso do prazo), cujo art. 26 previa a prática de terrorismo, o autor entendia que ao definir o crime simplesmente reproduzindo seu *nomen iuris o* legislador ofendia a reserva legal, que proibia a incriminação vaga e indeterminada, e consequentemente violava a Magna Carta.[[268]](#footnote-268)

No que tange a lei n. 7.170/83 e a nova ordem instituída com a Constituição de 1988, Barroso diz que, com a Constituição, foi a superado o regime que tinha como um de seus fundamentos ideologia de segurança nacional[[269]](#footnote-269), e toda carga autoritária que dela decorria.

A Lei de Segurança Nacional não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito introduzido pela Constituição de 1988, embora tenha sido promulgada no período menos agudo do regime militar, ainda foi contemporânea da intolerância política e do conflito ideológico mundial.[[270]](#footnote-270) [[271]](#footnote-271) Na definição dos crimes a lei emprega uma terminologia superada e impregnada de subjetivismo ideológico e facciosismo político.

Assim, além da não recepção explícita de inúmeros dispositivos, há também uma incompatibilidade de sistema com a nova ordem constitucional, incompatíveis com o pluralismo político garantido no art 1º, V da CF 88.

Por tais razões, não se pode admitir que a lei n. 7.170/83 permaneça válida no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, esse não é o único argumento da doutrina contrária a tipificação do terrorismo no art. 20 da lei.

Para Antonio Lopes Monteiro o terrorismo ainda não foi retratado por nenhuma figura específica de delito. Destaca que tanto na lei 6.620/78 quanto na lei 7.170/83 a forma de terrorismo considerada figura como espécie de crime político, retomando as lições de Fragoso[[272]](#footnote-272), assevera que, não existindo o caráter político, diante de tais legislações haverá o crime comum.[[273]](#footnote-273)

Pela relevância da análise do artigo 20 da lei n. 7.170/83, cita-se:

“Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.”

Ademais, o dispositivo supracitado se restringe a discutir o *nomen iuris* como definição do legal tipo, permanecendo a noção de terrorismo sob a zona de incerteza, razão pela qual não é aplicável, em prestígio ao princípio da reserva legal.[[274]](#footnote-274)

Numa análise gramatical um pouco mais detida, Alberto Silva Franco[[275]](#footnote-275) entende que não existe o tipo de terrorismo seja como crime comum seja como crime contra a Segurança Nacional.

Tratando-se de tipo misto alternativo[[276]](#footnote-276), o verbo “praticar” e o objeto direto “atos de terrorismo” têm força equivalente aos demais verbos; contudo, a conduta de praticar, por si só, não possui carga de ilicitude, como os demais verbos do tipo, de modo que sua ilicitude depende diretamente do que seriam os “atos de terrorismo”, que, em verdade, é uma cláusula geral, elástica, permitindo ao legislador nela enquadrar a seu bel-prazer qualquer conduta humana, ferindo o princípio constitucional da legalidade.[[277]](#footnote-277)

Regis Prado e Erika Carvalho são taxativos ao afirmar que não houve tipificação do delito de terrorismo, ainda que sob a égide da lei 7.170/83, pois a expressão consignada ao final do tipo penal – “atos de terrorismo” - não passa de cláusula geral, vaga e imprecisa, que confere ao intérprete vasta margem de discricionariedade.

Parece ter o Legislador incidido no mesmo vício que a lei anterior, esquivando-se do dever de bem definir os denominados “atos de terrorismo” e optando pelo emprego de expressão tautológica e ampla, o que afronta o princípio constitucional da legalidade (art.5º, XXXIX, CF; art.1º, CP), sobretudo na sua vertente da taxatividade/determinação. A incriminação insculpida no art.20 da Lei de Segurança Nacional contrasta com o imperativo inafastável de clareza, precisão e certeza na descrição das condutas típicas, relevando-se aquém das mais elementares exigências garantistas.[[278]](#footnote-278)

Em análise do referido dispositivo, Artur de Brito Gueiros Souza assevera que a falta de definição adequada do terrorismo se faz presente em nosso direito interno, desafiando o cumprimento do princípio da legalidade penal.

O Professor explica que, dentre outras elementares, o dispositivo refere-se aos “atos de terrorismo” agregado ao especial fim de agir “inconformismo político” ou “obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”, não havendo, porém, descrição desses “atos de terrorismo”, a não ser por exclusão, em relação às elementares que a precedem.

Merece, ainda, a ressalva de não se tratar de uma lei penal em branco[[279]](#footnote-279) ou de um tipo penal aberto, o que não atenderia ao princípio da taxatividade, tendo em conta seu caráter vago.[[280]](#footnote-280)

Ademais, tendo em conta o período histórico em que foi promulgada, a lei 7.170 de 1983 tem sua legitimidade viciada porquanto proveniente de um período ditatorial, que, inclusive, não consegue se mascarar devido à notável abertura existente no especial fim de agir constantes do tipo penal em questão.

Luciano Feldens nos comentários ao art. 5º, XLIII afirma que, quanto ao terrorismo, ainda pende tipificação específica, pois a lei 7.170/83 é imanente de período delicado da história brasileira, de matriz autoritária, sendo, nas palavras dele, pitoresco que possa a mesma lei servir à tutela de um Estado Democrático. Para que fosse tomada por válida, haveriam de ser substituídos diversos conteúdos normativos da lei extraídos, mediante a distinção entre texto e norma, em recuperação de sentido de seus enunciados textuais à luz da realidade política do momento.[[281]](#footnote-281) [[282]](#footnote-282)

José Afonso da Silva observa que a lei ainda não definiu o crime de terrorismo, pelo que não há tal crime, o que não obsta que atos terroristas gerem outros crimes.[[283]](#footnote-283)

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves acrescenta que a lei 7.170 de 1983 define apenas parcialmente o crime, porque inscreve na definição o objeto a ser definido, sem contar que equipara condutas díspares como os atos de terrorismo e depredação ou seqüestro, entre outros. Ademais, a lei em comento não foi recepcionada pela Constituição de 1988, eis que nela o modo de descrição dos crimes ecoa o regime militar, não tutelando o Estado Democrático de Direito nos moldes que merece a nova Carta.*[[284]](#footnote-284)*

Neste sentido, extrai-se um trecho dos debates da Constituinte de 1988 em que o Sr. Aldo Arames[[285]](#footnote-285) reconhece o caráter duvidoso da lei 7.170/83 ao falar do tratamento conferido aos torturadores durante a ditadura:

“Tais atos nos remetem à compreensão de que esta política, esta prática, foi conduzida sob a égide da famigerada Lei de Segurança Nacional, e que é necessário que esta Assembléia Constituinte tenha bem presente a necessidade de Jogar na lata do lixo a teoria de segurança nacional, que foi o suporte do terrorismo da ditadura militar e que é necessário restabelecermos uma concepção democrática de segurança nacional, e é necessário discutirmos e redefinirmos o papel das Forças Andadas no Estado brasileiro.”[[286]](#footnote-286)

Ainda na Constituinte, vale a menção ao fato de ter a Lei de Segurança Nacional tido sua vigência suspensa durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, conforme decidido na sessão de 12 de agosto de 1987. Resta transcrever interessante trecho da justificação:

A Lei de Segurança, subproduto da Doutrina de Segurança Nacional, constitui, inequivocamente, o mais perigoso entulho autoritário que subsiste na ordem jurídica do País. Sua revogação constitui um dos compromissos básicos da Aliança Democrática, em virtude de sua incompatibilidade com o Estado de Direito.

Ocioso transcrever inúmeros pronunciamentos do saudoso Presidente Tancredo Neves e do Presidente da Assembléia Nacional Constituinte contra a Lei de Segurança Nacional.

 Como decorrência da aprovação da futura Constituição, essa malsinada lei será substituída por um novo diploma legal, que colocará a defesa do Estado de Direito e dos poderes constitucionais como o centro e objeto da tutela jurídica.[[287]](#footnote-287)

Deste excerto extrai-se o reconhecimento do próprio Constituinte de que a Lei consistia em um reflexo do período ditatorial em seus dispositivos e, consequentemente, representava uma ameaça ao exercício com plena soberania a tarefa atribuída à Assembleia Nacional Constituinte.

Rodrigo de Souza Costa também entende que o mandado de criminalização ainda não foi cumprido, sendo certo que não existe definição legal no Brasil em torno do terrorismo, por ser a lei n. 7.170 incompatível com a Constituição de 1988.[[288]](#footnote-288)

Leandro Moll reforça que o art. 20 da lei de Segurança Nacional não alude a “atos de terrorismo” como fato típico autônomo e muito menos os incrimina como tal, mas se utiliza do termo como elemento constitutivo do tipo penal diverso. Embora ocupe lugar central na norma incriminadora, a conduta denominada de atos de terrorismo carece de definição e não pode, por si só, servir de base para uma persecução criminal, sob pena de violação da legalidade.

Sobre a possibilidade de o conceito de terrorismo advir de outra norma, como se o art. 20 fosse um norma penal em branco, o autor esclarece que, se assim fosse, a única possibilidade de transportar um conceito legal seria o imanente do §4º, art 1º da lei 10744/2003 de “ato terrorista” que, no entanto, é insatisfatória e insuficiente para fins penais, sendo demasiado ampla e vaga, porquanto se propõe a definir os atos terroristas para a responsabilização civil perante terceiros em caso de atentado terrorista.[[289]](#footnote-289)

Desta forma, não obstante as referências a um “crime de terrorismo”, o Direito Penal brasileiro não chegou a criminalizar o terrorismo, não tendo tipificado a conduta de forma autônoma. A única definição de ato terrorista é a constante na lei 10.744/03, que não apresenta pretensões de criminalização, insistindo mais uma vez no vicio da tautologia ao conceituar ato terrorista como ato com fins terroristas.[[290]](#footnote-290)

De semelhante, a lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) limita-se a consignar que o terrorismo, bem como os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória (art.2º, I e II), abstendo-se, porém, de tipificar tal conduta. A ausência de expressa definição do terrorismo conduz à conclusão de que é inaplicável o disposto no citado diploma legal.[[291]](#footnote-291)

A lei que define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados, a lei n. 9.474/97 em seu art. 3º, III exclui da condição de beneficiários do refúgio aqueles que tiverem praticado, dentre outros crimes, o de terrorismo.

A lei complementar n. 105/01 em seu art. 1º, caput e §4º trata do terrorismo na medida em que ele representa uma das causas para o afastamento, por meio de decisão judicial, dos sigilos financeiro, bancário e fiscal.

A lei que trata das organizações criminosas, lei n. 12.850/13, em seu art. 1º, §2º criminaliza existência de organizações criminosas terroristas, inserindo-as no rol das demais organizações e, por consequência, regulando também relativamente a elas novos meios de obtenção de prova e os poderes de investigação destinados aos casos que envolvem organizações criminosas em geral.[[292]](#footnote-292) [[293]](#footnote-293)

Merece destaque que a obrigação de criminalizar advém não só da norma constitucional, como também dos compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário. A exemplo da Convenção internacional para a supressão de atentado com bomba, que cria a obrigação em seu art. 5º, para os Estados-parte de prever na legislação interna medidas para assegurar que os autores desses crimes sejam apenados de forma condizente com sua gravidade.[[294]](#footnote-294)

Todavia, ainda que houvesse uma norma de fonte internacional vinculante para o Brasil que definisse suficientemente a conduta terrorista, a considerando crime, o autor não poderia ser processado criminalmente com base nela, eis que deve haver lei interna que tipifique e comine a pena (em virtude do principio da legalidade).[[295]](#footnote-295) [[296]](#footnote-296)

Constata-se atualmente a necessidade urgente de se controlar em efetivo – sobretudo em face da extrema gravidade de que se reveste o fenômeno - as formas modernas assumidas pela delinqüência terrorista. A existência de uma legislação própria que enfrente a questão é fator decisivo para o combate eficaz dos atos terroristas, lacuna essa ainda existente no ordenamento jurídico brasileiro.[[297]](#footnote-297)

Assim, a omissão inconstitucional deverá ser suprida, seja por uma nova lei[[298]](#footnote-298), seja pela inclusão de um novo tipo no Código Penal.[[299]](#footnote-299)

3.5 AS TENTATIVAS LEGISLATIVAS DE CRIMINALIZAÇÃO

Não obstante à carência de uma legislação específica para o terrorismo, que o preveja como crime autônomo, ao longo dos últimos anos o legislador ordinário se apressou em criar projetos de lei que tratassem da figura. Os parágrafos seguintes se destinam a citar alguns dos projetos de lei, sem a pretensão de ser exauriente, mas de expor a atividade legislativa e os contornos que o tipo penal do terrorismo tende a tomar.

O projeto de Lei n.º 2.462/91 de autoria do então deputado Helio Bicudo ao tratar dos Crimes contra o Estado de Direito e a Humanidade define em seu art. 11 a ação terrorista como aquela que pretende “devastar, saquear, assaltar, explodir bombas, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, com dano ou perigo efetivo a pessoas ou bens, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República.”.[[300]](#footnote-300)

Em 09 de maio de 2002 o Poder Executivo apresentou à Câmara dos deputados o Projeto de Lei 6.764, o qual, buscando acrescentar ao Código Penal o Título XII, sob rubrica “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito” sugere a revogação da lei 7.170/83. O Projeto foi apresentado ao Presidente da República pelo à época Ministro de Estado da Justiça Miguel Reale Junior, após remetido à Câmara, foi apensado ao Projeto de Lei 2.464/91 de autoria do então deputado Helio Bicudo e segue pendente de apreciação.[[301]](#footnote-301)

Segundo Leandro Moll[[302]](#footnote-302), este dois projetos possuem a vantagem de superar o impasse apresentado pela lei n. 7.170/83, propondo um crime autônomo, com uma definição mais clara e penas independentes. O PL n. 6.764 ainda apresentaria a vantagem de incluir no tipo subjetivo a motivação política e a intenção de infusão de terror.

Já o projeto de Lei n.º 149/2003, de autoria do Deputado Alberto Fraga, pretende alterar o Código Penal e definir a conduta como “praticar crime, por motivo de faccionismo político, religioso, filosófico ou étnico, com o fim de prejudicar a integridade ou a independência nacional, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado, forçar a autoridade a praticar um ato ilegal, a abster-se de praticar o que a lei manda, ou ainda intimidar pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral, causando insegurança, pavor pânico ou dano, físico, moral ou psicológico.”[[303]](#footnote-303)

Mais recentemente, o Projeto de Lei n.º 7.485/2006 propôs definir terrorismo usando a antiga Lei de Segurança Nacional, por meio de uma modificação no seu artigo 20, com a seguinte redação: “§2º Incide nas mesmas penas quem saqueia invade depreda ou incendeia propriedade alheia, ou mantém quem nela se encontre em cárcere privado, com o fim de manifestar inconformismo político ou de pressionar o governo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”. [[304]](#footnote-304)

Parece não ser a melhor opção uma adaptação da velha lei n. 7.170/83, pois, conforme já demonstrado neste capítulo, a ressignificação do terrorismo com o 11 de setembro demanda uma nova norma que trate da nova roupagem do crime de terrorismo, sendo inadequado uma adaptação da velha Lei de Segurança Nacional, com toda sua carga doutrinária e imprecisão.

O Projeto de Lei n.º 7.765/2010 de autoria do deputado Nelson Goetten define a matéria como “qualquer ato praticado com o uso de violência ou ameaça por pessoa ou grupo de pessoas com o intuito de causar pânico, através de ações que envolvam explosivos ou armas de fogo, com vistas a desestabilizar instituições estatais.” [[305]](#footnote-305)

O Projeto de Lei do Senado n. 728/2011 de autoria dos senadores Marcelo Crivella, Ana Amélia e Walter Pinheiro, por sua vez, define terrorismo como a conduta de “provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa à integridade física ou privação da liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial, étnico ou xenófobo: (...).”[[306]](#footnote-306)

Tal projeto de lei tem o particular de ser uma lei temporária cuja eficácia subsistiria ao encerramento dos eventos Copa das Confederações e Copa do Mundo, hipótese que demonstra a aplicabilidade real da problemática levantada no capítulo 2 deste trabalho, que versa a respeito da inconstitucionalidade de lei temporária envolvendo o cumprimento de mandado constitucional de criminalização, se do fim de sua vigência não restar novamente descumprido o mandado.

O Projeto de lei n. 3.714/12 de autoria do deputado Edson Pimenta que considera terrorismo “qualquer ato praticado com uso de violência ou ameaça por pessoa ou grupo de pessoas com intuito de causar pânico, através de ações que envolvam explosivos ou armas de fogo, com vistas a desestabilizar instituições estatais”.

O Projeto de Lei 4.674/12 de autoria do deputado Walter Feldman adota uma estrutura diferenciada e tipifica como terrorismo os crimes que lesem ou exponham a perigo a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção ou o patrimônio das pessoas. Atentados contra aeronaves, embarcações marítimas, plataformas fixas em alto mar e materiais explosivos e nucleares também serão considerados atos de terror, assim como o financiamento e a preparação de tais atos. As penas variam de dois anos de prisão, no caso de associação de pessoas com fins terroristas, até 30 anos, para o caso de morte de pessoa que goze de proteção internacional.[[307]](#footnote-307)

O projeto de lei do Senado n. 499 de 2013, em seu art. 2º define terrorismo como ato de “provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa ou tentativa de ofensa à vida, à integridade física, à saúde ou à liberdade da pessoa, quando: (...)”.[[308]](#footnote-308)

A redação originária do dispositivo excluía o fim de agir, atendo-se somente ao resultado, razão pela qual sofreu a primeira emenda e foi duramente criticado. Não fosse incluído o especial fim de agir, qualquer conduta que causasse pânico ou terror generalizado, poderia ensejar a imputação de terrorismo. Ademais, é das características do terrorismo ter um objeto material do crime comum, diferenciando-se pela finalidade.

Por fim, o projeto de reforma do Código Penal Brasileiro[[309]](#footnote-309), iniciado no ano de 2013 e também em tramitação legislativa, definiu o crime de terrorismo no suposto novo artigo 239 do Código como:

**Art. 239.** Causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos deste artigo, quando:

**I** – tiverem por fim forçar autoridades públicas, nacionais ou estrangeiras, ou pessoas que ajam em nome delas, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe;

**II** – tiverem por fim obter recursos para a manutenção de organizações políticas ou grupos armados, civis ou militares, que atuem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ou

**III** – forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, sexo, identidade ou orientação sexual, ou por razões políticas, ideológicas, filosófica sou religiosas.

**§ 1º** Sequestrar ou manter alguém em cárcere privado;

**§ 2º** Usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

**§ 3º** Incendiar, depredar, saquear, explodir ou invadir qualquer bem público ou privado;

**§ 4º** Interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática e bancos de dados; ou

**§ 5º** Sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com grave ameaça ou violência a pessoas, do controle, total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meios 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 e instalações militares:

**Pena** – prisão, de oito a quinze anos, além das sanções correspondentes à ameaça, violência, dano, lesão corporal ou morte, tentadas ou consumadas.

**Forma qualificada**

§6º Se a conduta é praticada pela utilização de arma de destruição em massa ou outro meio capaz de causar grandes danos:

Pena – prisão, de doze a vinte anos, além das penas correspondentes à ameaça,violência, dano, lesão corporal ou morte, tentadas ou consumadas.

**Exclusão de crime**

§ 7º Não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade.

O projeto apresenta alguns problemas como amplitude das finalidades descritas, cumulação excessiva da pena e o inconcebível esquecimento do homicídio, o que, no entanto, não exclui um esforço legislativo no sentido de incluir o tipo do terrorismo no Novo Código Penal.[[310]](#footnote-310)

Finalmente, cabe mencionar que, apesar da inexistência de um tipo específico para o crime de terrorismo, atendendo ao mandado constitucional de criminalização, o Supremo Tribunal Federal tem sido levado a lidar com o terrorismo conforme demonstrado no capítulo seguinte.

**4. O TERRORISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O capítulo anterior permitiu concluir que não há no Brasil legislação que tipifique valida e autonomamente o crime de terrorismo. No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem sido levado a lidar um conceito de terrorismo, mesmo diante da inexistência do crime de terrorismo por meio do instituto da extradição.

Por esta razão o quarto capítulo do trabalho consiste num breve estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que envolve pedido de extradição por crime de terrorismo, seja para entender como distingui-lo do crime político, seja para compreender como suprir a necessidade da dupla incriminação para concessão da extradição.

Com a análise, pretender-se extrair parâmetros concreto traçados pela Corte Suprema em torno do possível conteúdo que o terrorismo pode ter no Brasil.

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA EXTRADIÇÃO

A extradição é um instituto de cooperação internacional de combate à criminalidade[[311]](#footnote-311) que envolve questões de duas naturezas, penal e internacional. A questão penal decorre do cometimento de um crime, em um determinado território, e a necessidade de punição de seu autor, enquanto a questão internacional surge com a evasão do autor do crime para outro território, onde, por uma questão de soberania, a lei do país em que o crime foi cometido não se aplica de plano.

**4.1.1 Conceito**

Consoante Francisco Rezek[[312]](#footnote-312) a “extradição é a entrega, por um território a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir a pena.”

O instituto em tela surge para equacionar o impasse, evitando a impunidade do autor do delito, entregando-o ao país onde foi cometido o crime para que este trate da devida reprimenda penal. Ao Estado requisitante importa garantir a repressão de um delito cometido em seu território, ao Estado requisitado importa auxiliar no combate ao crime e fortalecer a ordem jurídica como um todo.[[313]](#footnote-313)

A extradição pode ser passiva ou ativa. Será ativa quando o governo brasileiro requerer a outro país a extradição de um foragido da Justiça brasileira. De outro giro, será passiva quando outro país requerer à Justiça brasileira a extradição de um indivíduo que se encontra em território brasileiro.

**4.1.2 Procedimento**

O procedimento da extradição é dividido em três fases: a primeira e a última administrativas e a segunda essencialmente judiciária, de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “g” da Constituição, art 207 do RISTF, art 83 da lei n. 6.815/80).

 Na primeira fase o Estado estrangeiro faz seu pedido de extradição ao Ministério das Relações Exteriores brasileiro, por via diplomática, que é encaminhado ao Ministério da Justiça. Este faz uma apreciação formal e, entendendo pelo cabimento encaminha até o envio ao Supremo Tribunal Federal.[[314]](#footnote-314)

Chegando no Supremo Tribunal Federal, é da competência do Ministro relator decretar a prisão do extraditando, sendo esta condição para o seguimento do processo (art. 208 do RISTF e 84 da lei n. 6.815/80). Desde então o extraditando fica à disposição do Tribunal, que determina a realização do interrogatório, bem como a apresentação em 10 dias de defesa técnica (art. 210 do RISTF e 85 da lei n. 6.815).

O Procurador-Geral da República tem 10 dias para dar parecer (art. 212 do RISTF), com o que o feito fica pronto para julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O juízo exercido pelo Supremo Tribunal Federal é apenas de legalidade, isto é, apurar a presença dos pressupostos previstos na lei interna e no caso concreto, sendo lhe vedado emitir juízo quanto ao acerto ou desacerto da Justiça estrangeira.[[315]](#footnote-315)

Ao final, será dada ao Governo ciência da decisão da Corte Suprema e ele decide se entrega ou não o extraditando ao Estado requerente[[316]](#footnote-316). É ele, o Chefe do Executivo, quem cientifica o Estado requerente da decisão que, conforme o caso, tem 60 dias para retirar o extraditando do território nacional.[[317]](#footnote-317)

**4.1.3. Requisitos da extradição**

A extradição é regida por algumas condições e limites. Preliminarmente, é necessário esclarecer que o instituto pode ser de duas espécies: instrutório ou executório. A extradição instrutória é aquela cuja finalidade é submeter o extraditando a julgamento, enquanto a executória tem por objetivo fazer com que o extraditando cumpra a pena a que foi condenado. [[318]](#footnote-318)

Assim, primeira condição é a existência de um processo criminal no Estado requerente[[319]](#footnote-319).

A segunda condição é que o crime cometido tenha um mínimo de gravidade, de modo que não cabe extradição por crimes cuja pena seja igual ou inferior a um ano, de modo que não é possível extradição por contravenção. Além disso, o crime deve ser punível, não restando extinta a punibilidade, de onde se extrai que anistia, prescrição e demais causas de extinção da punibilidade[[320]](#footnote-320) impediriam que fosse concedida extradição.[[321]](#footnote-321) [[322]](#footnote-322)

O crime imputado ou pelo qual foi condenado o extraditando deve estar sujeito à jurisdição penal do Estado requerente, que pode sofrer a concorrência de outro Estado, que não a brasileira.[[323]](#footnote-323)

Outra condição é que o sistema jurídico do país requerente respeite os direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana. Assim, não é possível a extradição para responder perante tribunal de exceção ou ser condenado a penas não aceitas pelo ordenamento brasileiro.[[324]](#footnote-324)

Outro compromisso do Estado requerente na extradição passiva é o de não julgar ou apenar o extraditando por fatos anteriores ao pedido (cf. art. 91, I da lei n. 6.815/80), ao não ser que o solicite expressamente, como fez na Extradição 417.[[325]](#footnote-325)

Na mesma linha, há o compromisso do Estado requerente de não entregar a outro Estado que reclame o extraditando sem o consentimento do Brasil (art. 91, IV), na figura do Supremo Tribunal Federal, e da concordância do Presidente a República, dando origem a reextradição.[[326]](#footnote-326)

Deve haver um tratado de extradição que regule o procedimento entre os dois países envolvidos, ou, na falta dele, a promessa de reciprocidade, por parte do requerente, que não implica sua aceitação compulsória, podendo ser rejeitada, sem fundamentação pelo Supremo Tribunal Federal.[[327]](#footnote-327) A promessa, que pode ser pré-existente ou superveniente apenas garante que, uma vez autorizada pelo Corte Suprema, a extradição será realizada.

De acordo com o art. 76 do Estatuto de Estrangeiro (Lei n. 6.815/80) é por meio da promessa de reciprocidade que o Requerente se obriga a acolher, de acordo com seu Direito interno, idêntico pedido de extradição formulado pelo ora Estado requerido.[[328]](#footnote-328)

Existe ainda o princípio da dupla incriminação do fato - também chamado de dupla identidade da infração-, segundo o qual o crime deve ser tipificado tanto na legislação do Estado requerente quanto na lei brasileira, pouco importando variações terminológicas ou categóricas quando ao potencial ofensivo, referindo-se ao *ius puniendi[[329]](#footnote-329)* [[330]](#footnote-330)*.*

Walter Claudius Rothenburg entende que tal princípio afeta somente à extradição instrutória.

Frederico Marques, citado por Rezek,[[331]](#footnote-331) afirma que, seguindo esta lógica, o Tribunal deveria, por exemplo, negar a extradição do menor de dezoito anos, por homicídio, reclamada pela Argentina ou pelo Estado Unidos, por exemplo. Os três ordenamentos tipificam o homicídio, mas, no caso da Brasil, careceria de punibilidade.

Outro ponto a ser destacado sobre a dupla incriminação é a desnecessidade de coincidência entre tipos[[332]](#footnote-332), a exemplo da Extradição 663, em cuja ementa consta o seguinte:

“EMENTA: Extradição.

(...)

- Ocorrência, no caso, de incriminação do fato tanto no direito italiano quanto no direito brasileiro. Para essa dupla incriminação basta que o fato seja capitulado como crime no direito estrangeiro e no direito brasileiro, ainda que o tipo neste não corresponde ao daquele. (...)” (sem grifo no original) (Ext 663, Relator(a):  Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1996, DJ 19-12-1996 PP-51765 EMENT VOL-01855-01 PP-00016)

**4.1.4. Limites ao poder de extraditar**

Quanto aos limites ao poder de extraditar, o primeiro deles refere-se à nacionalidade do extraditando.

O extraditando não pode ser nacional brasileiro, pois o Brasil em sua Constituição (arts. 5º, LI) e no Estatuto do estrangeiro (art. 77, I da lei n. 6.815/80) protegeu o brasileiro nato da extradição, em qualquer circunstância, ressalvando o naturalizado, quando o crime for de tráfico de drogas ou for cometido anteriormente à naturalização[[333]](#footnote-333). O fundamento desta regra é o fato de a Justiça estrangeira poder ser injusta com o nacional de outro Estado ao processá-lo e julgá-lo.

Não obstante, a regra não é unanimidade, havendo alguns países que admitem a extradição de nacionais como Estado Unidos, Reino Unido, Colômbia, os Estados da União Europeia entre si e a Itália (se houver reciprocidade).[[334]](#footnote-334)

Finalmente, o crime deve ser comum, havendo exceção legal e constitucional à concessão de extradição para o crime político, v. art. 77, VII da lei n. 6.815/80 e art. 5º, LII da Constituição Federal[[335]](#footnote-335). Pela relevância do tema para este trabalho, este pressuposto será tratado em item diverso.

4.2 CRIME POLÍTICO E TERRORISMO NA EXTRADIÇÃO

Os fundamentos para a proteção ao crime político são os mais variados e vão desde a parcialidade de um julgamento no Estado prejudicado pelo crime até o caráter altruísta deste tipo de crime.[[336]](#footnote-336) Conforme já demonstrado no item 3.3.1, o crime político é relativo, dependendo do contexto e da intensidade, semelhança que guarda com o terrorismo. Com efeito, Hungria[[337]](#footnote-337) dizia:

“O crime político é tudo quanto há de mais contingente. Basta dizer que sua punição depende do seu insucesso. Se colhe êxito, já não é mais crime, mas título de glória. O celerado de hoje é o benemérito de amanhã. Garibaldi, derrotado em Mentana, é um bandido; vitorioso em Marsala é um herói. Napoleão, ao sair da ilha de Elba para a aventura dos Cem Dias, era, segundo os jornais das capitais de Paris, o bandido corso, mas, ao chegar triunfante à capital francesa, era o grande imperador”

Em verdade, a semelhança advém de, a princípio, o terrorismo ter sido considerado algo eminentemente político, havendo, inclusive, quem afirme ser a expressão terrorismo político um pleonasmo.[[338]](#footnote-338) No entanto, desde o século XIX, tem ocorrido a despolitização do terrorismo, não só como forma de distinguir terroristas e criminosos políticos, como também de evitar que os privilégios concedidos a estes fossem estendidos àqueles.[[339]](#footnote-339)

Foi por esta razão que, nos idos do século XIX, adotou-se a chamada “cláusula belga” ou “cláusula de atentado” que proibia que fosse considerado crime político o crime que atentasse contra a vida ou integridade da pessoa do chefe de governo estrangeiro ou membros de sua família.[[340]](#footnote-340)

Tal dispositivo foi acolhido também pela legislação brasileira desde 1911, pela lei 2.416, posteriormente pelo Decreto-lei 394 de 1938, pelo decreto-lei 941 de 1969 e finalmente pelo art. 77, §3º da lei n. 6.815/80, que, entretanto, estendeu seu conceito, conforme demonstrado abaixo:[[341]](#footnote-341)

“Art. 77- (...)§ 3° O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.”

A relação entre terrorismo e crime político é de grande valia para este trabalho, pois o benefício de não ser suscetível de extradição, que ampara o crime político, não ampara o terrorismo, pelo contrário, há grande interesse em dar a devida punição a este.

No âmbito do ordenamento brasileiro, embora não se possa falar em um tipo de terrorismo, os compromissos assumidos na Constituição não caíram no oblívio, conforme demonstrado no excerto do voto do Min. Celso de Mello na Extradição 855 ao tratar do caráter político (in)existente nos delitos pelos quais o extraditando fora condenado:

“Vê-se, deste modo, que os novos parâmetros constitucionais inscritos no art. 4º, VIII e no art. 5º, XLIII da Constituição da República demonstram que o Estado brasileiro assumiu, perante a Nação, expressivo compromisso de frontal hostilidade às práticas terroristas, tanto que, ao proclamar os princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil, enfatizou, de modo inequívoco, o seu repúdio ao terrorismo e, mais do que isso, a Constituição do Brasil também determinou ao legislador comum que dispensasse, ao autor do crime de terrorismo, tratamento penal mais severo, compatível com aquele já previsto para os delitos hediondos.

(...)

O total desprezo constitucionalmente manifestado pelo Estado brasileiro aos delitos de índole terrorista impede que se aplique, a estes, a norma de proteção constante do art. 5º, LII da Constituição, que veda a extradição de estrangeiro por crime político.”

 Assim, cumpre distinguir o terrorismo do crime político e, não havendo delimitação legal da diferença, a análise far-se-á pelos critérios estabelecidos pela doutrina e caso a caso, pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão gera impasses não só no direito brasileiro, como também no estrangeiro, conforme reconhecido por Ahmed Seif El-Dawla[[342]](#footnote-342) que cita um caso em que se negou a extradição devido à exceção do crime político[[343]](#footnote-343), enquanto o extraditando era acusado de atos terroristas, que envolveu Estados Unidos e Reino Unido em 1986.

*In casu,* o Reino Unido requereu a extradição de William Joseph Quinn, membro do IRA para processá-lo por homicídio e conspiração, causando explosões em Londres, nos anos de 1974 e de 1975. A corte distrital revisou a decisão de um juiz que havia concedido a extradição, dizendo que, em razão da exceção do crime político, barraria a extradição.

Tal interpretação poderia tornar-se uma barreira para a cooperação internacional. No entanto, a interpretação, que foi dada ao caso nos idos dos anos 80, hoje não permitiria a flexibilização da extradição por terrorismo.

No âmbito regional, tanto União Européia quanto Mercosul regulam a extradição por terrorismo. No que tange ao bloco europeu, Walter Rothenburg[[344]](#footnote-344) explica que:

“Convenção relativa a extradição entre estados-membros (27/09/96) dispõe que a extradição não pode ser recusada pelo fato de a pessoa sobre a qual recai o pedido ser nacional do Estado-membro requerido,e afasta o terrorismo como motivo de recusa da extradição (desconsidera, portanto, o caráter político desse crime).”

A distinção entre o tratamento conferido ao crime político e ao terrorismo fica bastante evidente no texto de algumas Constituições Europeias.[[345]](#footnote-345) A Constituição portuguesa veda a extradição de cidadãos portugueses excepcionando “em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada (...)” (art 33.3).

A constituição espanhola, ao proibir a extradição quanto aos delitos políticos, exclui destes (e consequentemente autoriza a extradição) os atos de terrorismo (art 13.3).

No âmbito do Mercosul, Artur de Brito Gueiros Souza afirma que o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul indicou como “condutas ‘despolitizadas’ – ou seja, ‘terroristas’ –“ as previstas no art. 5º, §2º, “c”.[[346]](#footnote-346)

Todavia, como a lei não delimita o que é “ato de terrorismo”, nem o que é “crime político”, cabe à jurisprudência reconhecer os traços distintivos entre o crime comum e o crime político, tendo como limite a cláusula de atentado.

Quando os crimes políticos são puros, possuindo motivação política expressa e predominante e não envolvendo violência, inexistem maiores dificuldades em reconhecer a não extraditabilidade, como ensina Artur Gueiros.[[347]](#footnote-347)

No julgamento da Extradição 700, na qual da República Federal da Alemanha requeria a entrega de acusado de transmitir ao Iraque segredo do Governo alemão, referente projeto de desenvolvimento de armamento nuclear, o Min. Otavio Gallotti, relator, entendeu tratar-se de “crime político puro, cujo conceito compreende não só o cometido contra a segurança interna, como o praticado contra a segurança externa do Estado, a caracterizarem ambas as hipóteses excludentes de concessão de extradição”.

A questão se torna problemática quando o crime político é complexo ou conexo[[348]](#footnote-348). Nestes casos tem-se usado o critério da preponderância ou da principalidade[[349]](#footnote-349) (art. 77, §1º da lei n. 6.815/80), segundo o qual se na infração preponderar o caráter de crime comum, não será aplicável a exceção existente quanto ao crime político, cabendo ao Supremo Tribunal Federal reconhecer o caráter de preponderância (Art. 77,§2º da lei n. 6.815/80).[[350]](#footnote-350)

Desta forma, se prevalecer o caráter político dos fatos, a extradição não será concedida, já se a lesão ao bem jurídico de natureza comum se sobrepuser a do bem jurídico político-estatal, esta prevalecerá gerando como efeito a extraditabilidade, não obstante a existência de motivação política.[[351]](#footnote-351)

Na Extradição 399, prevaleceu o caráter de crime complexo[[352]](#footnote-352) no sequestro do Diretor da Fiat-France, conduta pela qual foi condenado o extraditando na França. O relator para acórdão, Min. Moreira Alves, analisou as características do sequestro e entendeu que, no caso, o aspecto político não estava claro e a destinação a fins estritamente políticos também não foi comprovada[[353]](#footnote-353).

Ademais, pela gravidade da conduta, seria aplicável o § 3º do art. 77 do estatuto do estrangeiro. Para aferir o que deve preponderar, se o crime político ou o crime comum, diz o Min. Moreira Alves “é mister, sem dúvida alguma, que examinem todas as circunstâncias desse fato, embora se possam traçar princípios gerais que norteiem o juiz.” Assim, citando Bento de Faria, aduz que haverá “preponderância do crime comum ‘quando a violação do interesse privado sobrepuja em gravidade’ à do delito político”. Por isso, assim restou ementado o acórdão:

“EMENTA: Extradição. Crime complexo ou crime político relativo. - Cabe ao S.T.F., em face das circunstâncias peculiares de cada caso, determinar, no crime complexo - que é um misto de crime comum e de crime político, não sendo, pois, pela diversidade de seus elementos constitutivos, delito intrinsecamente político -, se há, ou não, preponderância, para efeito de extradição, do crime comum. - Princípios gerais para essa aferição, na qual se levam em conta, inclusive, circunstâncias exteriores ao delito, como a da confiança que inspira a Justiça do país que requer a extradição. Interpretação do parágrafo 3º do artigo 77 da Lei 6.815, de 19.8.80. - Não está o S.T.F. vinculado a decisão de Tribunal do outro país que já tenha negado a extradição do ora extraditando, por entender, em face de peculiaridades de seu sistema jurídico, que o delito em causa era preponderantemente político. - Ocorrência, no caso, de crime complexo, em que há preponderância do delito comum. Extradição deferida, com a ressalva de que o Estado requerente deve comutar a pena de prisão perpétua para a de trinta anos de reclusão.”(Ext 399, Relator(a):  Min. ALDIR PASSARINHO, Tribunal Pleno, julga3, DJ 14-10-1983 PP-15825 EMENT VOL-01312-01 PP-00011 RTJ VOL-00108-01 PP-00018)

No mesmo sentido restou ementada a Extradição n. 615, na qual o extraditando fora condenado por uma série de crimes, como furto, apropriação indébita, tráfico de influência, genocídio, homicídio, pela Justiça boliviana (todos tipificados no Código Penal brasileiro e na lei n. 7.170/83) que solicitou sua extradição.

Dentre uma série de outras matérias, a defesa suscitou que os crimes seriam crimes políticos, o que, entretanto, não foi acatado pela Corte que entendeu que, analisando a circunstâncias de fato, os crimes cometidos não têm cunho político, pois não basta terem sido cometidos por um político para configurar crime político, e, se assim não fosse estaria descaracterizado pela predominância.

Extradição Executoria. Natureza do processo extradicional. Limitação ao poder jurisdicional do STF. Tribunal de exceção. Crime político relativo. Prescrição da ação. Processo de extradição, no exame do pedido extradicional o STF ater-se-a a legalidade da pretensao formulada. Em se tratando de extradição para a execução de pena imposta em sentença condenatória, não se pode examinar irregularidades e nulidades ocorridas na ação penal, nem rever o mérito da decisão condenatória. Impossibilidade de revisão da decisão proferida pela corte do pais requerente. Crime político. Exame da sua configuração, como exceção impeditiva da concessão da extradição, deferida exclusivamente ao STF.Crime complexo ou crime político elativo, critério para a sua caracterização assentado na predominancia da infração penal comum sobre aquelas de natureza politica. art. 77, pars. 1. e 2., da lei 6.815/80. não havendo a constituição definido o crime político, ao supremo cabe, em face da conceituação da legislação ordinaria vigente,dizer se os delitos pelos quais se pede a extradição, constituem infração de natureza politica ou não, tendo em vista o sistema da principalidade ou da preponderancia. tribunal de exceção. Não caracterização quando o julgamento se da com fundamento de com leis, desde há muito vigentes, e por integrantes da suprema corte de justiça do pais, na ocasiao, regularmente investidos em suas funções. Prescrição da ação. Inocorrencia em face de lei especifica do pais requerente que, ao disciplinar o processo para os chamados juizos de responsabilidade, estabelece que, nessa hipótese, a ação prescreve se não for intentada dentro de tres legislaturas seguintes ao dia em que o ato foi cometido. Reexame pelo STF da decisão que verificou a inocorrencia da prescrição. Impossibilidade. se a suprema corte do pais requerente decidiu, formal e expressamente, que, em face de sua legislação, não ocorreu a prescrição, não cabe ao STF rever aquela decisão, sob pena de desrespeito a soberania do pronunciamento jurisdicional do estado requerente. Extradição deferida, condicionada ao compromisso de não ser o extraditando preso ou processado por delito anterior, de detrair-se da pena o tempo de prisão cumprido no brasil e de observar-se convenção interamericana para prevenir e punir a tortura". (Ext 615, Relator(a):  Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/1994, DJ 05-12-1994 PP-33480 EMENT VOL-01770-01 PP-00133) (grifo nosso)

Na Extradição 493, entendeu-se pela não extradição em razão de serem os crimes políticos conexos e desqualificou-se a ocorrência do terrorismo, enquadrando a conduta como crime político, conforme abaixo ementado:

Extradição. Argentina. invasao do quartel de la tablada. Criminalidade politica. Denegação. 1. Pedido de extradição: dele se conhece, embora formulado por carta rogatória de autoridade judicial, se as circunstancias do caso evidenciam que o assumiu o governo do estado estrangeiro. 2. Associação ilicita qualificada e a rebeliao agravada, como definidas no vigente código penal argentino, são crimes politicos puros. 3. (a) - Fatos enquadraveis na lei penal comum e atribuidos aos rebeldes - roubo de veículo utilizado na invasao do quartel, e privações de liberdade, lesões corporais, homicidios e danos materiais, perpetrados em combate aberto, no contexto da rebeliao -, são absorvidos, no direito brasileiro, pelo atentado violento ao regime, tipo qualificado pela ocorrencia de lesões graves e de mortes (lei de segurança nacional, art. 17): falta, pois, em relação a eles, o requisito da duplice incriminação. 3. (b) - A imputação de dolo eventual quanto as mortes e lesões graves não afasta necessariamente a unidade do crime por elas qualificados. 4. **Ditos fatos, por outro lado, ainda quando considerados crimes diversos, estariam contaminados pela natureza politica do fato principal conexo, a rebeliao armada, a qual se vincularam indissoluvelmente, de modo a constituirem delitos politicos relativos**. 5. Não constitui terrorismo o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum nem criação de riscos generalizados para a população civil: dispensavel, assim, o exame da constitucionalidade do art. 77, par-3, do estatuto dos estrangeiros. (Ext 493, Relator(a):  Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/1989, DJ 03-08-1990 PP-07235 EMENT VOL-01588-01 PP-00142 RTJ VOL-00132-02 PP-00652) (sem grifo no original)

*In casu,* a extradição foi requerida com fulcro no episódio de invasão do quartel de La Tablada, que levou a morte de um militar e lesão de alguns outros, e, embora não tenha sido concedida em razão do crime de associação ilícita qualificada, que foi considerado crime político, foi concedida em razão da prática do crime de rebelião, que na legislação pátria foi associado ao art. 17 da lei n. 7.170 de 1983.

Por sua vez, na Extradição 417, julgada antes do surgimento da Constituição de 1988, prevaleceu o caráter comum do crime conexo[[354]](#footnote-354), cuja solução passa pelo critério da preponderância. O Min. Relator para acórdão Oscar Correa entendeu ser “inegável sua [do extraditando] liderança – e não apenas participação – nas ações revolucionárias do grupo montonero. Ora, a este (...) se atribuem práticas que, indubitavelmente, se incluem entre as que autorizam esta Corte a excluí-las dos crimes políticos suscetíveis de recusa ao pedido: atentados contra Chefes de estado, ou quaisquer autoridades, atos de terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoas, propaganda de processos de subversão da ordem política e social”.

Assim, é reconhecida a existência de atividade política, que, contudo, não exclui o caráter comum de parcela crimes praticados e ilide o caráter político do crime, considerado o sistema de preponderância.

Esclarecedor é o voto do Ministro relator para acórdão Rafael Mayer quando ao esclarecer a cláusula de atentado do §3º do art. 77 da lei 6.815 diz que “O que se quer dizer é que mesmo sem a presença de crime de inspiração política absolutamente incontroversa, poderá o Supremo Tribunal Federal, à vista a crueldade do delito, deixar de considerá-lo privilegiado, em nome de um princípio maior: o de que a militância política não justifica certas formas de conduta, especialmente odiosas frente à sensibilidade humana.”, que acabou por conduzir os demais ministros na seguinte decisão:

Extradição. Sequestro de pessoa. Caracterização do crime comum pelo critério da preponderancia. Lei 6.815/80, art-77-par-1. não há obstaculo a extradição quando, na conformidade do critério da preponderancia - prescrito pelo art-77 par-1. do estatuto do estrangeiro - deve-se estimar comum, e não político, o crime imputado ao extraditando.
(Ext 412, relator(a):  min. Rafael Mayer, tribunal pleno, julgado em 30/11/1983, dj 08-03-1985 pp-02597 ement vol-01369-01 pp-00040)

A respeito deste tema, merece consideração a posição sustentada por Mazzuoli[[355]](#footnote-355) e José Afonso da Silva[[356]](#footnote-356) que advogam pela não recepção do art. 77, §1º da lei n. 6.815/80 pela Constituição de 1988, na medida em que esta não restringiu a não extraditabilidade dos crimes políticos aos crimes *puramente* políticos, como a primeira norma fez.

Assim, a *ratio* da norma constitucional é proteger o crime político enquanto tal e não a lei penal estrangeira, de modo que o caráter político tem primazia sobre os crimes comuns, e não o inverso. Na hipótese de conexão entre delito político e crime comum, o problema se resolveria em favor do primeiro, sob pena de desprestigiar o comando constitucional favor de norma legal, anterior à Constituição.

Tal alegação constou da Extradição 493 e não foi examinada, por não ser necessário para o caso.

Parece que tal posição não é a mais razoável, pois, além de quase impossibilitar uma distinção entre crime político e terrorismo, que se faz em razão da atrocidade, inverte a *ratio* da norma que inviabilizar que a proteção conferida ao crime político seja estendida ao terrorismo, cuja gravidade é deveras superior ao crime político puro.

Por fim, é de se destacar que, mesmo nas hipóteses em que se decidiu extraditar por crime misto, a entrega poderá ser condicionada ao compromisso de Estado requerente no sentido de que o fim ou motivo político não agrave a pena, havendo tratados que dispõem de tal previsão.[[357]](#footnote-357)

Sobre a leitura que o Supremo Tribunal Federal tem feito do crime de terrorismo em relação ao crime político (com vistas à extradição), o critério de distinção tem sido a natureza violenta do ato em si, consoante a atrocidade do meio. Assim, em se tratando de atos em que a violência predomina, o Supremo Tribunal Federal efetua sua despolitização, descaracterizando a inextraditabilidade, nos termos do previsto no já mencionado art. 77, §3º da lei n 6.815/80.[[358]](#footnote-358)

Mais uma vez vale citar a Extradição 417, tendo em consideração as espécies de crimes imputados ao extraditando, dentre os quais figurava o terrorismo, a regra da prevalência fez com que fosse concedida a extradição. Com efeito, o Min. Oscar Correa reconhece que “ os fatos indicados no pedido, em princípio, caracterizam terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoas, (...). Não consideramos esses fatos – na gravidade e extensão que assumiram – crimes políticos, que impeçam a extradição. E a própria defesa aluda ao ‘terrorismo de Estado’ (fl 221) e às características de violência que assumiu a luta desencadeada.”

Na extradição 493, ao analisar seu conteúdo político, o relator Min. Sepulveda Pertence descartou de imediato sua proximidade com o terrorismo dizendo:

“(...) A noção de terrorismo está longe de ganhar contornos precisos (cf. Heleno Fragoso, Terrorismo e Criminalidade Política, 1981); mas parece claro que nela não se compreende o episódio de *La Tablada*, o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum, nem riscos para a população civil.”

A Extradição 694[[359]](#footnote-359) envolvia pedido da Itália para ver extraditado o cidadão condenado por detenção e transporte de material explosivo, rapina a mão armada e participação em bando armado, subvertendo a ordem e promovendo insurreição armada crimes que atentavam contra a vida e a incolumidade das pessoas para fins de terrorismo, fatos tipificados tanto no art. 26 da lei n. 6.620 quanto no art 20 da lei 7.170.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que quanto ao paciente especificamente não há “indicação de fatos concretos de participação em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou incolumidade física das pessoas.” Chegou-se a conclusão de que os incidentes faziam parte de um contexto de militância política, que preponderavam sob o caráter comum dos fatos, impedindo a extradição.

Na Extradição 855, o requerente é o Governo chileno que fundamentou seu pedido na condenação do extraditando por homicídio, quadrilha armada e extorsão mediante sequestro ocorridos entre 1991 e 1992 pela Justiça chilena.

Assim, para distinguir o crime político do terrorismo o Min. Celso de Mello utilizou-se de recurso histórico, através do qual memorou que no período em que os crimes (atos terroristas, com a morte e o sequestro de pessoas cometidos por quadrilha armada) foram cometidos, quando “o General Augusto Pinochet não mais exercia a Chefia de Estado, a República do Chile já vivia, então, um momento de plena normalidade democrática.”

Sobre os critérios para a exclusão do crime político, o Min. Sepúlveda Pertence destacou a importância da análise do caso concreto, assinalando a possibilidade de relativização dos §§1º a 3º do art 77 da lei n. 6.815/80 e entendendo que nem sempre a cláusula de atentado ilidirá o caráter político do crime. O Ministro exemplifica, dizendo no caso de guerra civil a bomba colocada na em meio a civis não necessariamente configuraria ato de terrorismo.

O Min. Celso de Mello após descaracterizar como crime político os crimes atribuídos ao extraditando, afirmou que “mesmo que se configurassem a motivação e a natureza política dos crimes subjacentes ao pleito extradicional – o que se alega em caráter meramente argumentativo -, ainda assim inexistiria obstáculo ao deferimento da extradição, tendo em vista a norma inscrita no art. 77, §3º do Estatuto do Estrangeiro (...)”.

De outro giro, excluído o caráter político e concluindo-se pelo terrorismo, um dos requisitos da extradição ganha especial relevo aqui: a dupla tipicidade. A relevância da aplicação deste princípio se dá na medida em que ele reflete o compartilhamento de opiniões pela comunidade internacional a respeito de certos crimes, refletindo inclusive um aspecto da máxima *nullum crimen nulla poena sine lege,* ele visa a assegurar a cada um dos Estados que poderão confiar no tratamento correspondente do outro Estado.

O histórico de tentativas universais, regionais e nacionais de tipificação do terrorismo já foi abordado ao longo do capítulo 3, sendo certo que até hoje não existe um conceito legal único em qualquer dos âmbitos. Com efeito, permanece necessária a dupla tipicidade do crime que gerou o requerimento de extradição, o que seria um impasse, visto que não existe um tipo penal autônomo de terrorismo.

Todavia, essa circunstância não tem sido óbice à concessão de extradição pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu que, quando o crime for passível de extradição e caracterizado como terrorismo, admitir-se-á que o responsável seja extraditado com fulcro na tipificação de tipos penais originários, como homicídio, lesão corporal entre outros crimes do Código Penal e legislação extravagante.

Nesse sentido, vejamos o que entendeu o Min. Celso de Mello sobre o tema na Extradição 855:

“As sentenças penais chilenas qualificaram os crimes de homicídio, de extorsão mediante seqüestro e de formação de quadrilha, cuja prática motivou a condenação imposta ao ora extraditando, como delitos de natureza ‘terrorista’, em face da legislação vigente na República do Chile (lei 18.314/84).

Tenho para mim que a discussão em torno da previsão, ou não, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da figura penal concernente ao delito de práticas terroristas, revela-se de todo prescindível à resolução da presente ação extradicional.

É que os delitos de homicídio, extorsão mediante seqüestro e de formação de quadrilha armada, independentemente de sua qualificação como delitos de índole terrorista, encontram plena correspondência típica no Código Penal Brasileiro (arts. 121, 158 e 288, parágrafo único), cabendo esclarecer que, pela legislação penal comum chilena, o delito de homicídio é também punível com a pena de prisão perpétua (art. 391, 1º), enquanto que os crimes de extorsão mediante seqüestro, sem morte da vítima (art. 533, §2º e de formação de quadrilha (art. 293) comportam pena máxima de 20 (vinte) anos de prisão (art 56).”

Finalmente, destaca-se o entendimento de Walter Rothenburg[[360]](#footnote-360) que, numa postura pioneira, entende que há crimes que, dada sua relevância - como o tráfico de drogas e o terrorismo – não deveriam ter a extradição condicionada a dupla-tipificação no Estado requerido, sendo essa a tendência da União Européia.

**4.2.1 O conceito de terrorismo de acordo com a jurisprudência do STF**

Da análise supra é possível delimitar-se um conceito de terrorismo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[[361]](#footnote-361)

O primeiro elemento é o contexto histórico, que, em sendo democrático, ensejará o entendimento pelo terrorismo e a exclusão limitação do crime político. Tal afirmação pode ser extraída, por exemplo, da Extradição 855, na qual o Min. Celso de Mello excluiu a hipótese de crime político com fulcro na circunstância histórica do país requerente. *In casu*, o Chile já não se encontrava mais sob o comando de Augusto Pinochet, tratando-se de um contexto politicamente tranqüilo e democrático.

Tal requisito não opera isolado, sendo um requisito negativo, pois, se o contexto histórico for perturbado por traços anti-democráticos, restará possibilitada a hipótese de crime político, que será trabalhada cumulativamente ao princípio da atrocidade.

De tal construção é possível extrair um bem jurídico a ser tutelado, a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, consoante o Título V da Constituição Federal. Portanto, um bem jurídico constitucionalmente digno de tutela.

O requisito seguinte, adicionado ao contexto histórico, permite uma maior restrição a conduta de praticar (atos de) terrorismo, consistindo em tratarem-se de crimes com violência ou grave ameaça a pessoa, que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aparece como a cláusula belga, segundo a qual só se excluir o caráter puramente político do crime e considerar terrorismo a conduta que viole a vida ou a integridade física de alguém. Neste sentido, destaca-se as supramencionadas Extradição n. 412, 417, 855.

O último requisito é a motivação política, apesar de o terrorismo não ser crime político, não se nega a ele uma motivação política, um especial fim de agir.

De todos esses pressupostos extraídos da interpretação dada pelo STF ao crime de terrorismo, percebe-se que ele é o anverso do crime político, de modo que a proximidade entre os dois termina na medida em que se analisa cada um dos requisitos.

**CONCLUSÃO**

Este trabalho objetivou mensurar a vinculatividade gerada pela inserção de

dispositivos criminalizadores no texto da Constituição de 1988, em especial o que se refere a criminalização do terrorismo. Buscou-se saber quanto a este último, dada a inexistência de uma lei que tipifique a conduta de terrorismo, averiguar como lidar com essa carência e, para tanto, utilizou-se do instituto da extradição, tendo em vista o requisito da dupla tipificação.

O estudo não apresentou um marco temporal rígido, de modo que a cada tópico

desenvolvido, apresentou-se o contexto histórico envolvido. Tal escolha deveu-se às distintas épocas que influenciaram o tema: a inserção do mandado constitucional de criminalização foi analisada sob a perspectiva de fim da ditadura e valorização dos direitos fundamentais; o terrorismo, por sua vez, teve seu primeiro marco no século XI, só vindo a ganhar destaque no Brasil com o anarquismo, contudo, a fase histórica de maior relevância é aquela em que passa-se a descaracterizar o terrorismo como crime político. Da união dessas duas demandas históricas, surgiu o compromisso constitucional e internacional de punir criminalmente a conduta de terrorismo.

Num primeiro olhar, pode parecer contraditório que a demanda de criminalização do terrorismo tenha surgido como uma tendência dos direitos fundamentais. Entretanto, é do recente reconhecimento dessa nova faceta, mais horizontal, dos direitos fundamentais que surge o mandado de criminalização inserido do art. 5º da Constituição, que trata precisamente dos direitos e deveres fundamentais.

Em decorrência de tal localização, surgem algumas consequências, como estar o

mandado constitucional inserido no rol de cláusulas pétreas, o que gera a sensível questão da impossibilidade de alteração do dispositivo por emenda constitucional, entre outras questões eminentemente constitucionais, como os efeitos do não cumprimento dos mandados constitucionais de criminalização e qual a medida cabível para contornar essa afronta a vontade do Constituinte originário.

A Constituição brasileira não restou isolada em trazer esse tipo de norma, tendo

sido acompanhada pelas Constituições portuguesa, italiana e espanhola. O fenômeno se deveu a maior normatividade atribuída a constituição, com o pós II Guerra, e a consequente constitucionalização do Direito, que passou a irradiar suas normas por todos os ramos do Direito, e a Constituição passou a guardar em seu bojo os mais diversos temas, inclusive penais.

A escolha do mandado de constitucionalização do terrorismo se deu em virtude

de este não ter sido cumprido ainda, nos termos expedidos pela Constituição de 1988.

 Embora *a priori* o terrorismo pareça um fenômeno bastante estranho a história brasileira, sua inserção no texto constitucional, não só no que tange aos direitos fundamentais, como também no que se refere às relações internacionais, decorre da expressividade que o fenômeno adquiriu internacionalmente com o pós Guerra.

A tarefa atribuída pelo Constituinte originário, no entanto, não foi das mais fáceis tendo em vista que o fenômeno do terrorismo é multifacetado, que vem evoluindo, e sequer existe um consenso quanto ao seu conceito, o que sem dúvidas demonstra a dificuldade ainda maior para a tipificação.

O grande paradigma recente para o terrorismo foi o atentado de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, que atribuiu novo significado ao terrorismo e despertou no Legislador a sanha da criminalização, que se agravou com o surgimento de eventos internacionais sediados no Brasil e, mais, com as manifestações ocorridas desde junho de 2013, que, por vezes, acabam carregadas de violência.

Assim, dos projetos de lei que pretenderam tipificar o terrorismo, somente um é

anterior ao 11 de setembro, três são posteriores ao marco e quatro surgiram posteriormente ao estabelecimento de eventos esportivos no Brasil, sendo um deles uma lei temporária, cujo fim específico é tratar desta circunstância. Todavia, são apenas projetos de lei, não havendo nenhuma aprovação, por enquanto, de onde extrai-se que permanece carente de cumprimento o mandado de criminalização do terrorismo. Não obstante, não são raras as menções em legislação penal e processual penal ao terrorismo, o que faz ainda mais urgente a necessidade a tipificação.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem lidado com a questão do crime de

terrorismo na extradição, instituto em que faz-se necessária a dupla tipificação, ou seja, que a conduta pela qual é requerida a extradição seja criminosa tanto no país requerente, quanto no requerido.

Surpreendentemente, a ausência de um tipo de terrorismo não figurou como

óbice a concessão da extradição, pois, afastada a hipótese de crime político ou, sendo este o caso, afastado pela atrocidade, o Supremo Tribunal Federal tem precedente em que foi concedida a extradição com fulcro nos tipos comuns, que se assemelham ao terrorismo, o que demonstra a forte vertente comum do crime, que tem por diferencial o especial fim de agir.

Por fim, deve ser ressaltado que a solução oferecida pelo Supremo Tribunal

Federal não é a mais adequada, funcionando como uma forma de possibilitar a cooperação internacional pela extradição, o que é bastante válido, tendo em vista todos os compromissos internacionais que o Brasil se obrigou a cumprir, bem como o repúdio ao terrorismo, princípio que rege as relações internacionais, conforme consta do art. 4º, VIII da Constituição.

Entretanto, como já restou comprovado através não só do exemplo das leis n.

8.072/90 (com alterações pela lei 8.930/94 e 9.677/98) e lei 10.792/03, que surgiram em momentos de clamor público pela criminalização e rigor punitivo, sendo editadas sumariamente e sofrendo sérias críticas por isso, e do próprio terrorismo que, com as manifestações, vem sofrendo uma tentativa de alargamento de seu conceito, não se deve permitir que surja o momento em que a existência da lei para regular a matéria deixa demonstrado sua carência, sob pena de prejuízo a qualidade da lei elaborada.

**REFERÊNCIAS**

AMAZONAS, Krístian; GOMES, Felipe Garcia; SANTANA, Pablo. *Revolução*

*Francesa – o Terror*. Disponível em: http://www.historia.uff.br/nec/materia/grandesprocessos/revolução-francesa--o-terror>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2014.

ARAÚJO, Luiz Roberto; PRADO, Luís Regis. *Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar.* Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181392/000396482.pdf?sequence=3. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014

BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia de segurança nacional e a

tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *In Revista de Estudos Criminais.* Porto Alegre: Notadez, n. 9, v. 12, 2003.

*\_\_\_\_.* Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do

direito constitucional no Brasil). *In. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Procuradoria. 2006.

\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol I. 17ª

edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_. *No Brasil não há terrorismo: tipificá-lo como crime é abusivo.* Disponível em:

http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2014/02/13/no-brasil-nao-haterrorismo- tipifica-lo-como-crime-e-abusivo/ Acesso em: 16 de fevereiro de 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Niccola ; PASQUINO, Grianfranco. *Dicionário de*

*Política.* Trad. João Ferreira, Carmen Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 1243

BRANDÃO, Rodrigo; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 60, §4º. *In Comentários à Constituição do Brasil.* (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Edição. Coimbra:

Almedina, 1993.

CARVALHO, Erika Mendes de; PRADO, Luis Regis. *Delito político e terrorismo, uma aproximação conceitual* . Disponível em:

http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%EDtico%20e%20terrorismo.pdf. Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

CASSESE, Antonio. *International Criminal* Law. New York: Oxford University, 2003.

CHANDA, Nayan; TALBOTT, Strobe. *A era do Terror- o mundo depois de 11 de*

*setembro*. Tradução: Cristina Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CHOMSKI, Noam. *11 de setembro*. Tradução: Luís Antonio Aguiar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CLEAN, David Mc. *International co-operation in civil and criminal matters.* Oxford:

Oxford University Press, 2010.

CLÉVE, Clermerson Merlin. A teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma

dogmática constitucional emancipatória). *In: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas*. Rio de Janeiro: COAD, n. 10, jan, p. 45-52. 1994.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma Nova Crença na Constituição. *In*

*Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 28, n. 110, p.51-68,

abr./jun. 1991.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. *Limites Constitucionais do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007

COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito Penal e Segurança.* Rio de Janeiro: GZ Ed, 2012.

\_\_\_\_. *Relatório Brasileiro para o Congresso de Viena sobre terrorismo*. Mimeo, Viena, 2014.

\_\_\_\_. Terrorismo: Algumas anotações*. In Direito Penal Internacional estrangeiro e*

*comparado.* (Coord: Carlos Eduardo Adriano Japiassu). Rio de Janeiro: Lumen Iuris,

2007.

CUNHA, Ciro Leal M. da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após*

*11 de setembro.* Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009. P. 52. Disponível em:

http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Terrorismo\_internacional.pdf. Acesso em: 16 de fevereiro de 2014

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da*

*criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico constitucional– Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas

relações. *In Direito Penal e Democracia*.(Coord: Ana Claudia Bastos) Porto Alegre:

Fabris, 2010.

EL-DAWLA, Ahmed Seif. *Contemporary perspectives on Terrorism*. Mimeo, Siracuza, 2002.

FELDENS, Luciano. A Conformação Constitucional do Direito Penal: Realidades e

Perspectivas. *In A constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e aplicações específicas*. (Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a

obrigação de penalizar*. In Novos Rumos do direito Penal Contemporâneo* (Coord. Andrei Zenkner Schmidt) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_. Comentário ao artigo 5º, XLIII. *In Comentários à Constituição do Brasil.* (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Direito Penal – A constituição Penal*. 2ª Ed. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. Considerações sobre a lei 8.072, de 25 de julho de 1990 - crimes hediondos. *In Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 660, 1990.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Paradigmas da Normatividade Constitucional*.

Mimeo, Niteroi, 2012.

\_\_\_\_, *Inconstitucionalidade por omissão e os mandados constitucionais de criminalização*. Mimeo, Niteroi, 2013.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Terrorismo e Criminalidade Política.* Rio de Janeiro:

Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072.* 4ª

edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Daniel Mota. *Desenvolvimento histórico da responsabilização criminal do*

*menor infrator*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=10594. Acesso em 10 de setembro de 2013.

GOMES, Luiz Flavio. *Legislador faz terrorismo com o terrorismo.* Disponível

em:http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/113183864/legislador-faz-terrorismo-com-o-terrorismo?ref=home. Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a*

*proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano ; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Liber

iuris, 1988.

LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito*

*penal / José Wilson Ferreira Lima.* Porto Alegre: Fabris, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira.*Curso de Direito Internacional Público.* 7ª Edição. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito internacional Público.* 12ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_. *Direito Penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo

Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais perante o terrorismo. *In. Terrorismo e Direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas políticojurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOLL, Leandro de Oliveira. O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da

obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo. *In Revista de Direito*

*Constitucional e Internacional*. (Coord: Maria Garcia) São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 80, v. 20, 2012.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos*

*polêmicos*. 7ª Edição. São Paulo Saraiva 2002.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpolo Poggio. *Legislação penal especial*.10ª

Ed. Sâo Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed.São

Paulo: Método, 2010.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris,1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PELLET, Sarah. A ambigüidade da noção de terrorismo. *In Terrorismo e Direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas políticojurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional.*

São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_. PIOVESAN, Flávia. Comentário ao artigo 4º, VIII. *In Comentários à Constituição do Brasil.* (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª Ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso fundamental.* 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário ao artigo 5º, LII. *In Comentários à*

*Constituição do Brasil.* (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.;

SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_. Que comportamentos pode o Estado proibir sob pena de ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *In Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-53

SANCHEZ-CUENCA, Ignacio. *Terrorism as a war of attriction: ETA and the IRA.* Disponível em: www.yale.edu/macmillan/ocvprogram/pacho.pd. Acesso em: 06 de março de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: Direito penal e os Direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais.* Porto Alegre: Nota Dez, v. 3, n. 12, p. 86-120. 2003.

\_\_\_\_. Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos. *In Revista da ESMESC.* Florianópolis: Habitus,*v*. 15, n. 21, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros,

2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente*

*(Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal:*

*superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\_docman&Itemid=40>. Acesso em: 05 de agosto de 2013.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Recepções de Direito na Constituição de 88: Um

Balanço Provisório. *In A constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e*

*aplicações específicas.* (Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal. *In Terrorismo e Direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político jurídicas.* (Coord. Leonardo Nemer Caldeira Brant). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

1. PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2010. P. 17. [↑](#footnote-ref-1)
2. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1999. [↑](#footnote-ref-2)
3. CLÉVE, Clermerson Merlin. *A teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. *In:* Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro: COAD, n. 10, jan, p. 45-52. 1994. p. 47 [↑](#footnote-ref-3)
4. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas*.* Rio de Janeiro: *Lumen juris,* 2007. 139. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibidem, p. 142. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibidem, p. 142. [↑](#footnote-ref-6)
7. A obra “O que é a constituição?”, que foi traduzida do alemão para o português como “A essência da Constituição”, tem sua origem numa conferência para intelectuais e operários, na Prússia em 1863, proferida por Ferdinand Lassalle. V. LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro> Liber Juris, 1988. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. [↑](#footnote-ref-7)
8. Neste sentido, seguimos a divisão temporal usada por Marcelo Neves em seu “A constitucionalização simbólica”. V. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 59-63 [↑](#footnote-ref-8)
9. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 364 e 369 [↑](#footnote-ref-9)
10. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em:www.4shared.com. Acesso em: 20 de abril de 2012. p. 166 [↑](#footnote-ref-10)
11. MIRANDA, 1990 p. 84 *apud* PRADO, 2011, P. 75 [↑](#footnote-ref-11)
12. Em 1959 Konrad Hesse publicou seu “Die normative Kraft der Verfassung”, traduzido por Gilmar Ferreira Mendes como “A força normativa da Constituição”. O texto foi base de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg em 1959. [↑](#footnote-ref-12)
13. FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Paradigmas da Normatividade Constitucional*. Mimeo, Niteroi, 2012, p. 5. [↑](#footnote-ref-13)
14. COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma Nova Crença na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 28, n. 110, p.51-68, abr./jun. 1991. P. 24 [↑](#footnote-ref-14)
15. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 11 [↑](#footnote-ref-15)
16. LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Liber iuris, 1988. p. 15 [↑](#footnote-ref-16)
17. Ibidem, p.15. [↑](#footnote-ref-17)
18. SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999. P. 72. [↑](#footnote-ref-18)
19. FELDENS Luciano. A Conformação Constitucional do Direito Penal: Realidades e Perspectivas. *In* *A constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e aplicações específicas*. (Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 833 [↑](#footnote-ref-19)
20. COELHO, op. cit. p. 59 [↑](#footnote-ref-20)
21. Nesse sentido, vide BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 48. 2009 [↑](#footnote-ref-21)
22. Idem, 2009, p 56. [↑](#footnote-ref-22)
23. À título de ilustração, podemos citar o disposto no art. 5º, XLII da Constituição, que prevê que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Não que se esteja a negar a relevância e a freqüência com que o crime é cometido em nosso país, ainda hoje, no entanto, acreditamos que a previsão de uma repressão tão severa, assemelhando-se aos crimes chamados hediondos, seja fruto de um contexto histórico. Outro exemplo ilustrativo semelhante se refere à inafiançabilidade e a imprescritibilidade da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, resultante da emergência dos 20 anos de ditadura. [↑](#footnote-ref-23)
24. BARROSO, op. cit. p. 148. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ibidem, p. 156-157. [↑](#footnote-ref-25)
26. Exemplifico, respectivamente: o inciso XXXIX do art. 5º trata do princípio da legalidade, o XL prevê o princípio da anterioridade e o XLV da intranscendência da pena; dos incisos XLVIII ao L a Constituição assegurou alguns direitos dos presos; por fim, o inciso XLV traz a proibição de prova ilícita e o inc. XLII traça requisitos para a prisão. [↑](#footnote-ref-26)
27. A EC40/2003 retirou da Constituição o limite de 12% para as taxas de juros reais, previsto outrora no art 192, §3º da Constituição. A EC 39/2002 possibilitou a cobrança de tributo sobre a iluminação pública, através de contribuição, que até então era cobrada via taxa de iluminação pública, incidentalmente declarada inconstitucional pelo STF no RE 233.332-6/RJ. [↑](#footnote-ref-27)
28. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. P. 94-95. [↑](#footnote-ref-28)
29. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC 82959 / SP). A decisão é anterior à lei 11.464/07, que trouxe uma série de alterações, regulamentando a concessão de progressão de regime aos crimes hediondos e possibilitando a liberdade provisória, sem fiança, o que gerou uma celeuma na jurisprudência da Excelsa Corte, vez que, permaneceu vedada a liberdade provisória com arbitramento da fiança, mas sem o arbitramento da fiança teria sido permitida. Por tal razão, há quem entenda que, mesmo com a alteração na lei dos crimes hediondos, a proibição de liberdade provisória decorreria da inafiançabilidade prevista no art.5º, XLIII, da CF, ou seja, entende-se que se a liberdade provisória com fiança não é permitida, com mais razão não seria a liberdade provisória sem fiança. Neste sentido, vale citar o HC 93.229/SP, do STF e o HC 93591/MS, do STJ. [↑](#footnote-ref-29)
30. FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal – A constituição Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 28. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ibidem, p. 28. [↑](#footnote-ref-31)
32. DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional – Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *In* BASTOS, Ana Cláudia. *Direito Penal e Democracia*. Porto Alegre: Fabris, 2010. p. 243 [↑](#footnote-ref-32)
33. FELDENS, Luciano. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar*. In* *Novos Rumos do direito Penal Contemporâneo* (Coord. Andrei Zenkner Schmidt) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 377. [↑](#footnote-ref-33)
34. FELDENS, Luciano. *A conformação ...* op. cit. p. 848 [↑](#footnote-ref-34)
35. Neste sentido, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995. p. 273. Luciano Feldens em seu *Direitos Fundamentais e Direito Penal – A constituição Penal*, embora não se referindo especificamente ao bem jurídico, adota o mesmo entendimento ao atribuir à Constituição essa dupla perspectiva, de fundamento e limite do Direito Penal. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: Direito penal e os Direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: R*evista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez, v. 3, n. 12, p. 86-120. 2003. p. 107. Em sentido contrário, Janaína Paschoal assevera a preponderância da função limitativa. v. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 48. [↑](#footnote-ref-35)
36. CUNHA, op. cit, p. 290 [↑](#footnote-ref-36)
37. PASCHOAL, op. cit. p. 50-53. [↑](#footnote-ref-37)
38. Ibidem, p. 55. Tal vertente é também chamada por Luis Regis Prado de teoria de caráter geral, vez que faz referência ao texto constitucional de modo mais genérico, remetendo-se à forma de Estado estabelecida, aos princípios que inspiram o sistema punitivo. PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª Ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011. p. 63. [↑](#footnote-ref-38)
39. PASCHOAL op. cit. p. 57 [↑](#footnote-ref-39)
40. Luiz Regis Prado a nomeia como teoria constitucional estrita, aduzindo orientar-se tal concepção, primordialmente, pelo texto constitucional, em nível de previsões específicas. PRADO, op. cit. p. 65 [↑](#footnote-ref-40)
41. PASCHOAL, op. cit. p. 59 [↑](#footnote-ref-41)
42. Ibidem, p. 60-62. Nesse sentido, destaque-se o entendimento de Jorge Miranda, segundo o qual, embora a Constituição Brasileira não possua dispositivo semelhante, a identidade de valores do Estado de Direito, da liberdade política e do pluralismo permitem considerar aplicáveis ao Brasil o mesmo corolário. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais perante o terrorismo. *In. Terrorismo e Direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas políticojurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 61 [↑](#footnote-ref-42)
43. Ibidem, p 63. [↑](#footnote-ref-43)
44. FELDENS, Luciano. *Constituição e Direito Penal ...* op. cit. p. 387. [↑](#footnote-ref-44)
45. A EC 45/2004 acrescentou o §3º ao art. 102 da Constituição Federal, criando o instituto da repercussão geral, pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Tendo em conta que o Supremo Tribunal federal estava se distanciando das questões para as quais fora originariamente criado, estabeleceu-se os requisitos de extrema relevância ou significativa transcendência para que as certas causas chegassem a ele. V. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed.São Paulo: Método, 2010. P.695. [↑](#footnote-ref-45)
46. “Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. (RE 635659 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700 )” [↑](#footnote-ref-46)
47. EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Progressão de regime. Requisitos. Interpretação do art. 112 da LEP. Lei nº 10.792/03. Exame criminológico. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Agravo de instrumento não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, versando sobre a análise dos requisitos para concessão de progressão de regime à luz da nova redação do art. 112 da LEP, pela Lei nº 10.792/03, em especial com relação à realização de exame criminológico (exigência de avaliação social e psicológica do apenado), trata de matéria infraconstitucional. (AI 754008 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 24/09/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-10 PP-02048) [↑](#footnote-ref-47)
48. EMENTA DIREITO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIME HEDIONDO COMETIDO ANTES DA LEI Nº 11.464/07. REQUISITO TEMPORAL - 1/6 DA PENA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 579167 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 03/04/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-04 PP-00674 ) [↑](#footnote-ref-48)
49. PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos …* op. cit. p. 20. [↑](#footnote-ref-49)
50. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e DireitoPenal ...* op. cit., p. 33. [↑](#footnote-ref-50)
51. FELDENS, op. cit. 2006, p 44 e 45. [↑](#footnote-ref-51)
52. Ibidem, p. 17-18. Nesse sentido, ampliamos o conceito do autor, que se restringe a proteção do Estado face aos ataques de terceiros, para abranger também a atuação positiva operada pelo Estado em face de si próprio, como nas hipóteses em que trata dos direitos do preso nos incisos XLVIII, XLIX, L do artigo 5º da Constituição. Em tais situações, o Estado deve prestar um garantia ao apenado, evitando que a pena seja indigna, protegendo de sua própria atuação, já que é no exercício de seu *ius puniendi* que o Estado executa a pena privativa de liberdade. [↑](#footnote-ref-52)
53. Ibidem, p. 47. [↑](#footnote-ref-53)
54. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais perante o terrorismo. *In. Terrorismo e Direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas políticojurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 57 [↑](#footnote-ref-54)
55. PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 78 [↑](#footnote-ref-55)
56. FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais* ... op. cit. p. 88 [↑](#footnote-ref-56)
57. CUNHA, op. cit, p. 273-281. [↑](#footnote-ref-57)
58. Raposo, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção a bem jurídico na sociedade contemporanea*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.p. 123 [↑](#footnote-ref-58)
59. O alemão Veit Harlan era um produtor de cinema, que fazia filmes e dirigiu, nos anos 50, “Amada Imortal”, porém, durante o período nazista era responsável pelos filmes de divulgação das idéias nazistas. Antes do lançamento do filme, vários judeus de prestígio e de influência na mídia alemã resolveram boicotá-lo, ainda que o filme não tivesse nada que lembrasse o nazismo ou o anti-semitismo.

À frente do boicote, estava Eric Lüth. Em razão disso, Veit Harlan, juntamente com os empresários que estavam investindo no filme, ingressaram com ação judicial alegando que a atividade de Eric Lüth violava o Código Civil alemão. A Corte Constitucional alemã entendeu que o boicote convocado por Lüth estava protegido pela liberdade de manifestação de opinião. Disponível em: http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/. Acesso em: 04 de março de 2014. [↑](#footnote-ref-59)
60. SARLET, op. cit. p. 97-98 [↑](#footnote-ref-60)
61. SARLET, Ingo Wolgang. Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos. *In Revista da ESMESC.* Florianópolis: Habitus,*v*. 15, n. 21, 2008. [↑](#footnote-ref-61)
62. GONÇALVES, op. cit. p. 171 [↑](#footnote-ref-62)
63. LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal / José Wilson Ferreira Lima.* Porto Alegre: Fabris, 2012.  P. 23-25 [↑](#footnote-ref-63)
64. Neste ponto, adotou-se o entendimento majoritário quanto ao conceito de cláusula pétrea e, consequentemente, limite ao poder do constituinte derivado. Há controvérsia doutrinária a respeito da interpretação da expressão “direitos e garantias individuais” do art. 60, §4º. A primeira interpretação, literal, entende que consistem somente naqueles arrolados pelo art. 5º. A segunda perspectiva considera direito e garantia fundamental somente gozariam do *status* de cláusula pétrea as liberdades fundamentais, porque, ao atribuírem ao Estado uma atuação negativa, estariam relacionadas ao núcleo do Estado de Direito. Todavia, doutrina majoritária entende que o constituinte de 1988 conferiu *status* de cláusula pétrea aos direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira geração, sejam eles de defesa ou prestacionais. Assim, somente para a segunda corrente poderia haver controvérsia quanto a inserção dos mandados constitucionais de criminalização no rol de cláusulas pétreas, razão pela qual incluiu-se os mandados no rol a que se refere o art. 69, §4º, IV. BRANDÃO, Rodrigo; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 60, §4º. *In Comentários à Constituição do Brasil.* (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013. [↑](#footnote-ref-64)
65. DIAS, Jorge Figueiredo. P. 247. [↑](#footnote-ref-65)
66. TAVARES, Ana Lúcia Lyra. Recepções de Direito na Constituição de 88: Um balanço provisório. *In* *A constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e aplicações específicas*. (Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. [↑](#footnote-ref-66)
67. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 155. [↑](#footnote-ref-67)
68. Os mandados constitucionais de criminalização implícitos serão oportunamente discutidos no item 2.2.3. [↑](#footnote-ref-68)
69. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e...* op.cit. p. 73-74 [↑](#footnote-ref-69)
70. BITENCOURT, Cezar Roberto*. Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. Vol I. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49 [↑](#footnote-ref-70)
71. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de Direito Penal* – Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 77 [↑](#footnote-ref-71)
72. Ibidem, p. 74-75. [↑](#footnote-ref-72)
73. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e ...* op.cit., p. 61. [↑](#footnote-ref-73)
74. V. item 1.2.1, as diferentes funções do bem jurídico constitucional. [↑](#footnote-ref-74)
75. V. nota 34 [↑](#footnote-ref-75)
76. GONÇALVES, op.cit p. 161 [↑](#footnote-ref-76)
77. GONÇALVES, op cit. p. 180 [↑](#footnote-ref-77)
78. Neste ponto, convencionou-se chamar matéria Penal as disciplinas que envolvem o Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal. [↑](#footnote-ref-78)
79. PASCHOAL, op.cit p. 106 [↑](#footnote-ref-79)
80. PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 198-200 [↑](#footnote-ref-80)
81. Em sentido diverso, GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007. P. 146 [↑](#footnote-ref-81)
82. ##  GARCIA, Daniel Mota. *Desenvolvimento histórico da responsabilização criminal do menor infrator*.

Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=10594. Acesso em 10 de setembro de 2013. [↑](#footnote-ref-82)
83. Ibidem, p. 153. [↑](#footnote-ref-83)
84. Ibidem, p. 152. [↑](#footnote-ref-84)
85. CUNHA, op.cit. p. 309. [↑](#footnote-ref-85)
86. Art. 117, 3. A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx.> Acesso em: 03 de agosto de 2013. [↑](#footnote-ref-86)
87. PALAZZO, op. cit. p. 103 e 104; GONÇALVES, op. cit. p. 142 [↑](#footnote-ref-87)
88. #####  Artículo 45/3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

##### Artículo 46. Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

##### Artículo 55/2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

##### La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes. Disponível em: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t1c3>. Acesso em 03.08.2013

 [↑](#footnote-ref-88)
89. GONÇALVES, op.cit. p. 142. [↑](#footnote-ref-89)
90. Art. 15.- En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

Art. 22.- El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.

Art. 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Art. 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.
Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. (...)

Art. 119.- La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado.

Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/>. Acesso em 03 de agosto de 2013. [↑](#footnote-ref-90)
91. GONÇALVES, op.cit. p. 143 [↑](#footnote-ref-91)
92. Art. 75, 22. (...)tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.(...) [↑](#footnote-ref-92)
93. GONÇALVES, loc.cit. p. 143. [↑](#footnote-ref-93)
94. Disponível em: < http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/chile05.html>, Acesso em: 03 de agosto de 2013. Artículo 9º .- El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, (...)

Art. 19, Nº 4.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.
(Modificado por Ley 20.050 de 2005) La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. (...)

Articulo 32, 22º - (...) Los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos. [↑](#footnote-ref-94)
95. FELDENS, Luciano. *Constituição e Direito ...* op.cit. p.391. [↑](#footnote-ref-95)
96. Idem, p. 92-96 [↑](#footnote-ref-96)
97. PALMA, 2006 apud FELDENS, 2012, P. 93 [↑](#footnote-ref-97)
98. FELDENS, 2012, op.cit. p. 94 [↑](#footnote-ref-98)
99. PALAZZO, op. cit. p. 105 e ss. [↑](#footnote-ref-99)
100. No original, o brocardo: *Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*  [↑](#footnote-ref-100)
101. CUNHA, op.cit. p. 212. [↑](#footnote-ref-101)
102. GONÇALVES, op.cit. p. 135 [↑](#footnote-ref-102)
103. PASCHOAL, op.cit. p 107. [↑](#footnote-ref-103)
104. CUNHA, op. cit. p. 218-221. [↑](#footnote-ref-104)
105. Ibidem, p. 226. [↑](#footnote-ref-105)
106. PASCHOAL, op.cit. p. 69-71. [↑](#footnote-ref-106)
107. Ibidem, p. 72. [↑](#footnote-ref-107)
108. Ibidem, p. 76-77 [↑](#footnote-ref-108)
109. COSTA, op.cit. p. 45 [↑](#footnote-ref-109)
110. PASCHOAL, op.cit. p. 82-83 [↑](#footnote-ref-110)
111. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*). In. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Procuradoria. 2006. [↑](#footnote-ref-111)
112. No caso Scott vs. Sandford, de 1857, numa decisão que culminou com a Guerra Civil, a Suprema Corte americana decidiu que os escravos eram bens de propriedade que deveriam ser devolvidos aos seus donos. [↑](#footnote-ref-112)
113. Em *Plessy vs. Ferguson* a Suprema corte entendeu constitucional a imposição de segregação racial em transportes públicos, conforme lei do estado da Louisiana. No caso, *Plessy*, mulato, foi preso por sentar no vagão exclusivo para brancos, havendo outros para negros. [↑](#footnote-ref-113)
114. Em *Brown vs. Board of education,* no ano de *1954, a* Corte Suprema dos Estados Unidos que declarou inconstitucional a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas. A ação foi intentada pelo pai de uma menina negra, *Linda Brown,* que teve sua matrícula negada em uma escola pública para brancos. [↑](#footnote-ref-114)
115. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização* op. cit. p. 54; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e ...*  op. cit. p. 30 [↑](#footnote-ref-115)
116. No caso, em 1986, *Hardwick* foi preso por praticar sexo oral em outro homem, em sua casa. [↑](#footnote-ref-116)
117. Em 2003, Lawrence e seu companheiro foram presos e condenados por terem mantido relação sexual em seu apartamento. [↑](#footnote-ref-117)
118. FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e ...* op. cit. p. 30 [↑](#footnote-ref-118)
119. PRADO, op. cit. p. 102 [↑](#footnote-ref-119)
120. CUNHA, op. cit. p. 112 [↑](#footnote-ref-120)
121. PASCHOAL, op. cit. p. 100. [↑](#footnote-ref-121)
122. CUNHA, op. cit. p. 316. [↑](#footnote-ref-122)
123. GONÇALVES, op. cit. p. 138-139. [↑](#footnote-ref-123)
124. PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª Ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2011. P. 103 [↑](#footnote-ref-124)
125. PASCHOAL, op. cit. p. 87. [↑](#footnote-ref-125)
126. FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Inconstitucionalidade por omissão ...* p. 6. [↑](#footnote-ref-126)
127. Ibidem, p. 89 [↑](#footnote-ref-127)
128. Ibidem, p. 90-91 [↑](#footnote-ref-128)
129. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1093. [↑](#footnote-ref-129)
130. V. Luciano Feldens, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. [↑](#footnote-ref-130)
131. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e...* op. cit. P. 83 [↑](#footnote-ref-131)
132. CANOTILHO, op. cit. p. 1089-1090 [↑](#footnote-ref-132)
133. PASCHOAL, op. cit. p. 92 [↑](#footnote-ref-133)
134. COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. *Limites Constitucionais do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 46 [↑](#footnote-ref-134)
135. Ibidem, p. 47 [↑](#footnote-ref-135)
136. GONÇALVES, op. cit. p. 166. [↑](#footnote-ref-136)
137. GONÇALVES, op. cit. p 168 [↑](#footnote-ref-137)
138. A existência de limitações materiais ao poder de rever a constituição é controversa na doutrina constitucionalista, havendo dúvidas quanto a existência de uma subordinação entre constituinte originário e derivado no que se refere a escolhas fundamentais da vida política e jurídica do povo. V. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.*  4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250 e 251. [↑](#footnote-ref-138)
139. MENDES, op. cit. p. 258. ADI 1946, Relator(a):  Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003; ADI: 3.685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 22.3.2006; ADI 939, julgada em 18.3.1994. [↑](#footnote-ref-139)
140. MENDES, op. cit. p. 252 [↑](#footnote-ref-140)
141. V. *Direitos Fundamentais e Direito Penal – A constituição Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: Direito penal e os Direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: R*evista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez, v. 3, n. 12, p. 86-120. 2003. [↑](#footnote-ref-141)
142. SARLET, op. cit. p. 87 [↑](#footnote-ref-142)
143. FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Inconsittucionalidade por omissão e...*op. cit. p. 19. [↑](#footnote-ref-143)
144. Ibidem, p.110. [↑](#footnote-ref-144)
145. Ibidem, p. 108. [↑](#footnote-ref-145)
146. Ibidem, p. 110. [↑](#footnote-ref-146)
147. FELDENS, op. cit. p. 165. [↑](#footnote-ref-147)
148. Ibidem, p. 167. [↑](#footnote-ref-148)
149. FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Inconsittucionalidade por omissão e...*op. cit. p. 22 [↑](#footnote-ref-149)
150. FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Inconsittucionalidade por omissão e...*op. cit. p. 20-21 [↑](#footnote-ref-150)
151. SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.143; FELDENS, Luciano. Comentário ao artigo 5º, XLIII. *In* *Comentários à Constituição do Brasil.* (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013. p. 398. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 231. GONGALVES, Luiz Carlos dos Santos. op. cit. p. 242-244. Em sentido contrário, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 394-395. FERNANDES, Antônio Scarance. Considerações sobre a lei 8.072, de 25 de julho de 1990 - crimes hediondos. *In* *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 660, 1990. p.261-262. MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpolo Poggio. *Legislação penal especial*.10ª Ed. Sâo Paulo: Atlas, 2008. p. 34 [↑](#footnote-ref-151)
152. AMAZONAS, Krístian; GOMES, Felipe Garcia; SANTANA, Pablo. *Revolução Francesa – o Terror*. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/nec/materia/grandes-processos/revolução-francesa--o-terror>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-152)
153. Disponível em: <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/la\_Terreur/146370>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2014. AULARD, 1901 *apud* PELLET, 2003, p 10. [↑](#footnote-ref-153)
154. PELLET, Sarah. A ambigüidade da noção de terrorismo. *In Terrorismo e Direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. *P*. 10. [↑](#footnote-ref-154)
155. Ibidem, p. 10. FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e Criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 4-5. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 52. [↑](#footnote-ref-155)
156. MELLO, Celso R. D. de Albuquerque. Direito Penal e Direito Internacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 1978. P. 144. COSTA, Rodrigo de Souza. Terrorismo: Algumas anotações*. In Direito Penal Internacional estrangeiro e comparado.* (Coord: Carlos Eduardo Adriano Japiassu). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 170. [↑](#footnote-ref-156)
157. FRAGOSO, op. cit. p.14-15 [↑](#footnote-ref-157)
158. Ibidem, p. 15. [↑](#footnote-ref-158)
159. Ibidem, p. 16. [↑](#footnote-ref-159)
160. JAPIASSU, op. cit. p. 53 [↑](#footnote-ref-160)
161. MARX, 1948 *apud* BOBBIO, 1986, p. 1243. [↑](#footnote-ref-161)
162. Para o conceito de terrorismo usado por Lenin, vide item 3.3. [↑](#footnote-ref-162)
163. BOBBIO, op. cit. 1243. [↑](#footnote-ref-163)
164. PELLET, op. cit. p. 11 [↑](#footnote-ref-164)
165. MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito internacional Público.* 12ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. [↑](#footnote-ref-165)
166. FRAGOSO, op. cit. p. 13 [↑](#footnote-ref-166)
167. Ibidem, p. 28 [↑](#footnote-ref-167)
168. O SLA – *Symbioesis Liberation Army* - era um grupo de inspiração marxista, nascido na California, que pretendia libertar os Estados Unidos da opressão do capitalismo. O grupo praticou assaltos, seqüestros e até mortes, concentrando sua atuação de 1973 a 1974. Contudo essa não foi a única organização de cunho esquerdista a se destacar nos Estados Unidos, o *Weathermen* grupo surgiu de um movimento criado nos anos 60 e realizou uma série de atentados que se relacionavam desde a Guerra do Vietnam até questões relacionadas ao petróleo. Disponível em: www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/13091/13091\_4.PDF‎. Acesso em: 18 de fevereiro de 2014. O atentado em Munique ocorreu na manhã do dia 5 de setembro de 1972, quando oito terroristas do grupo palestino Setembro Negro invadiram as acomodações dos atletas israelenses em Munique e mataram dois esportistas a sangue-frio. Acesso em: http://www.dw.de/1972-atentado-na-vila-ol%C3%ADmpica-em-munique/a-622972.Disponível em: 18 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-168)
169. JAPIASSU, op. cit. p. 54 [↑](#footnote-ref-169)
170. CLEAN, David Mc. *International co-operation in civil and criminal matters.* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 294 e 295 [↑](#footnote-ref-170)
171. PELLET, op. cit. p. 13 [↑](#footnote-ref-171)
172. Carlos Eduardo Adriano Japiassú aponta que enquanto alguns não hesitam em relacionar o terrorismo enquanto crime internacional, a exemplo de Schabas, Cassese ao estabelecer como requisito cumulativo para o crime internacional a atuação a partir de agente oficial de estado, englobaria à noção de crime internacional apenas algumas formas de terrorismo, o terrorismo de Estado ou o terrorismo tolerado por este. JAPIASSÚ, op. cit. p. 14. [↑](#footnote-ref-172)
173. CASSESE, Antonio. *International Criminal* Law. New York: Oxford University, 2003. p. 110. [↑](#footnote-ref-173)
174. Euskadi Ta Azkatasuna (que significa ‘Pátria Basca e Liberdade’), grupo fundado em 1959, busca a independência política e territorial do povo basco, lutando por um território que se encontra no nordeste da Espanha e sudoeste da França. SANCHEZ-CUENCA, Ignacio. *Terrorism as a war of attriction: ETA and the IRA.* Disponível em: www.yale.edu/macmillan/ocvprogram/pacho.pd. Acesso em: 06 de março de 2014. [↑](#footnote-ref-174)
175. Irish Republican Army (que significa ‘Exército Republicano Irlandês’), engajado na luta armada desde 1969 , que pretende separar a Irlanda do Reino Unido e reintegrar-se a Irlanda do Norte. SHANCHEZ-CUENCA, op. cit. [↑](#footnote-ref-175)
176. CHANDA, Nayan; TALBOTT, Strobe. *A era do Terror- o mundo depois de 11 de setembro*. Tradução: Cristina Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 9-10. [↑](#footnote-ref-176)
177. O ataque japonês à base norte-americana no Havaí, Pearl Habor, foi o estopim para a entrada dos Estados Unidos na Segunda Guerra Mundial. O ataque foi avassalador, destruindo 18 embarcações e 349 aeronaves e causando a morte de mais de 2.400 americanos Disponível em: http://veja.abril.com.br/especiais\_online/segunda\_guerra/edicao004/capa.shtml. Acesso em: 06 de março de 2014. [↑](#footnote-ref-177)
178. CHANDA; TALBOTT, op. cit. p. 12; 152-153. [↑](#footnote-ref-178)
179. Ibidem, p. 13 [↑](#footnote-ref-179)
180. EL-DAWLA, Ahmed Seif. *Contemporary perspectives on Terrorism*. Mimeo, Sicarusa, 2002. p. 8 [↑](#footnote-ref-180)
181. MOLL, Leandro de Oliveira. O terrorismo no direito brasileiro: análise à luz da obrigação internacional de repressão do crime de terrorismo. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*. (Coord: Maria Garcia) São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 80, v. 20, 2012. p. 409-410 [↑](#footnote-ref-181)
182. Ibidem, p. 378 [↑](#footnote-ref-182)
183. A facção é baseada na capital da Síria, Damasco, e acredita-se que seus recursos financeiros venham do Irã. A Jihad Islâmica tem como objetivo a criação de um Estado palestino islâmico e a destruição de Israel por meio de uma guerra santa. O grupo opera basicamente em Israel e nos territórios ocupados de Gaza e Cisjordânia, mas no passado já realizou atentados na Jordânia e no Líbano. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002/021109\_jihadmp.shtml. Acesso em: 06 de março de 2014. [↑](#footnote-ref-183)
184. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/os+atentados+mais+mortiferos+na+europa+ocidental

+desde+1995/n1597097842575.html. Acesso em: 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://noticias.terra.com.br/mundo/sete-anos-depois-atentado-de-2004-ainda-pesa-sobre-a-espanha,054887f9ea2ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html Acesso em: 25 de fevereiro de 2014. Disponível em:.http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2011/07/22/grupo-jihadista-reivindica-atentado-de-oslo.htm. Acesso em: 25 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-184)
185. JAPIASSU, op. cit. p. 55. No texto do decreto merece destaque o “Art. 1º Provocar directamente, por escripto ou por qualquer outro meio de publicidade, ou verbalmente em reuniões realizadas nas ruas, theatros, clubs, sédes de associações, ou quaesquer logares publicos ou franqueados ao publico, a pratica de crimes taes como damno, depredação, incendio, homicidio, com o fim de subverter a actual organização social: Pena: prisão cellular por um anno a quatro annos.” e o “Art. 6º Fabricar bombas de dynamite ou de outros explosivos iguaes ou semelhantes, em seus effeitos, aos da dynamite, com o intuito de causar tumulto, alarma, ou desordem, ou de commetter alguns dos crimes indicados no art. 1º ou de auxiÌiar a sua execução: Pena: prisão cellular por seis mezes a dous annos. Art. 7º Provocar directamente pelos meios indicados no art. 1º a pratica de crimes taes como damno, depredação, incendio, roubo, homicidio:Pena: prisão cellular por seis mezes a dous annos.” [↑](#footnote-ref-185)
186. FRAGOSO, op. cit. p. 91 [↑](#footnote-ref-186)
187. Ibidem, P. 91 [↑](#footnote-ref-187)
188. Em nome da segurança nacional disseminou-se nos países periféricos do bloco ocidental um truculento sentimento anticomunista, fundamento da perseguição, censura e perseguição política. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia de segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *In Revista de Estudos Criminais.* Porto Alegre: Notadez, n. 9, v. 12, 2003. p.72. Por sua vez, Rodrigo de Souza Costa, ao tratar da ideologia de segurança nacional, entende ser um conjunto de princípios nos quais se baseava a ideia de Estado, partindo de “pressupostos firmados para sustentar o regime totalitário e militarizado e, a partir daí, tratar, sob esse prisma, a questão criminal”. COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito Penal e Segurança.* Rio de Janeiro: GZ Ed, 2012. P. 9 e 12. [↑](#footnote-ref-188)
189. De 1969 a 1970, quatro seqüestros se destacaram durante a ditadura militar: primeiro e de maior repercussão, realizado em setembro de 1969, foi do embaixador norte-americano Charles Burke Elbrick; em 1970, os seqüestros do cônsul japonês Nobuo Okushi, do embaixador alemão Ehrenfried Anton Theodor Ludwig Von Holleben e, do embaixador suíço Giovanni Enrico Bucher. Todos tinham em comum integrar o movimento de resistência a ditadura, requisitando, em troca, a libertação de presos políticos. Disponível em: http://virtualiaomanifesto.blogspot.com.br/2009/05/os-sequestros-que-abalaram-ditadura.html. Acesso em: 04 de março de 2014. Disponível em: http://www.franklinmartins.com.br/estacao\_historia\_artigo.php?titulo=manifesto-do-sequestro-do-embaixador-americano-rio-1969. Acesso em: 04 de março de 2014. [↑](#footnote-ref-189)
190. A exemplo do atentado na OAB em 27 de agosto de 1980 no qual explosivos geraram a morte de uma funcionária, da bomba que explodiu na Câmara dos vereadores, causando lesões a um serventuário. Nos dizeres de Fragoso, “o sentido desses atentados de direita é bem claro: procura-se através deles gerar um clima de intranqüilidade que conduza ao endurecimento do regime, justificando medidas de exceção”. FRAGOSO, op. cit. p. 114. Outro exemplo é o caso do Riocentro, onde, em 30 de abril de 1981, dois militares, o sargento Guilherme Pereira do Rosário e o capitão Wilson Dias Machado, levaram uma bomba para o Riocentro, onde milhares de pessoas participavam de uma comemoração em homenagem ao dia do Trabalhador. Ocorre que, por volta das 21:00, com o evento já em curso, uma das bombas explodiu dentro do carro onde estavam os militares, matando o sargento e ferindo o capitão, antes que os mesmos pudessem concretizar o atentado. COSTA, Rodrigo de Souza. *Relatório* ... p. 2 [↑](#footnote-ref-190)
191. “Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.” [↑](#footnote-ref-191)
192. SOUZA, op. cit. p. 229 [↑](#footnote-ref-192)
193. CUNHA, Ciro Leal M. da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após 11 de setembro.* Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009. P. 52. Disponível em: http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Terrorismo\_internacional.pdf. Acesso em: 16 de fevereiro de 2014. p. 51 [↑](#footnote-ref-193)
194. SILVA, op. cit. p. 54 [↑](#footnote-ref-194)
195. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-195)
196. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. p. 25 pdf Subcomissão da Nacionalidade, Soberania, Relações internacionais. [↑](#footnote-ref-196)
197. Comissão de sistematização II. Algumas emendas somente lhe alterava o artigo, outras como a do constituinte Aluizio Campos alterava a redação do dispositivo “Art. 3, b)no repúdio e combate ao terrorismo, ao colonialismo e às ações discriminatórias.”. Posteriormente, a emenda proposta pelo constituinte José Tinoco dava a seguinte redação ao art. 4º “O Brasil fundamenta suas relações internacionais no princípio da independência nacional, na preservação dos direitos humanos, no direito a autodeterminação dos povos, na não-intervenção, na igualdade dos Estados, na solução pacífica dos conflitos internacionais, na defesa da paz, no repúdio ao terrorismo e na cooperação com todos os povos para a emancipação e o progresso da humanidade.". Contudo, foi o requerimento do constituinte Domingos Leoneli que inseriu o racismo ao lado do terrorismo, na senda das condutas repudiadas pelo Brasil na seara internacional. A redação foi ainda alterada pela Emenda substitutiva n.2037, que conferiu ao art. 4º a seguinte redação: “O Brasil fundamentará suas relações internacionais nos princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacifica dos conflitos e da defesa da paz, bem como no repúdio ao terrorismo e ao racismo, e propugnará pela cooperação entre os povos e pelo progresso da humanidade.”, que foi aprovado numa votação de 480 a 9, e 4 abstenções. [↑](#footnote-ref-197)
198. Em janeiro de 1978, o líder oposicionista Pedro Joaquín Chamorro, diretor do mais importante jornal do país, La Prensa, foi assassinado. O presidente foi acusado de cumplicidade e o o conflito tomou proporções de guerra civil. Em 22 de agosto de 1978, sandinistas chefiados por Edén Pastora, o Comandante Zero, tomaram o Palácio Nacional, em Manágua, e mais de mil reféns. Somoza teve que atender às exigências dos guerrilheiros e, em 17 de julho de 1979, os rebeldes o forçam a renunciar. Asilou-se nos Estados Unidos e depois no Paraguai, onde foi assassinado em 1980. A guerra civil custou mais de trinta mil vidas e destroçou a economia do país. Assumiu o poder a Junta de Reconstrução Nacional provisória.

Os sandinistas expropriaram as terras de grandes latifundiários, que foram distribuídas entre os camponeses. Os Estados Unidos se opuseram a sua política esquerdista e começaram a apoiar um movimento guerrilheiro anti-sandinista, os "Contras". Enquanto os moderados protestavam contra o adiamento das eleições e passavam à oposição os "contras", cerca de dois mil antigos membros da Guarda Nacional, baseados em Honduras, desencadearam ataques guerrilheiros à Nicarágua. A eles aderiram os mosquitos, contrários às medidas para sua integração.

A [década de 1980](http://pt.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9cada_de_1980) foi marcada por conflitos armados entre o governo sandinista e os Contras. O resultado foi uma maior radicalização do regime. [Minas](http://pt.wikipedia.org/wiki/Mina_%28minera%C3%A7%C3%A3o%29) e [florestas](http://pt.wikipedia.org/wiki/Floresta) foram nacionalizadas e as relações com os EUA se deterioraram. Em [1981](http://pt.wikipedia.org/wiki/1981), os EUA interromperam a ajuda econômica e o governo sandinista foi acusado de receber apoio de [Cuba](http://pt.wikipedia.org/wiki/Cuba) e da [União Soviética](http://pt.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%A3o_Sovi%C3%A9tica). Teve início uma nova guerra civil entre o governo sandinista e os Contras. A administração [Reagan](http://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald_Reagan) tentou conseguir apoio do [Congresso](http://pt.wikipedia.org/wiki/Congresso) para ajudar as forças exiladas dos Contras em Honduras e [Miami](http://pt.wikipedia.org/wiki/Miami), mas foi seriamente prejudicada pela divulgação, em [1986](http://pt.wikipedia.org/wiki/1986)-[1987](http://pt.wikipedia.org/wiki/1987), de desvio de [dinheiro](http://pt.wikipedia.org/wiki/Dinheiro) para os Contras exilados a partir da venda de armas norte-americanas para o [Irã](http://pt.wikipedia.org/wiki/Ir%C3%A3) (Escândalo [Irã-contras](http://pt.wikipedia.org/wiki/Ir%C3%A3-contras)). Disponível em: http://www.nicaragua.org.br/internas.php?noticias=8435&interna=97486. Acesso em: 06 de março de 2014. [↑](#footnote-ref-198)
199. À época, Professora da Academia Nacional de Polícia Civil do Distrito Federal e da Universidade do Distrito Federal – UDF. [↑](#footnote-ref-199)
200. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. x do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. p. 154 Subcomissão dos Direitos e garantias individuais [↑](#footnote-ref-200)
201. À época, o ex-Deputado Modesto da Silveira representou na Câmara dos Deputados o Partido do Movimento Democrático Brasileiro e concorreu nas últimas eleições à Assembléia Nacional Constituinte pela legenda do Partido Comunista Brasileiro. Era advogado, membro do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro e membro da Comissão dos Direitos Humanos. [↑](#footnote-ref-201)
202. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. x do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. p. 156 Subcomissão dos Direitos e Garantias individuais. [↑](#footnote-ref-202)
203. PIOVESAN, Flávia. Comentário ao artigo 4º, VIII. *In* *Comentários à Constituição do Brasil.* (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013. p. 174. [↑](#footnote-ref-203)
204. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. p. 182 Comissão de Sistematização [↑](#footnote-ref-204)
205. Deputada pertencente ao PFL do Rio de Janeiro. [↑](#footnote-ref-205)
206. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. p. 174 [↑](#footnote-ref-206)
207. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. p. 175 [↑](#footnote-ref-207)
208. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. p.176 [↑](#footnote-ref-208)
209. Pertencente ao PDS do Rio de Janeiro. [↑](#footnote-ref-209)
210. Conforme os pronunciamentos do Sr. Haroldo Lima PC do B, BA, e Roberto Freire do PCB, PE. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. x do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. N. 12.No mesmo sentido vale destacar um trecho pronunciamento de José Genoíno: “(...)Sr. Presidente, quero discutir o assunto. Não quero falar aqui olhando para os nobres Constituintes que foram torturados; não quero lembrar o nome de Rubens Paiva e de Wladimir Herzog. (...)E não estou fazendo aqui nenhum julgamento, porque se diz que o terrorismo é uma apreciação subjetiva de quem está no poder. Quero deixar bem claro que o terrorismo político não é o caminho para aqueles que querem realizar modificações na sociedade. Ele não pode ser equiparado aos crimes que ferem a essência ontológica – a separação entre o físico e a mente. O terrorismo deve ser tratado em um parágrafo autônomo, assim como o tráfico de drogas e o seqüestro.” N. 13. [↑](#footnote-ref-210)
211. Pertencente ao PDS do Pará. [↑](#footnote-ref-211)
212. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. x do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. N. 13, p. 166. [↑](#footnote-ref-212)
213. Emenda substitutiva 65: "Art. 6º ........................................§ 8º.: "Ninguém será submetido a tortura, as penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a práticas de tortura, seqüestro, terrorismo e tráfico ilícito de drogas crimes inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los ou denunciá-los, se omitirem. A lei regulamentará quais as drogas enquadráveis neste parágrafo." Emenda aditiva 1.074: "§ 8º.............., o terrorismo, o tráfico de drogas e entorpecentes e o seqüestro,................".Destaque n. 1.776: "Destaque para supressão da expressão o tráfico de drogas, os crimes hediondos e o terrorismo", constante do § 9º do art. 6º da Emenda Substitutiva 2P02038-1 – José Genoíno" [↑](#footnote-ref-213)
214. Emenda Aditiva nº 1.933 (José Tavares) Acrescente-se ao art. 6º, do Projeto, onde couber, o seguinte parágrafo:"§ ... – A lei definirá como crimes inafiançáveis o terrorismo e o tráfico de substâncias entorpecentes determinantes de dependência física ou psíquica, sendo, este último definido também como imprescritível." [↑](#footnote-ref-214)
215. "Art. 6º............................................. § 8º Ninguém será submetido a torturas, a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática de tortura, **terrorismo** e **corrupção** crimes inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executadores e os que, podendo evitálos, se omitirem.". p. 224 [↑](#footnote-ref-215)
216. “(...)há, evidentemente, uma confusão deliberada entre o conceito que se encerra na palavra terrorismo e o que se encerra na palavra subversão. Quando o terrorismo é aliado à subversão, ele ocorre na área política, mas não é, necessariamente, ligado nem à subversão, nem à política. O terrorismo, ao longo da História, tem sido praticado por fanáticos, por vingança de ordem pessoal, por tentativas de impedir que a lei possa ser aplicada. O terrorismo hoje é a forma mais covarde, mais injusta de se cometerem crimes contra pessoas inocentes e desavisadas. Tivemos há pouco tempo exemplos disso no mundo: a vingança de um cidadão contra uma pessoa de sua família, que ia viajar em um jato comercial, deu origem a que ele colocasse uma bomba naquele avião, que explodiu, matando centenas de pessoas que nada tinham a ver nem com o fato político, nem com o de ordem filosófica ou ideológica. O terrorismo é uma covardia, uma crueldade, que hoje corresponde à forma mais nefanda de se tentar obter um resultado. Por isso, Sr. Presidente, nada tem a ver com guerrilheiro, com *apartheid***,** com a defesa de alguém que queira ser contra o mais antigo ditador do mundo, o Sr. Fidel Castro, ou um dos mais recentes ditadores do mundo, o Sr. Pinochet. Não se trata disso. O terrorismo é uma forma covarde de matar pessoas inocentes sem que haja qualquer explicação para o fato, a não ser o gesto de violência de quem o pratica. Então, na minha opinião – e venho acompanhando, corno todas as senhoras e os senhores, os atos de terrorismo praticados hoje no mundo inteiro, quer na área política ou fora dela – a forma mais correta de se combater o terrorismo é colocá-lo na mesma categoria daqueles crimes que não podem e não devem ser suscetíveis de graça e anistia. O terrorista precisa ter conhecimento de que, quando for descoberto e julgado, não será anistiado para voltar ao convívio das pessoas, porque aquele que recorre ao terrorismo, por uma vez que seja na vida, não merece realmente a graça do perdão da humanidade. Ele vai ter de ficar esperando por algum tempo o perdão de Deus, que esse, certamente, um dia virá. O texto deve ser mantido e a emenda deve ser rejeitada. [↑](#footnote-ref-216)
217. Tais dispositivos foram mais detidamente abordados no item 3.4 [↑](#footnote-ref-217)
218. A lei 9.613, em sua antiga redação conferida pela lei 10.701 fazia menção expressa ao terrorismo e seu financiamento; contudo, com sua revogação pela lei 12.638/12, que retirou o rol taxativo de crimes, restou a alusão genérica a qualquer infração penal. SOUZA, op. cit. p. 228/229; COSTA, Rodrigo de Souza. *Relatório ...* p. 15 [↑](#footnote-ref-218)
219. JAPIASSU, op. cit. p. 54. CUNHA, Ciro. op. cit. P. 52. [↑](#footnote-ref-219)
220. Ibidem, p. 52 [↑](#footnote-ref-220)
221. PIOVESAN, Flavia. *Comentário ...* op. cit. p. 174 [↑](#footnote-ref-221)
222. Numa tradução literal seriam os “combatentes da liberdade”, que Cassese descreve como movimentos de libertação nacional, que, por exemplo, lutam pelo seu direito a autodeterminação. CASSESE, op. cit. p. 120 e 121. [↑](#footnote-ref-222)
223. Ibidem, p. 120 [↑](#footnote-ref-223)
224. Disponível em:<http://www.portalimprensa.com.br/noticias/ultimas\_noticias/63884/principais+jornais+do+pais+destacam+morte+de+santiago+andrade+em+seus+editoriais>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-224)
225. BITENCOURT, Cezar Roberto. *No Brasil não há terrorismo: tipificá-lo como crime é abusivo.* Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2014/02/13/no-brasil-nao-ha-terrorismo-tipifica-lo-como-crime-e-abusivo/ Acesso em: 16 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-225)
226. FRAGOSO, op. cit. p. 5 [↑](#footnote-ref-226)
227. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. N. 12, p. 174. [↑](#footnote-ref-227)
228. PELLET, op. cit. p. 16. Nesse sentido v. *Terrorism Act*, a lei britânica, que define terrorismo, o trata como uma ação ou omissão na qual o uso ou ameaça é feito com propósitos políticos, religiosos ou ideológicos, incluindo séria violência contra a pessoa, danos contra a propriedade ou criando sério risco a saúde do público ou parte dele. A lei americana define atividade terrorista como “a organização, apoio ou participação em ostentoso ou indiscriminado ato de violência com extrema indiferença ao risco de causar morte ou sérios danos corporais a um indivíduo que não esteja envolvido em hostilidade armada”. O Código Penal Francês (art 421-1) qualifica como atos terroristas diversos atos de violência delimitados como “infrações contra uma empresa individual ou coletiva, tendo por objetivo perturbar a ordem pública por intimidação ou terror”. Regis Prado e Erika Carvalho mencionam ainda o Código Penal espanhol, cujo art 571 penaliza “os que pertencendo, atuando a serviço ou colaborando com bandos armados, organizações ou grupos cuja finalidade seja de subverter a ordem constitucional ou alterar gravemente e paz publica cometam os delitos de estrago ou incêndio tipificados nos artigos 346 a 351 (...)”, o que mais uma vez corrobora a ideia de que o terrorismo seria visto como um crime comum, com alguns diferenciais. CARVALHO, Erika Mendes de; PRADO, Luis Regis. *D*elito político e terrorismo, uma aproximação conceitual . Disponível em: http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%EDtico%20e%20terrorismo.pdf. Acesso em: 21 de fevereiro de 2014. p. 16. Os artigos 300 e 301 do Código Penal Português estabelecem que comete o crime de terrorismo quem mediante a prática de crime contra a vida, integridade, liberdade; ou contra a segurança dos transportes e das comunicações; da produção dolosa do perigo comum; da sabotagem; implique o emprego de energia nuclear entre outras armas, com a finalidade de prejudicar a integridade ou a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral. Por fim, o art 270 bis do Código Penal italiano traz sob a rubrica de associação com finalidade de terrorismo e inversão da ordem democrática que pratica o crime quem promover, fundar, organizar ou dirigir as associações cuja finalidade seja promover atos de violência com o objetivo de subverter a ordem democrática. GONÇALVES, op. cit. p. 238 [↑](#footnote-ref-228)
229. Ibidem, p. 239 [↑](#footnote-ref-229)
230. BITENCOURT, Cezar Roberto. *No Brasil não há...* GOMES, Luiz Flavio.*Legislador faz terrorismo com o terrorismo.* Disponível em:http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/113183864/legislador-faz-terrorismo-com-o-terrorismo?ref=home. Acesso em: 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/152021-morte-gera-debate-inflamado-sobre-punicao-a-violencia-em-protestos.shtml. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/12/cristovam-buarque-critica-projeto-que-define-crimes-de-terrorismo. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-230)
231. COSTA, Rodrigo de Souza. *Terrorismo: ...* op. cit. p. 177-178. A respeito do terrorismo estatal, ele apresenta duas vertentes distintas. A primeira refere-se a hipótese em que o Estado patrocina atividades terroristas em território estrangeiro. Neste sentido, temos dois exemplos, Chomski relata que, em 1980, a Nicarágua foi vítima de um ataque conduzido pelos EUA, onde dezenas de milhares de pessoas morreram, uma devastação tão grande, da qual o país jamais se recuperou, outro exemplo é ocorrido em 1985 quando a administração Reagan promoveu uma de bombas em Beirute, do lado de fora de uma mesquita, visando a um sacerdote muçulmano, que não foi atingido, mas em seu lugar morreram 80 pessoas e 250 ficaram feridas. CHOMSKI, Noam. *11 de setembro*. Tradução: Luís Antonio Aguiar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 27 e 49 A segunda vertente, tão perigosa quanto a primeira, é o terrorismo praticado pelas autoridades governamentais para obter da população determinado comportamento. [↑](#footnote-ref-231)
232. PELLET, op. cit. p.14 [↑](#footnote-ref-232)
233. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Niccola ; PASQUINO, Grianfranco. *Dicionário de Política.* Trad. João Ferreira, Carmen Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 1243 [↑](#footnote-ref-233)
234. MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. *Direito Penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 143 e 147. [↑](#footnote-ref-234)
235. DAVID, Eric, 1974 *apud* PRADO; CARVALHO, 2000, p. 20. [↑](#footnote-ref-235)
236. Jiménez Asúa, 1951 *apud* COSTA, 2007, p. 173. [↑](#footnote-ref-236)
237. ARAÚJO, Luiz Roberto; PRADO, Luís Regis. *Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar.* Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181392/000396482.pdf?sequence=3. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014. p. 20 [↑](#footnote-ref-237)
238. CASSESE, op. cit. p. 120-121 [↑](#footnote-ref-238)
239. MOLL, op. cit. p.377 [↑](#footnote-ref-239)
240. CASSESE, p. 125. [↑](#footnote-ref-240)
241. CARVALHO; PRADO, op.cit. p. 21 [↑](#footnote-ref-241)
242. CASSESE, op. cit. p. 125-126. [↑](#footnote-ref-242)
243. FRAGOSO, op. cit. p. 7 [↑](#footnote-ref-243)
244. Conceito trazido por Artur de Brito Gueiros Souza, segundo quem o *ciberterrorismo* “consiste no ataque a sistemas de informática e telecomunicações, inclusive internet, que pode causar graves consequências, considerando o modelo de sociedade em que se vive”. SOUZA, op. cit. p. 216. [↑](#footnote-ref-244)
245. FRAGOSO, op. cit. p. 9 e 13. [↑](#footnote-ref-245)
246. Esta, por sinal, é uma das críticas feitas ao Projeto de lei do Senado 499/2013, que define crimes de terrorismo, uma vez que sua versão inicial se contentava com a provocação a infusão de atos que provoquem pânico generalizado, mediante ofensa ou tentativa à vida ou mediante dano a bem ou serviço social. A ausência do especial fim da agir amplia expressivamente o alcance da norma, podendo atingir, em última análise, movimentos sociais. Disponível em:www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/12/cristovam-buarque-critica-projeto-que-define-crimes-de-terrorismo. Acesso em: 25 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-246)
247. MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7ª Edição. São Paulo Saraiva 2002. p. 121. [↑](#footnote-ref-247)
248. CARVALHO; PRADO, op. cit. p. 20 [↑](#footnote-ref-248)
249. COSTA, Rodrigo de Souza. *Terrorismo: ...* op. cit. p. 179. [↑](#footnote-ref-249)
250. SOUZA, op. cit. p. 233. [↑](#footnote-ref-250)
251. DIAS, op. cit. p. 249. [↑](#footnote-ref-251)
252. MOLL, op. cit. p. 386 [↑](#footnote-ref-252)
253. SOUZA, op. cit. p. 186. CARVALHO; PRADO, op. cit. p. 5. [↑](#footnote-ref-253)
254. SOUZA, op. cit. p. 186. CARVALHO; PRADO. op. cit. p. 6-7. [↑](#footnote-ref-254)
255. SOUZA, op. cit. p. 186. CARVALHO; PRADO. op. cit. p. 7. [↑](#footnote-ref-255)
256. HUNGRIA, 1949 *apud* PRADO, 2000, p. 9 [↑](#footnote-ref-256)
257. SOLER, 1966 *apud* FRAGOSO, 1981, p. 35-36. [↑](#footnote-ref-257)
258. ARAÚJO JR, 1991 *apud* SOUZA, 2013, p. 187. [↑](#footnote-ref-258)
259. SOUZA, op. cit. p. 186. [↑](#footnote-ref-259)
260. CARVALHO; PRADO. op. cit. p. 11-12. [↑](#footnote-ref-260)
261. CARVALHO; PRADO. op. cit. p. 20. [↑](#footnote-ref-261)
262. FRAGOSO, op. cit. p. 40. [↑](#footnote-ref-262)
263. Ext 855, Relator(a):  Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2004, DJ 01-07-2005 PP-00005 EMENT VOL-02198-1 PP-00029 RB v. 17, n. 501, 2005, p. 21-22 p.71. [↑](#footnote-ref-263)
264. CARVALHO; PRADO. op. cit. p. 12 Erika Mendes Carvalho e Luís Regis Prado citam nesse sentido: BARBOSA, Licínio. “Dos crimes hediondos”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 1991, n.112, p.182-183;; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. “Dos crimes hediondos”, *RJTJSP*, São Paulo, Lex, 1991, n.128, p.27-28. Sob a égide da legislação pretérita, vide CASTELLO BRANCO, Eurico. *Dos crimes contra a segurança nacional*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1971, p.97; COGAN, Arthur. *Crimes contra a segurança nacional: comentários, legislação, jurisprudência*, São Paulo, RT, 1976, p.42; LOBÃO FERREIRA, Célio. *Crimes contra a segurança do Estado*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1982, p.31e 47. [↑](#footnote-ref-264)
265. MIRABETE, op. cit. p. 394-395. [↑](#footnote-ref-265)
266. FERNANDES, op. cit. p.261-262 [↑](#footnote-ref-266)
267. MORAES; SMANIO, op. cit. p. 34 [↑](#footnote-ref-267)
268. FRAGOSO, op. cit. p. 12, 98-99 [↑](#footnote-ref-268)
269. Em nome da segurança nacional disseminou-se nos países periféricos do bloco ocidental um truculento sentimento anticomunista, fundamento da perseguição, censura e perseguição política BARROSO, Luis Roebrto. *A superação ...* op. cit. p.72. [↑](#footnote-ref-269)
270. BARROSO, op. cit. p. 75 [↑](#footnote-ref-270)
271. Nesse sentido, vale destacar que a inconveniência da lei de segurança nacional a que se refere Barroso advém de ser essa proveniente do período da ditadura e rezar a doutrina de segurança nacional e não pelo simples fato de ser uma lei de segurança nacional. Primeiramente, cumpre lembrar que existiram outras leis que tratavam de forma diversa do conceito de segurança nacional, merecendo destaque a lei n. 1.802 que vigorou durante o período de 1946 a 1964, período reconhecidamente democrático no Brasil, sendo relevante para o período de Guerra Fria. Ademais, os conceitos de segurança nacional foram sendo alargados ou diminuídos conforme o momento histórico em que o país vivia, conforme pode se perceber pela noção difundida pela Escola Superior de Guerra, que passou a aplicar o conceito de segurança nacional como arma de combate ao comunismo. Assim, é notório que a doutrina de segurança nacional é que se manifestava conforme o regime político, sofrendo desvios conforme a necessidade. COSTA, Rodrigo de Souza*. Segurança ...* op. cit. p. 15. [↑](#footnote-ref-271)
272. Fragoso esclarece que “aplica-se a várias figuras de ilícito penal que se caracterizam por causar danos consideráveis a pessoas e coisas, na perspectiva do perigo comum; pela criação real ou potencial de terror ou intimidação, e pela finalidade político-social”. FRAGOSO, op. cit. p. 8 [↑](#footnote-ref-272)
273. MONTEIRO, op. cit. p. 120-124. [↑](#footnote-ref-273)
274. Ibidem, p. 123. [↑](#footnote-ref-274)
275. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072.* 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 109. [↑](#footnote-ref-275)
276. É o tipo eu contém a descrição de várias condutas fáticas que equivalem à concretização de um mesmo delito. FRANCO, op. cit. p. 109. [↑](#footnote-ref-276)
277. Ibidem, p. 109. [↑](#footnote-ref-277)
278. CARVALHO; PRADO, op. cit. p. 16. [↑](#footnote-ref-278)
279. Leis penais que carecem de complemento por outras normas. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Curso de Direito ….* op. cit. p. 50-51 [↑](#footnote-ref-279)
280. SOUZA, op. cit. p. 229-230. [↑](#footnote-ref-280)
281. FELDENS, Luciano. *Comentário ...* op. cit.p. 401. [↑](#footnote-ref-281)
282. Ibidem, p. 398. [↑](#footnote-ref-282)
283. SILVA, op. cit. p. 143 [↑](#footnote-ref-283)
284. GONÇALVES, op. cit. p. 242-244 [↑](#footnote-ref-284)
285. Deputado eleito por Goiás filiado ao PC do B. [↑](#footnote-ref-285)
286. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. N. 02, p. 161 [↑](#footnote-ref-286)
287. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas das Comissões.** Suplemento ao n. Diário da Assembleia Nacional Constituinte n. do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gáfico do Senado Federal, 1987. N. 07, p. 483 [↑](#footnote-ref-287)
288. COSTA, Rodrigo de Souza. *Relatório ....*op. cit. p. 4 [↑](#footnote-ref-288)
289. MOLL, op. cit. p. 384-385. [↑](#footnote-ref-289)
290. Ibidem, p. 381. [↑](#footnote-ref-290)
291. CARVALHO; PRADO, op.cit. p. 16 [↑](#footnote-ref-291)
292. COSTA, Rodrigo de Souza. *Relatório ....*  p. 11. [↑](#footnote-ref-292)
293. Merece destaque ainda o fato de a lei fazer menção ao Direito Internacional criando uma espécie *suis generis* de norma penal em branco, conforme a redação do art. 1º, § 2º, II que estabelece que as organizações terroristas serão reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte. [↑](#footnote-ref-293)
294. GONÇALVES, op. cit. p. 244 [↑](#footnote-ref-294)
295. MOLL, op. cit. p. 382 [↑](#footnote-ref-295)
296. Pelo princípio da legalidade a “elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente”. BITENCOURT, op. cit. p. 49. [↑](#footnote-ref-296)
297. CARVALHO; PRADO, op. cit. p 16 [↑](#footnote-ref-297)
298. GONÇALVES, op. cit. p. 244 [↑](#footnote-ref-298)
299. CARVALHO; PRADO, op. cit. p 16. Neste sentido, argumentam os autores: “Diante desse quadro, oportuna seria a tipificação do terrorismo – bem como a inserção dos delitos políticos - no Código Penal brasileiro. Não é conveniente, nem apropriado, remeter à legislação extravagante a proteção penal de bem jurídico essencial como a integridade e a estabilidade da ordem constitucional. A gravidade e urgência dessas condutas exigem sua imediata inclusão na legislação penal fundamental.” [↑](#footnote-ref-299)
300. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18156. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014. [↑](#footnote-ref-300)
301. FELDENS, Luciano. *Comentário ….*op. cit. p. 401 [↑](#footnote-ref-301)
302. MOLL, op. cit. p. 388 [↑](#footnote-ref-302)
303. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104916 [↑](#footnote-ref-303)
304. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=333936 [↑](#footnote-ref-304)
305. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484837 [↑](#footnote-ref-305)
306. http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\_cod\_mate=103652 [↑](#footnote-ref-306)
307. http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/433703-COPA-E-OLIMPIADAS-PODEM-IMPULSIONAR-PROJETOS-DE-LEI-SOBRE-TERRORISMO,-DIZ-DEPUTADO.html [↑](#footnote-ref-307)
308. http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\_cod\_mate=115549 [↑](#footnote-ref-308)
309. http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\_cod\_mate=106404 [↑](#footnote-ref-309)
310. COSTA, Rodrigo de Souza. *Relatório...*  p. 5 [↑](#footnote-ref-310)
311. ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário ao artigo 5º, LII. In Comentários à Constituição do Brasil. (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013. p. 418. [↑](#footnote-ref-311)
312. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 14 edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236 [↑](#footnote-ref-312)
313. ARAUJO; PRADO, op. cit. p. 3. [↑](#footnote-ref-313)
314. ROTHENBURG, op. cit. p. 423. [↑](#footnote-ref-314)
315. REZEK, op. cit. p. 241. [↑](#footnote-ref-315)
316. MAZZUOLI, op. cit. p. 771. [↑](#footnote-ref-316)
317. ROTHENBURG, op. cit. p. 423. [↑](#footnote-ref-317)
318. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista ds Tribunais, 2013.p. 766 [↑](#footnote-ref-318)
319. MAZZUOLI, op. cit. p. 765. [↑](#footnote-ref-319)
320. Art. 107, CP. [↑](#footnote-ref-320)
321. REZEK, op. cit. p. 244. [↑](#footnote-ref-321)
322. Rothenburg trata este requisito, em especial quanto à prescrição, separadamente, atribuindo-lhe o caráter de atualidade, de forma que o fato ainda deve ser considerado crime. [↑](#footnote-ref-322)
323. REZEK, op. cit. p. 244. [↑](#footnote-ref-323)
324. MAZZOULI, op. cit. p. 765, 777-779. Tradicionalmente, apesar de não ser permitida a aplicação de tais espécies de pena no Brasil, o STF vinha permitindo a extradição para países onde o extraditanto pudesse eventualmente sofrê-las, já que não havia nenhuma vedação nesse sentido, conforme art. 91 da lei n. 6.815/80. Contudo, no julgamento da Ext. 855 o STF reviu seu posicionamento condicionando a extradição à comutação de duas penas de prisão perpétua pela pena privativa de liberdade no limite máximo de 30 anos, conforme o art. 75, CP. [↑](#footnote-ref-324)
325. ROTHENBURG, op. cit. p. 418. “extradição - pedidos de extensão para autorizar o processamento do extraditado por outros crimes, anteriores a extradição. vedação do artigo 91, i, da lei 6.815/80. demais disso, pedidos que não se revestem de legitimidade não partindo do governo argentino, mas, diretamente de juizes de instrução. pedidos não conhecidos.
(Ext 417 ampliação, relator(a):  min. Oscar Correa, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/1985, DJ 11-10-1985 PP-17858 EMENT VOL-01395-01 PP-00068) [↑](#footnote-ref-325)
326. Ibidem, p. 418. [↑](#footnote-ref-326)
327. REZEK,op. cit. p. 237-238. [↑](#footnote-ref-327)
328. MAZZUOLI, op. cit. p. 767 e 768. [↑](#footnote-ref-328)
329. ROTHENBURG, op.cit. p. 419 Há, contudo, quem entenda que o requisito da dupla incriminação se faz somente no caso de extradição para o julgamento, não englobando a extradição executória. [↑](#footnote-ref-329)
330. . SOUZA op. cit. p. 225. [↑](#footnote-ref-330)
331. REZEK, op. cit. p. 242-243. [↑](#footnote-ref-331)
332. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal. *In Terrorismo e Direito.* [↑](#footnote-ref-332)
333. “Art. 5º, LI – nenhum brasileiro será extraditado,salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;” “Art. 77. Não se concederá a extradição quando: I- se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido; “(...) [↑](#footnote-ref-333)
334. ROTHENBURG, op. cit. p. 420. [↑](#footnote-ref-334)
335. “Art. 77. Não se concederá a extradição quando: (...) VII - o fato constituir crime político; (...)” “Art. 5º, LII- não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;” [↑](#footnote-ref-335)
336. SOUZA, op. cit. p. 183-185. [↑](#footnote-ref-336)
337. HUNGRIA, Comentário ao Codigo Penal, vol. I p. 196. PRADO; ARAÚJO, 1982, p. 17. [↑](#footnote-ref-337)
338. MELO, op. cit. 1241. [↑](#footnote-ref-338)
339. SOUZA, op.cit. p. 218. [↑](#footnote-ref-339)
340. Artur de Brito Gueiros Souza ensina que “a cláusula surgiu depois do atentado contra Napoleão III, cujos autores buscaram refúgio na Bélgica, que, à princípio, não podia extraditá-los. Todavia, a pressão política do Governo francês fez com que houvesse a desconsideração do cará ter político daquela agressão, passando a ser tomado como delito ‘vulgar’”. SOUZA, p. 219. A partir de então a cláusula passou a figurar nos tratados celebrados pela França com diversos países, dentre os quais exemplifique-se: Países Baixos e Chile; Luxemburgo; Principado de Mônaco; e até no Código Bustamante (art 357). PRADO ARAUJO, p. 18. [↑](#footnote-ref-340)
341. VELLOSO, Carlos Mario da Silva. A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal. *In Terrorismo e Direito – Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político jurídicas.* (Coord. Leonardo Nemer Caldeira Brant). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 135. [↑](#footnote-ref-341)
342. EL-DAWLA, op. cit. p. 7-8. [↑](#footnote-ref-342)
343. No original, “political offense exception”. [↑](#footnote-ref-343)
344. ROTHENBURG, op. cit. p. 424. [↑](#footnote-ref-344)
345. ROTHENBURG, op. cit. p. 424. [↑](#footnote-ref-345)
346. SOUZA, op. cit. p. 228. “Artigo 5- Dos delitos políticos (...) 2. Para os fins do presente Acordo, não serão considerados delitos políticos, em nenhuma circunstância: (...) c. atos de natureza terrorista que, a título exemplificativo, impliquem algumas das seguintes condutas:

a. atentado contra a vida, a integridade física ou a liberdade de pessoas que tenham direito à proteção internacional, aí incluídos os agentes diplomáticos; b. tomada de reféns ou seqüestro de pessoas; c. atentado contra pessoas ou bens envolvendo o uso de bombas, granadas, rojões, minas, armas de fogo, cartas ou pacotes contendo explosivos ou outro dispositivos capazes de causar perigo comum comoção pública; d. atos de captura ilícita de embarcações ou aeronaves; e e. em geral, qualquer ato não compreendido nos itens anteriores, cometido com o propósito de atemorizar uma população, classes ou setores da mesma, de atentar contra a economia de um país, seu patrimônio cultural ou ecológico, ou de realizar represálias de caráter político, racial ou religioso; f. a tentativa de qualquer dos delitos previstos neste artigo.” [↑](#footnote-ref-346)
347. SOUZA, op. cit. p. 189. [↑](#footnote-ref-347)
348. V. item 3.3.1 [↑](#footnote-ref-348)
349. Há diversos sistemas de distinção de crimes políticos complexos e crimes políticos conexos aos crimes comuns para efeitos de extradição, dentre eles o adotado pela legislação brasileira é o da prevalência, segundo o qual “o motivo ou fim político não exclui a extradição quando o fato imputado constitui, prevalentemente, um crime comum (...)” HUNGRIA, 1960 apud SOUZA, 2013, 190-191. [↑](#footnote-ref-349)
350. Art 77 (...) § 1° A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal. § 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração. [↑](#footnote-ref-350)
351. SOUZA, op. cit. p. 191. [↑](#footnote-ref-351)
352. Conforme explicado no item. 3.3.1, entende-se complexo o crime político quando fere o bem jurídico ordem política e simultaneamente atinge bens jurídicos comuns. Neste caso, define-se sobre a extraditabilidade através da preponderância. [↑](#footnote-ref-352)
353. Destaca-se o trecho do voto do Min. Moreira Alves em que diz “Nos sequestros com motivações verdadeiramente política se procura dar a maior publicidade possível dos intentos reais do movimento revolucionário, para chamar atenção sobre ele, dando-lhe corpo junto à opinião pública.” [↑](#footnote-ref-353)
354. Conforme item 3.3.1, os delitos conexos são delitos de natureza política e comum, relacionados entre si por uma relação de conexidade. [↑](#footnote-ref-354)
355. MAZZUOLI, op. cit. p. 776. [↑](#footnote-ref-355)
356. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, p.342. “Foi, portanto, revogado pela Constituição o §1º do art. 77 da lei 6.815/1980 ao declarar que o fato político não impedirá a extradição quando constituir, principalmente, infração penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir fato principal. Ora, o fato principal, para a tutela constitucional, é sempre o crime político. Este é que imuniza o estrangeiro da extradição. Logo, onde ele se caracterize, onde ele exista, predomina sobre qualquer outra circunstância e, portanto, não cabe a medida, pouco importando haja ou não delito comum envolvido, que fica submetido naquele.” [↑](#footnote-ref-356)
357. MOLL, op. cit. p. 396. V. tratados com a Bolívia, Chile, Colombia, Coreia do Sul, Equador, Espanha, Estados Unidos, Paraguai, Peru, República Dominicana, Rússia e Venezuela. [↑](#footnote-ref-357)
358. SOUZA, op. cit. p. 223. [↑](#footnote-ref-358)
359. EMENTA: - EXTRADIÇÃO EXECUTÓRIA DE PENAS. PRESCRIÇÃO. CRIMES POLÍTICOS: CRITÉRIO DA PREPONDERÂNCIA. 1. O extraditando foi condenado pela Justiça Italiana, em julgamentos distintos, a três penas de reclusão: a) - a primeira, de 1 ano, 8 meses e 20 dias; b) - a segunda, de 5 anos e 6 meses; e c) - a terceira, de 6 anos e 10 meses. 2. Quanto à primeira, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com a lei brasileira. E até a prescrição da pretensão executória da pena, seja pela lei brasileira, seja pela italiana. 3. No que concerne às duas outras, não se consumou qualquer espécie de prescrição, por uma ou outra leis. 4. Mas, já na primeira condenação, atingida pela prescrição, ficara evidenciado o caráter político dos delitos, consistentes em explosões realizadas na via pública, para assustar adversários políticos, nas proximidades das sedes de suas entidades, sem danos pessoais, porque realizadas de madrugada, em local desabitado e não freqüentado, na ocasião, por qualquer pessoa, fatos ocorridos em 1974. 5. A segunda condenação imposta ao extraditando foi, também, por crime político, consistente em participação simples em bando armado, de roubo de armas contra empresa que as comercializava, de roubo de armas e de dinheiro, contra entidade bancária, fatos ocorridos em 12.10.1978. Tudo, "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil no território do estado, de atentar contra a vida e a incolumidade de pessoas para fins de terrorismo e de eversão da ordem democrática". Essa condenação não contém indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou à incolumidade física das pessoas. E o texto é omisso quanto às condutas que justificaram a condenação dos demais agentes, de sorte que não se pode aferir quais foram os fatos globalmente considerados. E não há dúvida de que se tratava de insubmissão à ordem econômica e social do Estado italiano, por razões políticas, inspiradas na militância do paciente e de seu grupo. Trata-se pois, também, nesse caso, de crime político, hipótese em que a concessão da extradição está expressamente afastada pelo inciso LII do art. 5º da Constituição Federal, "verbis": "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião." 6. Na terceira condenação - por roubo contra Banco, agravado pelo uso de armas e pluralidade de agentes - o julgado não diz que o delito tenha sido praticado "com o fim de subverter violentamente a ordem econômica e social do Estado italiano", como ocorreu na 2ª condenação. Não há dúvida, porém, de que os fatos resultaram de um mesmo contexto de militância política, ocorridos que foram poucos meses antes, ou seja, "em época anterior e próxima a 09.02.1978", envolvendo, inclusive, alguns agentes do mesmo grupo. 7. Igualmente nesse caso (3ª condenação), não se apontam, com relação ao paciente, fatos concretos característicos de prática de terrorismo, ou de atentados contra a vida ou a liberdade das pessoas. 8. Diante de todas essas circunstâncias, não é o caso de o S.T.F. valer-se do § 3º do art. 77 do Estatuto dos Estrangeiros, para, mesmo admitindo tratar-se de crimes políticos, deferir a extradição. 9. O § 1º desse mesmo artigo (77) também não justifica, no caso, esse deferimento, pois é evidente a preponderância do caráter político dos delitos, em relação aos crimes comuns. 10. E a Corte tem levado em conta o critério da preponderância para afastar a extradição, ou seja, nos crimes preponderantemente políticos (RTJ 108/18; EXTRADIÇÃO nº 412-DJ 08.03.85; e RTJ 132/62). 11. Com maior razão, hão de ser considerados crimes políticos, ao menos relativos, os praticados pelo extraditando, de muito menor gravidade que as de um dos precedentes, ainda que destinados à contestação da ordem econômica e social, quais sejam, o de participação simples em bando armado, o de roubo de armas, veículos e dinheiro, tudo com a mesma finalidade. 12. Uma vez reconhecida a prescrição, seja pela lei brasileira, seja pela italiana, no que concerne à primeira condenação (1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão) e caracterizados crimes políticos, quanto às duas outras, o pedido de extradição, nas circunstâncias do caso, não comporta deferimento. 13. Extradição indeferida. Plenário. Decisão unânime. (Ext 694, Relator(a):  Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/1997, DJ 22-08-1997 PP-38760 EMENT VOL-01879-01 PP-00151 RTJ VOL-00166-01 PP-00066) [↑](#footnote-ref-359)
360. ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário ao artigo 5º, LII. *In Comentários à Constituição do Brasil.* (Coord: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.) São Paulo: Saraiva, 2013. p. 419 e 424 [↑](#footnote-ref-360)
361. BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. *A tutela constitucional do terrorismo no Direito Brasileiro*. Mimeo, Oslo, 2014. [↑](#footnote-ref-361)