

A ACEITAÇÃO DO INIMIGO COMO NÃO PESSOA E O RISCO DE ENFRAQUECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Luthegard de Almeida PORTUGAL¹
Heloisa PORTUGAL²

RESUMO: O presente trabalho analisa brevemente o direito penal do inimigo como forma de controle social, que foi concebido na tese do doutrinador alemão, Günter Jakobs em meados dos anos de 1980, com base nas políticas públicas de combate a criminalidade. A tese de Jakobs tem fomentado polêmicas, mas vem se consolidando em todo mundo, pois o medo e a insegurança têm aumentado vertiginosamente. Por essa tese, passaria a existir o “Direito Penal do Cidadão” e o Direito Penal do Inimigo, com seus princípios e regras próprias. O artigo consiste em um estudo preliminar que visa questionar os atos de combate ao terrorismo adotados pelos EUA, em especial a execução de Osama Bin Laden, como manifestação concreta do Direito Penal do Inimigo e tende, a pesquisa, a concluir que o direito penal do inimigo possa ser incompatível com o Estado democrático de direito e com o respeito aos direitos da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

As últimas décadas do século XX e estes anos iniciais do século XXI mergulhou o homem comum em um sentimento de impotência, de angústia não consciente, ma dolorosamente gritando lá no seu íntimo: “viver está muito perigoso, não há mais respeito pelas leis, estamos vulneráveis frente à violência. O governo precisa endurecer ou todos nós seremos vítimas inocentes da bandidagem que anda solta por aí.”

Conversa comum que se ouve diariamente, desde o mais simples vocabulário inculto até os mais elaborados discursos em linguagem acadêmica. O século XX viveu duas grandes guerras com espanto, cujo clímax aconteceu em 6 de agosto de 1945, no Japão: existiam armas de guerra capazes de destruir ao pó uma cidade e fazer sumir literalmente os seus habitantes, consumidos pelo impacto e

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito da Faculdade REGES de Dracena. Integrante do Grupo de Estudos de Direito Americano e Internacional – GEDAI, coordenado pela professora Heloisa Helena de Almeida Portugal. luddyalmeida@yahoo.com.br.

² Docente do curso de Direito da Faculdade REGES de Dracena na disciplina de Direito Internacional, Doutoranda na PUC-SP, coordenadora do Grupo de Estudos de Direito Americano e Internacional – GEDAI.

calor da energia nuclear. Não se conhecia, até então, nada semelhante e não se podiam prever quais as consequências de tal fonte de destruição.

Os próprios cientistas do projeto estavam atônitos, inconformados com o uso de sua criação.

Finda a guerra, após a purgação dos “culpados” perdedores, instalase a guerra fria. As duas super-potencias se armavam até a estratosfera com suas ogivas nucleares, ameaçando não somente o outro lado, o inimigo declarado, mas a toda humanidade, que acompanhava, temerosa, cada dia de *stress* entre os dirigentes poderosos: qual deles vai apertar o botão vermelho primeiro? Construía-se abrigos nucleares, estocava-se alimentos, água; mas todos sabiam que a energia do átomo, uma vez liberada, é invasiva, não respeitando fronteiras. O clima de medo, de tensão, diuturnamente assombrava a todos, e qualquer um podia ser um comunista ou um agente da CIA infiltrado para colher informações. O medo era real, como reais eram as circunstâncias em que ele era gerado, mas a imaginação alimentada pela imprensa, por filmes catastróficos, por discursos inflamados dos líderes mundiais sedentos de mais poder criaram um estado permanente de alerta, de perigo a toda hora, que tirava o sono do mundo.

Caiu o muro de Berlin, inimigos ferozes se dão as mãos, o Premio Nobel da Paz nunca foi tão incensado. Se o cidadão pensava que finalmente dormiria em paz, enganava-se, pois agora era a vez das minorias, dos pobres marginalizados, dos negros, daquele ser humano que vivia no *borderline* da sociedade, e queria mais. Se não lhes dessem melhores condições de vida, um viver com o mínimo de dignidade respeitável, uma parte da riqueza, de poder, eles iriam tomá-las à força, ou violentamente pela clandestinidade. É a época da chamada tolerância zero, “lugar de bandido é na cadeia”. É a hora das ditaduras autoritárias que brotavam em países do dito 3º mundo exercerem o seu poder de arbítrio e exceção. O homem comum do século XX tem medo e não sabe distinguir, claramente, de onde vem o perigo. Sente, no entanto, a necessidade da mão protetora daquele “pai” que tudo pode e que, sem dúvida, vai saber conter o perigo, protegendo a todos. O Estado fará o que for necessário para proteger seus cidadãos e garantir a paz social, mesmo que seja preciso se fazer de surdo à voz da Carta Magna de seu país. E chegamos ao século XXI. Alguns esperançosos, outros céticos. No dia 11 de setembro de 2001, um marco histórico foi fincado em Nova Iorque. Aquele medo, de certa forma abstrato ou localizado em certos bolsões

sociais, agora tinha um ícone: o terrorismo. O estado de guerra ao terror estava declarado e o Estado estende seus tentáculos poderosos, invadindo os territórios antes preservados do âmbito privado. Não mais é preciso prestar contas de seus atos a nenhum organismo que cerceie a sua ação preventiva: punir antes que mais tragédias aconteçam. Os direitos constitucionais têm que abrir espaço para a guerra ao terror, onde todos são inimigos. Instalava-se a guerra assimétrica.

O homem brasileiro também está em crise de valores humanos. Mal saídos dos anos de chumbo, com uma democracia plena, porém muito jovem, o brasileiro aplaude de pé cenas de violência contra a bandidagem, “Direitos Humanos para bandido? E nós, quem cuida de nossos direitos?” O Estado, é claro.

A tutela dos bens garantidos pela Constituição Federal, a Constituição cidadã de 1988, (fruto de anos de sofrimento sob o arbítrio), os direitos individuais, as proteções, as garantias não foram feitas para bandidos. A sociedade quer justiça! (ou seria vingança?). O medo de cada um tem que se esvaír no castigo imposto pelo Estado ao infrator, exemplarmente.

Segundo Nelson Hungria, em citação a Aloísio de Carvalho³:

O mundo contemporâneo passa por uma grave crise social e moral, que remonta a primeira guerra mundial (grande guerra). Fendeu-se a camada de verniz que recobria os instintos egoísticos e violentos e estes predominam na orientação da conduta humana. As normas de cultura que os séculos haviam sedimentado vêm sendo extirpadas pelas raízes ou abolidas com a mesma facilidade com que se repudiam hábitos recentes. Desintegra-se, cada vez mais, o espírito de colaboração, de ordem e de paz. A fé religiosa foi banida dos corações. Os escrúpulos e reservas ditados pelo velho código moral saíram de voga, como o fraque e a barba, dando lugar a um egoísmo exacerbado.

Foi deflagrado o cada um por si, custe o que custar. Convém destacar que o famoso jurista penalista acima citado, fez estas considerações em um discurso em 1946 e está comentado em sua obra Comentários ao Código Penal, editado em 1955.

Um povo em crise moral, ética, está em crise de Direito. Sabemos que o mínimo ético de uma sociedade é proporcional ao Direito vigente. Um homem de

³ A Repressão Penal. Publicado no periódico “O Jornal”, edição de 18 set. 1946 (apud HUNGRIA Hoffbauer, Nelson. Comentários ao Código Penal. 3ª ed., v. I, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 53)

virtudes não precisa da força coercitiva dizendo-lhe o que fazer o que lhe é proibido. Mas a realidade mostra um outro lado, aquele do desrespeito e da afronta. Quem desrespeita e quem afronta? A resposta depende quem está falando.

Em uma citação de Canotilho feita por Alexandre Morais, conhecido constitucionalista, lemos:

A função dos direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, nem plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Aceitamos que os direitos e garantias fundamentais não são eliminados. Os demais direitos explícitos na Constituição são um limite à prevalência do outro (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Deverá prevalecer o verdadeiro significado da norma, da harmonia com suas finalidades, operando dentro dos limites impostos pelo direito.

Os países ditos democráticos são regidos por normas democráticas, eleições livres e periódicas e pelo povo, bem como pelo respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. Vemos que no artigo 3º da constituição federal ficam estabelecidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e entre eles está: constituir uma sociedade livre, justa e solidária. Já no artigo 4º temos que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais por um conjunto de princípios, e ainda ressalta que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Um povo ancorado em normas constitucionais preocupadas em resguardar direitos e nomear deveres não pode aceitar ser tutelado por correntes autoritárias, ditadas por sentimentos de ódio, revanchismos ou casuísmos políticos do momento.

2 A SÍNDROME DO ESTADO DE PERIGO EMINENTE E A BANALIZAÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA

Como garantir liberdades e direitos ante o clamor do público por segurança máxima? Como reagir ao terror com instrumentos do próprio terror? Como impedir que esse conflito se transforme no pretexto a justificar o desencadeamento da já anunciada primeira guerra do século XXI? A Deflagração da guerra não dilapidaria a era dos direitos e acenaria para uma possível instauração da era do terror? (folha de São Paulo, 09 de outubro de 2001, Tendências e Debates)

A série de questões levantadas ainda no clamor de repúdio aos atos terroristas de 2001, permanecem atuais, pois a cada nova notícia veiculada pela mídia, nos perguntamos: até onde vamos suportar tamanha crueldade. Estamos em um novo período da História mundial marcados por atentados terroristas de grande impacto? Lembremos de Madri (11/03/2004), Londres (07/07/2005), Bali (2004) e o aterrador ataque à escola de Beslan (Rússia) entre outros. Não somente eventos sangrentos são profundamente perturbadores. Também o são as guerras econômicas, os grandes grupos organizados para a prática de crime internacional não meramente de protesto político. Não impressiona menos o afã pelo poder de conquista de potências mundiais visando o domínio de territórios fortemente estratégicos, política e economicamente. O homem comum acuado, descrente das instituições, dos discursos vazios sobre a paz entre as nações, apela para a última *ratio* e novos contornos já delineiam o Direito Penal, e em todo o mundo se legitima uma legislação chamada de emergência, preventiva: antes que o mal maior aconteça, é preciso fazer a proteção a qualquer custo. E estamos vivenciando uma era em que a última *ratio* é conclamada a ser a *prima ratio*.

O que caracteriza a legislação penal de emergência? De forma simples e de acordo com o penalista Zaffaroni⁴ (Universidade de Buenos Aires) podemos citar os elementos:

a) Existência de um reclamo da opinião pública para reagir à sensação de insegurança;

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007

b) Adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal clássico. Torna-se vulnerável os princípios da intervenção mínima da legalidade com redação de normas ambíguas ou tipos penais em branco ou de perigo abstrato, de culpabilidade, de proporcionalidade das penas, de ressocialização do condenado, entre outros desrespeitos aos princípios e garantias jurídico penais do Estado de Direito;

c) Adoção de um direito penal meramente simbólico.

A expansão do Direito Penal, a flexibilização do Direito Processual penal ficam justificadas pela complexidade social, a incerteza dos riscos e a imprevisibilidade dos acontecimentos. Convivemos com limites de possibilidades. No entanto, tal flexibilização emergencial do Direito Penal leva a outras conseqüências. Ao se punir um suspeito, ou até mesmo, ao se aprisionar sem direito de defesa um possível suspeito, coisificamos o agente que passa a ser algo danoso à sociedade, ao coletivo, ao próprio Estado e que não merece a chance de ser tratado dentro dos preceitos da Lei. É um viés perigoso este.

As bases teóricas para tal raciocínio são explicitadas pelo jurista alemão Gunther Jakobs, professor atuante na Alemanha e conferencista de renome. Segundo Jakobs⁵, o agente não pode ser tratado como um cidadão de bem, respeitador de normas. Este desafiador de normas é o inimigo, um ente que pelas suas ações, se colocou fora do sistema de proteção do Direito.

Para a teoria do direito penal do inimigo, este ente é uma não pessoa e para ele vige um direito penal diferenciado. Voltaremos a este teoria de Jakobs posteriormente.

Como este ente pode ser uma não pessoa? Teria ele sido rebaixado a condição de escravo, como em tempos remotos? Seria algo desconhecido à espera de identificação, catalogação?

É inevitável voltar ao conceito de pessoa, vamos resgatar o significado desta palavra, agora sob suspeita. É preciso buscar a orientação de mestre do Direito. Citando Tercio Sampaio Ferraz⁶: *pessoa conceito que provem do cristianismo e que aponta para a dignidade do homem, insusceptível de ser meto objeto. Com a expressão pessoa obteve-se a extensão moral do caráter de ser*

⁵ JAKOBS, Gunther, **Direito Penal do Inimigo: noções e Criticas**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Ed. Atlas. 6 edição. 2010

humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus. No direito, assim, homem é o próprio homem, sempre pessoa, nunca objeto (Kant) (p. 125, introdução ao estudo do direito)

Pelo Código Civil de 2002, artigo 1º toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Os sujeitos de direitos são as pessoas, a elas se destinam as regras jurídicas. A evolução política a que se chegou com a revolução francesa permite a afirmação: todos os homens nascem livres e iguais. Na declaração de Filadélfia, quando da independência norte americana, temos que: *o homem vale como sujeito de direitos e deveres tão somente pelo fato de ser homem. Todos são iguais mediante os direitos fundamentais.*

O artigo 2º do CC a personalidade civil de uma pessoa começa no nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção dos direitos do nascituro. Estes dois artigos representam uma evolução histórica e uma conquista da civilização.

Ora considerando a significação ética e histórica do que seja sujeito de direitos, acrescenta Miguel Reale⁷ *todo sujeito de direito é também uma pessoa. Para Reale pessoa é a dimensão atributiva do ser humano. A idéia de pessoa é fundamental tanto no domínio da ética como no campo estrito do direito. A criatura humana é pessoa porque vale de per si, como centro do reconhecimento e convergência de valores sociais. A personalidade do homem situa-o como ser autônomo, conferindo-lhe dimensão de natureza moral. No plano jurídico a personalidade é isto: a capacidade genérica de ser sujeito de direitos, o que é expressão de sua autonomia moral. Ser sujeito de direitos e obrigações significa exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade.*

Segundo os adeptos da teoria do direito penal do inimigo, o inimigo descumpra seu compromisso moral de ter direito e cumprir obrigações, portanto, não merece o tratamento de pessoa. Mas este mesmo inimigo não pode renunciar a sua condição personalíssima de ser humano, e muito menos outros podem fazê-lo em seu lugar. Para ser pessoa basta ser humano.

⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, Editora Saraiva, 27 ed. 2002, p. 232

III) O perigoso caminho da aceitação do estado de perigo emergencial: a expansão do Direito Penal baseado no funcionalismo radical (ou normativista)

Diz a sabedoria popular: quem não está a meu favor, está contra mim. O outro é potencial inimigo, porque ele, o estranho, que me enfrenta clara ou dissimuladamente, me coloca de pronto em estado de alerta, de perigo.

Difícil situar na história quando o termo inimigo passa a definir alguém especificamente. Para os romanos, há uma distinção entre inimigo pessoal e verdadeiro inimigo político, os *hostis*, no dizer de Zaffaroni⁸ apud Farachi.:

O delinqüente que desafia a sociedade, que coloca em risco o patrimônio do cidadão, levando até a conseqüência morte, é um infrator típico da competência do Direito Penal clássico, como um controlador social moderado. O problema é que quando os outros sistemas que regulam a vida social falham, inclusive o sistema político, recorre-se a mão forte, coercitiva, punitiva do direito Penal, e na medida em que poder publico mais se torna impotente (ou incompetente), mais o clamor público se manifesta exigindo medidas severas de contenção da criminalidade. O inimigo não é mais somente o ladrãozinho do arrastão nas praias ou outras zonas de lazer, ou o assustador assassino serial ameaçador de uma certa comunidade.

A insegurança coletiva é exasperada pelos crimes de longo alcance, tais como, o tráfico internacional de drogas, quadrilhas ou bandos que invadem os sistemas de segurança computadorizados e lesam quase que instantaneamente a economia e a segurança do cidadão comum, ou de um país. O inimigo não tem mais cara, pode ser qualquer um. Não é mais o *hostis* dos romanos: os inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais.⁹

A história mostra como foram construídos, formados os inimigos da época. Nas religiões, o inimigo é o que não postula da fé oficial, os hereges. Satã domina como o grande inimigo universal e parece que ainda não está aposentado. Queimaram-se na fogueira santa homens e mulheres suspeitos de bruxaria, ou desafiadores de leis divinas. Jesus Cristo foi um inimigo declarado, assim como

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007

Ghandi, assim como Martin Luther King. Não faltam exemplos. Mas o bandido o assassino do cotidiano será julgado nos conformes da lei. Finda a guerra, os inimigos deixam tal condição e podem até cooperar, porque o que se procura e se consegue com os armistícios é a paz duradoura, sem revanchismos. Acordos no lugar de belicosidade.

No decorrer do após guerras mundiais do século XX ou, nos momentos de guerra ao terror, também é preciso caçar o inimigo, não pelo que ele tenha feito, mas pelo que ele poderá vir a fazer. Pune-se preventivamente. O inimigo é aquele que o Estado decidir que é, ou será, em um momento, agora ou do futuro. Como uma das conseqüências deste punir preventivo constata que o Direito Penal está sendo flexibilizado, se amoldando às exigências do contexto de perigo eminente. É neste amalgama de emoções e interesses que se firma gradativamente a tese do Direito Penal do Inimigo, cujo autor se fundamenta em filósofos do passado e em teorias atuais, como a teoria dos sistemas de Luhman. Gunther Jakobs, professor, filósofo conceituado na Alemanha atual, escreveu o *Direito Penal do Inimigo*¹⁰, influenciando o Direito Penal do final do século e bastante discutido atualmente.

Autores clássicos da literatura política estabelecem argumentos que dão respaldo à tese de Jakobs.

É de Hobbes o pensamento expresso no *Leviatã*, cap XIII¹¹ que do argumenta que no estado de natureza, quando o outro é a ameaça e se não há um Estado controlando e reprimindo e os homens vão fazer a guerra uns contra os outros, a auto defesa e uma reação não só natural como racional, defender-se ou sucumbir.

(da) igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação e as vezes apenas seu deleite ou vaidade e gloria) esforçam-se por destruir ou subjugar uns ao outro.

... e contra esta desconfiança de uns em relação aos outros, nenhuma maneira de garantir é tão razoável como a antecipação, isto é, pela força ou pela astúcia, durante o tempo necessário para chegar ao momento em que não se veja

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007

¹¹ WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política*, vol 1. Ed. Ática, 13^o edição, 2002. p 74-6

qualquer outro poder suficiente grande para ameaçá-lo. E isto não é mais do que a sua própria conservação exige, conforme é geralmente admitido... De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia: primeiro a competição; segundo a desconfiança e terceiro a gloria.

E ainda lemos:

O direito da natureza, a que os autores geralmente chamam jus natural é a liberdade a cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quizer, para preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meio adequado a este fim.¹²

Juntamente com Hobbes e Rousseau, Locke é considerado um dos principais pilares do jusnaturalismo ou tória dos direitos naturais: resumindo, Hobbes e Locke partem de um estado de natureza que pela mediação de contrato social, realiza a passagem para o estado civil. No entanto, o estado da natureza de Locke é de relativa paz e harmonia, enquanto que para Hobbes havia um estado de guerra, fruto da violência gerada pela insegurança. O contrato social se faz necessário para instituir a convivência pacífica, fazendo a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil, sob cuja proteção fica a comunidade, pois há perigos internos e invasões estrangeiras. Para Hobbes há uma submissão, um pacto com o Estado poderoso que visa proteger a vida e a propriedade dos homens amigos (ou bons) que optam por trocar sua liberdade pela segurança do Estado-leviatã. Locke, no entanto, admite um pacto de consentimento, onde livremente os homens concordam em estabelecer uma sociedade civil.

No estado civil os direitos naturais, a vida e a própria liberdade estariam melhor protegidos sob amparo da lei do arbítrio e da força comum (o Estado unitário). Os iluministas, porém, não admitiam transgressões às liberdades do cidadão. Não é o que acontece com o chamado direito de terceira velocidade, notabilizado pela associação com o direito Penal do Inimigo.

¹² WEFFORT, Francisco. Os Clássicos da Política, vol 1. Ed. Ática, 13ª edição, 2002. Hobbes leviatã cap XIV p 78

O penalista Silva Sanchez¹³ desenvolveu uma nova maneira de colocar o Direito penal de acordo com as mudanças políticas e sociais, que vão ocorrendo celeremente com as exigidas adaptações da modernidade; da era da comunicação dos eventos globais. Os crimes transnacionais assustam tanto quanto a briga de gangues na próxima esquina.

Em rápidas considerações, segundo Damásio de Jesus¹⁴ Silva Sanches faz referências ao que ele chamou velocidades do Direito Penal. No lugar de velocidade pode-se aceitar os termos fases, etapas, para designar as relações que envolvem a gradativa flexibilização do Direito Penal, segundo Silva Sanchez:

- a) *Direito penal de primeira velocidade: trata-se do modelo de direito penal liberal-classico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis;*
- b) *Direito penal de segunda velocidade: cuida-se do modelo que incorpora duas tendências (aparentemente antagônicas) adotando-se a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliadas à adoção de medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias, etc) No Brasil começou a ser adotado com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou com a edição da lei dos juizados especiais (1995).*
- c) *Direito Penal de Terceira Velocidade refere-se a uma mescla entre as características dos 2 velocidades anteriores, mas permite a flexibilização de garantias penais e processuais penais.*
 - i. - há um resgate da pena de prisão por excelência (1ª velocidade)
 - ii. - são flexibilizadas as garantias penais e processuais penais, não há garantias de: 1) um devido processo legal; 2) efetiva defesa; 3) contraditório; 4) entrevista e assistência com o advogado.

É aqui, no direito penal de terceira velocidade que se situa a tese de Jakobs, para quem deve haver um direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, o do não cidadão, que seriam aquelas pessoas que teriam rompido com o pacto social, desrespeitado a ordem do Estado Direito. Para eles o direito penal do cidadão não tem vigência, porque eles renunciaram a sua condição e não podem nem mesmo ser considerados pessoa: o inimigo é uma não pessoa.

¹³ SILVA SANCHEZ, José Maria. Expansão do Direito Penal, São Paulo, ed. RT, 2002, tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha, pp. 28/29 apud JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 02 fev. 2011

¹⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 02 fev. 2011

O Brasil adota a teoria finalista de Welzel, onde se analisa o Fato ilícito. No direito penal do inimigo passa a ser punível o agente, ou a intenção do agente, a sua suposta periculosidade é que deve ser contida. Ainda pode não ter ocorrido o ilícito, mas há possibilidade de ocorrer, logo, a previsibilidade permite a flexibilização dos ritos processuais, para o bem da coletividade, para a segurança do Estado. Para Zaffaroni é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel a norma¹⁵.

Segundo Capez, a reprovação se estabelece não em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, sua personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração, penaliza, assim, uma culpabilidade de caráter, culpabilidade de conduta, a culpabilidade de uma decisão de vida.¹⁶

O direito penal de autor considera a conduta como simples sintoma de uma atitude hostil (ou inimiga) ao direito. Damásio de Jesus¹⁷ cita Cancio Meliá ao listar as críticas do Direito Penal do Inimigo:

- 1) Ofende a Constituição que é explícita na defesa dos direitos e garantias individuais, ninguém pode ser tratado como objeto despido de sua condição de pessoa (ou de sujeito de direito)
- 2) O modelo não cumpre com seus objetivos de eficácia e não se observa a diminuição de criminalidade prometida
- 3) A especial periculosidade do inimigo enfoca riscos mais no plano simbólico do que no real
- 4) Não justifica a não aplicação e a vigência do ordenamento jurídico e os princípios que norteiam o estado democrático grava brecha para que se instalem governos autoritários e com propostas casuísticas
- 5) O autor do ilícito é pessoa e não pode ser considerado fora do ordenamento.

Zaffaroni destaca que nenhum cidadão pode resistir ao título de inimigo e o exemplo fático deste fenômeno pode ser observado em um lei que permite a detenção indeterminada sem processo, violação de correspondência e de

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

privacidade sem ordem judicial, tribunais militares secretos e a expulsão do território, manutenção de presos em Guantánamo e em Abu Ghraib. Assim como há uma contradição teórica em aceitar o conceito de inimigo e pretender controlar os órgãos do Estado que exercerão o poder punitivo visto que a necessidade é muitas vezes algo sem limites, dependendo apenas de quem a define.

A tese do Direito Penal do inimigo acaba por justificar condutas racistas, anti semíticas, ideológicas, religiosas. O imigrante é execrado e para eles são criadas leis de exceção.

- Países como Inglaterra, Espanha e Itália, (além dos Estados Unidos da América) adotam medidas repressivas-preventivas severas com estrangeiros “possíveis suspeito” e imigrante “potenciais terroristas”. O caso do brasileiro Jean Charles na civilizada Inglaterra ou as novas leis anti-emigrantes na Itália, confirmam a prática (não assumida por quem a aplica) de Direito Penal do Instituto Brasileiro são devolvidas ao Brasil sem nem mesmo sair da chegada ao aeroporto de Madrid. Turistas são despedidos em aeroportos dos USA sem qualquer constrangimento político frente à agressão. Em teoria, vige a legalidade; na prática, o Direito Penal da legalidade não existe.

No Brasil têm aparecido sintomas da contaminação do Direito Penal Clássico com o Direito Penal do inimigo segundo os observadores da flexibilização do Direito Penal, pode-se destacar:

- A implantação do sistema prisional diferenciado.
- As leis recentes de Crimes Hediondos e a de Crime Organizado.
- A Lei do Abate exemplo emblemático, em terras brasileiras

3 O ESTADO DE DIREITO DANDO ESPAÇO PARA O ESTADO DE POLÍCIA, SERIA UMA VOLTA DO ABSOLUTISMO

Qual é o Direito que queremos? Será suficiente esgrimir personagens midiáticos como Sadan Hussein, Moammar El-Gadhafi, brutos ditadores africanos ou o “inimigo do Ocidente” Bin Laden, para justificar uma volta a época das ordálias?

O terceiro Milênio tende a colocar os dissidentes e teorias de Direito frente à escolha: a manutenção dos parâmetros do Estado Democrática de Direito ou a política do “*Patriot Act*” generalizada: temas pontuais para reflexão:¹⁸

- a) O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; Logo deve morrer como tal (Rousseau);
- b) quem rompe com o contrato do cidadão perde todos os seus direitos. (Fichete);
- c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes);
- d) quem ameaça constantemente a sociedade é o Estado, quem não aceita o “estado comunitário” deve ser tratado como inimigo (Kant).

O *patriot Act* permite que os investigadores possam obter do tribunal FISA que lhes permita exigir a produção de qualquer coisa tangível que seja relevante para sua investigação, O escopo é ilimitado, qualquer registro ou outra coisa que pertença a um suspeito agente de uma potência estrangeira ou alguém em contato com eles é, pela lei, considerado “presumivelmente relevante”. Isso significa que o juiz não tem qualquer poder para negar tais pedidos. Os registros não tem que pertencer a qualquer pessoa que se pense ser culpado de qualquer coisa,¹⁹

É por essas razões, entre outras, que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo qualquer onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação de Status

O conteúdo da Legalidade – princípios ao qual permanece vinculados assume a forma de busca efetiva de concretização normativo, mas pela realização, através dele de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade “(...)” O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade... O seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de

¹⁸ GOMES, Luís Flávio. http://www.juspodivm.com.br/i/a/{5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D}_8.pdf

¹⁹ KENNEDY, Dan **Patriot act: De Bush a Obama, a guerra secreta às liberdades civis continua.** The Guardian. 30 mai 2011. Disponível em <http://blog.antinovaordemmundial.com/2011/05/patriot-act-de-bush-a-obama-a-guerra-secreta-as-liberdades-civis-continua/>. Acesso em 30/06/2011

concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo construção e reconstrução de um projeto de sociedade...”²⁰

Com o propósito de ancorar o trabalho reflexivo sobre os rumos extensivos e flexibilizados do Direito Penal como a mão forte e punitiva, assumindo o controle, convém relembrar a doutrina, analisando os textos que se seguem:

Em contraponto a essas situações cabe destacar os princípios do Estado Democrático de Direito²¹:

A) Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;

B) Organização Democrática da Sociedade;

C) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;

D) Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;

E) Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;

F) Divisão de Poderes ou de Funções;

G) legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;

H) Segurança e Certeza Jurídicas.

O que se observa na leitura dos fatos e nos escritos da lei é um pêndulo, tendências que oscilam ora entre o garantismo penal de Ferrajoli, ora pela excessiva severidade do direito penal máximo invadindo todas as áreas de convivência social. E a presença sutil, não falada, do Direito Penal do Inimigo.

É do mestre Guilherme de Souza Nucci²²:

²⁰ Lenio Streck 97/98

²¹ Lenio strek

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Ed Revista dos Tribunais, 6º edição, 2009

(O garantismo penal...) um modelo normativo de direito, que obedece a estreita legalidade, do Estado Democrático de Direito, voltando a minimizar violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado. Busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo penal e do direito penal máximo. Ferrajoli alicerça seu garantismo em 10 pilares, 10 axiomas que estudantes de Direito logo passam a conhecer (Ferrajoli, Direito e razão, p. 74-75). É um decálogo para se lembrar cada vez que a tentação do autoritarismo, de “preventivismo”, do arbítrio ganharam expressão, Nucci ainda ressalta a importância e a responsabilidade do Poder Executivo na aplicação de Políticas que viabilizem a implementação dos programas de prevenção, punição e recuperação de criminosos. Também o legislativo assumiria sua parcela de realidade e prática na legislação e prestar menos atenção na exposição da figura na mídia populista. É discurso empolgado falar do direito penal máximo aplicado nos Estados Unidos (leia-se Tolerância Zero) onde qualquer tipo de infração penal deve ser punido com severidade, exemplarmente. Um ato de vadiagem, não policiada e punida, pode chegar a crimes mais graves, lesivos ao patrimônio ou à vida. Antes que isto aconteça, tolerância zero para desocupados, mendigos, negros, emigrantes, prostitutas, gays e de quem mais “parecer” suspeito.

Fala-se em um Pan-Peralismo , este é, um direito penal total que intervém em tudo e qualquer segmento social (financeiro, ambiental, consumidor); quando se trata de um direito difuso, como o ambiental, pode-se aceitar a tese de que “prevenir o incêndio ou o desmatamento” é melhor do que esperar pelo deserto. Como em tudo mais, é preciso bom senso e respeito.

4 PATRIOT ACT E SUA INFLUÊNCIA!

Na data de 27/05/2011 lê-se no site da Revista Exame (WWW.exame.abril.com.br): “Congresso dos Estados Unidos prorroga lei antiterrorista Patriot Act”- a lei adotada pelo governo Bush após os atentados de 11 de setembro deve valer pelo menos até junho de 2015. Do texto, pode-se destacar: “Há três medidas incluídas no Patriot Act consideradas crucias pelas agências de inteligência: a “vigilância móvel” das comunicações dos suspeitos que utilizam várias linhas telefônicas; o princípio do “lobo solitário”, que permite investigar um suspeito de atividades terroristas por conta própria , e a possibilidade de acesso das

autoridades a “toda data tangível” relativa ao suspeito, incluindo e-mail, bem como registro públicos e privados (médicos , financeiros, registros e bibliotecas, etc)

Após o 11 de setembro de 2001 fez o pânico não só restrito aos Estados Unidos, mas também no resto do mundo ocidental. Fazia-se urgente dar uma resposta imediata ao povo americano e de tal forma que a era, a força clamando por vingança, ficasse aquietada, na esperança dos resultados. Assim, em 26 de outubro de 2001, o presidente George W. Bush transformou em lei um decreto do Congresso dos Estados Unidos, cuja finalidade declarada era colocar o poder repressivo do Estado, sem a intervenção do judiciário e restringindo uma série de direitos constitucionais, na guerra contra o terror, a fim de “garantir a segurança nacional e a luta contra o terrorismo”. Vale dizer que a atuação dos EUA através do *Patriot Act* pode ser feita dentro e fora dos Estados Unidos, reduz as restrições as atividades a inteligência em outros países. Concede poder a autoridades policiais e de imigração para prender e deportar imigrantes, alegando que eles são suspeitos de estarem relacionados com o terrorismo. Não são necessárias provas. Não há “devido processo legal”. Estabeleceu também que há um “terrorismo interno” praticado por cidadãos americanos, o que inclui atos que não eram considerados como “de terrorismo”.

O argumento que justifica (aos olhos do governo americano) as medidas punitivas preventivas severas e autoritárias é que 11 de setembro coloca a América no dilema: a segurança do povo americano ou a manutenção dos seus direitos constitucionais, contrários o *Patriot Act* é ser “inimigo” do Estado americano, logo, qualquer um estará sujeito a ações repressivas, sem o amparo judicial, sem direito à defesa . Os direitos humanos ficaram suspensos, o proclamado direito à liberdade da carta Magna americana (um modelo de constituição de país livre) passa a dar lugar a um Estado que violam direitos e quebra leis, desconhece os poderes legislativo e judiciário, abusa do poder, exige poderes ilimitados. A guerra ao Iraque precisa ser justificado, as técnicas de tortura são praticadas. Invasões são teleradas.

Um democrata no poder: Barach Obama renovou a *Patriot Act* aprovado pelo republicano Bush. As ditaduras Latino Americanas, africanas, do leste europeu também usaram os meios tão “atuais” do *Patriot Act*. Países que ostentam bandeira da democracia veladamente abaixam a cabeça, em posição de assentimento.

5 O DIREITO INTERNACIONAL E O SEU MOMENTO ATUAL: COMO CONCILIAR AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICAS, OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO PENAL DE 4ª VELOCIDADE

A Constituição de 88 tem recepcionado os tratados internacionais firmados pelo Brasil e honrado seus compromissos (art. 4º). São bem acolhidos os estrangeiros e os imigrantes, que se estabelecem e prosperam protegidos pelo Estado brasileiro. Nossas leis execram crimes hediondos, repelem o terrorismo, não admitem tribunais de exceção (ou ad-hoc) e não aceitam provas ilícitas ou ilegítimas. Mas nossas harmoniosas relações com países que estão aderindo à prática da “tolerância zero” e da lei patriota vão conseguir impedir a contaminação da nossa “Constituição cidadã”? O Direito Internacional conseguiu, ou está conseguindo blindar-se contra a fúria punitivista do direito emergencial ou preventivo?

O antagonismo de interesses entre homens ou sociedades gera um conflito, este objeto do Direito. Uma vez que, para se estabelecer a paz, há que se estabelecer o equilíbrio, há que se ter em cada parte a satisfação de seus interesses. Ao se criarem as instituições jurídicas objetiva-se instrumentalizar e balizar a práxis de solução de litígios.

Assim, de maneira sintética, busca conceituar a guerra no âmbito do direito internacional. Em uma análise preliminar, consiste na *luta armada entre nações, ou entre partidos de uma mesma nacionalidade ou de etnias diferentes, com o fim de impor supremacia ou salvaguardar interesses materiais ou ideológicos*²³.

Verifica-se através dos fatos históricos que a existência da guerra está condicionada aos dois elementos, o subjetivo e objetivo, vez que o uso da força armada sem a formação do estado de guerra, não a caracteriza. Acrescentando-se ainda que o conflito inicia-se pela vontade do Estado.

A realidade vivenciada no final do século XX e neste início de século XXI é caracterizada por uma revisão nas matrizes de rivalidades, vez que a dualidade norte-americano-soviético perdeu seu fundamento com a intensificação

²³ HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, elaborado pelo instituto Antonio Houaiss de Lexicografia. Rio de Janeiro : Objetiva, 2001, p.1495.

das relações de cooperação. Verifica-se a reformulação estratégica através de fundamentos étnicos, religiosos ou nacionais e ainda, a luta pelo domínio do poder nos temas transnacionais retro mencionados, como os biocombustíveis e matrizes energéticas²⁴.

No estado de paz tênue ou de guerra latente em que se encontra a sociedade internacional neste século XXI, explica-se pelo fato de que, devido a reformulação do fundamento de disputa acima descrito, os conflitos passam a ser locais. E, devido ao paradigma da globalização, seus efeitos passam a ser mundiais

No âmbito do sistema jurídico internacional existem hoje princípios fundamentais que buscam preservar o estado de paz, dentre eles a solução pacífica de conflitos como corolário das relações internacionais, utilizando-se de mecanismos diplomáticos e jurisdicionais internacionais e, somente como via de exceção o uso da coação²⁵.

Sanchez não descreveu o Direito Penal de 4ª velocidade, mas ele está aí, em execução. Não é o Direito Penal do inimigo, vinculado a 3ª velocidade definida por Sanchez, mas é aquele que vai se preocupar e regulamentar o julgamento de presos políticos, que já ocuparam a posição de Chefe de Estado e violaram os direitos humanos e que serão julgados pelo Tribunal Penal Internacional. Observa-se, no entanto, que estarão sujeitos à diminuição das garantias processuais penais (isto é, trabalhar com o D.P. do autor).

O TPI foi criado pelo Estatuto de Roma e sua finalidade é julgar crimes de lesam a humanidade, os quatro abaixo citados: Genocídio; Crimes contra os Direitos Humanos; Crimes de Guerra; Crimes de Agressão.

Há uma “jurisprudência comunitária” que reúne as duas grandes famílias do Direito: a Civil Law e a Common Law, notando-se certa mescla entre ambas. E ainda se deve considerar que a União Européia recebeu países do leste europeu; onde se adotava o direito comunista; (onde a vida do indivíduo nada vale comparada aos direitos do Estado).

O crime de agressão levou dez anos para ser reconhecido, faltava uma definição expressa no Estatuto sobre a natureza deste crime; a definição expressa saiu em 2010 e remete ao Conselho de Segurança da ONU (1974).

²⁴ DREIFUSS, RENÉ ARMAND A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização – novos desafios. Petrópolis, RJ : Vozes, 1996t, p 249.

²⁵ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick Et PELLET, Alain. Op. Loc. Cit. p.655.

Em maio e 2010 fica definido expressamente o que é crime de agressão (guerra):- dar início, executar, planejar ação de índole militar ou política de um Estado contra outros Estados. Ainda não foi devidamente explicado à comunidade internacional qual o “apoio para a ação de guerra dos americanos no Paquistão para abater Bin Laden.

Em Guantánamo estima-se em torno de quatrocentos presos “voluntários” a mais em sete anos; o governo americano afirma que não pratica a tortura em seus territórios. Guantánamo é uma ocupação de solo cubano pelo exército americano.

A Constituição de 1988 deixa claro as situações em que é necessário usar de meios extraordinários para garantir e preservar o Estado e seus tutelados. São as salvaguardas ou meios de defesa do Estado e das Instituições democráticas: o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

O ordenamento jurídico constitucional prevê a legislação especial que se caracteriza pela temporalidade e provisoriedade (artigo 136 da CF), sendo detectada uma ameaça concreta, sem que já esteja sendo praticada. No Estado de Sítio, mais severo, trata-se de encarar situações críticas, que justificariam medidas de exceção, frente á anormalidade. As situações de fato e dentro dos princípios constitucionais, com atuação do Poder Executivo e do Legislativo, exigem tais instrumentos para garantir suposições para que se aplique tais medidas: são necessárias evidências de graves acontecimentos que justifiquem a transformação de um estado de paz , em Estado de Defesa ou Estado de Sítio (estados de guerra). Não se trata de um temor generalizado, mas antes, é a resposta a uma violação real.

Em âmbito geral, no entanto, dentro da geopolítica internacional, é cada vez mais complexa a identificação de graus de belicosidade, de guerra não declarada. Não se faz mais guerra côm antigamente, já que a guerra para o Direito é um ilícito, para efeitos declatorios não países em guerra. Há conflitos armados.

E como ninguém declara guerra oficialmente a ninguém, o mundo se vê diante de uma situação peculiar, um novo paradigma, é a guerra assimétrica. Novamente é necessário um retorno do marco 11/09/2001 e todos os envolvimento, agravantes e conseqüências dele decorrentes.

Citando Luiz Fabricio Vergueiro²⁶:

Em que pesa a razoabilidade política da decisão adotada num momento de choque, na mesma cidade contra o qual foram dirigidos os ataques, convém ressaltar que este posicionamento firmou um precedente jurídico com novo conceito de agressão, repercutindo imediatamente no Direito Internacional, e modificando os paradigmas até então vigentes.

Assim introduziu-se oficialmente no Direito Internacional o denominado paradigma da guerra assimétrica que já vinha sendo vagarosamente elaborado por esferas acadêmicas sempre rechaçadas nos meios jurídicos, dado o seu caráter nitidamente intervencionista, normalmente vinculado à percepção hegemônica das potências militares.

Vigora a definição de agressão armada internacional (Resolução 3314/1974 do Conselho de Segurança.²⁷

Os doutrinadores ensinam que a guerra assimétrica está assentada em 3 pilares: 1) assimetria dos atores: Estados se confrontando com grupos não estatais, com máfias financeiras, quadrilhas internacionais especializadas em vários crimes de alto impacto; 2) assimetria de objetivos: luta pela independência de uma região de um lado e interesses multinacionais de outro; 3) assimetria de meios: grupos mal armados, mal treinados contra ecércitos altamente especializados.

Na situação de guerra assimétrica é o estado jurídico da guerra que se modifica. Como exemplo, cita Luiz Fabricio Vergueiro²⁸ *quando um grupo armado privado declara a "jihad" a tal ou qual país, o primeiro estará em guerra, mas não necessariamente o segundo, pela simples razão de que esta não emana de um Estado Soberano.*

Assim se implanta o terrorismo, numa linguagem de ódio, cujo objetivo é ferir o inimigo ao máximo é a ideologia do matem cem, aterrorizem cem mil. Segundo Gunther Jakobs é para indivíduos assim que se deve aplicar o Direito Penal do Inimigo. O internacionalismo do terror implicaria numa internacionalização

²⁶ VERGUEIRO, Luiz Fabricio Thaumaturgo. Terrorismo e Crime Organizado. São Paulo: Quartie Latin, 2009, p. 35

²⁷ VERGUEIRO, Luiz Fabricio Thaumaturgo. Terrorismo e Crime Organizado. São Paulo: Quartie Latin, 2009. p35

²⁸ VERGUEIRO, Luiz Fabricio Thaumaturgo. Terrorismo e Crime Organizado. São Paulo: Quartie Latin, 2009. p36

do direito Penal do Inimigo para que possa garantir a paz. Deste clima generalizado de medo de insegurança é que pode vir o perigo de ferir as instituições.

Para Zaffaroni²⁹ o fato é que o Direito Internacional Penal é o direito penal do inimigo, e não o direito penal do cidadão; ainda segundo este penalista... “se delitos são cometidos, seus responsáveis devem ser individualizados, detidos, processados, julgados, condenados e levados a cumprir a pena”.

O que se viu no Paquistão foi a identificação, a localização e a execução (com desaparecimento do corpo do “executado”) pela elite do exército americano, de suas Forças Armadas Especiais. Foi um ato de guerra. O terrorista é um inimigo, evidentemente é um fora da lei, que opera sorrateira e traiçoeiramente. Mas, de um Estado dito democrático espera-se que se cumpram as leis, a Constituição, e que cumpra os acordos internacionais com os quais concordou. A ONU é formada por 191 países membros e o TPI, apesar de ter sua sede em Haia, pode se instalar em qualquer país em que sua ação seja necessária, podendo julgar pessoas físicas maiores de dezoito anos. O TPI tem atuação complementar às jurisdições nacionais dos Estados membros, obedecendo, portanto o princípio da complementaridade. O TPI é formado por dezoito juízes com mandato de nove anos, não permitindo a recondução, e nas suas decisões não se admite aprovação “com reservas”: ou se aprova ou não se aprova integralmente.

O Direito Penal Internacional não é o direito penal de 3ª Velocidade de Sanchez, não o direito penal do inimigo, mas é inegável que há influência na flexibilização das garantias processuais: ambas (3ª e 4ª velocidades) querem limitar garantias penais e processuais penais.

Como um Estado membro vai poder conciliar as normas de sua própria Constituição, palavra máxima, com crime, (tomando como exemplo o Brasil), de extradição de brasileiro nato ou prisão perpétua? O Estatuto de Roma admite o “ato de entrega”. Segundo a doutrina, não fere a Constituição porque enquanto a extradição ocorre em um plano horizontal, de Estado para Estado, o ato de entrega existe em um Tribunal Internacional e se trata de uma relação no plano vertical, onde o legislador pátrio não pode contrariar o Tratado Internacional a que o país aderiu. .

Observa-se que muitos doutrinadores estão lutando para proteger os direitos de 4ª geração, contaminados pelo direito preventivo, no entanto, são as

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007

mesmas vozes que protestam contra os tribunais internacionais legitimamente amparados pelo devido processo legal, assim como é estranho ver as ONGs exigindo a aplicação de um Direito Penal de extremo rigor punitivo, “do inimigo”, sem respeito aos Direitos Humanos (para o inimigo), contra aqueles que foram chefes de Estado violentos e arbitrários. Não se pode aplicar o Direito movido por paixões e sentimentos de vingança.

6 CONCLUSÃO

Instabilidade, medo e angústia. Sentimentos e palavras que voltam ao cenário internacional após dez anos de suposta paz. Esta sim, momentosa nas relações humanas, sendo o conflito presente com maior ênfase na história da humanidade.

A doutrina procura achar teorias que sustentem a preservação dos Direitos e Garantias Constitucionais contra os fatos de terror interno e externo aos Estados, que democraticamente, se alicerçam na Constituição e no Estado democrático de Direito.

A complexidade do panorama internacional atual, com sistemas enfraquecidos e vulneráveis levam à insegurança, à incerteza e à convergência para medidas extremas e autoritárias de aplicação da força do arbítrio e da quebra dos Direitos Humanos e Garantias Constitucionais. Chama-se a ultima ratio, o Direito Penal, para enquadrar a situação fora de controle dos meios que seriam desejáveis.

Durante os anos que se seguem o ideário de Paz e segurança são disseminados pelas grandes potências: Europa Unificada e Estados Unidos, sendo a ONU o referencial legítimo. Todavia, em 1991 instaura-se o conflito armado no Golfo Pérsico, onde se aplicam os princípios da carta da ONU pela primeira vez no pós-guerra fria. Legitima-se o uso da força armada para a defesa coletiva do Kuwait, a herança da guerra em institucionalizar o uso da força armada, ONU e OEA, revigora os tratados de segurança emergidos da estratégia militar bi-polar em um cenário multidimensional

Tal panorama de insegurança interna, afeta o Direito Internacional e vice-versa. Os crimes transnacionais começam em um país A, continuam em B, e

terminam em qualquer lugar do planeta. O crime organizado, os crimes financeiros e os crimes políticos se entrelaçam e a pergunta “quem é o inimigo” fica mais complexa de ser respondida.

Os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 marcou o mundo que voltou-se contra o terrorismo suplicando por soluções que impeçam e inviabilizem essa modalidade de violência. O Direito Penal do Inimigo surge como alternativa para justificar o endurecimento das penas. Vê-se que o Direito Penal do Inimigo está neste momento e, de um modo geral, bastante enraizado na mentalidade dos governantes que querem mostrar uma solução rápida para a sociedade, esquecendo e afrontando os princípios democráticos e o Estado de Direito, valendo-se da máxima os fins justificam os meios.

Vive-se em um mundo marcado pela injustiça, desigualdade e impunidade. O Direito Penal do Inimigo figura-se, nesse contexto social, como a porta de entrada para regredirmos à época da Inquisição, desprezando todas as conquistas de cunho humanitário.

De forma que a não adoção do sistema de garantia da pessoa humana faz com que o Estado de Direito corra um sério risco de se transformar em uma ditadura como ocorreu na Alemanha nazista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf. Acessado em 30/06/2011

BARELLA, José Eduardo. **Ecos da Guerra ("Os porões dos EUA"**, copyright *Veja*, 4/05/04). Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=275ASP014>. Acesso em 24 de junho de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo**. *Revistas de Estudos Criminais*, n. 14, ano 4. p. 137-145, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo, noções e críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick Et PELLET, Alain. *Direito Internacional Publico*, tradução do original *Droit International Public* por Vitor Marques Coelho, Lisboa : Fundação Calouste Gulbernkain, 1999.

DREIFUSS, RENÉ ARMAND A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização – novos desafios. Petrópolis, RJ : Vozes, 1996.

FARACHE, Jacob Arnaldo Campos. **O inimigo no Direito Penal: uma breve exploração da obra de Eugenio Raúl Zaffaroni**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22999>>. Acesso em: 09 jul. 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Ed. Atlas. 6 edição. 2010.

GOMES, Luís Flávio. http://www.juspodivm.com.br/i/a/{5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D}_8.pdf.

JAKOBS, Gunther, **Direito Penal do Inimigo: noções e Críticas**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 02 fev. 2011

KENNEDY, Dan **Patriot act: De Bush a Obama, a guerra secreta às liberdades civis continua**. *The Guardian*. 30 mai 2011. Disponível em <http://blog.antinovaordemmundial.com/2011/05/patriot-act-de-bush-a-obama-a-guerra-secreta-as-liberdades-civis-continua/>. Acesso em 30/06/2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Ed. Saraiva, 14 edição, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do Inimigo**. Ed. Juruá, 2008,

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Ed Revista dos Tribunais, 6º edição, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, Editora Saraiva, 27 ed. 2002.
Regis Prado, Luiz, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Volume 1, Parte Geral, 9ª Ed, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010

SANTOS, Eric de Assis. **Discutindo a terceira velocidade do direito penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2800, 2 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18603>>. Acesso em: 28 jul. 2011
Serrano Maíllo, Alfonso, **Introdução à Criminologia**, 1ª Ed, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007

SIENA, David Pimentel Barbosa de. **A morte de Osama bin Laden: expressão do Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal de Terceira Velocidade?** . Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2883, 24 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19172>>. Acesso em: 09 jul. 2011

SILVA SANCHEZ, José Maria. **Expansão do Direito Penal**, São Paulo, ed. RT, 2002, tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1701, 27 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10989>>. Acesso em: 28 jul. 2011

VERGUEIRO, Luiz Fabricio Thaumaturgo. **Terrorismo e Crime Organizado**. São Paulo: Quartie Latin, 2009

WAINTROB, Ilan Drukier. **O Sistema Internacional e Interamericano dos Direitos Humanos**. Estratégias para o Fortalecimento de seus Mecanismos de Proteção. In: SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 2006.

WEFFORT, Francisco. **Os Clássicos da Política**, vol 1. Ed. Ática, 13º edição, 2002.

WOLOSZYN, André Luís. **Aspectos Gerais e Criminais do Terrorismo e a Situação do Brasil**. Rio Grande do Sul, agosto de 2006. Disponível em: www.defesanet.com.br/docs/aspectos_socio-criminais_do_terrorismo.pdf. Acesso em 24 de junho de 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007