



PUC GOIÁS

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO,
RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO**

LARISSA APARECIDA LIMA SANTOS

**GUERRA CONTRA O TERRORISMO E O DIREITO PENAL
DO INIMIGO NA PRISÃO DE GUANTÂNAMO**

**Goiânia
2013**

LARISSA APARECIDA LIMA SANTOS

**GUERRA CONTRA O TERRORISMO E O DIREITO PENAL
DO INIMIGO NA PRISÃO DE GUANTÂNAMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Dimas Pereira Duarte Junior.

**Goiânia
2013**

Santos, Larissa Aparecida Lima
S237g Guerra contra o terrorismo e o direito penal do inimigo
na prisão de Guantânomo / Larissa Aparecida Lima Santos.--
2013.
103 f.

Dissertação (mestrado) -- Pontifícia Universidade
Católica de Goiás, Goiânia, 2013.
"Orientador: Prof. Dr. Dimas Pereira Duarte Junior"
Bibliografia: f. 98-103.

1. Direitos humanos. 2. Guerra contra o terrorismo,
2001. 3. Tortura. 4. Direito penal internacional.
5. Base Naval da Baía de Guantánamo (Cuba). I. Duarte
Júnior, Dimas Pereira. II. Pontifícia Universidade
Católica de Goiás. III. Título.

CDU 341.231.14(043.3)

Dedico este trabalho à Mamãe e ao Papai que sempre me fizeram acreditar na concretização dos meus sonhos e me apoiaram muito para que eu pudesse realizá-los.

Aos meus dois maninhos, Wanessa e Diogo, meus eternos amores.

À minha madrinha Conceição (*in memoriam*), que sempre foi meu porto seguro e exemplo de força e fé.

AGRADECIMENTOS

Deixo meus agradecimentos a todos os que compartilharam da minha luta e esforço nesses últimos anos, contribuindo, direta e indiretamente, para que eu realizasse este mestrado, auxiliando-me e dando-me forças em todos os momentos.

Minha gratidão, em primeiro lugar, a Deus, por estar sempre presente em minha vida, guiando meus passos e iluminando minha caminhada.

Agradeço, com muito amor, à minha família, pelo apoio e compreensão. Em especial, à Mamãe e ao Papai, que me transmitiram força e motivação. Aos maninhos, Wanessa e Diogo, que me fizeram companhia e me inspiraram com o amor incondicional que só irmãos podem ter.

Ao professor doutor Dimas Pereira Duarte Junior, meu orientador, que possibilitou-me descobertas e um grande aprendizado, por meio de sua sabedoria, conhecimento, paciência e amizade durante toda essa jornada.

Aos colegas e professores do mestrado, por tudo o que com eles compartilhei e aprendi e por participarem da construção do meu saber.

À minha amiga Danielle de Araújo Brandão, pelo apoio, amizade e companheirismo.

À Pontifícia Universidade Católica de Goiás e a todos os que fazem parte desta comunidade.

Aos meus queridos primos, Luís Antônio e Lívia, e à grande amiga Márcia, que revisaram meu texto, com muita disponibilidade e carinho.

A todos, muito obrigada.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - DISCUSSÃO TEÓRICA ENTRE DIREITO PENAL DO INIMIGO E GARANTISMO PENAL	14
1.1 – Considerações históricas do direito penal	14
1.2 –Riscos, Insegurança, e anseios da sociedade americana perante o terrorismo	20
1.3 –Embate entre as duas teorias: garantismo penal X direito penal do inimigo	24
CAPÍTULO 2 - TERRORISMO, LEIS AMERICANAS ANTITERRORISMO E A PRÁTICA DA TORTURA	50
CAPÍTULO 3 - PRÁTICAS DE TORTURA EM GUANTÂNAMO COMO RESULTADO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO AOS TERRORISTAS.....	75
3.1 – Prisão em Guantânamo.....	75
3.2 – Torturas em Guantânamo	80
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise da aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo na guerra contra o terrorismo e, em especial, na prisão de Guantânamo, e a ruptura com o paradigma do Garantismo Penal, principalmente após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Para tanto, analisou-se os anseios da sociedade americana perante o terrorismo e a sede por um punitivismo exacerbado em um contexto de expansão do direito penal, o qual conduz à flexibilização dos direitos humanos como consequência de um regime de exceção. Posteriormente, realizou-se um embate entre a teoria do Direito Penal do Inimigo, suas características, fundamentos e pressupostos filosóficos e a teoria do Garantismo Penal com seu enfoque na maior proteção dos direitos humanos em um Estado Democrático de Direito. Logo em seguida, estudou-se as definições, características e as consequências do terrorismo, as quais desencadearam a elaboração de duras leis americanas antiterroristas e as práticas de torturas em Guantânamo. Ainda, examinou-se as normas internacionais de proteção aos direitos humanos e várias Convenções Internacionais e medidas contra o terrorismo adotadas pela ONU.

Por fim, analisou-se as práticas de torturas realizadas em Guantânamo demonstrando a tentativa de desconstrução da teoria do Garantismo Penal e da proteção dos direitos humanos, representando o conflito existente na atualidade entre proteção da segurança nacional e o respeito aos direitos do ser humano.

Palavras-chave: Terrorismo. Direito Penal do Inimigo. Garantismo Penal. Guantânamo. Tortura. Direitos humanos.

ABSTRACT

The present work investigates the application of the 'Enemy Criminal Law' theory in the war against terrorism, particularly, in the prison of Guantanamo, and the paradigm shift in Criminal Garantism, especially after the terrorist attacks of September 11, 2001. Therefore, this study analyzed the wishes of the American Society against terrorism and the thirst for an exacerbated punitivism in a context of criminal law expansion, which leads to the relaxation of human rights as a consequence of an exceptional regime. Subsequently, this thesis presents a confrontation between the Enemy Criminal Law theory – its characteristics, foundations and philosophical assumptions – and the Criminal Garantism theory – with its focus on greater protection of human rights in a democratic state. Shortly thereafter, this study focus on the definitions, characteristics and consequences of terrorism that triggered the development of harsh laws against terrorism and also the practice of torture in Guantanamo. This thesis, also examined the international standards of human rights protection, several international conventions against terrorism and some measures historically adopted by the UN in similar cases. Last but not least, in the light of the practices of torture conducted at Guantanamo this study reveals an attempt to deconstruct the Criminal Garantism theory and the protection of human rights, illustrating the current conflict between protecting national security and respect for human rights.

Keywords: Terrorism. Criminal Law of the Enemy. Garantism Criminal. Guantanamo. Torture. Human rights.

INTRODUÇÃO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, concebida pelo professor alemão Günter Jakobs, teve início na década de 1990 e ficou relegada a segundo plano por alguns anos até ser resgatada após o atentado terrorista de 11 de setembro nos Estados Unidos.

Günter Jakobs defende a ideia de que os terroristas são inimigos da sociedade e por isso devem ser tratados de forma diferenciada. Eles são indivíduos que se distanciaram das leis da sociedade de forma duradoura e que, portanto, devem ser paralisados, neutralizados.

A principal discussão dessa teoria reside exatamente no estudo do inimigo e do cidadão. Verifica-se, dessa forma, que, dentro do mesmo ordenamento jurídico, seria viável a convivência entre dois direitos: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão.

Para Jakobs, o inimigo é aquele criminoso contumaz e que verdadeiramente declara guerra ao Estado, sendo, portanto, um perigo iminente. Jakobs não se preocupa com a diferenciação entre o crime que traz instabilidade à segurança pública e o que traz instabilidade à segurança nacional. O que ele defende é a ideia de que o inimigo é aquele que se distancia de forma permanente do sistema normativo, podendo cometer crimes cuja competência investigativa é das instituições

policiais ou que atingem a própria segurança do Estado. Devido a isso, ele exemplifica os inimigos: traficantes, estupradores, terrorista e outros.

Apesar de Jakobs, em sua teoria do Direito Penal do Inimigo, somente se preocupar com o criminoso contumaz, o qual se afastou de forma definitiva do ordenamento jurídico, é importante trazer a explicação de Bruce Hoffman sobre a diferença entre criminoso comum (o qual para Jakobs é criminoso não contumaz/temporário) e o terrorista.

Segundo Hoffmann (1998, p. 36), tanto os terroristas como os criminosos comuns usam a violência como meio para atingir um fim específico. No entanto, embora o ato violento em si possa ser similar, como o sequestro, tiro ou incêndio, por exemplo, o propósito ou motivação não é clara. Se o criminoso utiliza a violência como um meio de obter dinheiro, para adquirir bens materiais, ou para matar ou ferir a vítima específica, ele está agindo principalmente por motivações egoístas ou pessoais, geralmente ganho material.

Ao contrário do terrorismo, o ato violento do criminoso comum não é concebido ou destinado a ter consequências ou criar repercussões psicológicas além do ato em si. O criminoso pode naturalmente usar algum ato de curto prazo de violência para 'aterrorizar' sua vítima, como agitar uma arma no rosto de um funcionário do banco durante um assalto, a fim de assegurar o célere cumprimento de seu comando por parte do funcionário. Nesses casos, no entanto, o assaltante de bancos não está transmitindo uma mensagem política através de seu ato de violência, somente quer a rápida entrega de sua 'recompensa' (HOFFMAN, 1998, p.37).

Ato do criminoso, portanto, não pretende ter qualquer efeito que ultrapassa o próprio incidente ou a vítima imediata. Ele não está preocupado em influenciar ou afetar a opinião pública: simplesmente quer fugir com o seu dinheiro ou realizar sua tarefa mercenária da maneira mais rápida e fácil possível. Por outro lado, o objetivo fundamental da violência do terrorista é, em última análise, a mudança do sistema sobre o qual o criminoso comum não se importa (HOFFMAN, 1998, p.37).

O ponto que deve ser enfatizado é que diferentemente do criminoso comum ou o assassino lunático, o terrorista não está perseguindo objetivos puramente egocêntricos, ele não é movido pelo desejo de alimentar seu próprio bolso ou satisfazer alguma necessidade pessoal. O terrorista é fundamentalmente um altruísta: ele acredita que está cumprindo uma 'boa causa' projetada para alcançar um bem maior para um público mais vasto, reais ou imaginários, que o terrorista e sua organização pretendem representar (HOFFMAN, 1998, p. 38).

O criminoso, por comparação, não serve a nenhum motivo, apenas o seu próprio engrandecimento pessoal e saciedade material. No entanto, a posse ou a identificação de uma causa não é um critério suficiente para rotular alguém de terrorista. Neste aspecto chave, a diferença entre os terroristas e extremistas políticos é clara. Muitas pessoas possuem crenças e opiniões radicais e extremas, e muitos deles pertencem a organizações políticas radicais ou mesmo ilegais ou proibidas. Entretanto, se não usam violência na persecução das suas crenças, eles não podem ser considerados terroristas. O terrorista é fundamentalmente um intelectual violento, preparado para usar a força para a consecução de seus objetivos (HOFFMAN, 1998, p. 38).

O que se percebe é que a teoria do direito penal do inimigo de Jakobs não se atém a essas definições, comparações e diferenciações trazidas por Hoffman. Para Jakobs não é inimigo somente aquele conceituado de forma clássica ou no contexto de guerras, como sendo o atacante perigoso para a segurança nacional. Ao contrário, é inimigo todo aquele que se desvia de forma definitiva do ordenamento jurídico, independente do contexto ser de segurança pública – criminoso comum (ordem interna) - ou de segurança nacional – terrorista. Isso justifica o recorte epistemológico baseado no entendimento de Jakobs.

Jakobs (2000), ainda defende que, ao contrário do inimigo, o cidadão é aquele que se afasta do direito de forma temporária ou eventual e por isso deve ser respeitado em todos os seus direitos fundamentais.

No dia 11 de setembro de 2001, o mundo presenciou um dos maiores atentados terroristas aos Estados Unidos e com esse evento houve a ruptura do garantismo dos direitos humanos e instalou-se naquele país, e em especial na

prisão de Guantânamo, o Direito Penal do Inimigo com fundamento nos riscos da sociedade.

Em contrapartida, a teoria do Garantismo Penal elaborada por Luigi Ferrajoli (2006) defende a proteção dos direitos fundamentais para todos os indivíduos, independente do crime cometido. Para o Garantismo Penal, a intervenção do Estado deve ser mínima e necessária.

Luigi Ferrajoli engloba em sua teoria vários aspectos ligados ao crime. Cléber Masson (2012, p. 81- 82) nos explica que Ferrajoli fundamenta sua teoria em dez princípios essenciais: retributividade, reserva legal, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionalidade, acusatório, ônus da prova, contraditório ou defesa.

O Garantismo Penal tem como objetivo a defesa do cidadão diante dos arbítrios cometidos pelo Estado através do seu direito de punir. Portanto, essa teoria fundamenta-se na proteção dos direitos do homem em um Estado Democrático de Direito que se constrói através da limitação do poder estatal frente aos direitos e liberdades individuais.

Essas duas teorias representam o embate existente na doutrina e na política em relação ao crime de terrorismo. Atualmente, nos Estados Unidos, há uma vertente a favor da aplicação do Direito Penal do Inimigo para terroristas e a manutenção da prisão de Guantânamo, e outra vertente que defende o contrário.

Diante do quadro instalado nos Estados Unidos e em nome da guerra contra o terrorismo se justifica a aplicação do Direito Penal do Inimigo e os consequentes desrespeitos aos direitos humanos para a imposição de penais cruéis, desumanas e degradantes, sobretudo na forma de tortura na prisão de Guantânamo? Eis o problema de que trata este trabalho.

A hipótese da qual se parte é de que a proibição da tortura está inserida no núcleo inderrogável do direito internacional dos direitos humanos. Logo, não deve haver nenhuma situação, por mais extrema que seja, que permita a inflicção de dor deliberada como forma de obtenção de provas ou informações para a prevenção da prática de qualquer delito que seja. E ainda que, as práticas estatais devem ser

investigadas e os agentes responsabilizados por seus atos. Portanto, a tortura é uma medida extremamente maléfica e deve ser repudiada em qualquer situação.

O tema está delimitado tanto no tempo, pois, parte do ataque terrorista do dia 11 de setembro de 2001, quanto no espaço, pois analisa as atitudes tomadas pelos Estados Unidos no combate ao terrorismo e mais especificamente as práticas de tortura realizadas na prisão de Guantânamo.

Foram utilizados procedimentos metodológicos da pesquisa qualitativa e, em especial, a pesquisa bibliográfica, para a elaboração da fundamentação teórica, sem a intenção de aprofundar no estudo de casos relacionados à prisão de Guantânamo, por isso, foram feitas somente citações de decisões da Suprema Corte Americana em processos de detentos desta prisão.

O referencial teórico utilizado neste trabalho foi baseado na obra “Direito Penal do Inimigo” do autor Günter Jakobs; na obra “Direito e razão: teoria do Garantismo Penal” do autor Luigi Ferrajoli; na obra “Globalização, Democracia e Terrorismo” do autor Eric Hobsbawm; na obra “*Inside Terrorism*” do autor Bruce Hoffman, e artigos de Walter Laqueur.

O primeiro capítulo foi desenvolvido a partir da discussão teórica acerca do Direito Penal do Inimigo e do Garantismo Penal, especificamente em relação à aplicação de uma dessas teorias no combate ao terrorismo. Vários aspectos foram trazidos, tais como considerações históricas do direito penal, os riscos e anseios da sociedade em relação ao combate ao terrorismo, a legislação simbólica como forma de resposta a essa sociedade e de forma superficial a legislação antiterrorismo norte americana.

O segundo capítulo trata da análise conceitual, características e problemas relacionados ao terrorismo e à tortura. Foram estudadas as seguintes normas internacionais: Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, além da conduta da Organização das Nações Unidas perante essas questões. E ainda, foi feito um estudo mais detalhado da lei antiterrorismo americana.

O terceiro capítulo traz um estudo sobre a prisão de Guantânamo e as práticas de torturas realizadas em nome da guerra contra o terrorismo.

CAPÍTULO 1 DISCUSSÃO TEÓRICA ENTRE DIREITO PENAL DO INIMIGO E GARANTISMO PENAL

1.1 Considerações históricas do direito penal

O direito penal pode ser dividido basicamente em dois grandes períodos, o primitivo e o humanitário.

O direito penal primitivo se destaca pela presença da vingança divina, vingança privada e vingança pública; esse período foi fortemente marcado por penas cruéis e desumanas (MASSON, 2012, p. 54).

Na era primitiva, destacou-se inicialmente, a vingança divina, pois as pessoas acreditavam que o crime causava a ira das divindades e estas provocavam castigos a todos, por isso o membro que descumpria as normas era punido pelo grupo com penas cruéis e degradantes, para que com isso, todo o grupo reconquistasse a benevolência das divindades (MASSON, 2012, p. 55).

Com o passar do tempo, a vingança se tornou privada, ou seja, a própria vítima ou pessoas ligadas a ela puniam seus malfeitores, e como não existia uma

regulamentação desse procedimento, as punições eram desproporcionais, gerando o ódio e guerra entre os grupos (MASSON, 2012, p. 55).

A preocupação com a dizimação dos grupos resultou na criação do princípio da Lei do Talião a qual tentou criar penas proporcionais aos delitos e que foi acolhida pelo Código de Hamurábi no reino da Babilônia no ano de 1780 a.C, pela Lei Mosaica dos Hebreus (cerca de 1.500 a.C) e pela Lei das XII Tábuas dos romanos (ano 450 a.C) (MASSON, 2012, p. 56).

E ainda, na própria sociedade primitiva, surgiu a fase da vingança pública, pela qual a punição saiu da esfera da vítima e passou para autoridades competentes, demonstrando uma melhor organização da sociedade e legitimando a aplicação da pena pelo Estado, porém, essas penas não perderam o aspecto cruel e desumano, pois as atrocidades continuaram acontecendo, e sendo muito comum o esquartejamento, a roda, a fogueira, amputações, entre outras torturas (MASSON, 2012, p. 56).

Na Idade Média (século V a XV), o direito penal não possuía uma legislação penal consistente, porém, as discussões políticas e filosóficas acerca dos fundamentos do direito de punir eram amparadas em uma base moral, civil e religiosa. Até o fim desta era a humanidade viveu tempos de barbaridade, quando cada sociedade seguia uma linha própria de punição cruel (MASSON, 2012, p. 58).

Com a Idade Moderna, inicia-se o período denominado Humanitário, influenciado pelo Iluminismo, que tem como marco inicial a escola clássica e o livro “Dos delitos e das penas”, publicado em 1764 por Cesare Beccaria, um aristocrata italiano de 24 anos. Beccaria analisou em sua obra o sistema de justiça criminal de vários países e defendeu a abolição de torturas e a conformidade das penas aos ditados da justiça e da verdade (MASSON, 2012, p. 62).

Beccaria seguiu as ideias de Rousseau e Montesquieu, e seu livro teve como fundamento a Teoria do Contrato social, defendendo a prevalência da igualdade e o banimento dos privilégios. Para ele, a tortura e as penas cruéis deveriam ser abolidas definitivamente. Beccaria contribuiu ainda, definindo de forma superficial o princípio da legalidade:

[Becaria] (...) Baseia seu pensamento no contrato social de Rousseau, de forma que o criminoso passa a ser reputado como violador do pacto social, sendo então considerado adversário da sociedade. A pena perdia seu caráter religioso, predominando a razão sobre questões espirituais.

Surge a questão do livre arbítrio, ou seja, o homem pratica um crime consciente de sua conduta antissocial. Como consequência do controle do indivíduo sobre os seus atos, decorre que a pena deve ser sempre legalmente prevista, para que todos saibam diferenciar o vedado do permitido e escolher o caminho a trilhar, devendo ainda a sanção penal guardar proporcionalidade com o crime praticado, na medida exata da retribuição necessária (Beccaria *apud* MASSON, 2012, p. 62).

Nesse período humanitário, várias escolas penais surgiram com o intuito de conceituar o crime e outros institutos de direito penal. A escola clássica defendeu a teoria causal da ação, definindo o crime como um movimento corpóreo voluntário que modifica o mundo exterior. Anselmo Feurbach, influenciado pelo direito natural, racional e liberal, concretizou o princípio da taxatividade da lei penal. Já Francesco Carrara, distinguiu a teoria da imputação (relação do agente com o delito) com a teoria da pena (relação do delito com a sociedade) (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 454).

Após a escola clássica, novas escolas e novos pensadores trouxeram suas contribuições. A escola positiva traçou um perfil psicológico, físico e social do delinquente e seu maior expoente foi Cesare Lombroso, seguido de Enrico Ferri, que defendeu a função preventiva da pena (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 454 -457).

Logo em seguida, veio a escola crítica cujo marco importante foi a definição de individualização da pena e a contribuição para a transição entre escola clássica e positiva (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 457).

A escola sociológica alemã se inspirou no positivismo e teve como precursor Fran Von Listz, que buscou os fins do direito e a proteção dos interesses mais importantes pela lei penal, contribuindo de forma inicial para o atual princípio da lesividade (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 457).

Como superação ao positivismo, surgiu a escola técnico jurídica na Itália e Alemanha, com grandes expoentes, entre eles, Arturo Rocco, que teve como foco o estudo do direito penal como ciência autônoma, adotando um método técnico-jurídico com modalidades de investigação exegética, dogmática e crítica (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 459-460).

Outra escola que deve ser destacada é a escola da defesa social de Filippo Gramatica, advogado e professor italiano, que representou um retrocesso ao defender um direito penal do autor, onde a pessoa é punida em razão de sua anti-sociabilidade e não pelo crime cometido. Destaca-se também a escola de Kiel do período nazista, que entendia “a culpabilidade como lesão dos deveres sociais do povo; traição e dever de lealdade tornavam indissolúveis a antijuridicidade e a culpabilidade” (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 460).

Contrariando as escolas anteriores, Hans Welzel, jurista e filósofo alemão, desenvolveu o finalismo afirmando que a ação do homem deve ser consciente e dirigida a um fim, ocorrendo um desvalor da ação e sua reprovabilidade, e ainda incluiu o dolo e da culpa no tipo (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 461).

Os principais debates surgiram entre as escolas clássica e finalista. Entretanto, Jesús Maria Silva Sánchez ensina que, atualmente, a dogmática penal está alheia aos embates enfrentados por essas duas escolas, sendo que além de uma visão eclética, novas propostas surgem para enfrentar problemas ainda não resolvidos (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 461).

Essas novas propostas podem ser representadas pela escola social da ação defendida por Hans Heinrich Jescheck, segundo o qual a ação é o comportamento social relevante e também pelo funcionalismo penal que tem como enfoque o abandono do tecnicismo jurídico na adequação típica, proporcionando ao tipo penal desempenhar sua função de manter a paz social e aplicar efetivamente a política criminal (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 462).

O funcionalismo penal questiona os conceitos de conduta desenvolvidos pelas escolas clássica e finalista e vincula-se à teoria da imputação objetiva, apresentando duas concepções: o funcionalismo moderado ou teleológico de Claus Roxin da Escola de Munique e o funcionalismo radical ou sistêmico de Günter Jakobs da Escola de Bohn (MASSON, 2012, p. 83).

Cléber Masson nos explica a diferença entre essas duas concepções:

Com efeito, o funcionalismo de Roxin preocupa-se com os fins do Direito Penal, ao passo que a concepção de Jakobs se satisfaz com os fins da pena, ou seja, a vertente de Roxin norteia-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas, enquanto a

orientação de Jakobs leva em consideração apenas necessidades sistêmicas, e o Direito Penal é que deve se ajustar a elas (MASSON, 2012, p. 83).

Porém, essas novas teorias receberam várias críticas, principalmente pelo fato de conferir elevado destaque à política criminal, resultando na fusão desta com o direito penal e causando uma confusão entre o dever do legislador e do aplicador da lei (MASSON, 2012, p. 83).

O finalismo de Roxin utilizou a política criminal como critério norteador para a solução dos problemas dogmáticos, desenvolveu novos argumentos sobre a teoria da pena e sua concepção preventiva geral positiva, além de reintroduzir o conceito de imputação objetiva na tipicidade e desenvolver a teoria do domínio do fato (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 463).

Roberto Delmanto Júnior demonstra a crítica à proposição de Claus Roxin:

(...) a proposição de Claus Roxin no sentido de se incluir a finalidade político-criminal na elaboração da teoria do delito (e não somente das leis, o que é incumbido aos políticos) foi, já no início dos anos 80, vista com reservas pela chamada Escola de Frankfurt, com Winfried Hassemer e outros, os quais alertaram sobre o perigo que uma política criminal demasiadamente pragmática poderia representar para as garantias e os direitos do cidadão em face do poder punitivo do Estado e do seu caráter de *ultima ratio*, ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Uma política criminal disposta a resolver a todo custo com o Direito Penal problemas que não são propriamente de Direito Penal, e que poderiam ser solucionados de forma menos radical e satisfatoriamente por outros ramos do direito (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 463).

O funcionalismo sistêmico de Jakobs se diferencia do funcionalismo de Roxin. Jakobs adaptou o direito penal à teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

Para ele, o Direito Penal está determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive o próprio Direito Penal é considerado um sistema autônomo, autorreferente e autopoiético, dentro do sistema mais amplo da sociedade. Tem suas regras próprias e a elas se submete (MASSON, 2012, p. 84).

Alexandre Rocha Almeida de Moraes sintetiza bem o pensamento de Luhmann:

Portanto, o direito aspira somente assegurar as expectativas. Em um mundo, que em princípio é incontrolável, têm-se ao menos duas certezas: as expectativas em relação ao Direito e as posturas que podem contar com consenso social. De uma parte, assevera LUHMANN, assegura-se algo que se pode esperar, indicando com seus elementos

que não se deve aceitar um comportamento que provoca desilusão, mantendo, entretanto, a própria expectativa também contra o fato: de modo contrafactual. De outra parte, a norma autoriza a reagir com o interesse de se adequar uma realidade ao Direito - seja para prevenir um desvio, seja para reparar os efeitos de um dano (Luhmann *apud* MORAES, 2006, p. 77).

Nesse sentido, vale registrar também:

Na medida em que o sentido da norma não sustenta mais a unidade da segurança das expectativas e do guia de comportamento, a sociedade reage com a diferenciação e a especificação da função. A pretensão do jurista concernente à função de engenharia social se demonstra como colocada apressadamente. A questão não é se o direito pode assumir a função de programação social e de guia de comportamento, mas como o direito pode se adequar ao fato de que estas funções devem ser desenvolvidas em medida crescente 'em outro âmbito da sociedade' (Luhmann *apud* MORAES, 2006, p. 78).

E ainda,

[...] Quando o legislador se propõe a proteger um bosque, edita uma lei. Porém, se não se verificar os efeitos (direito, ou sociais) previstos, mas justamente os não previstos, quando a função de guia de comportamento não se realiza, esta situação é tomada como um efeito factual externo ao direito. Com isto o direito não se torna não direito ou injusto, e disto não decorre a invalidade da norma. Se confirma, na realidade, a função da normatividade: estabilizar em caso de desilusão e imunizar quanto as conseqüências (segurança de expectativas) (Luhmann *apud* MORAES, 2006, p. 78).

Além de Luhmann, Hans Welzel pai do finalismo e mestre de Jakobs, também o influenciou na aceitação da função do direito penal em assegurar os valores éticos e sociais. Porém, Jakobs se distanciou do mestre quando mudou o enfoque de sua teoria para a missão do Direito Penal, modificando os objetos da dogmática e trilhando por caminhos extremos.

Como conseqüência do funcionalismo radical, Jakobs desenvolveu na década de 1990 a teoria do Direito Penal do Inimigo que foi concebida com a finalidade de manutenção e confiabilidade na norma através da pena. Para essa teoria são legítimas as ações desarrazoadas e excepcionais contra os inimigos do Estado, podendo até mesmo haver imposição de penas desproporcionais e a flexibilização de direitos e liberdades civis. Conforme argumento dessa teoria, há uma legislação de exceção para combater os inimigos e uma guerra em busca da salvação do sistema; e nessa guerra vale tudo, inclusive a retirada de direitos fundamentais do ser humano.

Ao contrário, a teoria do Garantismo Penal idealizada por Luigi Ferrajoli, visa um direito penal protetor dos direitos humanos, baseados em princípios alicerçados no Estado Democrático de Direito, repudiando penas cruéis, desumanas, desarrazoadas e desproporcionais.

Entretanto, devido ao clamor da sociedade por justiça e intervenções do Estado em diversas situações emergenciais, percebe-se a utilização da teoria do Direito Penal do Inimigo, principalmente no combate ao terrorismo.

1.2 Riscos, insegurança e anseios da sociedade americana perante o terrorismo

A sociedade americana pós 11 de setembro de 2001 convive com um sentimento de insegurança, medo e terror, após os ataques da organização terrorista Al Qaeda, que promove uma luta contra o Ocidente por motivações políticas e religiosas – a *jihad* (esforço que os muçulmanos fazem para levar a teoria do Islã a outras pessoas) e o estabelecimento da *Sharia* (código de leis do islamismo) (LAQUEUR, 2004c).

É importante ressaltar que, política e religião para os muçulmanos se fundem em um só sistema e diante disso Bruce Hoffman nos explica que o terrorismo, no uso contemporâneo mais amplamente aceito do termo, é essencialmente e inerentemente político. Também diz respeito ao exercício, à aquisição e ao uso do poder para alcançar a mudança política. O terrorismo é, portanto, a violência ou, igualmente importante, a ameaça de violência usada e dirigida em busca de, ou em serviço de um objetivo político (HOFFMAN, 1998, p. 02-03).

Diante dessa definição de Hoffman, visualiza-se que, por questões eminentemente políticas, uma epidemia de terrorismo se espalhou em todo o mundo. Líderes fortaleceram sua segurança e restringiram suas aparições públicas e os cidadãos se sentiram inseguros ao andar pelas ruas e com a sensação de que

os terroristas estão por toda a parte. O terrorismo tornou-se a preocupação da polícia, dos políticos, banqueiros, empresários, enfim, de toda a sociedade (LAQUEUR, 2004c).

Essa sociedade aterrorizada é o fundamento do Direito Penal do Risco, o qual tem como base uma política criminal que visa combater veementemente a criminalidade, e em especial, o terrorismo.

O Direito Penal do Risco possui uma característica expansiva do direito penal, ou seja, adota institutos penais amplos e até mesmo a antecipação da tutela penal em determinados casos. Nesse sentido, é importante citar o comentário de Aflen da Silva e Rodrigo Pablo:

Foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, originariamente por PRITTWITZ, o qual já observava o surgimento de um 'Direito Penal do risco' (*Risikostrafrecht*) que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, mais precisamente um Direito Penal expansivo (SILVA, Aflen; PABLO, 2004, p. 93-94).

Esse Direito Penal do Risco que advém das novas demandas da sociedade demonstra uma tendência a justificar a teoria do Direito Penal do Inimigo, que tem como fundamento extirpar da sociedade os indivíduos capazes de trazer instabilidade ao Estado e implantar o terror através de seus atos.

Após os ataques terroristas, a sociedade americana se sentiu insegura e reivindicou uma segurança pública eficaz e leis mais rigorosas no combate ao terrorismo.

O governo americano, em resposta ao clamor da sociedade, implantou medidas drásticas para coibir e punir os responsáveis pelos ataques terroristas. A atitude do governo americano demonstrou a ruptura do paradigma do Garantismo Constitucional em prol da luta contra o terrorismo, pois o que efetivamente ocorre nos Estados Unidos é a supressão de direitos humanos, ausência de um devido processo legal e torturas na prisão de Guantânamo.

Nos Estados Unidos o Direito Penal do Inimigo é utilizado no combate aos terroristas e suspeitos e para eles, as garantias processuais e penais são mitigadas

e flexibilizadas; os institutos penais são mais rigorosos, ou até mesmo criados especificamente para o caso concreto.

Diante desse quadro instalado nos Estados Unidos, o direito penal mínimo ou da *ultima ratio* dá espaço ao direito penal máximo com o endurecimento das leis penais e a criação de leis em excesso, no intuito de dar respostas à sociedade, promovendo essa política dura e firme contra o terrorismo.

Jakobs trata muito bem desse assunto quando aduz que há:

(...) uma espécie de entusiasmo punitivo em importantes setores da opinião pública, e também em conspícuos operadores jurídicos, que parecem propugnar, ao invés do benemérito princípio de intervenção mínima, de outro de intervenção máxima (JAKOBS, 2009, p. 21).

Mas, esse excesso ou recrudescimento de leis causam um inchaço legislativo denominado de legislação simbólica, conforme ensina Pedro Lenza:

A legislação simbólica aponta para o predomínio ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental (LENZA, , 2009, p. 31).

Lenza, ainda, explica que

(...) Marcelo Neves, com base em Haralda Kindermann, propõe um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica, estabelecendo que o seu conteúdo pode ser: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios (LENZA, 2009, p. 31).

Diante da definição de legislação simbólica proposta por Marcelo Neves, conclui-se que os Estados Unidos utilizaram essa técnica da legislação simbólica no afã de levar a sensação de segurança aos cidadãos que passaram a acreditar no sistema jurídico e político. Várias regras e leis foram criadas com o intuito de combater o terrorismo e levar a tranqüilidade à população, no entanto, a dúvida surge em relação à existência de uma verdadeira e efetiva solução para os problemas enfrentados.

Para Cancio Meliá (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 79), o direito penal simbólico se resume no fato de que os políticos só “perseguem o objetivo de dar a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido”, e ainda afirma que “há uma discrepância entre os objetivos invocados pelo legislador – e os agentes políticos

que conformam as maiorias deste – e a “agenda real” oculta sob aquelas declarações expressas” (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 79).

Para Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 78-80): “a simples admissão do bem jurídico não representa, por si só, uma condição suficiente para a obtenção de um adequado sistema penal, ainda que possa ser considerada uma condição necessária”.

Gecivaldo Vasconcelos Ferreira (2010) nos explica que, para Ferrajoli o endurecimento das leis não soluciona os problemas da criminalidade:

Para encarar a criminalidade, principalmente entre as classes mais pobres, as únicas políticas eficientes são as políticas sociais. Essa situação é em parte resultado de grandes desigualdades, da exibição e ostentação da riqueza em frente a uma classe que vive no limite da subsistência. Portanto, o único modo para acabar com os lugares em que o crime encontra espaço para crescer é uma política de garantia dos direitos sociais, que oferece alimentação, instrução e um sistema de saúde (Ferrajoli *apud* FERREIRA, 2010).

Ao contrário de Ferrajoli, Walter Laqueur (2004c) defende a utilização de medidas extremas no combate ao terrorismo, mas explica que somente podem ser adotadas se houver amplo apoio da sociedade. Entretanto, diante do perigo de uso de armas de destruição em massa, medidas extremas e eficazes podem ser utilizadas pelo governo sem a necessidade do apoio da população.

Laqueur (2004c) apresenta e rebate argumento contrário ao seu pensamento. Ele expõe que alguns defendem que os grupos terroristas são pequenos e propensos a caírem nas redes de segurança dos Estados, não se fazendo necessária a limitação de liberdades. Mas repele esse entendimento dizendo que essas alegações são perigosas e que a recomendação de abstenção de medidas drásticas de segurança são inaceitáveis.

Esses fenômenos: direito penal simbólico e punitivismo exacerbado constituem a linhagem do Direito Penal do Inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 77) e ambos não são suscetíveis de serem separados nitidamente como bem explica Meliá :

Assim, por exemplo, quando se introduz uma legislação radicalmente punitivista em matéria de drogas, isso tem uma imediata incidência nas estatísticas da persecução criminal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de acordo com o entendimento habitual) e, apesar

disso, é evidente que um elemento essencial da motivação do legislador, na hora de aprovar essa legislação, está nos efeitos simbólicos, obtidos mediante sua mera promulgação. E ao contrário, também parece que, normas que em princípio poderiam ser catalogadas de meramente simbólicas possam ensejar um processo penal real. (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 87).

Portanto, o direito penal simbólico identifica um fato e um autor a serem objetos de uma legislação com traços rigorosos de um punitivismo exacerbado, e juntos, esses dois fenômenos expansivos do direito penal dão origem ao Direito Penal do Inimigo.

1.3 Embate entre as duas teorias: Garantismo Penal X Direito Penal do Inimigo.

Luigi Ferrajoli, em seu livro *Direito e Razão*, apresenta a teoria do Garantismo Penal como resposta ao exagerado poder punitivo do Estado e como uma meta a ser alcançada pelos operadores do direito. A intenção de Ferrajoli foi a de contribuir para a moderna crise dos sistemas penais, atingindo desde a elaboração das leis até a execução penal (Masson, 2012, p. 81).

Cleber Masson (2012, p. 81) nos explica que, para Ferrajoli a liberdade do homem e as garantias constitucionais presentes em um Estado Democrático de Direito devem sobrepor-se ao *jus puniendi* do Estado.

O Garantismo Penal não se confunde com o abolicionismo penal ou minimalismo radical. Para o Garantismo, o Estado tem o poder-dever de punir desde que obedeça a regras preexistentes e respeite as garantias e direitos fundamentais. Já o abolicionismo penal é fruto da criminologia crítica e surgiu na década de 1970 nos Estados Unidos para confrontar a criminologia positiva e defender a idéia de que o direito penal é uma forma de controle social que não cumpre com suas funções (FERRAJOLI, 2006, p. 232).

Guilherme de Souza Nucci (2009, p.380) nos explica que o abolicionismo surgiu com Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Sebastian Schreder:

O abolicionismo penal, fruto dos estudos e dos artigos de Louk Huslman (Holanda), Thomas Mathiesen e Nils Christie (Noruega) e Sebastian Schreder (Alemanha), é um novo método de vida, apresentando uma nova forma de pensar o Direito Penal, questionando o significado das punições e das instituições, bem como construindo outras formas de liberdade e justiça. O movimento trata da descriminalização (deixar de considerar infrações penais determinadas condutas) e da despenalização (eliminação da pena para a prática de certas condutas, embora continuem a ser consideradas delituosas) como soluções para o caos do sistema penitenciário, hoje vivenciado na grande maioria dos países (NUCCI, 2009, p. 380).

Para essa corrente teórica, o modelo atual de encarceramento de condenados não obtém resultados positivos no combate à criminalidade, por isso, novas técnicas de combate devem ser implementadas, deixando de lado a pena privativa de liberdade. O abolicionismo recomenda algumas medidas alternativas como forma de conter o crime, como exemplos podem ser citados: mudança de conceitos acadêmicos, investimento no atendimento à vítima, luta contra a pobreza e legalização das drogas (NUCCI, 2009, p. 381).

Para Louk Hulsman (2004, p.20), não é possível oferecer uma fórmula pronta de procedimentos alternativos para o enfrentamento do crime. Ele argumenta que, se quisermos progredir no campo das alternativas, devemos abandonar a construção cultural e social da atual justiça criminal e passarmos a focalizar o problema naqueles que estão diretamente envolvidos em situações problemáticas (pessoas ou grupos que vivem diretamente os problemas criminais).

Ferrajoli (2006, p. 232), explica também o abolicionismo. Ensina que ele é formado por um conjunto heterogêneo de doutrinas, posturas e teorias que tem em comum a negação de toda e qualquer justificação ou legitimação externa à intervenção punitiva do Estado sobre o desviante. As bases filosóficas e os pressupostos políticos de tais orientações são os mais variados e vão desde o mitocriado no século XVIII do “bom selvagem” e da ultrapassada e feliz sociedade primitiva sem direito, até as teorias anárquicas e marxistas-leninistas do “homem novo” e da perfeita sociedade sem Estado; das doutrinas apologéticas da desviação e da sociedade perfeitamente auto-regulamentada e pacificada.

A teoria abolicionista é dividida em duas linhas de pensamentos. O primeiro é extremamente radical e não admite o direito penal em nenhuma hipótese. Para Eugênio Raul Zaffaroni (1999, p.97), esse pensamento tem como fundamento o

jusnaturalismo, no sentido de refutar as leis positivas e acreditando que o direito é algo inerente e que as leis naturais regem a sociedade.

O segundo pensamento abolicionista defende a supressão da pena, porém, o direito penal pode existir como forma de controle social aplicando métodos morais e não jurídicos, como por exemplo, a educação moral (ZAFFARONI, 1999, p. 97).

Para o abolicionismo, o sistema penal tem a finalidade precípua de reproduzir desigualdades, porque é um meio de dominação da classe superior em detrimento da inferior (ZAFFARONI, 1999, p. 97).

Mas, a teoria abolicionista encontra críticos fervorosos, entre eles está Ferrajoli que aponta as fragilidades dessa teoria.

Para Ferrajoli (2006, p. 232) o primeiro defeito consiste no fato de que a sociedade idealizada pelos adeptos dessa teoria é uma “sociedade selvagem”, pois não possui leis que a ordenam e ditam regras. O segundo defeito reside nas alternativas utilizadas para disciplinar a sociedade que seriam métodos educativos, tratamentos médicos ou conscientização social, entre outros.

Vejamos as próprias palavras de Ferrajoli:

Esta esterelidade de projetos [...] é fruto da inconsistência lógica e axiológica de ambos os projetos jusnaturalistas que se encontram na base das duas opostas versões do abolicionismo, ou seja, aquela do “princípio amoral” do egoísmo, que regularia a sociedade do bellum omnium, e aquela do “princípio moral” da auto-regulamentação social que marca a sociedade pacificada e sem Estado. Com efeito, nenhum dos dois princípios é suficientemente idôneo para fundar alguma coisa além de sistemas ilimitadamente autoritários, posto que confiados ao jogo livre e desenfreado dos poderes, pouco importando se individuais ou políticos” (FERRAJOLI, 2006, p. 234).

E, ainda:

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista (FERRAJOLI, 2006, p. 275).

Ricardo Dip e Volney Correa Leite de Moraes Júnior (2002, p.27) também

citam as fragilidades desse pensamento abolicionista:

Sendo a agressão aos direitos fundamentais evitável com o simples recurso a campanhas educativas (notoriamente ineficazes) e estratégias de nivelamento social (de complexa e lenta implementação) – acaba dando alimento à ilusão totalitária, na medida em que gera, no curto prazo, insegurança, desconfiança no Estado de Direito e conduz à anomia, a antecâmara do Estado Policial.” (DIP; MORAES JUNIOR, 2002, p. 27).

Mesmo com todas as críticas empreendidas, inclusive por Ferrajoli, este analisa os pontos positivos do abolicionismo:

O primeiro – por ser externo às instituições penais vigentes, pois se coloca ao lado de quem paga o preço da pena e não do poder punitivo - reside no fato de ter favorecido a autonomia da criminologia crítica ao solicitar-lhe pesquisas sobre a origem cultural e social da desviação e sobre a relatividade histórica e política dos interesses penalmente protegidos, conseqüentemente, de contrastar o latente “legitimismo” moral das doutrinas penais dominantes. O segundo mérito tem um caráter mais metodológico, pois, ao deslegitimar o Direito Penal e denunciar sua arbitrariedade, bem como seus custos e sofrimentos, os abolicionistas “despejam” sobre os justificacionistas o “ônus da justificação”, que devem ser “moralmente satisfatório e logicamente pertinente (FERRAJOLI, 2006, p. 235).

O abolicionismo penal é uma teoria deslegitimadora do direito penal, porém, aduz Ferrajoli que nem todas as teorias que deslegitimam o direito penal são abolicionistas:

São somente as doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo”, as outras que propõe a substituição da pena com tratamentos são substitutivas e não abolicionistas e finalmente as doutrinas que pugnam pela redução da intervenção do direito penal ou abolição de penas de prisão são chamadas de reformadoras (FERRAJOLI, 2006, p. 231).

Apesar da opinião de Ferrajoli, a doutrina define também como abolicionista e deslegitimadora do direito penal a teoria do minimalismo radical ou abolicionismo mediato, apesar de não defender a extirpação imediata do direito penal, mas sua aplicação de forma subsidiária e a abolição do sistema penal a longo prazo.

Zaffaroni (1999), escrevendo sobre o tema, explica o pensamento dos defensores do minimalismo radical da seguinte forma:

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça (ZAFFARONI, 1999, p. 106).

O minimalismo radical da mesma forma que o abolicionismo prega que o direito penal é um sistema reprodutor de desigualdades e meio de dominação de minorias, porém o minimalismo se diferencia quando aduz que a extinção do direito penal só será possível após mudanças na estrutura da sociedade para que não ocorra um retrocesso e perda de tudo o que já foi alcançado pelo direito penal.

Para Zaffaroni:

O direito penal mínimo não deve apoiar-se no velho argumento iluminista, mas sim no argumento de que o direito penal como programação da operacionalidade do órgão judiciário, deve permanecer e ampliar seu âmbito de atuação, de maneira que a intervenção desse órgão judiciário se torne menos violenta, pois, somente na medida em que o conflito se localizar fora do poder verticalizador do sistema penal e for submetido a uma solução menos violenta, será possível reduzir o discurso jurídico penal.” (ZAFFARONI, 1999, p. 107).

O minimalismo radical é criticado por vários autores, entre eles se encontra Jesús-Maria Silva Sánchez (2002, p. 21) que ataca argumentando que tal teoria é ao mesmo tempo anacrônica e ucrônica, posto que, referida forma de manifestação do direito nunca existiu historicamente e é incompatível com a complexidade das sociedades contemporâneas, cuja característica principal é o risco que reclama cada vez mais proteção, inclusive na esfera penal.

Destaca-se que o Garantismo Penal é uma teoria com fundamento na liberdade regrada e consiste no equilíbrio entre o abolicionismo penal e direito penal máximo, e aqui se inclui o Direito Penal do Inimigo, com suas características peculiares de intervenção máxima e desarrazoada.

Alexandre Assunção e Silva (2012), explica o pensamento de Ferrajoli:

Segundo Ferrajoli, garantismo designa um modelo normativo de direito, um modelo de estrita legalidade, que se caracteriza, no plano político, como uma técnica capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade, e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantia dos direitos do cidadão (Ferrajoli *apud* SILVA, Alexandre, 2012).

Masson (2012, p. 81-82) nos explica que Ferrajoli cita os princípios norteadores da sua teoria do Garantismo Penal. Os princípios são divididos em três categorias: os princípios relativos à pena, relativos ao delito e relativos ao processo.

Os princípios relativos à pena são: 1) *Nulla poena sine crimine*: diz respeito ao princípio da retributividade, o qual o Estado apenas pune quando ocorre um crime; 2) *Nullum crimen sine lege*: representa o princípio da legalidade, que engloba outros princípios, tais como, princípio da anterioridade penal; lei penal positivada, ou seja, escrita; a lei penal estrita; e princípio da taxatividade; 3) *Nulla lex penales sine necessitate* princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, ou seja, o direito penal somente atua quando há necessidade (MASSON, 2012, p. 81).

Os princípios relativos ao delito são: 1) *nulla necessitas sine injuria* ou princípio da lesividade ou ofensividade – só e crime quando há uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado; 2) *Nulla injuria sine actione* ou princípio da exterioridade da ação, não permite a criação de tipos penais que punem o pensamento e o estilo de vida, ou seja, não permite o direito penal do autor, mas tão somente o direito penal do fato; 3) *Nulla actio sine culpa* ou princípio da culpabilidade, o juiz, no caso concreto analisa o dolo ou a culpa do agente para determinar a pena (MASSON, 2012, p. 81-82).

Por fim, os princípios relativos ao processo são: 1) *Nulla culpa sine iudicio* ou princípio da jurisdicionariedade: somente o Poder Judiciário pode punir; 2) *Nullum iudicium sine accusationes* ou princípio acusatório ou princípio da inércia do Poder Judiciário; 3) *Nulla acusation sine probatione* ou princípio do ônus da prova, que aduz que devem existir indícios de materialidade e autoria, além de provas para instalar procedimento investigatório; 4) *Nulla probation sine defensione* ou princípio da ampla defesa e do contraditório (MASSON, 2012, p. 82).

Questão relevante para essa teoria diz respeito ao poder punitivo do Estado. A história do direito penal mostra a complexidade de entendimentos acerca do poder punitivo e a colaboração cada vez maior da criminologia, política criminal e dogmática nessa área. O Garantismo Penal, através de Ferrajoli, afirma que as penas devem ser proporcionais e o poder punitivo deve ser conduzido pelo princípio da intervenção mínima.

Ferrajoli (2006, p. 355) remonta ao passado para demonstrar que a desproporcionalidade e crueldade das penas não se justificam no *jus puniendi* do Estado:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimento incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos (FERRAJOLI, 2006, p. 355).

Percebe-se que o Garantismo Penal não tem relação somente com a mera legalidade, formalidade ou regras processuais. O garantismo defende a proteção dos direitos fundamentais individuais ou coletivos, os interesses, bens e valores que representam o ser humano.

Ferrajoli (1997) já deixou claro que sua teoria foi idealizada para a promoção e proteção dos direitos dos excluídos e marginalizados, mas demonstra preocupação na efetivação dessas garantias:

A realização de um modelo garantista está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos direitos do Homem. Então, a jurisdição se torna um poder ambivalente ou um “contrapoder”, que tem a missão de proteger as classes menos favorecidas do poder dos mais fortes. Mas, por outro lado, apresenta o mesmo perfil do poder tradicionalmente considerado. As garantias penais e processuais penais, por sua vez, são técnicas de minimização do poder institucionalizado. E são particularmente relevantes estas “instituições-chave” inseridas na Constituição. É certo que, no Parlamento, há a vivificação da democracia política, mas são estas garantias que permitem um controle da legalidade e evitam o autoritarismo. Assim, a atuação prática dessas garantias está a exigir uma típica cultura, uma típica formação que, de um lado, possibilite uma independência em relação aos poderes do Estado e, de outro, que sensibilize para os direitos civis e políticos, em especial em relação aos mais desfavorecidos (FERRAJOLI, 1997).

Por outro lado, tem-se o direito penal máximo, incluindo aqui o Direito Penal do Inimigo, caracterizado pela severidade das penas com uma intervenção punitiva do Estado mais intensa para aqueles considerados inimigos.

Para esta teoria, o direito penal garantista não é institucionalizado para lidar com a realidade complexa dos inimigos, embora tenha sido idealizada para isso. E com essa justificativa Jakobs legitima o Direito Penal do Inimigo, posto que este sim seja criado para extirpar os inimigos da sociedade.

Meliá (2009, p.90) citando Jakobs enumera os elementos conceituais do Direito Penal do Inimigo:

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou suprimidas (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 90).

Essa teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada pela primeira vez em 1985, por Günter Jakobs, jurista alemão, no Congresso dos Penalistas Alemães em Frankfurt e nessa ocasião demonstrou o exagerado recrudescimento das leis penais em todo o mundo.

Nesse congresso Jakobs criticou artigos do Código Penal Alemão que incriminavam o estado prévio de lesão ao bem jurídico, punindo atos preparatórios, atingindo o agente que era considerado um perigo para o bem jurídico e defendeu o Estado de Liberdades, argumentado que não devem ser punidas cogitações ou atos que não lesam efetivamente o bem jurídico. Para Jakobs, se ocorrer a interferência do Estado no âmbito privado, o direito à liberdade e privacidade são diminuídos e aqui surge o Direito Penal do Inimigo, pois há um desrespeito ao status de cidadão.

Nessa ocasião, Jakobs além de diferenciar o direito penal do cidadão do Direito Penal do Inimigo, criticou severamente o Direito Penal do Inimigo, afirmando ser incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Já em 1999, Jakobs mudou completamente seu discurso apresentado em 1985 e passou a defender o Direito Penal do Inimigo. Para ele existem dois direitos: um direito penal do cidadão e outro Direito Penal do Inimigo/ não cidadão. A essência do Direito Penal do Inimigo está na reação de combate contra pessoas perigosas e que nada significam para o Estado.

Luiz Flávio Gomes (2004) resume os fundamentos filosóficos do Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, esta em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau);

(b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte);

(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 e o Estado, quem não aceita o 'estado comunitário-legal', deve ser tratado como inimigo (Kant) (GOMES, 2004).

Jakobs (2009, p. 04) defende a ideia de que o direito é o vínculo entre as pessoas e que essas são titulares de direitos e deveres, porém, o inimigo não é regido pelo direito, mas pela coação do direito penal. Para legitimar seus argumentos cita modelos filosóficos que fundamentam a relação entre Estado e cidadão através do contrato. Para um desses pensamentos filosóficos o infrator do contrato não tem direito aos seus benefícios (Fichte).

Vários filósofos são citados. Primeiro, Jakobs (2009, p. 04), utiliza a teoria de Rousseau a qual afirma que aquele que agride o direito social é um malfeitor e deixa de ser membro da sociedade, pois está em guerra com ela. Ainda, cita Fichte:

Quem, por vontade ou imprudência, abandona o contrato civil numa parte em que, no contrato, contava-se com sua ponderação, perde, a rigor, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, quedando-se destituído de direitos (JAKOBS, 2009, p. 04).

Apesar de citar Rousseau e Fichte, Jakobs pondera e assevera que esses conceitos são radicais e que o criminoso deve ser mantido dentro do ordenamento jurídico, até mesmo para cumprir o dever de ressarcir e ainda de se acertar novamente com a sociedade. Aqui, Jakobs já demonstra que para ele há uma diferença entre cidadão e inimigo (JAKOBS, 2009, p. 04).

Dessa forma, Jakobs prefere o argumento de Hobbes que não retira do criminoso sua condição de cidadão, exceto no caso de alta traição, que significa um estado de guerra, e por isso deve ser punido como inimigo. Conclui dizendo que para Rousseau e Fichte todo criminoso é inimigo e para Hobbes somente é inimigo o alto traidor (JAKOBS, 2009, p. 06).

E ainda, explica a polarização do Direito Penal:

O Direito Penal conhece, portanto, dois pólos ou tendências de suas regulações: a primeira é o trato com o cidadão, no qual se espera até que este último exteriorize seu fato, para, então, reagir de modo a validar a forma normativa da sociedade; a segunda é o trato com o inimigo, que é remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade (JAKOBS, 2009, p. 14).

Jakobs (2009, p. 07) utiliza-se também dos argumentos de Kant, o qual

defende que aquele que não participa de uma vida num estado comunitário-legal deve ser expulso e tratado com inimigo. Jakobs, explica ainda, sua preferência por Hobbes e Kant:

Hobbes e Kant conhecem, portanto, um Direito Penal do Cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo contumaz por princípio – e um Direito Penal do Inimigo contra aqueles que se desviam por princípio; este exclui, enquanto aquele deixa intocado o status de pessoa. O primeiro, o Direito Penal do Cidadão, é Direito também no que se refere ao criminoso; este continua sendo pessoa. Mas o último, o Direito Penal do Inimigo, é Direito em outro sentido (JAKOBS, 2009, p. 07).

Kant ainda influenciou Jakobs pela defesa da idéia da retribuição com caráter de moralização pública. Para Kant “uma lei (moralmente prática) é uma proposição que contém um imperativo categórico, uma ordem”. (KANT, 1993, p. 77). E ainda, explica que a lei possui duas partes, em que a primeira parte representa um dever-ser e a segunda parte determina o livre-arbítrio do indivíduo na prática da ação (BOBBIO, 1984).

Essa teoria do Direito Penal do Inimigo reafirma a idéia de leis com propósito de impor ordem e medo no inimigo que se diferencia do criminoso não contumaz, pois o inimigo comete crimes de forma reiterada, como é o caso dos terroristas; e para eles a punibilidade tem a função de prevenir atos futuros e não simplesmente a punição de fatos passados.

Jakobs traduz esse pensamento na seguinte proposição:

Todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa, e quem não aplicar esta disposição, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 58).

O Direito Penal do Inimigo é o direito daqueles que se opõem ao inimigo, chegando até a declarar guerra, mas somente impondo coação física, pois, alguns direitos são resguardados como, por exemplo, o direito de propriedade. (JAKOBS, 2009, p. 07)

Juarez Cirino dos Santos (2013), citando o artigo “*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*” (Direito penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo), publicado em 2004) por Günter Jakobs, nos explica que:

a) a pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição

ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir – conforme declara:

O fato, como fato de uma pessoa racional significa algo, ou seja, uma rejeição da norma, uma agressão à sua validade, e a pena significa igualmente algo, ou seja, a imposição do autor seria incompetente e a norma continuaria valendo inalterada, portanto, a configuração da sociedade continuaria mantida. Tanto o fato como a coação penal são, neste ponto, meios de interação simbólica e o autor é tomado seriamente como pessoa.

b) a pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir – segundo propõe:

Em lugar de uma pessoa competente, que é contraditada com a pena, portanto, coloca-se o indivíduo perigoso [3], contra quem – aqui: com uma medida preventiva, não com uma pena – é procedido de modo fisicamente efetivo: combate ao perigo, em lugar de comunicação, Direito penal do inimigo (...), em vez de Direito Penal do cidadão (SANTOS, J., 2013, p. 02-03).

E ainda,

Assumida a classificação de criminosos em cidadãos e inimigos, JAKOBS não vacila em atribuir natureza descritiva ao conceito de inimigo – que designaria uma realidade ontológica do ser social, identificável por diagnósticos de personalidade e objeto de prognósticos de criminalidade futura –, propondo a distinção entre cidadãos e inimigos no âmbito da imputação penal, deste modo:

a) o cidadão é autor de crimes normais, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social;

b) o inimigo é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social (SANTOS, J., 2013, p. 05).

Diante disso, tem-se o delineamento do Direito Penal do Inimigo, ou seja, ele busca o combate dos criminosos contumazes ou inimigos “caracterizados por uma duradoura orientação da vida em vinculação com estruturas criminais permanentes, que excluiria qualquer presunção de fidelidade jurídica” (SANTOS, J., *apud* JAKOBS, 2013, p. 07) com a declaração de verdadeira guerra, inclusive com a aplicação da pena antecipada, sem defesa e julgamento.

Juarez Cirino dos Santos (2013) transcreve o pensamento de Jakobs sobre a aplicação de sua teoria aos terroristas:

A quem tudo isto ainda pareça obscuro, a este seria proporcionado um esclarecimento relâmpago através de uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que, no caso do delinqüente cotidiano ainda é natural, tratá-lo não como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age de modo errado, já se torna difícil, como mostrado agora mesmo, no caso de autor por tendência, ou no caso de autor integrado em uma organização, (...) e culmina no caso do terrorista, como quem aqui é designado aquele que nega, em princípio, a legitimidade da ordem jurídica, e por isto se propõe a destruir esta ordem jurídica (Jakobs *apud* SANTOS, J., 2013, p. 09).

Jakobs, defendendo a teoria do Direito Penal do Inimigo expõe que o Estado não pode agir de forma negligente, colocando em jogo sua própria configuração e que o Direito Penal do Inimigo não significa lei do menor esforço ou atos de intimidação pública como, por exemplo, o esquartejamento (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 63-67).

Para ele, o Estado que repudia associações terroristas instituindo a incomunicabilidade, escutas, agentes secretos entre outros instrumentos de combate ao terrorismo se aproxima do ideal Estado de Direito, pois está defendendo o direito do cidadão à segurança. E continua sua explanação afirmando que o Direito Penal do Inimigo deve ser limitado ao necessário, e no caso do terrorista o necessário em primeiro lugar é privá-lo do direito à liberdade de conduta e em seguida realizar uma intervenção diferenciada do cidadão que pratica um crime, com aplicação de instrumentos indicados, desfazendo os limites entre a persecução penal e defesa frente aos riscos por se tratar de um caso excepcional (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 63-67).

Os argumentos trazidos por Jakobs foram adotados pelo governo americano e são defendidos também por Laqueur. Para este, o terrorismo não aceita leis e regras, ao passo que os governos são obrigados a aceitá-las, o que, em breve esboço, é uma guerra assimétrica. Se os governos se comportarem de forma semelhante ao terrorismo, não se vinculando às regras e leis, e praticarem, por exemplo, a matança de prisioneiros, este Estado seria fortemente criticado e denunciado (LAQUEUR, 2004b).

Laqueur (2004b) cita o caso do falecido presidente sírio Hafez Assad que enfrentou uma insurgência e uma tentativa de assassinato por parte da Irmandade Muçulmana na cidade de Hamá, em 1980, e ordenou que seus soldados massacrassem cerca de 20.000 habitantes. Essa atitude de Assad colocou um fim a

todas as idéias de terrorismo e guerra de guerrilha, representando a não aceitação por parte do presidente sírio de regras e leis que deveriam ter sido respeitadas, já que enfrentava uma guerra assimétrica. Entretanto, Laqueur, afirma que, se hoje fosse adotado esse comportamento por parte dos governos democráticos, estes seriam denunciados como bárbaros.

Esse autor argumenta ainda que, mesmo diante de denúncias e críticas se os governos não aceitarem o princípio da guerra assimétrica eles serão severamente prejudicados. Os Estados Soberanos não podem aceitar que os terroristas sejam protegidos pelas Convenções de Genebra, pois isso significa um benefício, como se fosse pago um salário enquanto estiverem em cativeiro. Para ele, os terroristas devem ser considerados como os piratas de uma época passada como “*hostes humani generis*” ou inimigos da humanidade. (LAQUEUR, 2004b).

No mesmo sentido, Hoffman (1998, p. 26) explica que os terroristas ignoram o fato de que há uma diferença qualitativa fundamental entre os dois tipos de violência: atos terroristas e guerras entre Estados Soberanos. Pois, mesmo na guerra há regras e normas aceitas de comportamento que proíbem o uso de certos tipos de armas (por exemplo, produtos químicos e agentes de guerra biológica). Assim, em teoria, as regras da guerra propostas pela primeira vez pelo jurista holandês *Hugo Grotius* e, posteriormente, codificada nas famosas Convenções de Genebra e Haia sobre a guerra da década de 1860, 1899, 1907 e 1949 concebiam várias regras, tais como: proibir tomar civis como reféns; impor regulamentos que regem o tratamento de soldados capturados ou que se renderam (prisioneiros de guerra); proibir represálias contra qualquer civis ou prisioneiros de guerra; reconhecer território neutro e os direitos dos cidadãos de estados neutros, entre outras.

Até mesmo a análise mais superficial das táticas e alvos terroristas durante o último quarto de século, revelam que os terroristas violam todas essas regras e uma das fundamentais razões de ser do terrorismo internacional é a recusa em se comprometer com tais regras da guerra e os códigos de conduta (HOFFMAN, 1998, p. 27).

Esses argumentos trazidos por Laqueur e Hoffman são os mesmos

utilizados pelo governo americano ao negar aos prisioneiros tratamento conforme as regras de guerra.

E, partindo desse pensamento de que os terroristas são inimigos em um contexto de guerra assimétrica, Jakobs, afirmou que eles são inimigos que se auto excluem dos deveres de um cidadão comum e por isso a dura punição retrata uma situação excepcional com a aplicação de um direito de exceção: o Direito Penal do Inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 68-70).

Os Estados Unidos na luta contra o terrorista ao aplicar o Direito Penal do Inimigo avançou em direção ao Estado de Exceção. Em que pese este não ter sido declarado formalmente pelo governo americano, ele é efetivado na prática estadunidense.

José María Gómez analisando o tema disserta que:

Ao deter o monopólio da decisão e da ação política por meio do qual declara o “estado de urgência” da nação, define o novo inimigo e trava a “guerra permanente contra o terrorismo” em nome da defesa da América, o Executivo e, em seu ápice, o presidente, torna-se o soberano que exerce poderes ilimitados, com base em decisões secretas e medidas arbitrárias referentes ao uso da coerção e do controle estatal em questões cruciais (seqüestro, tortura, prisão secreta, operações ilegais de espionagem interna, sistema pseudojudicial paralelo sob domínio da Casa Branca e do Pentágono, guerra preventiva, desconhecimento de tratados internacionais etc.). A detenção “indefinida” de estrangeiros suspeitos de atividades terroristas é, sem dúvida, sua máxima expressão (GÓMEZ, 2008, p. 285).

Giorgio Agamben também explica as conseqüências do Estado de Exceção:

[...]anula-se radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo dessa forma um ser juridicamente inopinável e inclassificável. Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de “prisioneiros de guerra” de acordo com as convenções de Genebra, também não gozam do estatuto de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros, nem acusados, senão apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não apenas no Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantânamo.... sentido temporal, mas também com relação à própria natureza porque totalmente fora da lei e do controle judicial. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos *Lager* nazistas: junto com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, embora pelo menos conservassem a identidade de judeu. Como Judith Butler claramente demonstrou, no *detainee* de Guantânamo a vida nua alcança sua máxima indeterminação (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Para Jakobs, nesse Estado de Exceção devem coexistir duas legislações, uma para o cidadão respeitando todos os princípios do Estado de Direito e uma para os inimigos:

Entretanto, quando o Estado estabelece uma regulamentação, deveria distinguir com clareza entre aquilo que está dirigido somente ao terrorista ou outro sujeito que dissinta ativamente e de modo grave e permanente, e aquele que se dirige ao cidadão, visto que ao contrário, o direito penal do inimigo contamina o direito penal do cidadão (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 69).

Juarez Cirino dos Santos nos explica sobre esse duplo sistema de imputação de Jakobs:

O duplo sistema de imputação de JAKOBS suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, como expressamente propõe: o processo contra o inimigo não precisa ter forma de Justiça (*justizförmig*), porque não é regido pelo processo legal devido; ao contrário, o processo contra o inimigo deve ter forma de guerra (*kriegsförmig*): é preciso destruir o terrorismo, ou, pelo menos, matar o terrorista, ainda que implique a morte de terceiros inocentes, segundo JAKOBS. “Em um processo, que (...) certamente não pode ser designado como conforme à Justiça, mas [pode ser designado] muito bem como conforme à guerra, tenta o Estado (...) destruir as fontes dos terroristas e tornar-se senhor deles mesmos, melhor ainda, matá-los imediatamente, assumindo o risco, no caso, também da morte de pessoas inocentes, conhecido como dano colateral.

(...) Na lógica de extermínio do direito penal do inimigo concebido por JAKOBS, o cidadão/pessoa cometeria apenas deslizes, porque não seria um delinqüente por princípio e, por isso, a aplicação da pena estatal teria o significado de mera contradição fática; em contrapartida, o indivíduo/inimigo praticaria violência para destruir o Estado, porque seria um criminoso por princípio e, por isso, a aplicação da pena estatal não teria o significado de simples contradição fática, mas de guerra oficial para garantir o direito de segurança dos cidadãos (SANTOS, J., 2013, p. 11-12).

De acordo com esse pensamento, não é possível apenas reconhecer o Estado de Direito, mas também as barbaridades perpetradas pelo terrorismo contra a sociedade. Nesse sentido, o Estado não agiria encobrendo os resultados catastróficos das exceções. O que deve ficar claro é a diferença entre regra e a exceção (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 70).

A teoria do Direito Penal do Inimigo tem como principal combatente a teoria do Garantismo Penal que surgiu como disciplina do poder punitivo, compatível com um Estado Democrático de Direito e o respeito aos direitos humanos. O advento do finalismo consagrou esse entendimento e nem mesmo os movimentos

criminológicos positivistas do início de século XX, como o nazismo e o regime soviético, foram capazes de estremecer os alicerces do Garantismo Penal.

Em que pese os positivistas do início do século XX defenderem a existência de criminosos com características diferentes das defendidas pelo Direito Penal do Inimigo de Jakobs, este tenta ser pragmático e necessário à solução de questões emergenciais, mas representa um utilitarismo incompatível com o humanismo, assim como foi no século XX.

Mesmo sendo incompatível com o humanismo, a idéia de Jakobs apareceu como uma luz diante do terror instalado com os ataques terroristas. Trata-se de uma vertente radical do direito penal moderno que compreende o sistema penal com justificativas funcionais, ou seja, a punição dos inimigos simboliza a restauração da credibilidade no sistema normativo (JAKOBS, 2009, p.5).

Para Jakobs (2009) o direito penal nesse momento histórico deve ter a função de assumir uma postura pragmática e o Direito Penal do Inimigo vem justificar a execução de medidas extremas e de exceção.

Essas medidas podem ser traduzidas em um nome: penas. Essas penas são o objeto de estudo da concepção funcionalista.

Para o funcionalismo penal a pena tem a função de prevenção geral positiva, ou seja, reafirma a validade da norma e provoca um reforço na consciência jurídica da população. Essa prevenção geral positiva é fruto da pós-modernidade, surgiu no fim do século XIX com Durkheim que considerava a pena como um fator de coesão social, destinado a atuar sobre pessoas honestas, reafirmando seus sentimentos coletivos, porém, nunca teve o objetivo de atribuir uma finalidade à pena, somente a explicava (BOZZA, 2007, p.198).

A teoria da prevenção geral positiva se apresentou em um momento em que ocorreu profunda crise de legitimação do sistema penal baseado na ideologia utilitarista-humanística da pena do pós Segunda Guerra Mundial, pois, a ideologia educativa e de reinserção social do condenado encontrava-se inviabilizada diante do aumento da população marginalizada, de protestos de natureza política e da

explosão do fenômeno do terrorismo. Agora, a ideologia da pena se acomoda perfeitamente em uma função meramente punitiva (BOZZA, 2007, p. 198).

Apesar desta teoria ter como função primordial a proteção do sistema penal, Claus Roxin e Günter Jakobs, autores adeptos do funcionalismo e da prevenção geral positiva se divergem em alguns aspectos.

Fábio Silva Bozza nos explica com clareza essa divergência:

De um lado, a proposta de autores como Roxin, que entende a prevenção geral positiva de forma relativa, cuja função consiste no reforço da confiança na firmeza do ordenamento jurídico por parte do povo. Destaca que a pena possui três efeitos ligados entre si: a) o efeito sociopedagógico de exercício da fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; b) o efeito de reforço da confiança jurídica que surge quando o cidadão vê que o direito penal é aplicado; e c) o efeito de pacificação, produzido quando a consciência jurídica geral se tranqüiliza pela punição de uma conduta que viola o direito, e porque considera solucionado o conflito com o autor.

De outra banda, Jakobs considera a prevenção geral positiva como única função da pena criminal. Tal função concentra as finalidades de intimidação, correção, neutralização e retribuição. A legitimação do discurso punitivo consiste no exclusivo objetivo de afirmação da validade da norma, a qual seria colocada em dúvida caso em seguida de um crime não houvesse punição.

Por fim, a diferença entre a prevenção geral positiva de Jakobs e a de Roxin: enquanto essa tem por finalidade o reforço da confiança jurídica da população para a proteção subsidiária de bens jurídicos (interesses essenciais à vida em comunidade que devem ser penalmente tutelados), aquela objetiva a estabilidade das expectativas de comportamento dos indivíduos por meio do exercício da confiança no direito, para a mera estabilização/reforço da ordem normativa (BOZZA, 2007, p. 196-197).

Para o funcionalismo sistêmico de Jakobs “o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade.” (JAKOBS, 2003, p. 01).

Jakobs não compreende a sociedade como uma reunião de indivíduos. Para formular sua idéia de sociedade recorre à teoria dos sistemas de Luhmann, apesar de não fazer uma transposição exata desta teoria.

Fábio Silva Bozza sintetiza muito bem o que Jakobs retira da teoria de Luhmann:

Numa mais que apertada síntese, o que Jakobs aproveita da teoria dos sistemas de Luhmann é o seguinte. Parte-se de reconhecer a sociedade como um sistema que não depende de indivíduos (esses são mero ambiente da sociedade). Por essa razão, as alterações que o indivíduo

realiza aparecem no sistema, que gera novas expectativas para seus membros, que aceitam ou rejeitam as expectativas produzidas. Essa decisão não é realizada de forma individual, mas sim como um sistema social independente de seres humanos (BOZZA, 2007, p. 200).

Portanto, para Jakobs a sociedade só existe quando existem normas reais e a pessoa/indivíduo é real quando seu comportamento é adequado à norma. Porém, deixa claro que a contradição entre ação humana e a norma não tem necessariamente por conseqüência a retirada da qualidade de pessoa do infrator. Isso somente ocorre quando o indivíduo se torna inimigo do Estado, um verdadeiro criminoso contumaz e que precisa ser destruído.

Atualmente, os Estados Unidos estão utilizando a teoria do Direito Penal do Inimigo na luta contra o terrorismo. E o próprio Günter Jakobs já se referiu a esse combate com a seguinte frase: “a luta contra o terrorismo não é somente uma palavra, mas sim um conceito. Trata-se de uma empresa contra inimigos” (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 62).

O governo americano corrobora esse entendimento de Jakobs ao implementar a guerra ao terror, após os ataques terroristas de 11 de setembro. Nessa guerra iniciada por George W. Bush ocorreu perseguições e detenções de pessoas em todos os cantos do mundo, além de atos de espionagem, torturas, invasões e assassinatos. E ainda, foram desencadeadas guerras e invasões ao Afeganistão e ao Iraque como forma de represália aos países supostamente apoiadores dos ataques sofridos pelos Estados Unidos e realizados pela organização Al-Qaeda.

Mesmo sabendo que os ataques não partiram desses Estados Soberanos, os Estados Unidos os invadiram com o falso discurso de que possuíam regimes tiranos imunes à mudança interna e que somente a força externa seria capaz de introduzir novos valores, como os direitos humanos e instituições democráticas (HOBBSAWM, 2013, p. 18-19).

Para Eric Hobsbawm (2013, p. 17), na realidade os Estados Unidos queriam encontrar os líderes da organização terrorista Al Qaeda e eliminá-los. O que ocorreu foi o sacrifício de nações inteiras em prol da busca de alguns inimigos. E, ainda, ressalta que o discurso de implementação de uma democracia nos moldes do ocidente serviu de fachada para uma verdadeira vingança aos ataques terroristas,

pois, mesmo depois da derrubada dos regimes do Talibã e de Sadam Hussein não houve vitória e alcance dos objetivos inicialmente anunciados; o resultado foi uma guerra sangrenta e bastante destrutiva.

Este autor afirma que

As guerras do Afeganistão e do Iraque, a partir de 2001, foram operações militares dos que não se realizaram por razões humanitárias, embora tenham sido justificadas com base na destituição de regimes detestáveis (HOBSBAWM, 2013, p. 17).

Nesse contexto de guerra contra o terrorismo, os Estados Unidos passaram a capturar pessoas em qualquer parte do planeta sem ordem judicial ou devido processo legal e as colocaram em centros de detenção clandestinos espalhados pelo mundo, especialmente em Guantânamo. Essas pessoas foram presas, mantidas incomunicáveis, torturadas e julgadas por Tribunais Militares.

Os Estados Unidos alegam que a guerra ao terror possui combatentes não regidos pelas normas internacionais de guerra, pois de um lado tem-se pessoas somente identificadas como terroristas (que não são combatentes reconhecidos por seus uniformes ou sinais de que pertençam a uma força armada organizada) e de outro um Estado Soberano, comprovando que essas “guerras” da modernidade carecem de autoridade global efetiva capaz de controlar ou resolver as disputas entre as partes, principalmente quando se tratar de países com alto poder bélico e econômico (HOBSBAWM, 2013, p. 25-28).

Para Eric Hobsbawm (2013, p.28) “a globalização avançou em quase todos os aspectos – econômico, tecnológico, cultural, até lingüístico - menos um: do ponto de vista político e militar, os Estados territoriais continuam a ser as únicas autoridades efetivas.

E ainda preleciona que

Como apenas os Estados têm poder real, o risco é que as instituições internacionais se mostrem ineficazes ou carentes de legitimidade universal ao tentar lidar com questões como os “crimes de guerra”. Mesmo quando se estabelecem tribunais por acordo geral (como, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional, estabelecido pelas Nações Unidas no Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998), suas decisões não serão aceitas como legítimas e obrigatórias, ao menos enquanto países poderosos tiverem condições de ignorá-las (HOBSBAWM, 2013, p. 29).

E nessa análise do efetivo poder do Estado e suas “guerras”, vimos particularmente os Estados Unidos legitimarem suas condutas que violam as liberdades civis e relativizam os direitos humanos em instrumentos legais (legislação de exceção de acordo com a teoria do Direito Penal do Inimigo) criados especificamente para normatizar essas guerras. Além dos Estados Unidos criarem suas próprias normas internas, o normativo internacional não consegue lidar com as novas guerras da modernidade, como é o caso do terrorismo que representa uma guerra ideológica, pois, não ameaça o Estado americano em sua existência, mas demonstra a rejeição pelo estilo de vida americano (HOBSBAWM, 2013, p. 33).

Para Hobsbawm

O papel dos organismos internacionais existentes, sobretudo a Organização das Nações Unidas, tem de ser repensado. Embora esteja sempre presente e normalmente se recorra a ela, sua atuação na resolução de disputas não é clara. Sua estratégia e sua operação estão sempre à mercê das instabilidades da política de poder. A ausência de um intermediário internacional considerado genuinamente neutro e capaz de agir sem a autorização prévia do Conselho de Segurança constitui a carência mais óbvia do sistema de solução de controvérsias (HOBSBAWM, 2013, p. 33).

E ainda, afirma que:

Na ausência de uma governança internacional efetiva, alguns interesses humanitários continuam dispostos a apoiar uma ordem mundial imposta pelo poder dos Estados Unidos. Contudo, é sempre bom suspeitar quando as potências militares afirmam estar fazendo favores às suas vítimas e ao mundo ao derrotar e ocupar países mais fracos (HOBSBAWM, 2013, p. 117).

Nos Estados Unidos, existem várias regras legais para a guerra contra o terrorismo, mas sem dúvida o *Patriot Act* é um dos mais importantes. Esta lei do governo Bush criada em 2001 permite ao governo realizar espionagem, vigiar e obter informações de qualquer pessoa e para isso conta com um moderno aparato de informantes e de tecnologia.

Recentemente, os jornais do mundo todo noticiaram a invasão realizada pelos Estados Unidos aos emails, redes sociais e telefones de pessoas de qualquer parte do globo terrestre. Isso representa no dizer de Hobsbawm que:

Os Estados Unidos mantêm-se prontos, com a necessária combinação de megalomania e messianismo derivada das suas origens revolucionárias. Hoje, eles são inexpugnáveis em sua supremacia tecnomilitar, estão convencidos da superioridade do seu sistema social (HOBSBAWM, 2013, p. 117).

Mas também assevera que devemos resistir a esses métodos. Para este autor :

Exceto como metáfora, não pode haver algo como a “guerra contra o terror”, ou o “terrorismo”, mas apenas contra atores políticos particulares que o empregam como tática, não como programa. Como tática, o terror é indiscriminado e moralmente inaceitável, quer seja usado por países, quer por grupos não oficiais. (...) Contudo, são irrisórios os perigos reais para a estabilidade do mundo, ou para qualquer país estável, que decorrem das atividades das redes terroristas pan-islâmicas contra os quais os Estados Unidos proclamaram sua guerra global, ou mesmo da soma de todos os movimentos terroristas que atuam hoje, qualquer que seja o lugar (HOBSBAWM, 2013, p. 46).

Esse também é o entendimento de Meliá:

Os fenômenos, frente aos quais reage o Direito Penal do Inimigo, não tem essa especial periculosidade terminal (para a sociedade), como se apregoa deles, e como antes se expôs, na realidade o Direito Penal do Inimigo, faticamente existente, não é um mecanismo defensivo. (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 102)

Esses argumentos trazidos por Hobsbawm e Meliá não condizem com o dos Estados Unidos que justifica suas ações na periculosidade dos terroristas para o sistema e para toda sociedade e encontra adeptos como Laqueur defensor do uso de leis internas mais duras, as quais seriam úteis na solução de problemas.

Para Laqueur (2004b), as normas mais rígidas, as maiores restrições de direitos e um alto controle do Estado podem tornar as ações terroristas mais difíceis de serem efetivadas. Todos esses métodos causam muitas críticas e fortes protestos contra supostas violações de direitos humanos. Porém, mesmo diante da provável lesão a alguns direitos são necessárias medidas muito rigorosas no combate ao terrorismo.

Esses procedimentos mais firmes foram adotados pelos Estados Unidos e, em um primeiro momento apoiados pelos cidadãos. Porém, com o distanciamento do Poder Executivo dos demais Poderes na efetivação das medidas, ocorreu um descontentamento e a conseqüente diminuição do apoio de diversos setores da sociedade e da política.

Com a justificativa de aniquilar os inimigos, o governo Bush não disponibilizava informações acerca das suas condutas e vários aspectos começaram a ser questionados, tais como as informações que os Estados Unidos possuíam

antes do ataque terrorista, a troca de informações entre o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) e a *Central Intelligence Agency* (CIA), negativa em informar sobre prisões e expulsões de suspeitos de terrorismo, processos secretos, torturas, invasões e quebras de sigilos telefônicos, de emails e de perfis em redes sociais, além das dúvidas quanto à confiabilidade das informações da guerra do Iraque e do Afeganistão.

Mas, a questão mais debatida ao redor do mundo, é sem dúvida as práticas de torturas realizadas na prisão de Guantânamo, lugar para onde são enviados esses supostos inimigos.

A prisão de Guantânamo e suas práticas de tortura contra presos acusados de terrorismo representam a utilização de procedimentos extremos pelos Estados Unidos.

Várias críticas surgiram em torno desta prisão e da aplicação do Direito Penal do Inimigo. As principais relacionam-se, necessariamente, à censura que grande parte da doutrina faz acerca dos novos paradigmas do Direito Penal: simbolismo excessivo, flexibilização de garantias e princípios, retomada de políticas criminais mais preocupadas com o autor do que com o fato e funcionalização do Direito Penal que, pautada na busca da eficiência preventiva, desencadeou políticas criminais típicas de um Direito Penal de terceira velocidade, máxime para o combate da criminalidade organizada e do terrorismo.

O Direito Penal do Inimigo foi também denominado de direito penal de terceira velocidade por Jesús María Silva Sánchez quando dividiu o direito penal em três velocidades. A primeira diz respeito ao setor do ordenamento que impõe penas privativas de liberdade, regras de imputação e princípios político-criminais e processuais clássicos. Já a segunda velocidade se refere à imposição de penas restritivas de direitos ou pecuniárias a crimes menos graves, e por fim, a terceira velocidade que é o Direito Penal do Inimigo onde coexistem penas privativas de liberdade e flexibilização de regras de imputação e princípios. (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 92)

Apesar dessa terceira velocidade do direito penal receber muitas críticas, o que se percebe, na atualidade, é a utilização pelos Estados, de medidas extremas e

duras no combate ao inimigo. Em outras épocas também foram utilizados métodos excepcionais como nos regimes militares e ditatoriais na América Latina. Cada época elege seus inimigos e os ataca conforme seus interesses.

No contexto atual, um dos grandes inimigos dos Estados Unidos são os terroristas. Eles praticam atos de barbaridade, como os assassinatos em massa. No ataque de 11 de setembro milhares de pessoas morreram, ficaram mutiladas e feridas. Mas, mesmo diante da crueldade do terrorismo, é necessária a racionalização e o equilíbrio das medidas de combate, porque como aduz Hobsbawm:

Na prática, o perigo real do terrorismo não está no risco causado por alguns punhados de fanáticos anônimos, e sim no medo irracional que suas atividades provocam e que hoje é encorajado tanto pela imprensa quanto por governos insensatos. Esse é um dos maiores perigos do nosso tempo, certamente maior do que o dos pequenos grupos terroristas. (HOBSBAWM, 2013, p. 151)

Devido às medidas irracionais de combate ao terrorismo, várias críticas foram feitas ao Direito Penal do Inimigo inclusive por Zaffaroni, citado por Ligia Inoue Martins e Fernando Bonfim Duque Estrada:

Zaffaroni, a propósito, observa que a redução de direitos e garantias processuais, não ficaria limitada apenas aos inimigos, mas seria estendida a todos os cidadãos, devido ao fato de não existir conceito definido de inimigo. Dessa forma, ele considera que, o que deveria estar efetivamente em discussão: não é se podemos tratar alguns estranhos de maneira diferenciada, porém se o estado de direito pode limitar as garantias e a liberdade de todos os cidadãos. Pois, ao permitir a intervenção das comunicações privadas se afeta a intimidade de todos; ao limitar garantias se coloca todos em risco de serem indevidamente processados e até condenados por terrorismo; ao tipificar atos preparatórios equívocos com pena, se atinge a todos, por condutas que na maioria dos casos são inofensivas.” (Zaffaroni *apud* MARTINS; ESTRADA, 2009, p. 105)

Zaffaroni falou sobre essa teoria em uma conferência realizada na sede do IELF em São Paulo, no dia 14 de agosto de 2004 e declarou novamente os motivos pelos quais repudia a tese de Jakobs. Essa palestra foi resumida por Luiz Flávio Gomes da seguinte forma:

(a) para dominar o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito); (c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (e) seus primeiros inimigos

foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.; (f) em nome de cristo começaram a queimar os inimigos; (g) para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein); (h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã; (i) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); (j) o criminoso é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (l) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que se conviver necessariamente; (m) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado; (n) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto; (o) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (p) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.); (q) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); (r) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos , sobretudo a partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional; (s) até 1980 os contava com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (t) com Reagan começa a indústria da prisionização; (u) hoje os contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a “máquina de rodar dólares”; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os : não possuem a máquina de fazer dólares; (v) o Direito penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (x) das TVs é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); (z) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; (aa) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (bb) o Direito penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (cc) o político apresenta o Direito penal como o primeiro remédio para isso; (dd) o Direito penal tornou-se um produto de mercado; (ee) o Direito penal na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se sobrepõe a ela; (ff) os juízes estão apavorados; juiz garantista tem que enfrentar a mídia. (Zaffaroni *apud* GOMES, 2004)

Para Meliá (2009, P. 97-98) a teoria do Direito Penal do Inimigo possui dois tipos de carências: a primeira se refere à falta de prudência e a frieza nas operações de combate aos malfeitores cruéis ou agentes perversos, fazendo com que punitivismo e simbolismo se aliem nessa luta. A segunda carência diz respeito à punição não pelo fato, mas porque elegem um autor como pertencente à categoria dos inimigos, gerando um direito penal do autor, sendo punido pelo o que ele é ou representa ser, ou seja, um perigo para a sociedade.

Joe Tennyson Velo (2010) demonstra também os motivos geradores do distanciamento entre garantismo e a prática penal contra o inimigo:

O constante distanciamento entre a teoria liberal-garantista e a prática penal – investigações secretas, deferimentos de medidas cautelares desnecessárias, aplicação e execução das penas por meio de interpretação frouxa de princípios constitucionais – falsamente fundamentada na estrita legalidade e coerência para com princípios garantistas, nutre inclinação oposta ao garantismo; cultiva espaço para um cada vez mais freqüente relativismo do direito penal garantista, bem como induz a opinião de que esta postura incompatível com o sistema seria justificável por motivos de ordem prática, como a defesa social; a atitude marginal do sistema garantista enseja a idéia de que em relação a certos delinqüentes outra força punitiva finalmente deverá ser articulada. É certo que o argumento de Jakobs procura localizar o direito penal do inimigo fora do sistema penal do cidadão, porém não há como compreendê-lo fora do sistema constitucional vigente para ambos os direitos penais. (VELO, 2010, p. 372)

Os adeptos do Garantismo Penal estão vendo a presença cada vez maior de legislações voltadas a inimigos, fundamentadas na ineficiência do direito penal do cidadão frente às novas demandas criminais, porém, cuidados com as garantias e liberdades civis devem ser redobrados para que não ocorra um efeito destrutivo dos direitos fundamentais pelo Direito Penal do Inimigo, pois, este é inconciliável com o Estado Democrático de Direito por ser um direito de exceção tendente a aniquilar os direitos e garantias individuais.

Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira (2008) nos ensina que Ferrajoli, o pai do Garantismo Penal defende esse pensamento:

A razão jurídica do Estado de Direito não conhece inimigos e amigos, e sim apenas culpados e inocentes, de modo que quando se fala em direito penal do inimigo se está a falar de um oximoro, de uma contradição terminológica, a qual representa, de fato, a negação do direito penal: a dissolução de seu papel e sua íntima essência (Ferrajoli *apud* SIQUEIRA, 2008).

As críticas ao Direito Penal do Inimigo se resumem basicamente nos seguintes fatores: simbolismo e punitivismo exagerado, flexibilização de garantias fundamentais e políticas criminais voltadas para o direito penal do autor.

Quanto ao direito penal do autor é importante transcrever a posição de Jakobs citado por Juarez Cirino:

Em outras palavras, JAKOBS apresenta a criminalidade econômica, sexual, organizada ou terrorista como argumentos para negar o direito penal do fato e, no lugar dele, reinstaurar um direito penal do autor, mediante a noção de personalidade criminosa que identificaria o caráter do inimigo em Direito Penal, passando por cima da controvérsia científica sobre o conceito de personalidade em Psicologia (Jakobs *apud* SANTOS, J., 2013, p. 14).

Por fim, os adeptos do Garantismo Penal argumentam que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer sobre qualquer argumento utilitário da pena e que o

discurso do Direito Penal do Inimigo transgride o valor do ser humano impondo-lhe medidas perversas e negando a própria essência do Estado Democrático de Direito.

CAPITULO 2 TERRORISMO, LEIS AMERICANAS ANTITERRORISMO E A PRÁTICA DA TORTURA

A definição de terrorismo não é uma tarefa fácil, o significado desta palavra mudou ao longo do tempo para acomodar o vernáculo político e o discurso de cada era sucessiva. O terrorismo tem se mostrado cada vez mais evasivo em face de tentativas de construir uma definição consistente. Os próprios terroristas eram muito mais cooperativos nesta tarefa de definição do que são hoje (HOFFMAN, 1998, p. 02).

A palavra terrorismo foi popularizada pela primeira vez durante a Revolução Francesa. Em contraste com o seu uso contemporâneo, naquela época o terrorismo tinha uma conotação decididamente positiva. O sistema ou regime *de la terreur* de 1793-1794 adotou a palavra terrorismo como um meio para estabelecer a ordem durante o período anárquico de muito tumulto e agitação que se seguiu às revoltas de 1789. Nessa época o regime de *la terreur* era um instrumento de governança exercido pelo Estado. Ele foi projetado para consolidar o poder do novo governo na intimidação dos contra-revolucionários, subversivos e todos os outros dissidentes que o novo regime considerava como inimigos do povo. O Comitê de Segurança Geral e o Tribunal Revolucionário tinham amplos poderes de prisão e julgamento, condenando publicamente à morte por guilhotina pessoas condenadas por crimes de traição (ou seja, reacionários) (HOFFMAN, 1998, p. 03-04).

O líder revolucionário francês *Maximilien Robespierre* acreditava firmemente que a virtude era a mola mestra de um governo popular e pacífico, mas que durante o tempo da revolução deveria ser aliado do terror, a fim de que a democracia pudesse triunfar. Ele proclamou que “terror nada mais é que justiça, rápida, severa e inflexível, portanto, é uma emanção da virtude” (HOFFMAN, 1998, p.04).

Entretanto, como muitas outras revoluções, a Revolução Francesa começou a consumir-se em 26 de julho de 1794. *Robespierre* anunciou na Convenção Nacional que tinha em sua posse uma nova lista de traidores. E, temendo que seus próprios nomes pudessem estar nessa lista, extremistas juntaram forças com os moderados para repudiar tanto o líder quanto o seu *regime de la terreur*. Finalmente, *Robespierre* e seus seguidores mais próximos tiveram o mesmo destino de cerca de 40.000 pessoas em seu regime: execução por guilhotina. O terrorismo tinha se tornado um termo associado ao abuso de poder (HOFFMAN, 1998, p. 04).

Após a Revolução Francesa, um novo conceito de terrorismo foi proposto por *Pisacane* que escreveu que “as idéias devem resultar de atos, não os últimos dos primeiros, e as pessoas não serão livres quando forem educados, mas educados quando forem livres”. A violência, segundo ele, era necessária não apenas para chamar a atenção ou gerar publicidade para uma causa, mas para informar, educar e, finalmente, reunir as massas por trás da revolução. O objetivo didático da violência nunca poderia ser efetivamente substituído por panfletos ou cartazes de parede (HOFFMAN, 1998, p. 05).

A primeira organização a colocar em prática a máxima de *Pisacane* foi o *Narodnaya Volia*, ou Vontade do Povo (às vezes traduzido como Liberdade do Povo), um pequeno grupo de constitucionalistas russos que havia sido fundado em 1878 para desafiar o governo czarista. Para o *Narodnaya Volia*, a apatia e alienação das massas russas ofereciam algumas alternativas para o recurso aos atos ousados e dramáticos de violência projetados para atrair a atenção para o grupo e sua causa (HOFFMAN, 1998, p. 05).

No entanto, ao contrário das muitas organizações terroristas do final do século XX, que citaram o princípio da “propaganda pela ação” para justificar os ataques contra civis, a fim de assegurar-lhes publicidade através do choque e horror

produzido pelo derramamento de sangue no atacado, o *Narodnaya Volia* escolhia suas vítimas - o czar, os principais membros da família, altos funcionários do governo real - foram deliberadamente escolhidos por seu valor 'simbólico', como as cabeças dinásticas e agentes subservientes de um regime corrupto e tirânico (HOFFMAN, 1998, p. 05 - 06).

Na véspera da Primeira Guerra Mundial, o terrorismo ainda mantinha sua conotação revolucionária. Já na década de 1930, o significado de terrorismo mudou novamente. Era menos utilizado para se referir a movimentos revolucionários e violentos. Na verdade, passou a ser muito mais usado para descrever as práticas de repressão em massa empregadas por estados totalitários e seus líderes ditatoriais contra os seus próprios cidadãos. Assim, o termo recuperou suas antigas conotações de abuso de poder por parte dos governos, e foi aplicado especificamente aos regimes autoritários que tinham chegado ao poder na Itália fascista (HOFFMAN, 1998, p.11-13).

Após a Segunda Guerra Mundial, o terrorismo recuperou as conotações revolucionárias com as quais ele é mais comumente associado hoje. Nessa época, o termo foi utilizado principalmente em referência às revoltas violentas dos vários grupos nacionalistas ou anti-colonialistas indígenas que surgiram na Ásia, na África e no Oriente Médio na década de 1940 e 1950. Países tão diferentes como Israel, Quênia, Chipre e Argélia, por exemplo, devem a sua independência, pelo menos em parte, a movimentos políticos nacionalistas que empregavam o terrorismo contra as potências coloniais. Foi também durante este período utilizada a denominação 'lutadores da liberdade' para legitimar politicamente as lutas pela libertação nacional e autodeterminação de vários países (HOFFMAN, 1998, p. 13-16).

Durante os anos 1960 e 1970, o terrorismo continuou a ser visto dentro de um contexto revolucionário. No entanto, esse uso se expandiu para incluir os grupos separatistas nacionalistas e étnicos fora de um quadro colonial ou neo-colonial, bem como radicais e organizações inteiramente ideologicamente motivados. Minorias nacionalistas marginalizados ou exilados - como a OLP, o grupo separatista Quebecois FLQ (Frente de Libertação do Quebec), o basco ETA (Euskadi ta Askatasuna, ou liberdade para a pátria basca) e até mesmo um desconhecido grupo irredentista até então Molucas do Sul em busca independência da Indonésia -

adotaram o terrorismo como um meio de chamar a atenção para si mesmos e suas respectivas causas, em muitos casos com o objetivo específico, como os seus antecessores anti-coloniais, de atrair a simpatia e o apoio internacional (HOFFMAN, 1998, p. 16).

Na mesma época, vários extremistas políticos de esquerda, influenciados principalmente a partir das organizações estudantis radicais e marxistas, leninistas e maoístas, começaram a formar grupos terroristas opostas à intervenção americana no Vietnã com fundamento nas irremediáveis desigualdades sociais e econômicas do Estado liberal-democrático e do capitalismo moderno (HOFFMAN, 1998, p. 17).

No início de 1980, por exemplo, o terrorismo passou a ser considerado como um meio calculado para desestabilizar o Ocidente como parte de uma vasta conspiração global. Já no início de 1990 o significado e o uso do termo terrorismo foram mais usados para explicar o narco-terrorismo e os fenômenos da zona cinzenta que estavam preocupados com as ameaças à estabilidade dos Estados-Nação por atores não-estatais e processos não-governamentais. Demonstrando a nova categoria de conflitos que não mais se conforma com noções tradicionalmente aceitas de guerra, como a luta entre as forças armadas de dois ou mais estados estabelecidos (HOFFMAN, 1998, p. 17).

Esta tendência cada vez maior de complicadas denominações para o terrorismo tem se intensificado nas últimas décadas. Organizações terroristas, quase sem exceção, agora selecionam regularmente nomes para si mesmos que conscientemente evitam a palavra 'terrorismo' em qualquer de suas formas (HOFFMAN, 1998, p. 22).

Ao contrário, esses grupos procuram ativamente invocar imagens de liberdade e de libertação (por exemplo, a Frente de Libertação Nacional, a Frente Popular para a Libertação da Palestina, Liberdade para a Pátria Basca, etc); Exércitos ou outras estruturas organizacionais militares (por exemplo, a Organização Militar Nacional, o Exército de Libertação Popular, o Quinto Batalhão do Exército de Libertação, etc); Movimentos de auto-defesa reais (por exemplo, o Movimento de Resistência Afrikaner, a Associação de Defesa Shankhill, a Organização para a Defesa do Povo Livre, a organização de defesa judaica, etc); Justa vingança

(Organização para Oprimido na Terra, os Comandos da Justiça do Genocídio Armênio, a Organização Revenge palestino, etc); - Ou então, deliberadamente escolhem os nomes que são decididamente neutros, por exemplo, o Sendero Luminoso, Front Line, al-Dawa ('The Call'), Alfaro Vive - Porra,! Kach ('Assim'), al-Gamat al-Islamiya ('A Organização Islâmica'), o Movimento da Juventude Lantero, etc.) (HOFFMAN, 1998, p. 22).

O que todos esses exemplos sugerem é que os terroristas se percebem como guerreiros relutantes, impulsionados pelo desespero e sem qualquer alternativa viável. O terrorista é diferente de outros tipos de extremistas políticos, bem como de pessoas envolvidas de forma semelhante em ocupações ilegais ou violentas. O comunista ou revolucionário, por exemplo, provavelmente aceita e admite que ele é de fato um comunista ou um revolucionário. Na verdade, muitos, sem dúvida, tem orgulho especial em reivindicar qualquer dessas denominações para si. Da mesma forma, mesmo uma pessoa envolvida em atividades ilegais, violentas e egoístas, como ladrões de bancos ou assassinos por encomenda, provavelmente admitiria ser um ladrão de banco ou um assassino de aluguel. O terrorista, pelo contrário, nunca vai reconhecer que ele é um terrorista (HOFFMAN, 1998, p. 22).

Em um ponto, pelo menos, todos concordam: o terrorismo é um termo pejorativo. É uma palavra com conotações intrinsecamente negativas que geralmente é aplicada aos inimigos e adversários.

Brian Jenkins escreveu que, o conceito de terrorismo

“(...) assim parece depender do ponto de vista. O uso do termo implica um juízo moral, e se uma das partes pode conseguir anexar o rótulo de terrorista a seu oponente, então, indiretamente convenceu os outros a adotar seu ponto de vista moral’ (Jenkins *apud* HOFFMAN, 1998, p. 23).

Daí a decisão de chamar alguém ou alguma organização de 'terrorista' torna-se quase inevitavelmente subjetivo, dependendo em grande parte se alguém simpatiza com ou opõe-se à pessoa / grupo que defende uma causa. Se a pessoa se identifica com a vítima da violência, por exemplo, então o ato é terrorismo. Se, no entanto, se identifica com o autor, o ato violento é visto de uma forma mais simpática, se não for positivo (ou, na pior das hipóteses, um ambivalente) e não é terrorismo (HOFFMAN, 1998, p. 23).

Essa lógica exposta por Brian Jenkins (1998) pôde ser bem visualizada nos debates ocorridos na Organização das Nações Unidas (ONU) após o massacre das Olimpíadas de Munique, onde onze atletas israelenses foram mortos. O debate iniciou-se com a proposta do então Secretário-Geral, Kurt Waldheim, quando disse que a Organização das Nações Unidas não deve permanecer um espectador mudo para os atos de violência terrorista que ocorrem em todo o mundo, mas deve tomar medidas práticas que possam impedir mais derramamento de sangue (HOFFMAN, 1998, p. 23).

Enquanto a maioria dos Estados da ONU apoiou o Secretário-Geral, uma minoria, incluindo muitos países árabes e vários países africanos e asiáticos, modificou a discussão, argumentando (tanto quanto Arafat faria dois anos mais tarde na ONU) que as pessoas que lutam para libertar-se da opressão estrangeira e de exploração têm o direito de usar todos os métodos à sua disposição, incluindo a força (HOFFMAN, 1998, p. 23).

O que se percebe é que não há uma definição de terrorismo aceita por todos. Diferentes departamentos ou agências do mesmo governo têm muitas vezes diferentes definições para o terrorismo. O Departamento de Estado dos Estados Unidos, por exemplo, usa a definição de terrorismo contida no Título 22 do Código dos Estados Unidos, Seção 2656f (d): “violência premeditada, politicamente motivada perpetrada contra alvos não-combatentes por grupos subnacionais ou agentes clandestinos, geralmente com a intenção de influenciar uma audiência”, enquanto o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) define o terrorismo como “o uso ilegal da força ou violência contra pessoas ou propriedades para intimidar ou coagir um governo, a população civil, ou qualquer segmento da mesma, em prol de objetivos políticos ou sociais”, e do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, define-o como “o uso ilegal de, ou ameaça de uso de força ou violência contra pessoas ou propriedades para coagir ou intimidar governos ou sociedades, muitas vezes para alcançar objetivos políticos, religiosos ou ideológicos” (HOFFMAN, 1998, p. 22-23).

Não surpreendentemente, cada uma das definições acima reflete as prioridades e interesses particulares da agência específica envolvida. A ênfase do Departamento de Estado está na natureza premeditada e planejada do terrorismo,

em contraste com os atos mais espontâneos de violência política. Sua definição também é o único dos três a enfatizar a natureza inevitavelmente política do terrorismo. A definição do Departamento de Estado, no entanto, é visivelmente deficiente em não considerar a dimensão psicológica do terrorismo. Este é tanto sobre a ameaça de violência como o próprio ato violento e, portanto, é deliberadamente concebido para ter repercussões psicológicas de longo alcance para além do alvo real do ato, como Jenkins sucintamente observou a duas décadas: “o terrorismo é teatro” (HOFFMAN, 1998, p. 23).

Dada a missão do FBI de investigar e solucionar crimes, tanto político (por exemplo, o terrorismo) e outros, não é de estranhar que a sua definição se concentre em elementos diferentes. Ao contrário do Departamento de Estado, sua definição não aborda as dimensões psicológicas do ato terrorista descrito acima, enfatizando os aspectos de intimidação e coerção de terrorismo. A definição do FBI também identifica uma categoria muito mais ampla de alvos terroristas do que apenas “não-combatentes”, especificando não apenas os governos e seus cidadãos, mas também objetos inanimados, como a propriedade privada e pública. A definição do FBI reconhece mais aspectos sociais ao lado de objetivos políticos como alvos terroristas fundamentais, embora não ofereça nenhuma explicação mais clara de qualquer um (HOFFMAN, 1998, p. 32).

Já o conceito do Departamento de Defesa é sem dúvida o mais completo dos três. Ele destaca a ameaça terrorista, tanto quanto ao ato de violência e concentra-se o alvo em sociedades inteiras, bem como os governos. Essa definição cita ainda objetivos religiosos e ideológicos ao lado de objetivos políticos fundamentais, mas omite a dimensão social encontrada na definição do FBI (HOFFMAN, 1998, p. 33).

E não é são somente as agências individuais dentro do mesmo aparato governamental que não concordam com uma única definição de terrorismo. Peritos e outros estudiosos de longa data no campo são igualmente incapazes de chegar a um consenso. Na primeira edição de seu estudo magistral, terrorismo político: Um Guia de Pesquisa, Alex Schmid dedicou mais de uma centena de páginas examinando diferentes definições de terrorismo, em um esforço para descobrir um modo geral aceitável e uma explicação razoável abrangente da palavra. Quatro anos

e uma segunda edição depois, Schmid não estava perto de sua busca. Walter Laqueur afirmou que não é possível definir terrorismo e nem vale a pena fazer a tentativa. Mas, Schmid alega que a definição de terrorismo não é inteiramente imprecisa. Para ele se não podemos definir o terrorismo, então podemos pelo menos distingui-lo de outros tipos de violência e identificar as características que tornam o terrorismo o fenômeno distinto de violência política (HOFFMAN, 1998, p. 33).

Apesar de todas as controvérsias em relação à definição de terrorismo, Hoffman o define como:

A criação deliberada e exploração do medo através da violência ou da ameaça de violência, na busca de uma mudança política. Todos os atos terroristas envolvem violência ou ameaça de violência. Terrorismo é especificamente projetado para ter efeitos psicológicos de longo alcance para além da vítima imediata (s) ou o objeto do ataque terrorista. Destina-se a incutir medo dentro e, assim, intimidar a “maior audiência-alvo”, que poderá incluir um grupo rival étnico ou religioso, todo um país, um governo nacional ou partido político, ou a opinião pública em geral. Terrorismo é projetado para criar energia onde não há nenhuma ou consolidar o poder, onde há muito pouco. Através da publicidade gerada por sua violência, os terroristas procuram obter a alavancagem, influência e poder que eles não têm ou outra forma para efetuar a mudança política em um local ou uma escala internacional (HOFFMAN, 1998, p. 40-41, tradução nossa).

Após vários debates acerca de uma precisa conceituação do terrorismo e das formas de proteção da sociedade contra atos terroristas, a ONU editou a Resolução 49/60 da Assembléia Geral - Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional, e em seu parágrafo 3º condenou o terrorismo:

Atos criminosos pretendidos ou calculados para provocar um estado de terror no público em geral, num grupo de pessoas ou em indivíduos para fins políticos são injustificáveis em qualquer circunstância, independentemente das considerações de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou de qualquer outra natureza que possam ser invocadas para justificá-los (A ONU..., 2013).

Além disso, o Conselho de Segurança da ONU tomou providências de forma imediata após os ataques aos Estados Unidos e adotou a Resolução 1373:

para impedir o financiamento do terrorismo, criminalizar a coleta de fundos para este fim e congelar imediatamente os bens financeiros dos terroristas”. Ele também estabeleceu um Comitê Antiterrorismo para supervisionar a implementação da resolução (A ONU..., 2013).

Ainda, em 2002, a Assembléia Geral adotou a Resolução 57/83 com medidas para impedir que terroristas conseguissem armas de destruição em massa, tais como armas nucleares, químicas e biológicas.

Já em 2004, o Conselho de Segurança, decidiu pela primeira vez sobre o risco das armas de destruição em massa, notadamente se essas armas estiverem em poder de atores não estatais. Assim:

Agindo de acordo com as disposições da Carta, o Conselho adotou por unanimidade a Resolução 1540, obrigando os Estados a interromperem qualquer apoio a agentes não-estatais para o desenvolvimento, aquisição, produção, posse, transporte, transferência ou uso de armas nucleares, biológicas e químicas e seus meios de entrega. Posteriormente, a Assembléia adotou a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, aberta para assinatura em 2005 (A ONU..., 2013).

E ainda,

Como parte do esforço internacional para conter esta onda mortal, a Assembléia Geral adotou por unanimidade e lançou, em 2006, a Estratégia Antiterrorista Global da ONU. Baseada na convicção fundamental de que o terrorismo, em todas as suas formas, é inaceitável e não pode nunca ser justificado. A Estratégia define uma série de medidas específicas para combater o terrorismo em todas suas vertentes, em nível nacional, regional e internacional (A ONU..., 2013).

O UNODC – Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, no combate ao terrorismo, é responsável por analisar novas tendências da criminalidade, realizar pesquisas, fazer coleta de dados e avaliar medidas de combate ao aumento do terrorismo. Por isso:

Em 2002, o UNODC lançou seu Projeto Global contra o Terrorismo com a provisão de assistência técnica e jurídica aos países para tornarem-se parte e implementarem os 12 instrumentos contra o terrorismo. Em janeiro de 2003, o UNODC expandiu suas atividades de cooperação técnica para fortalecer o regime legal contra o terrorismo, prestando assistência técnica e jurídica para os países em tornar-se parte e implementarem os instrumentos universais antiterrorismo (A ONU..., 2013).

No campo jurídico, a ONU desenvolveu vários acordos internacionais que compõem o conjunto de instrumentos legais na luta contra o terrorismo.

Estes instrumentos incluem convenções sobre crimes cometidos a bordo de aeronaves; apoderamento ilícito de aeronaves; atos contra a segurança de civis; crimes contra pessoas protegidas internacionalmente, incluindo diplomáticos; proteção física dos materiais nucleares; e a marcação de explosivos plásticos para fins de detecção. Além disso, eles incluem protocolos sobre atos de violência em aeroportos da aviação civil internacional, e sobre os atos contra a segurança de plataformas fixas localizadas no continente (A ONU..., 2013).

A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas também finalizou cinco convenções: Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns; Convenção sobre a Segurança das Nações Unidas e Pessoal

Associado; Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas; Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo; e a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (A ONU..., 2013).

Mesmo após todas as medidas de combate ao terrorismo implementadas pela ONU, os ataques após o 11 de setembro continuaram. Ocorreram ataques à sede da Organização das Nações Unidas em Bagdá (agosto de 2003); em quatro trens em Madrid (março de 2004); num escritório e em apartamentos em Al-Khobar, na Arábia Saudita (maio 2004); no metrô de Londres (julho de 2005); numa zona litorânea e num centro comercial em Bali (outubro de 2005); em vários locais de Mumbai (novembro 2008); nos hotéis Marriott e Ritz-Carlton em Jacarta (julho 2009), e no metrô de Moscou (março 2010), para citar apenas alguns (A ONU..., 2013).

Diante do contexto do terrorismo e da luta mundial de combate a atos terroristas, o país que mais se destaca nessa luta é os Estados Unidos, especificamente devido aos ataques do dia 11 de setembro de 2001, que causaram reações extremas do governo americano e por isso, este país utiliza o discurso de que o terrorismo cada vez é maior e mais sofisticado e por isso deve ser combatido de forma eficaz e rígida.

Em consequência, no dia 14 de setembro de 2001, dias após os ataques terroristas às torres Gêmeas em Nova York e ao Pentágono, o Presidente Bush decretou estado de emergência nacional, com caráter retroativo recorrendo ao *National Emergencies Act*.

No dia 26 de outubro de 2001 foi aprovada a lei denominada de *USA Patriot Act*. Esta lei conferiu muitos poderes ao Chefe do Executivo e fez surgir dúvidas sobre sua compatibilidade com a Constituição e os direitos individuais.

A legislação antiterrorista da era *Bush* está consolidada sobre quatro pilares: a lei formal do *Patriot Act* do Congresso, os decretos presidenciais, as diretivas internas do *AG Aschcroft* (procurador geral dos Estados Unidos) e os decretos secretos do presidente (VARVAELE, 2007, p.15).

O *Patriot Act* modificou algumas questões investigativas e processuais em

matéria de segurança. Autorizou a tipificação de atos preparatórios de terrorismo, além de ampliar seu conceito e permitir a exibição de quaisquer tipos de dados, interceptação telefônica e investigação digital sem autorização judicial.

O *Patriot Act* modificou a legislação que tratava do terrorismo. Essa nova lei introduziu a definição de terrorismo nacional:

Atividade que: a) implica em atos perigosos para a vida humana, que violam o direito penal dos Estados Unidos ou de qualquer País; b) tem como finalidade b1) intimidar ou coagir a população civil; b2) influenciar a política do Governo mediante intimidação ou coerção; b3) incidir sobre a atividade do governo através/com meios de destruição em massa, assassinatos, seqüestros; c) é realizada principalmente dentro da jurisdição territorial dos Estados Unidos (VARVAELE, 2007, p. 16).

Além disso, ampliou delitos básicos que integram a noção de terrorismo; converteu em crimes condutas cometidas contra meios de transporte em massa, tipificou o ato de conceder asilo ou esconder terroristas; definiu o terrorismo informático espalhando vírus ou incidindo sobre o comércio ou comunicação dos Estados Unidos, e ainda, repudiou qualquer forma de auxílio ao terrorismo.

John Varvaele nos explica que o *Patriot Act* ampliou o poder de realizar procedimentos de expulsão de estrangeiros e prisões de suspeitos de terrorismo:

Em 21 de setembro de 2001, o Presidente do Tribunal de Justiça Administrativa Creppy, a pedido do Procurador Geral, aprovou um memorandum no qual declara que os procedimentos administrativos relativos aos prisioneiros de 11 de setembro constituem casos de “especial segredo”. Isto significa que toda a informação relativa aos processos judiciais deve permanecer em segredo, incluindo os nomes dos sujeitos envolvidos, a inclusão da causa de registro, a sentença etc. Em razão do segredo que rodeia as detenções e os processos de expulsão se esperava com ânsia uma informação do inspetor geral do Departamento de Justiça. Suas críticas a respeito das detenções são severas: os estrangeiros suspeitos de violar as leis de imigração (visto vencido ou falsidade de passaporte) foram detidos indiscriminadamente junto com estrangeiros suspeitos de estarem vinculados aos atentados de 11 de setembro. Tanto uns quanto outros foram informados demasiado tarde das imputações contra si e tiveram que esperar a declaração oficial do FBI para saber se iriam ser expulsos ou postos em liberdade; declaração que foi emitida muitos meses depois. Na maior parte dos casos, a família não era informada – ou não o era de modo adequado – do lugar da detenção, e dos processos contra os detentos eram secretos. De fato, a *Patriot Act* ampliou substancialmente as faculdades de substituir a custódia pela detenção. O Procurador Geral e o INS ostentam um poder de detenção a longo prazo sem precedentes, sem possibilidade de defesa e sem obrigação de declarar expressamente em que se baseia, com exatidão, a ameaça para a segurança nacional. O procedimento se aplica tanto no período anterior à expulsão, no que sucede à expulsão, como na própria expulsão (VARVAELE, 2007, p. 19).

Essa questão tem sido alvo de muitas críticas, pois, recentemente vários políticos e juristas tem se mostrado contra esses poderes ilimitados de investigação. Mas, existem os defensores do uso de poderes ilimitados na luta contra o terrorismo.

Nesse contexto da forte luta americana contra o terrorismo, Walter Laqueur (2004b) argumenta que o terrorismo não pode ser combatido com sucesso sem o uso de um poder duro. Para ele, a alegação de que o poder duro não é capaz de resolver problemas políticos está incorreta. A implementação de um poder limitado é muitas vezes contraproducente e a implementação de um enorme poder é bem sucedido em quase todos os casos. A maneira terrorista de lutar é assimétrica e total, os terroristas não respeitam leis de guerra, matam civis inocentes, fazem a tomada de reféns, torturam e cometem intencionalmente crimes de guerra, no entanto, exigem serem tratados como prisioneiros de guerra.

Laqueur (2004b) argumenta que os acontecimentos recentes servem de base para a modificação do normativo internacional referente à guerra, pois as normas internacionais existentes, apesar de terem evoluído ao longo do tempo, não resolvem problemas atuais. Também, afirma a necessidade da modificação e suspensão da legislação doméstica dos Estados Soberanos e a possibilidade de instituição de forças nacionais e serviços secretos diante de grave ameaça de atos terroristas.

Contrariando esse entendimento de Laqueur, a Suprema Corte Americana decidiu no dia 12 de janeiro de 2005, que as detenções de estrangeiros não podem ser feitas por tempo ilimitado, devendo respeitar um tempo razoável e necessário para obtenção da expulsão, caso contrário, o suspeito deve ser solto. Essa decisão ocorreu no caso emblemático de *Rasul vs. Bush*. Nesse caso, uma petição de *habeas corpus* foi proposta por dois prisioneiros de Guantânamo que “desafiaram a prática do governo dos Estados Unidos em manter prisioneiros indefinidamente sem permitir-lhes acesso a advogados, ao direito de julgamento, ou ao direito de conhecer as acusações levantadas contra eles” (KHAN, 2008, p. 19).

Apesar dessa decisão, o governo americano continuou procedendo da mesma forma e mantendo presos por prazo ilimitado e em condições desumanas.

No *Patriot Act* existe também a previsão de medidas de combate à lavagem

de dinheiro com o intuito de financiar a atividade terrorista. Devido a isso os Estados Unidos passaram a ter jurisdição sob todas as instituições financeiras do mundo, desde que o suspeito possuísse conta bancária nos Estados Unidos (VARVAELE, 2007, p.20).

Para efetivar essas medidas de combate à lavagem de dinheiro, o Presidente Bush se valeu da ordem executiva 13.224 de 24 de setembro de 2001 e aplicou a *International Emergency Economic Act* determinando que as organizações terroristas sejam identificadas como organizações terroristas mundiais. Varvaele disserta que o Secretário do Tesouro, por exemplo, pode incluir nessa lista de identificação qualquer organização que

(...) forneça ajuda, financiamento, apoio ou se vincule, de qualquer outro modo, à "uma organização indicada como terrorista". A idéia principal desta ordem executiva consiste em elaborar um sistema sancionador financeiro, dirigido a privar de recursos estas organizações de terrorismo ou previsões de juntas militares (VARVAELE, 2007, p. 21).

E ainda, transcreve frase do Secretário do Tesouro dos Estados Unidos sobre assunto: "A comissão de 11 de setembro recomendou que o enérgico impulso de perseguir o financiamento do terrorismo se converta no eixo principal da luta contra o terrorismo" (VARVAELE, 2007, p. 22).

Apesar da lei *USA Patriot Act*, o Presidente dos Estados Unidos possui algumas prerrogativas conferidas pelos artigos I e II da Constituição, e com esse fundamento, no dia 13 de novembro de 2001, o Presidente *Bush* assinou uma ordem militar determinando que os inimigos estrangeiros fossem julgados por juntas militares (VARVAELE, 2007, p. 30).

Essa ordem militar alterou princípios fundamentais e regras do direito penal comum, pois o novo sistema instalado configurou um direito especial, onde juízes, promotores e advogados deveriam se submeter ao procedimento militar, o qual retirava alguns direitos individuais dos acusados, tais como concessão de *habeas corpus* ou ampla defesa, publicidade processual e provas lícitas. Além, da alteração de competências: julgamento feito pelo Presidente (totalmente parcial) e a apelação julgada por órgão colegiado militar (VARVAELE, 2007, p. 32).

Além do *Patriot Act* do Congresso e das ordens executivas, o Presidente

Bush também adotou uma política repleta de ordens secretas, sem conhecimento até mesmo do Congresso norte-americano. Essas ordens secretas violaram regras constitucionais e determinaram espionagem, escutas secretas, prisão de suspeitos em outros países, transferência de prisioneiros para campos de detenção em outros lugares do mundo, e vários outros métodos de combate ao terrorismo, sem possuírem autorização do Tribunal secreto *FISA* (Corte de Vigilância de Inteligência Estrangeira), criado para essa finalidade (VARVAELE, 2007, p. 35).

Diante disso a primeira Corte Distrital decidiu em 2006 que, essas ordens secretas violavam o *FISA* e a primeira e quarta emendas da Constituição dos Estados Unidos. Apesar dessa decisão, as ordens secretas continuaram acontecendo e causando debates incessantes e investigações da ONU, através do Comitê de Direitos Humanos e do Alto Comissariado para direitos humanos. Em 2006, o Comitê de Direitos Humanos, fez duras críticas aos Estados Unidos por não respeitarem o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, recomendou o fechamento das prisões secretas e o fim de rendições extraordinárias e transferência secretas de presos (VARVAELE, 2007, p. 35).

O que se percebe é que o excesso de poder do Presidente *Bush* se devia ao fato do seu lema ser “derrubar as leis para chegar ao diabo” (VARVAELE, 2007, p. 36). Portanto, para *Bush*, os direitos e garantias consagrados nas normas legais e constitucionais se tornaram um impedimento na luta contra o terrorismo e por isso a solução seria a supressão delas. Além disso, as regras de transparência e publicidade relativas às leis, à administração e à justiça não foram respeitadas e instalou-se a era do secretismo que “obscurece a luz da justiça e faz com que os postulados essenciais do iluminismo e do moderno direito penal se vejam obscurecidos” (VARVAELE, 2007, p. 37).

As conquistas do direito penal moderno, incluindo o Garantismo Penal e sua fundamentação de defesa dos direitos e garantias individuais foram deixadas de lado em prol de uma batalha contra o terror.

Os Estados Unidos não enquadram essa luta no conceito clássico de guerra, o qual a define como um confronto entre países soberanos. A alegação dos Estados Unidos é no sentido de que nos atentados terroristas não há uma

declaração de guerra entre Estados Soberanos. Ao contrário, a guerra é assimétrica, pois os terroristas não pertencem a um Estado qualificado sob as Convenções de Genebra e outros tratados internacionais de direitos humanos, por isso eles não devem ser tratados como combatentes de guerra.

Judith Butler (2007) explica acerca da postura dos Estados Unidos em relação a guerra contra o terrorismo e a aplicação da Convenção de Genebra, nos dizendo que,

Embora os Estados Unidos tenham anunciado que iriam reconhecer o Talibã o governo representativo do Afeganistão à época da guerra como um Estado qualificado sob as Convenções de Genebra, acabou por esvaziá-las ao continuar a negar ao Talibã status de "prisioneiro de guerra". De fato, os Estados Unidos afirmam apenas que suas ações são "consistentes" com as Convenções de Genebra no que diz respeito a tratar os prisioneiros humanamente, mas ignoram a definição de tratamento humano dada pelo acordo (acesso a suporte jurídico, julgamentos justos, tempo de detenção limitado etc.). Em face dessa flagrante violação, é pertinente reivindicar que as Convenções de Genebra tenham força coercitiva. Infelizmente, porém, as Convenções têm muito pouco a contribuir aqui, já que são difusamente enviesadas pela noção de Estado-Nação e inadequadas para fornecer prescrições sobre as formas atuais e futuras que o conflito armado pode assumir. As Convenções respaldam e incentivam os Estados Unidos ao garantir aos prisioneiros não vinculados a operações militares subordinadas a um Estado menos direitos do que àqueles que o são. Somente os combatentes que atuam sob procedimentos convencionais são qualificados como "forças armadas regulares" pelo Artigo 4º do acordo sobre PGs. Por exemplo, membros de milícias têm de pertencer a uma "parte" do conflito, seja direta ou indiretamente, e pertencer a uma "parte" significa, efetivamente, pertencer a um Estado-Nação ou ter uma relação constituída com um Estado-Nação (ironicamente, os Estados Unidos assumiram essa conexão da Al Qaeda com o Talibã quando iniciaram sua guerra, associando-os ao visar nações que "acolhem" terroristas; agora voltam atrás nessa conexão na medida em que ela outorgaria status de PGs aos membros da Al Qaeda capturados). Essas milícias devem estar organizadas sob uma clara cadeia de comando em que "uma pessoa" responda por seus subordinados; precisam portar "um sinal distinto fixo que se reconheça à distância"; têm de carregar armas à vista; têm de conduzir suas operações de acordo com as "leis e usos de guerra (BUTLER, 2007).

As Convenções de Genebra foram influenciadas pelos modelos clássicos de guerras do século XX onde a violência legítima deveria ser proveniente de um Estado-Nação e que os direitos humanos previstos nas Convenções de Genebra somente seriam aplicados aos indivíduos de Estados envolvidos na guerra.

A guerra clássica não aceita operações secretas e métodos sigilosos de bombardeios e ataques. Diferentemente as novas guerras que se instalaram na

atualidade, possuem novos atores, novos métodos de ataque e procedimentos de retaliação. Agamben (2008) retrata bem esse novo contexto quando assevera que:

(...) Nós percebemos como é difícil entender essa nova ordem mundial: *contractors, detainees, unlawfull, combatents*, novas categorias de pessoas que não existiam antes. Soldados de empresas privadas interrogam soldados de organizações privadas num campo de prisioneiros situado numa ilha para além da lei (AGAMBEN, 2008).

Especificamente em relação à *Al Qaeda*, ela é repudiada justamente pelo fato de não pertencer a nenhum Estado e praticar atos secretos que geram o terror na sociedade, gerando discursos justificadores de que a luta contra o terrorismo não se encaixa no conceito de guerra das Convenções de Genebra.

O ex Presidente da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, Dennis Hastert, revelou seu posicionamento favorável a esse entendimento quando discursou sobre os prisioneiros de Guantânamo: "Eles não são um contingente militar. Não pertencem a um país, não vestem um uniforme, não fazem parte de um exército. É uma situação peculiar e teremos de lidar com ela de um modo peculiar" (BUTLER, 2007).

O fato é que o terrorismo é uma nova forma de conflito e não se enquadra nos padrões clássicos de guerra do século XX. É uma guerra que não possui delimitação geográfica e parece não ter fim em vários lugares do mundo, tais como Irã, Paquistão e Afeganistão.

A conseqüência dessa afirmação é o desrespeito ao artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949. Este artigo estabelece que prisioneiros de guerra serão protegidos contra

Art. 3º. (...) letra d) as condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados (BUTLER, 2007).

Implicitamente, a Convenção admite que existem "povos incivilizados"; e essa afirmação causa incerteza quanto a aplicabilidade universal dessas normas, pois diante de sua dicção somente valeria para povos civilizados (BUTLER, 2007).

Superando a discussão quanto a aplicação dessas regras somente à povos civilizados e partindo da premissa de que todos os Estados devem respeitar as

regras de conduta e os direitos humanos dos prisioneiros consagrados nas Convenções de Genebra. O art. 3º dita as seguintes normas:

Art. 3. No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

b) A tomada de reféns;

c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção (COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2013).

Judith Butler (2007) defende a ideia de que se faz necessária a aplicação das Convenções de Genebra na guerra contra o terrorismo. Ela diz que

Em face das soluções extralegais que o governo Bush vem propondo, incluindo detenção permanente sem julgamento, é pertinente retornar a esse documento para examinar o que se pode elaborar a partir de recursos úteis que ele propicie. O acordo da Convenção de Genebra sobre PGs pode ser interpretado ao menos de duas maneiras, e seria importante produzir e sustentar uma interpretação pública de preferência a qualquer outra. Os princípios da Convenção de Genebra, redigidos em agosto de 1949, deixam claro que PGs não precisam ser membros de forças armadas regulares — compreendidas como forças armadas de um Estado — desde que pertençam a uma "parte" do conflito — compreendida como "alta" e "contratante". É possível então interpretar a relação da Al Qaeda com o Afeganistão precisamente como uma relação com uma tal parte. Além

disso, as Convenções determinam que um tribunal competente intervenha e decida sobre a questão da condição dos detentos como PGs; antes dessa decisão, seu status como PGs deve ser pressuposto. Ademais, enquanto sua condição está sendo determinada, a potência detentora é estritamente obrigada a tratar os detentos humanamente o que inclui, pela definição do acordo, acesso a suporte jurídico (BUTLER, 2007).

O artigo 75 do protocolo adicional I às Convenções de Genebra de 1949 apresenta as garantias fundamentais do ser humano quando estes não se encaixam nas situações previstas na Convenção ou no Protocolo. Declara que os indivíduos, no mínimo, devem ser beneficiados do tratamento com humanidade, não permitindo discriminações de qualquer natureza nem atentados contra a vida, saúde e integridade física, incluindo aqui a proibição contra a tortura e tratamentos desumanos, degradantes, humilhantes e cruéis.

Este dispositivo ainda proíbe a imposição e execução de penas por Tribunais de Exceção, devendo o acusado ser processado por um Tribunal imparcial e constituído com base nos princípios constitucionais consagrados, além de serem julgados com base nas normas do direito internacional.

A Convenção de Genebra e seus protocolos adicionais deveriam ser respeitados por todos os países, entretanto, os Estados Unidos decidiram não aplicar essas regras às pessoas consideradas inimigas no contexto do terrorismo. Para o governo americano, os ataques terroristas não se encaixam nas situações previstas nas Convenções de Genebra, pois, os terroristas não são soldados de um Estado Soberano. Trata-se de uma situação nova.

Essa expressão “inimigo” não foi citada pelo *Patriot Act*, apesar de ter sido um dos instrumentos a regulamentar a guerra contra os terroristas. E, o que mais tem se destacado nessa luta, é a recusa por parte do governo americano em aplicar o direito internacional humanitário aos detidos em Guantânamo. No governo *Bush*, o acordo de Genebra não foi aplicado porque aos “inimigos” não foi concedido o *status* de prisioneiros de guerra.

Essa posição do governo Bush se deve ao fato de que, atualmente, os próprios terroristas se consideram combatentes da liberdade e não soldados uniformizados e identificados. Apesar disso, defendem o direito a tratamento como prisioneiros de guerra caso sejam capturados. Justificam ainda que, por causa de

sua inferioridade numérica, possuem um poder limitado de fogo e escassez de recursos em comparação com os já estabelecidos pelo Estado-Nação, por isso operam clandestinamente praticando atos de violência para chamarem atenção para sua causa (HOFFMAN, 1998, p. 21).

Para Khan (2008), embora os terroristas e grande parte da sociedade internacional defendam a aplicação das Convenções de Genebra, os Estados Unidos continuavam se recusando a utilizá-las. Porém, mesmo com essa recusa do governo americano, a Suprema Corte decidiu em junho de 2006, que o artigo 3º da Convenção de Genebra deveria ser aplicado aos suspeitos de terrorismo e, ainda que, estes deveriam ser tratados com humanidade.

Entretanto, o governo americano continuou insistindo no argumento de que os presos oriundos da guerra contra o terrorismo não se enquadravam no rol previsto no art. 4º da Convenção. O presidente *Bush* chegou a declarar que esses prisioneiros são combatentes ilegais não sujeitos à proteção da Convenção de Genebra.

Jiri Toman é contrário aos argumentos do governo americano e diz que

Esses prisioneiros se enquadram como prisioneiros de guerra e que os requisitos do Art. 4º não foram necessariamente violados. O fato dos prisioneiros formarem um grupo armado não reconhecido ou incomparável com o dos Estados Unidos não significa que não eram efetivamente um tipo de força armada, o que faz com que eles se enquadrem nos requisitos do artigo. Não cabe aos Estados Unidos determinarem o que constitui ou não forças armadas. O argumento americano é falho inclusive pelo art.4º, 3 que inclui os membros das forças armadas não reconhecidas pela Potência detentora (MENDONÇA et al., 2011)

Partindo do pressuposto de que os Estados Unidos deveriam aplicar a Convenção de Genebra aos detentos de Guantânamo, observa-se que também foi violado o art. 46 desta Convenção, o qual proíbe a prisão em locais não condizentes com a dignidade da pessoa humana.

A prisão de Guantânamo demonstra a opção do governo americano em seguir uma linha contrária à Convenção de Genebra, pois nesta prisão as condições dos detentos são precárias, os direitos humanos são desrespeitados, e o ritual de torturas é freqüente.

Boaventura Souza Santos (2004) afirma que esses procedimentos utilizados pelos Estados Unidos violam as normas internacionais e são justificadas em nome da guerra total:

Guerra total. Os nazistas alemães desenvolveram pela primeira vez o conceito de “guerra total” para justificar todas as violações do direito internacional contra militares e populações civis dos países inimigos e contra os judeus e os ciganos alemães e não alemães. As Convenções de Genebra de 1949 visaram varrer da história este conceito ignominioso. Não o conseguiram, porém. Foi ressuscitado pelos israelitas, com Ariel Sharon e o seu projeto de extermínio dos palestinos, e pelos depois do 11 de Setembro. A violação das Convenções de Genebra foi superiormente aprovada pelo Departamento de Defesa, nomeadamente no que respeita à aplicação das técnicas mais agressivas da “matriz de stress” para obter informações dos detidos. Em Guantânamo há “combatentes ilegais” privados dos direitos mais elementares e sujeitos às mesmas torturas que os iraquianos porque se está em “guerra total”. Sabe-se que um grupo secreto do Departamento de Defesa viaja pelo mundo, à margem das leis nacionais e internacionais, para raptar suspeitos onde quer que estejam e levá-los para centros de detenção secretos. Para além de Guantânamo, há vários outros espalhados pelo mundo. Também porque a guerra é total nunca saberemos quantos milhares de civis iraquianos foram mortos nos últimos meses (SANTOS B., 2004).

Vários depoimentos de detentos de Guantânamo corroboram as palavras de Boaventura Souza Santos. Mohammed Sagheer promoveu ação de indenização contra os Estados Unidos, alegando a ilegalidade de sua prisão e o sofrimento de torturas físicas e morais. Ele afirma que ficou sem alimentação, foi proibido de rezar, ficou alojado em jaulas e presenciou várias mortes (MENDONÇA et al., 2011).

Outros tratados internacionais também foram desrespeitados. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não foi aplicado aos presos de Guantânamo, apesar dos Estados Unidos terem o aceitado sem reservas.

Este tratado tem a função fundamental de resguardar os direitos individuais, sendo mais amplo até que a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dele pode-se extrair, em especial, o art. 7º que proíbe a tortura e tratamentos cruéis:

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas (TRINDADE, 1991, p. 98).

Mas, não menos importante é o art. 9, 4 que impõe o respeito a um julgamento feito por tribunal competente acerca da legalidade da prisão. E ainda, os

artigos 10 e 14 que prevêm o respeito à humanidade e dignidade dos presos, além da igualdade nos julgamentos.

Varvaele (2007, p. 36) narra o embate entre dois magistrados americanos acerca do respeito aos direitos civis em momentos de emergência, demonstrando a bipolaridade de opiniões no Poder Judiciário:

Em 1998, o magistrado da Suprema Corte William Rehnquist sustentou que os direitos civis podem ser limitados nos períodos de emergência; contudo, durante uma conferência na New York City Bar Association, o magistrado Stephen Breyer (também desta Corte) afirmou que a Constituição devia ser respeitada em todo momento e, quiçá, com maior intensidade, nos períodos de emergência. Estas opiniões de dois juízes desta Corte evidenciam o principal aspecto problemático da questão: até que ponto a Constituição americana permite a aplicação de legislação especial em períodos de crise (guerra, motins, estado de emergência)? Evoca assuntos enfocados nos anos 1920-1930 na República de Weimar, e a teoria de Carl Schmitt sobre o estado de emergência. Podem deixar de ser observados em relação a alguns cidadãos fundamentos do princípio da legalidade, como o princípio da igualdade perante a lei e o direito a um processo justo? Resultam compatíveis com a Constituição provas secretas, processos secretos, detenções administrativas e poderes discricionários de amplo alcance? De que forma o poder legislativo e o executivo ficam submetidos ao controle judicial com a aplicação da legislação especial? (VARVAELE, 2007, p. 36).

Mesmo diante das divergências dentro dos Estados Unidos, o que tem prevalecido é o entendimento de que o país está em vivenciando um Estado de Exceção, o qual legitima a aplicação do Direito Penal do Inimigo, devido o surgimento de um novo ator sem precedentes no cenário mundial e que, por isso, as Convenções Internacionais não lhe são aplicáveis e a prisão de Guantânamo é um lugar ideal para a colocação dos inimigos. Entretanto, essa prisão representa a retirada da condição de humano dos prisioneiros, resultando em uma vida nua, vida torturável e matável.

A tortura como imposição de dor física ou psicológica por maldade, punição, para obter confissão ou informação ou pelo simples prazer de causar sofrimento alheio está presente na história da humanidade desde tempos remotos e só começou a ser repudiada com o advento do período humanitário.

Porém, até que se chegasse nesse período humanitário, muitas atrocidades foram vividas e revividas. Os direitos humanos não eram respeitados e barbaridades eram cometidas sob o manto da justiça e aplicação da pena ao criminoso.

Lynn Hunt diz que os direitos se tornaram auto-evidentes quando o homem se sentiu horrorizado por suas violações. A auto-evidência depende mais da emoção, do sentimento e da empatia, por isso na década de 1780, a abolição da tortura e das formas bárbaras de punição corporal tinham se tornado artigos essenciais na nova doutrina dos direitos humanos (HUNT, 2009, p. 13).

Essa empatia surgiu com romances escritos por grandes filósofos do Iluminismo. Além da empatia, nessa época, foi dada ênfase à autonomia individual que nasceu da revolução no pensamento político do século XVII, iniciada por Hugo Grotius e John Locke. Eles argumentavam que o acordo social de um homem autônomo com outros indivíduos também autônomos era o único fundamento possível da autoridade política legítima (HUNT, 2009, p. 60).

Esse processo de identificação imaginativa, a simpatia ou empatia, permitia que o observador sentisse o que a vítima da tortura sentia. Aprender a sentir empatia abriu o caminho para os direitos humanos, mas não assegurava que todos seriam capazes de seguir imediatamente esse caminho. Ninguém compreendeu isso melhor, nem se afligiu mais a esse respeito do que o autor da Declaração da Independência, Thomas Jefferson, que acreditava que estava agindo em prol de toda a humanidade (HUNT, 2009, p.65).

No século XVIII as atrocidades cometidas contra o homem eram judicializadas, através de penas cruéis a autores de crimes. Gradativamente essas torturas judiciais foram perdendo espaço e na França e em outros países europeus, na década de 1760 foram abolidas influenciadas pelo humanitarismo do Iluminismo e a punição mais humana começou a se cristalizar (HUNT, 2009, p.67).

Assim como aconteceu com os direitos humanos de modo mais geral, as novas atitudes sobre a tortura e sobre uma punição mais humana se cristalizaram primeiro na década de 1760, não apenas na França, mas em outros países europeus e nas colônias americanas (HUNT, 2009, p. 67).

Em 1789, o governo revolucionário francês renunciou a todas as formas de tortura judicial, e em 1792, introduziu a guilhotina com a intenção de tornar execução de pena de morte uniforme e tão indolor quanto possível (HUNT, 2009, p.69).

As formas brutais de punição depois da condenação eram ubíquas na Europa e nas Américas. Foi somente em 1790 que o Parlamento britânico proibiu queimar as mulheres na fogueira (HUNT, 2009, p. 80).

Mas da década de 1760 em diante, campanhas de vários tipos levaram à abolição da tortura sancionada pelo Estado e a uma crescente moderação nos castigos (até para os escravos). Os reformadores atribuíam suas realizações à difusão do humanitarismo do Iluminismo. Muito do impulso imediato para refletir sobre o assunto veio do curto e vigoroso livro “dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria. O pequeno livro de Beccaria examinava o sistema de justiça criminal de cada nação (HUNT, 2009, p. 81).

Hunt (2009, p. 81) explica que Beccaria ajudou a valorizar a nova linguagem do sentimento. Depois de ler Beccaria, o jurista inglês William Blackstone estabeleceu a conexão que se tornaria característica após a visão do Iluminismo: a lei criminal, afirmava Blackstone, deve sempre “se conformar aos ditados da verdade e da justiça, aos sentimentos humanitários e aos direitos indelévels da humanidade.

Contrário a isso, Pierre Francis Muarty deVouglans, defendeu que só o poder de uma justiça vingadora podia segurar os impulsos humanos e por isso os corpos podiam ser mutilados, queimados, quebrados, enfim, a tortura era legítima para punir os infratores da lei (HUNT, 2009, p. 93).

Apesar disso, Hunt diz que uma nova visão surgiu, e conseqüentemente, o castigo cruel executado num cenário público constituía um ataque à sociedade, em vez de sua reafirmação (HUNT, 2009, p. 98).

Durante as décadas de 1770 e 1780, a campanha pela abolição da tortura e pela moderação do castigo ganhou impulso quando sociedades eruditas nos estados italianos, nos cantões suíços e na França ofereceram prêmios para os melhores ensaios sobre a reforma penal (HUNT, 2009, p.105).

Encorajados por outros reformadores apesar de sua juventude e falta de experiência, Brissot se dedicou aos estudos da tortura e direitos humanos e culminou em uma petição escrita por um correspondente de Brissot, chamado Dupaty e que com uma súplica de várias páginas pediu para que *Luis XVI*

reformasse a legislação criminal de acordo com a razão e a humanidade (HUNT, 2009, p. 105).

Nos anos que se seguiram, a luta em prol dos direitos humanos tomou grandes proporções, não houve sucesso de início, porém, os direitos de cada ser humano com suas características peculiares passaram a ser estudados, defendidos e por fim consagrados em declarações.

Apesar das conquistas da humanidade, ainda hoje elas são desrespeitadas. Na luta contra o terrorismo o que se verifica é a não observância de normas internacionais. Não foi somente a Convenção de Genebra e o Pacto de Direitos Civis e Políticos que ficaram relegados a segundo plano pelos Estados Unidos, pois, o governo americano também violou a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Os Estados Unidos ratificaram essa Convenção somente após a inclusão de detalhadas reservas diplomáticas, que se concentraram na definição de tortura mental, excluindo desse conceito os métodos de desorientação sensorial, ataques à identidade cultural e à *psique* individual, submarino, dor auto-inflingida e imposição violenta de estímulos e privação do sono, que foram posteriormente incluídas na legislação americana e defendidas como sendo prerrogativas presidenciais essenciais na luta contra o terrorismo.

O artigo 1 desta Convenção define a tortura:

Artigo 1. O termo tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimento físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter dela ou de terceira pessoa informações ou confissões, de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido de intimidar ou coagir está pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza, quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência (TRINDADE, 1991, p. 140).

E ainda o art. 16:

§1. Cada Estado Membro se comprometerá a proibir, em qualquer território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no "artigo 1º", quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em

particular, as obrigações mencionadas nos "artigos 10, 11, 12 e 13", com a substituição das referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

§2. Os dispositivos da presente Convenção não serão interpretados de maneira a restringir os dispositivos de qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que se refira à extradição ou expulsão (TRINDADE, 1991, p. 140).

A situação das torturas em Guantânamo foi revelada por cinco peritos da ONU, comprovando o desrespeito a todas as Convenções Internacionais de proteção dos direitos humanos:

Os peritos declaram que "as tentativas da Administração norte-americana que visam redefinir a "tortura" no quadro da luta contra o terrorismo, a fim de permitir algumas técnicas de interrogatório que seriam, de outro modo, proibidas, com base na definição internacional de tortura, são extremamente preocupantes".

Afirmam que "a confusão mantida, sobre as técnicas autorizadas e não autorizadas nos últimos anos, é, particularmente, alarmante". "As técnicas de interrogatório utilizadas pelo Departamento de Defesa, em particular se utilizadas de forma simultânea, constituem tratamentos degradantes", lamentam.

Recordam que "se em certos casos individuais, descritos quando das entrevistas, uma 'dor ou sofrimentos agudos' forem infligidas às vítimas, estes atos constituem atos de tortura, nos termos do artigo 1º da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes" de 10 de Dezembro de 1984. (GUANTÂNAMO..., 2006)

Diante da recusa do governo americano em respeitar as normas internacionais existentes, Judith Butler (2007) defende a elaboração de um documento internacional para proteção dos direitos dos detentos de Guantânamo:

De todo modo, ainda mais importante que sustentar uma interpretação das Convenções que proteja os detentos da Baía de Guantânamo é produzir um documento internacional que amplie radicalmente a aplicabilidade das proteções a eles e busque consolidar uma garantia de direitos universais e tratamento humano (BUTLER, 2007).

CAPITULO 3 PRÁTICAS DE TORTURA EM GUANTÂNAMO COMO REFLEXO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO AOS TERRORISTAS

3.1 Prisão de Guantânamo

Guantânamo é uma ilha localizada em Cuba que foi arrendada de forma perpétua aos Estados Unidos em 1903 com a finalidade de explorar a mineração e realizar operações navais.

Porém, os propósitos iniciais em Guantânamo foram deixados de lado e o governo de Roosevelt, em 1942, assinou o decreto lei 9066, autorizando pela primeira vez, prisões em Guantânamo após o ataque japonês à base de Pearl Harbor. Devido a esse fato, milhares de pessoas foram presas em campos clandestinos, sem receber os benefícios da Convenção de Genebra, pois o governo americano entendeu que essas pessoas eram forças inimigas.

Mas, foi em 2001, após os ataques terroristas do dia 11 de setembro, que a prisão de Guantânamo se tornou destaque mundial e foi convertida no símbolo mais emblemático de violações e desprezo ao regime internacional de direitos humanos e de direito humanitário construído nos últimos sessenta anos. Na guerra contra o terror, iniciada pelo governo dos Estados Unidos somam-se duas guerras reais

contra Estados fracos e uma propagação de medidas de combate ao terrorismo (GÓMEZ, 2008, p. 268).

José María Gómez (2008) assevera que

O fato fundamental é que, desde janeiro de 2002, 775 pessoas, de mais de trinta nacionalidades procedentes de cerca de dez países (Afeganistão, Bósnia-Herzegovina, Egito, Emirados Árabes Unidos, Gâmbia, Indonésia, Mauritânia, Paquistão, Tailândia e Zâmbia), permaneceram detidas na base militar estadunidense da Baía de Guantânamo, sem acusações formais, sem julgamento justo e sob condições cruéis e desumanas de confinamento (GÓMEZ, 2008, p. 269).

As prisões nesses campos de Guantânamo ocorreram de forma incessante. Dezenas de suspeitos de atos terroristas foram capturados e transportados para diversos acampamentos na ilha de Cuba.

A maioria dos prisioneiros tem origem no Afeganistão, Paquistão e Iraque. No Afeganistão se encontrava o comando da organização terrorista Al Qaeda e por isso foi alvo de guerra e prisões. Devido à guerra declarada pelos Estados Unidos ao Afeganistão, em 2001, muitos afegãos se refugiaram no Paquistão e lá foram feitos reféns e entregues ao governo americano em troca de recompensas (KHAN, 2008, p. 53).

Logo em seguida, no ano de 2003, o Iraque foi alvo do governo americano, sob o argumento de que aquele país estava desenvolvendo armas de destruição em massa e que o líder Saddam Hussein era um perigo iminente aos Estados Unidos devido a sua ligação com a organização Al Qaeda de Osama Bin Laden.

Após pouco tempo, o Iraque foi derrotado e Saddam Hussein fugiu. No entanto, foi capturado, julgado e condenado à pena de morte por um Tribunal Iraquiano. Os Estados Unidos tentaram estabelecer a democracia no Iraque, portanto, o que ocorreu foi uma desordem enorme da sociedade, desencadeando uma guerra civil entre sunitas e xiitas (KHAN, 2008, p. 60).

Não era somente em Guantânamo que as atrocidades contra prisioneiros ocorriam, na prisão de Abu Ghraib no Iraque também aconteceram várias sessões de torturas e humilhações aos prisioneiros que foram denunciadas pela rede de televisão americana CBS e posteriormente reveladas em um relatório do jornal New Yorker.

Para os presos de Guantânamo e todos suspeitos de terrorismo, o presidente *Bush* sem autorização do Congresso Americano, em 2005, assinou a Lei para o tratamento de Detidos (*Detainee Treatment Act*) que conferia competência às comissões militares para o julgamento de *Habeas Corpus*.

Entretanto, apesar dessa lei atribuir competência para as comissões militares, a Suprema Corte no caso *Hamdan vs Rumsfeld* decidiu que essa lei não poderia ser aplicada de forma retroativa a casos pendentes e determinou sua própria competência para decidir sobre o *habeas corpus* e a conseqüentemente incompetência das comissões militares, além de aplicar o artigo 3 da Convenção de Genebra ao caso em comento.

Outra questão decidida nesse julgamento *Hamdan* foi a declaração da incompetência do Presidente para estabelecer comissões militares sem a autorização do Congresso. Porém, a resposta legislativa do Congresso ao caso *Hamdan* foi a aprovação da lei de comissões militares possibilitando o Chefe do Executivo a realizar quase tudo o que desejava em relação às prisões de suspeitos de terrorismo.

Além de conceder grandes poderes ao Chefe do Executivo essa lei modificou a lei de tratamento dos detidos, determinando expressamente a retroatividade a todos os casos de combatentes ilegais:

A 7ª sessão (a) da Lei de Comissões Militares de 2006 substitui a s.1005 da Lei de Tratamento dos Presos e retira expressamente a jurisdição para receber qualquer pedido de *habeas corpus* de “estrangeiro detido pelos Estados Unidos que tenha sido determinado pelo governo norte-americano como inimigo combatente ou que aguarde essa determinação”. Tal determinação é expressamente dita para “aplicar a todos os casos, sem exceção, a partir da promulgação desta Lei” e diz respeito de qualquer forma com a relação dos Estados Unidos com os estrangeiros detidos desde o 11 de Setembro de 2001. Além disso, a s.10 abrange os combatentes ilegais detidos em Guantânamo àqueles detidos em qualquer lugar (LONDRAS, 2007, p. 255).

Diante disso, não haveria mais motivos para contestar a competência do Presidente, que a partir desse momento tinha a autorização do Congresso Americano. A conseqüência foi a retirada da competência da jurisdição civil e a transferência dos julgamentos de *habeas corpus* para as comissões militares nos casos de tempos de emergência e exceção.

Apesar das discussões judiciais e modificações legais, na prática tudo sempre esteve do mesmo jeito na prisão de Guantânamo. As técnicas de interrogatório continuavam agressivas e cruéis, conforme documento divulgado pelo próprio procurador-geral Alberto González. Este documento autorizava as técnicas de interrogatório mais desumanas e perversas já aplicadas pela *CIA*.

As técnicas de torturas realizadas em Guantânamo eram muito cruéis, a ponto de expor os presos a temperaturas extremas e praticarem o submarino. Muitas discussões se formaram ao redor da técnica do submarino. Essa técnica de tortura consiste em simular o afogamento para interrogar suspeitos de terrorismo.

Tony Frato, porta voz americano, afirmou em 2008 que “na crença de que um ataque pode ser iminente, isso pode constituir uma circunstância a considerar” (*CASA...*, 2008). Corroborando o entendimento dos *Estados Unidos* de que a tortura é viável dependendo das circunstâncias.

Mas, o diretor da *CIA*, Michael Hayden, afirmou ao Congresso americano que o submarino somente foi aplicado a três suspeitos de pertencer à organização terrorista Al Qaeda, são eles: Khalid Sheikh Mohammed, Abu Zubaydah e Abd al-Rahim al-Nashiri.

O próprio presidente Bush admitiu que a *CIA* mantiveram detentos em segredo e a eles foram impostos procedimentos agressivos de interrogatório. Devido a isso, o comitê antitortura da ONU solicitou o fechamento da prisão de Guantânamo e todas as outras prisões secretas existentes ao redor do mundo e conclamou para que as práticas de torturas fossem extintas.

Mesmo com as solicitações da ONU, Bush não promoveu o fechamento da prisão e o novo presidente eleito Barack Obama apesar de ter demonstrado uma preferência à guerra de espionagem e a ciberataques, relegando a segundo plano as intervenções militares armadas, também não fechou a prisão de Guantânamo.

Obama, já na campanha eleitoral assumiu o compromisso de fechar esta prisão, e para que isso fosse possível utilizou os argumentos junto ao Congresso Americano de que os custos de manutenção da prisão são extremamente altos e enviou relatórios ao Parlamento, detalhando os gastos do Departamento de Defesa.

Esses relatórios demonstraram que as despesas giram em torno de aproximadamente US\$ 150 milhões por ano, o equivalente a US\$ 800 mil por prisioneiro, quando um detento em uma prisão de segurança nos Estados Unidos americana custa US\$ 25 mil anuais (MÁRQUEZ, 2013).

Outro argumento utilizado por Barack Obama foi a afirmação da ineficiência da prisão de Guantânamo. Diante dessa declaração, Obama sinalizou algumas opções, tais como, transferir presos em vias de serem libertados para seus países de origem ou para países terceiros que queiram recebê-los, e ainda, transferi-los para as prisões de segurança máxima dos Estados Unidos (MÁRQUEZ, 2013).

Demétrio Magnoli (2013) trás parte do discurso de Obama se referindo à prisão de Guantânamo:

É ineficiente, fere nossa posição internacional, reduz a cooperação com nossos aliados nos esforços de contraterrorismo, é uma ferramenta de recrutamento para extremistas e precisa ser fechada”, explicou Barack Obama, para concluir no ponto certo: “É contrária àquilo que somos” (MAGNOLI, 2013)

Apesar de Obama ter demonstrado ser favorável ao fechamento da prisão de Guantânamo, ele enfrentou uma forte resistência bipartidária no Congresso Americano.

Os opositores ao fechamento da prisão de Guantânamo argumentam que se os prisioneiros forem transferidos para seus países de origem teriam maior possibilidade de fuga. E, se forem transferidos para prisões de segurança máxima dos Estados Unidos, este poderia se tornar alvo de ataques com a finalidade de facilitar a fuga dos detentos (MÁRQUEZ, 2013).

Mesmo diante da promessa de fechamento da prisão de Guantânamo, Obama se rendeu à oposição e assinou a Lei de Autorização de Defesa Nacional, que inclui em seus termos o impedimento do fechamento da prisão de Guantânamo.

Essa lei elaborada pelo Congresso Americano engloba vários aspectos ligados à defesa nacional, incluindo o orçamento militar necessário para tropas no exterior. Entretanto, os legisladores optaram por inserir nessa lei uma cláusula de impedimento do fechamento da prisão de Guantânamo com intuito de barrar o fim da prisão e a transferência dos detentos, uma vez que o Presidente Obama não poderia

vetar trechos da lei, ele somente poderia vetar ou sancionar totalmente (CHACRA, 2013).

O jornal The New York Times explicitou essa dissidência de opiniões acerca da manutenção da prisão de Guantânamo e seus métodos de tortura:

O debate sobre os duros métodos de interrogatório utilizados pelo governo do presidente George W. Bush (2001-2009) muitas vezes causou divisão em lados partidários. A força-tarefa do Projeto Constituição sobre o tratamento dos detidos, liderada por dois ex-membros do Congresso e com experiência no ramo executivo - o republicano Asa Hutchinson e o democrata James R. Jones - busca produzir um forte consenso nacional a respeito da questão da tortura (SHANE, 2013).

E ainda explica Demétrio Magnoli (2013):

Os parlamentares cortaram os fundos necessários à transferência de prisioneiros e adotaram diversas medidas destinadas a evitar que fossem enviados a qualquer outro lugar. O presidente tinha as alternativas de vetar as decisões parlamentares ou de utilizar prerrogativas do Executivo para circundá-las, mas preferiu inclinar-se (MAGNOLI, 2013)

Apesar de não haver um consenso, o Presidente Barack Obama se rendeu à oposição e o resultado disso é o pleno funcionamento da prisão de Guantânamo.

3.2 Torturas em Guantânamo

Os ataques terroristas às torres gêmeas em Nova York e ao Pentágono no dia 11 de setembro de 2001 são as causas das detenções na prisão de Guantânamo. O terrorismo é a fonte dos detentos desta prisão:

Nos debates acadêmicos, a controvérsia sobre a definição de um conceito de terrorismo opõe estudiosos como Laqueur (1996, 2002), que consideram inútil o esforço de definição de um conceito e especialistas que apresentam propostas de definição como Hoffman (RABELLO, 2007, p. 39).

Não há um consenso acerca do conceito de terrorismo, nem quanto à competência para definir os “tipos” de terrorismo.

Hoffman (2006) exemplifica a questão relacionando diferentes definições de terrorismo usadas por algumas das principais agências da área de segurança dos Estados Unidos. Mesmo dentro de um governo, não há uma única definição de consenso. Isso porque cada uma das agências tem necessidade de incluir ou excluir elementos relacionados a determinados

aspectos de sua área de atuação. Para o FBI, por exemplo, o terrorismo é o “uso ilegal da violência contra pessoas ou propriedades para intimidar ou coagir o governo, a população civil, ou qualquer outro segmento, em busca de objetivos políticos ou sociais”. Já o Departamento de Estado americano define terrorismo como “violência motivada politicamente e premeditada, dirigida contra alvos não combatentes, por grupos sub-nacionais ou agentes clandestinos, com a intenção de influenciar uma audiência (Hoffman *apud* RABELLO, 2007, p. 40-41).

A grande discussão, desde a década de 70, diz respeito à legitimidade do uso da força por parte da sociedade que luta contra governos ilegítimos. Existem os defensores dessa luta, que a fundamenta no princípio da autodeterminação dos povos, argumentando que esses indivíduos são libertários e não terroristas.

Segundo Crenshaw, apenas quando o terrorismo encontra condições propícias para uma reação de simpatia aos seus atos por uma parcela da população com influência política se torna possível esse tipo de violência política ganhar legitimidade (Crenshaw *apud* RABELLO, 2007, p. 44).

Carlos Llich Santos Azambuja (2008) ressalta que:

A explanação mais famosa sobre o assunto foi dada por Yasser Arafat, num discurso em novembro de 1974, na Assembléia Geral da ONU: ‘A diferença entre revolucionário e terrorista está no motivo pelo qual um deles luta. Isso porque quem quer que assuma posição por uma causa justa e batalhe pela liberdade e pela libertação de sua terra do jugo de invasores, assentadores e colonizadores, não pode de modo algum ser chamado de terrorista’ (AZAMBUJA, 2008, p. 01).

Ao contrário,

(...) quando o modo de operação do terrorismo é definido com foco na violência direta, os elementos distintivos do terrorismo podem ser as armas (risco de uso de armas de destruição em massa, explosivos, etc.), as táticas (explosão de bombas, seqüestro de aviões, assassinato de diplomatas e políticos), e, principalmente, os alvos (exclusivamente civis; civis e militares fora de combate; entre outros) (RABELLO, 2007, p. 46).

E também,

[Schmid] (...) na formulação de Schmid, a estratégia do terrorismo é definida pela intenção de criar ansiedade, por meio do emprego da violência ou da ameaça de violência que gere a comunicação de uma mensagem, tendo como principais alvos os de terror ou de demanda ou de atenção. Os alvos diretos da violência concreta empregada pelos terroristas aparecem na definição claramente em papel secundário – ou seja, a violência direta é apenas parte de uma tática que tem como finalidade principal a alteração da percepção da audiência, seja no sentido de provocar terror ou de chamar atenção para uma causa (Schmid *apud* RABELLO, 2007, p. 59-60).

O que se percebe é o embate entre os partidários da existência de uma luta justa de parcela da população contra governos não legítimos, com a utilização de métodos extremos para justificar suas motivações diretas, porém, sem considerá-los

terroristas, na verdade são chamados de revolucionários. E de outro lado estão os adeptos da definição de terroristas baseada no foco da violência, o que importa é a forma como a violência é empregada. Corroborando essa última linha de pensamento e

(...) para escapar das contradições do debate sobre legitimidade relacionada a causas do terrorismo, alguns estudiosos responsáveis por um relatório da RAND Corporation, da década de 1980, propuseram a definição de um conceito de terrorismo como um método de ação, definido pela natureza do ato e não pela identidade dos terroristas ou da natureza de sua causa (Cordes et. al., 1984). O texto diz que o terrorismo deve ser entendido “como violência ou ameaça de violência calculada para criar uma atmosfera de medo e alarme (Cordes et. al., 1984: 01) (RABELLO, 2007, p. 50).

Entretanto, esse conceito proposto não resolve ponto relevante que diz respeito ao agente que pratica o terrorismo, pois essa violência teoricamente pode ser realizada por indivíduos, grupos ou Estados Soberanos. Mas, para este último ator, a discussão é muito controversa, pois, alguns dizem que Estados não praticam terrorismo, somente guerra, e outros alegam que Estados praticam terrorismo quando seus atos são clandestinos, é o que afirma Paul Pillar que

(...) admite que Estados podem praticar terrorismo, mas propõe uma distinção entre terrorismo e o uso público, claramente identificável, de força militar, ao mesmo tempo que a clandestinidade da ação de um Estado ao usar a força é que constitui um ato de terrorismo (Pillar, 2001b, p. 15). Para distinguir a ação aberta de força militar de atos clandestinos de Estados, Pillar relaciona como elementos principais para legitimar o uso da força a “clara identificação dos combatentes” (Pillar, 2001b, p. 15) – pelo uso de uniformes, por exemplo – a “determinação de evitar ao máximo atingir alvos civis” (Pillar, 2001b, p. 15), além da “limitação do processo decisório para o uso da força a altos escalões de governo (Pillar, 2001b, p. 15) (Pillar *apud* RABELLO, 2007, p. 57).

Apesar de todas as discussões em torno de vários aspectos do terrorismo, observa-se que os atentados do dia 11 de setembro representam um terrorismo sem precedentes na história da humanidade devido sua grandiosidade, fazendo surgir debates acerca dessas novas formas de terrorismo, por isso Rabello citando Falk explica que

Um outro conceito aparece nos debates sobre o terrorismo contemporâneo, relacionado a uma transformação dos padrões do terrorismo em 11 de setembro de 2001 (Falk, 2003a, 2003b). A ideia da existência de um megaterrorismo foi definida por Falk como um desafio único, diferente de outras formas anteriores de terrorismo global “pela magnitude, forma e ideologia” (Falk, 2003a, p. 39). O megaterrorismo, para Falk, implica em “violência contra civis que atinge níveis significativos de destruição concreta e simbólica, numa escala associada anteriormente apenas a ataques

militares de larga-escala lançados por Estados soberanos” (Falk, 2003a, p. 7 et. seq.). Em termos concretos, os mais de 3 mil mortos, o impacto econômico e as imagens de destruição dos prédios em Nova York e Washington são facilmente identificáveis. Já a sua dimensão simbólica envolveu uma série de processos, em diferentes âmbitos, relacionados à intenção dos terroristas de alterar a percepção de uma audiência maior, seja para provocar terror e insegurança ou chamar atenção para uma determinada causa (Falk *apud* RABELLO, 2007, p. 80).

Assim, os atos da Al Qaeda não se enquadram nos conceitos clássicos de guerra e representam a forma organizacional da era da globalização:

Falk alerta para a tendência inicial de tentar enquadrar a guerra contra o terrorismo em um modelo Estatal, com o Afeganistão como inimigo, ofuscando o entendimento de que atacar aquele país não iria destruir a rede terrorista (Falk, 2003a, p. 1). O que há de novo no inimigo desta guerra, para Falk, é que ele representa a forma organizacional da era da globalização – uma rede que pode operar em qualquer lugar e em todos os lugares ao mesmo tempo, sem estar situada especificamente em nenhum lugar (Falk, 2003a, p. 6). Para Falk, o megaterrorismo da Al Qaeda não se encaixa no arcabouço político e legal baseado na interação de Estados soberanos, o que implica em pensar novos parâmetros jurídicos e políticos para a guerra (Falk, 2003a, p. 8) (Falk *apud* RABELLO, 2007, p. 82).

Com esse novo modelo de terrorismo instalado na ordem mundial, os Estados Unidos decidiram promover uma nova guerra e o governo americano desde o primeiro dia foi duro nos seus atos de defesa de seu país.

As investigações começaram através de torturas para conseguir confissões. Além disso, foram feitas promessas de recompensas em troca de informações ou suspeitos; métodos de vigilância secreta e interceptação de dados telefônicos e sigilosos foram utilizados, entre outras formas de combate ao terrorismo.

Na prisão de Guantânamo vários tipos de torturas foram cometidos e ainda são cometidos, tais como, espancamentos; abusos sexuais; prisão em jaulas; desrespeito às religiões, principalmente ao Alcorão; o submarino. Além de jogaram os presos contra paredes; os acorrentarem em posições desconfortáveis durante longas horas; tirarem suas roupas e os manterem acordados durante dias infindáveis.

As torturas cometidas em Guantânamo e na luta contra o terrorismo traz muita dor, retira do indivíduo a condição de ser humano e utiliza o Estado de Exceção como justificativa para os atos cruéis, pois o Soberano pode decretar regime de exceção, definir os inimigos e lhes retirar direitos e garantias fundamentais:

A definição dada por Carl Schmitt ao conceito de soberania foi: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. Ambos os termos referidos na citação devem ser tratados juntos, pois um está intimamente vinculado ao outro. Primeiro, o soberano não é aquele que detém o monopólio coercitivo e sim o monopólio decisório, ou seja, o poder de decidir ultimamente. Se por um lado o Estado de Exceção significa suspender legalmente o direito para a subsistência do Estado, é importante fazer ressalvas para as possíveis conseqüências no tocante à esfera de direito individual. O soberano, no intento de manter a existência do Estado, pode praticar atos de arbitrariedade. Deve se levar em consideração que o indicador da soberania é a possibilidade de decidir em um caso concreto. Segundo Schmitt, o soberano investido do poder do Estado de Exceção pode decidir quem é favorável ou não a manutenção da ordem, traduzindo-se assim, o conceito de amigo ou inimigo. Legalmente, o soberano em um caso concreto, pode subtrair de indivíduos, considerados por ele como nocivos a unidade política, seus direitos e garantias dos quais dispõem em um estado de normalidade. Essa situação seria verificada em Guantânamo, onde o “Estado de Exceção” se manifesta na forma de “tribunais penais de exceção” e é possível verificar que indivíduos, devido a soberania do poder estatal, foram privados de suas garantias inerentes as suas condições humanas.

Assim, seria criado, conforme Giorgio Agamben, a condição de Homo Sacer. Entende-se por Homo Sacer seres humanos despidos de seus direitos civis na totalidade, a sua existência se resumiria a um mero fator biológico, ou como Hannah Arendt, explicita em “Origens do Totalitarismo”, seriam uma “vida-nua”. Desta forma, ao pressupor que é imperativa a manutenção da ordem e conveniência política, fica depreciado o fator jurídico, nos que se refere aos direitos subjetivos (MENDONÇA et al., 2011).

Giorgio Agamben (2012) explicando a relação entre Estado de Exceção e Soberania, concluiu que vivemos em uma época que o Estado de Exceção virou regra e que suas conseqüências são desastrosas:

Vivemos há decênios num estado de exceção que se tornou regra, exatamente assim como acontece na economia em que a crise se tornou a condição normal. O estado de exceção – que deveria sempre ser limitado no tempo – é, pelo contrário, o modelo normal de governo, e isso precisamente nos estados que se dizem democráticos. Poucos sabem que as normas introduzidas, em matéria de segurança, depois do 11 de setembro (na Itália já se havia começado a partir dos anos de chumbo) são piores do que aquelas que vigoravam sob o fascismo. E os crimes contra a humanidade cometidos durante o nazismo foram possibilitados exatamente pelo fato de Hitler, logo depois que assumiu o poder, ter proclamado um estado de exceção que nunca foi revogado. E certamente ele não dispunha das possibilidades de controle (dados biométricos, videocâmaras, celulares, cartões de crédito) próprias dos estados contemporâneos. Poder-se-ia afirmar hoje que o Estado considera todo cidadão um terrorista virtual. Isso não pode senão piorar e tornar impossível aquela participação na política que deveria definir a democracia. Uma cidade cujas praças e cujas estradas são controladas por videocâmaras não é mais um lugar público: é uma prisão (AGAMBEN, 2012).

E continua dissertando, atribuindo à Soberania a criação da figura da vida nua, pois, o Soberano decide qual indivíduo deve ser privado do *status* de ser humano:

Minhas investigações mostraram que o poder soberano se fundamenta, desde a sua origem, na separação entre vida nua (a vida biológica, que, na Grécia, encontrava seu lugar na casa) e vida politicamente qualificada (que tinha seu lugar na cidade). A vida nua foi excluída da política e, ao mesmo tempo, foi incluída e capturada através da sua exclusão. Neste sentido, a vida nua é o fundamento negativo do poder. Tal separação atinge sua forma extrema na biopolítica moderna, na qual o cuidado e a decisão sobre a vida nua se tornam aquilo que está em jogo na política. O que aconteceu nos estados totalitários do século XX reside no fato de que é o poder (também na forma da ciência) que decide, em última análise, sobre o que é uma vida humana e sobre o que ela não é. Contra isso, se trata de pensar numa política das formas de vida, a saber, de uma vida que nunca seja separável da sua forma, que jamais seja vida nua (AGAMBEN, 2012).

Essa vida nua, tal qual explicada por Agamben (2012), é representada pelo *homo sacer* e detectada nos regimes totalitários e na prisão de Guantânamo. A vida nua, nada mais é do que vida torturável ou vida matável em um Estado de Exceção.

Castor Ruiz (2011), explica que a vida nua é decretada pelo Poder Soberano em um Estado de Exceção com o intuito de retirar direitos de alguns indivíduos:

O que o *homo sacer* revela é a existência do soberano como figura essencial do direito ocidental e da sua ordem política. O soberano existe porque tem o poder de decretar a exceção do direito, ou seja, suspender o direito para decretar a existência da vida nua. Só um poder soberano, que esteja fora da ordem e acima do direito, tem o poder de decretar a suspensão do direito para os outros (RUIZ, 2011).

Para Giorgio Agamben (2008), essa figura do *homo sacer*, além de se materializar nos campos de concentração e prisões como a de Guantânamo, reflete também o novo paradigma da atualidade. Para ele, vivemos a era da exceção, esta já se transformou em regra, tendo como consequência a transformação do sistema em um aparelho de morte.

Assim, o sistema político do Ocidente parece ser uma máquina dupla, fundada sobre a dialética entre dois elementos heterogêneos e, de certo modo, antitéticos: o “nomos” e a anomia, o direito e a violência pura, a lei e as formas de vida, cuja articulação o estado de exceção tem por vocação garantir. Enquanto esses elementos permanecem separados, sua dialética pode funcionar, mas quando eles tendem à indeterminação recíproca e a coincidir num poder único de duas faces, quando o estado de exceção se torna a regra, então o sistema político se transforma num aparelho de morte (AGAMBEN, 2008).

O Estado de Exceção é uma verdadeira suspensão da ordem jurídica com o intuito de eliminar os não integrados. Esse Estado de Exceção se revelou em toda sua inteireza com a “*military order*” de George W. Bush após o dia 11 de setembro de 2001, pois os Estados Unidos podiam a partir de então, submeter inimigos à prisão ilimitada e ao julgamento de comissões militares. Além do *military order*, o *Patriot Act* também autorizou a prisão e expulsão de suspeitos, representando um Estado de Exceção ao apagar definitivamente o estatuto jurídico desse suspeito, que não podia ser protegido por nenhum regime jurídico, inclusive pela Convenção de Genebra (ABDALLA, 2010, p. 08).

Esse sistema de exceção representa um regime no qual a lei é válida, mas não aplicável por não ter força prática, entretanto, não significa uma ditadura, pois na verdade, cria um vazio jurídico. Agamben (2007, p. 13) afirma *que* “o estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.

E ainda diz que:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica (AGAMBEN, 2007, p. 39).

Agamben (2007) explica que a violência perpetrada no Estado de Exceção não possui lógica alguma:

Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referencia real (AGAMBEN, 2007, p. 63).

A prisão de Guantânamo é o retrato da dominação fática e temporal, da ilegalidade, inconstitucionalidade e inconvencionalidade. Nos dizeres de Agamben, essa prisão representa uma violência governamental ao ignorar normas internacionais e produzir regras de exceção:

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

estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito (AGAMBEN, 2007, p. 131).

Esta prisão americana pode ser comparada com os campos de concentração nazista, mas há uma diferença: os judeus conservavam a identidade de judeus apesar de terem perdido a identidade jurídica, enquanto os presos de Guantânamo representam o retrato da vida nua, ou seja, são indivíduos desprovidos de direitos e isso faz com que o sistema atinja o auge da indeterminação.

Mahvish Rukhsana Khan descreve o relato do prisioneiro Ali Shah Mousovi, que foi detido sem acusação formulada formalmente:

Ele descreveu como era regularmente surrado por americanos, com roupas civis. Mais dolorosos que as equimoses e ferimentos que cobriam seu corpo eram os dias e noites seguidos sem sono. Gravações, em fita, de sirenes estridentes ecoavam por alto-falantes colocados pelos soldados junto a seus ouvidos. Sua cabeça latejava. Sempre que, misericordicamente, conseguia cochilar, era acordado pelo estardalhaço de sarrafos de madeira sendo batidos contra a parede. Recordou a agonia de quando era repetidamente encharcado com água gelada. Disse que não lhe permitiram sentar-se durante duas semanas seguidas. Em alguns momentos, sentia as pernas como se fossem de macarrão cozido; quando elas cediam, ele era surrado e forçado a se levantar de novo. Não conseguia mais se lembrar de quantas vezes isso aconteceu." (...) Disse que foi submetido a temperaturas extremas de calor e frio. Por vezes, eram mantido durante horas na mais completa escuridão e depois obrigado a encarar a luz intensamente brilhante. Era obrigado a permanecer horas intermináveis durante a noite em posições desconfortáveis. Era punido se olhasse para a direita ou para a esquerda (KHAN, 2008, p. 33-34).

Outro detento disse que “suportara múltiplas buscas em todas as cavidades e foi forçado a se despirm enquanto soldados mulheres o observavam” (KHAN, 2008, p. 62).

Em entrevista concedida à jornalista Elisabetta Ambrosi e publicada pelo jornal La Republica no dia 20 de agosto de 2008, o escritor do livro “Uma questão de tortura”, Alfred W. McCoy, explica que a tortura além de ser uma privação sensorial é também causadora de uma dor auto-infligida:

Esta definição não consegue reproduzir o profundo impacto de um interrogatório que prossegue por semanas com um inquisidor adestrado: o qual, como um DJ demoníaco, alterna super-subjugação e negação de estímulos sensoriais, mesclando-os num mundo fechado, privado de luz natural ou de sentido do tempo. Os métodos de interrogatório projetados pela CIA – e estudados segundo as características específicas da vítima, para minar sua psique e identidade individual – incluem, além disso, a “dor auto-infligida” (causada pela manutenção da posição ereta e de posições estressantes), e métodos híbridos como o ‘*water boarding*’: uma técnica

antiga que simula de maneira cruel a sensação de afogamento (MCCOY, 2008).

E ainda afirmou que as torturas atingem também a cultura dos torturados, além de haver uma preferência por parte dos torturadores dos métodos que não deixam marcas:

Indo além do esquema já testado da tortura baseada nos receptores sensoriais comuns a todos, os inquisidores de Guantânamo experimentaram novas concepções ligadas à sensibilidade cultural dos muçulmanos, ligadas às suas visões do gênero e da sexualidade. E direcionados para fobias específicas, como aquela dos cães, que não por acaso estavam presentes em Abu Ghraib.(...).

Os experimentos conduzidos desde o pós-guerra mostraram como a subministração estudada de estímulos durante o interrogatório tende a fazer regredir a vítima, reforçando sua colaboração. Uma das principais características da tortura “no touch” é, além disso, sua qualidade elusiva, ao contrário de sua variante física que deixa lesões ou contusões evidentes (embora, naturalmente, as cicatrizes psicológicas sejam terríveis). Mas, a maior vantagem esteja talvez no fato de que, sendo dificilmente redutível a uma definição precisa, é mais difícil proibi-la e sancioná-la (MCCOY, 2008).

O detento de Guantânamo Samir Naji al-Hasan Moqbel preso há mais de 10 anos, sem ter sido acusado de nenhum crime, revela as torturas sofridas e explica a greve de fome que começou em abril de 2013:

Duas vezes por dia eles me prendem a uma cadeira em minha cela. Meus braços, pernas e cabeça são amarrados. Eu nunca sei quando eles virão. Algumas vezes eles vêm durante a noite, às 23H00, quando estou dormindo". "Há tantos de nós em greve de fome agora que não há membros da equipe médica suficientes para realizar as alimentações forçadas. Eles estão alimentando pessoas o dia todo apenas para prosseguirem (DETENTO..., 2013).

Essa greve de fome, seguida da alimentação forçada na prisão de Guantânamo tem causado indignação. O porta voz do Alto Comissariado da Organização das Nações Unidas para direitos humanos, *Rupert Colville*, afirmou que essa alimentação forçada através de tubos nasais é uma infração ao direito internacional e uma tortura por ser dolorosa. A própria Associação Médica Mundial da qual os fazem parte, já ponderou que isso não é aceitável do ponto de vista ético e ainda que a alimentação acompanhada de ameaças, coação, força ou uso de restrição física é uma forma de trato desumano e degradante (LEMOS, 2013).

O preso Samir Naji al Hasan Mogbel descreveu a alimentação forçada da seguinte forma: "Experimentava agonia no peito, na garganta e no estômago" (...)

"Nunca havia experimentado tal dor antes. Não desejo esse castigo cruel a ninguém" (LEMOS, 2013).

Khan cita também, o desabafo do advogado *Tom Wilner*, que estava em Guantânamo para promover a defesa de 12 detentos kuwaitianos:

Eu não estava mais lutando por princípios jurídicos incorpóreos, mas por pessoas reais que estavam sofrendo- disse- ele. – O caso mudou pra mim, de uma questão puramente de princípios para um problema de sofrimento humano, com indivíduos que contavam comigo para protegê-los e dar-lhes uma oportunidade justa de mostrar sua inocência (KHAN, 2008, p. 55).

O que Khan (2008, p. 60) percebeu na prisão de Guantânamo, durante seu trabalho de intérprete foi a existência de prisioneiros culpados, porém, a maioria esmagadora era inocente. E esses, alegavam que tinham sido vendidos aos Estados Unidos em troca de recompensas.

Essas recompensas são oriundas da campanha dos Estados Unidos pós 11 de setembro, a qual militares americanos lançaram, de avião, panfletos por todo o Afeganistão com promessas de recompensas entre US\$ 5 mil e US\$ 25 mil a quem denunciasse membros do *Talibã* e da *Al Qaeda*. O próprio secretário de defesa Donald Rumsfeld admitiu a promessa de recompensas (KHAN, 2008, p. 71-76).

Diante disso, iniciou-se um grande mercado de seqüestros e denúncias oriundas dos senhores da guerra afegãos, dos habitantes locais e dos paquistaneses. Esses últimos puderam denunciar os afegãos quando estes se refugiaram em seu país devido à guerra declarada pelos Estados Unidos ao Afeganistão. De acordo com a Anistia Internacional, dois terços dos prisioneiros de Guantânamo foram capturados no Paquistão (KHAN, 2008, p. 76).

Khan (2008, p. 77) afirma que Ronald Rumsfeld alegou que esses presos eram "os piores entre os piores". E com base nisso, suspeitos foram presos sem os devidos processos. E,

Como não houve nenhuma investigação, a maioria dos homens de Guantânamo é mantida num buraco negro, sem nacionalidade, uma Terra do Nunca, tenebrosa, onde a lei e a justiça americanas não existem. Eles foram presumidos culpados sem terem uma oportunidade justa de provar sua inocência. São numerados e mantidos fora do alcance de jornalistas, enquanto a administração Bush os retrata coletivamente para a mídia como monstros traiçoeiros e fazedores de bombas (KHAN, 2008, p. 77).

Todos esses métodos utilizados em prol da luta contra o terrorismo causam repulsa mundial. Vários segmentos da sociedade condenam essas práticas e alertam que elas violam os direitos humanos e as Convenções de Genebra.

Para os que defendem a guerra ao terror, os atos de tortura, penas desarrazoadas, tipificação de atos preparatórios, criação de tipos abstratos e de mera conduta, leis de combate com característica simbólica e punitivista e a supressão de direitos e garantias fundamentais são justificadas na luta contra o inimigo. Para eles, este inimigo merece um tratamento diferenciado do cidadão por ter infringido de forma definitiva o ordenamento. Ele deve ser extirpado da sociedade para que não continue sendo um perigo constante.

Esse argumento é utilizado permanentemente pelos Estados Unidos, desde o governo Bush, que descumpra não apenas seus próprios dispositivos constitucionais e legais em matéria de direitos fundamentais para prisioneiros estrangeiros, como também normas internacionais de proteção internacional dos direitos humanos e direito humanitário que os Estados Unidos se comprometeram juridicamente, tais como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, Convenção contra a Tortura e Convenções de Genebra (GÓMEZ, 2008, p. 268).

Jakobs defende essa linha de pensamento:

Nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige, e, sobretudo, para frente, ao futuro no qual uma tendência a cometer fatos delituosos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos para a generalidade (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 22-23).

Durante a guerra ao terror não só a prisão de Guantânamo e suas práticas de torturas estavam em evidência, mas também, as guerras perpetradas contra o Afeganistão e o Iraque.

Dessas duas guerras, percebe-se que o resultado não foi positivo. O problema do terrorismo e as mazelas de regimes ditatoriais não foram resolvidos. Guerras civis surgiram e vários inocentes morreram, sofreram e ainda sofrem as conseqüências da vingança dos Estados Unidos sobre esses países.

Os líderes do Iraque e da organização Al Qaeda foram perseguidos e destruídos. No Iraque, Sadam Hussein foi assassinado após julgamento de um

tribunal de exceção, não condizente com os valores defendidos pelos tratados internacionais de direitos humanos. Já Osama Bin Laden foi identificado e executado sumariamente pelas Forças Armadas dos Estados Unidos, sem direito a nenhuma forma de defesa ou apresentação às autoridades locais competentes do Paquistão do Tribunal Penal Internacional.

O procurador-geral dos Estados Unidos, Eric Holder Jr. declarou aos senadores, em 2011, que Bin Laden era um alvo militar legítimo e seu assassinato foi legal: "Osama Bin Laden era um comandante inimigo em campo de batalha e tratou-se de uma missão de captura ou morte" (BALIARDO, 2011).

Todos esses acontecimentos desencadearam vários debates entre juristas e comentaristas.

Os adeptos da política antiterrorista dos Estados Unidos justificam sua posição na perda de tantas vidas inocentes e na necessidade de fortalecimento da segurança nacional. Agamben (2007) traz um estudo de Versnel que demonstra a relação entre o luto por tantas vidas ceifadas nos ataques terroristas e a mudança do pensamento dos cidadãos e dos comportamentos culturalmente condicionados:

Em um amplo estudo publicado em 1980, Versnel procurou responder a essa questão invocando uma analogia entre fenomenologia do luto - tal como testemunhada pelos mais diversos materiais antropológicos- e os períodos de crise política em que regras e instituições sociais parecem se dissolverem rapidamente. Como os períodos de anomia e de crise, em que se assiste a um desmoronamento das estruturas sociais normais e a uma falência dos papéis e das funções que pode chegar a completa inversão dos costumes e dos comportamentos culturalmente condicionados, assim também os períodos de luto são, frequentemente, caracterizados por uma suspensão e uma alteração de todas as relações sociais.

Quem define os períodos de crise [...] como uma substituição temporária da ordem pela desordem, da cultura pela natureza, do cosmos pelo *chaos*, da eunomia pela anomia, define implicitamente os períodos de luto e suas manifestações. (Versnel, 1980, p. 583) (Versnel *apud* AGAMBEN, 2007, p. 102).

Entretanto, apesar do fenômeno do luto influenciar na defesa das torturas e medidas drásticas contra suspeitos de terrorismo, existem os contrários a esses métodos que repudiam a postura dos Estados Unidos e as violações de direitos humanos. Devido a isso, surgiram várias denúncias, reprovações e campanhas internacionais a favor do fechamento de Guantânamo e o fim das detenções ilimitadas e das torturas.

Essa divisão de opiniões pôde ser vista, especialmente, nas solenidades de homenagens às vítimas do terrorismo do dia 11 de setembro de 2011, onde vários protestos sinalizaram o enfraquecimento da proteção dos direitos humanos e da democracia nos Estados Unidos.

Em um dos eventos ocorrido no dia 9 de setembro de 2011 na Universidade de New York Law School e coordenada por Linda Greenhouse, ex correspondente do The New York Times, a discussão ficou sob o comando de John Yoo que serviu de vice-procurador-geral assistente do Conselho Legal do Departamento de Justiça dos Estados Unidos durante a administração Bush e foi um dos autores de um memorando que justificava as práticas de tortura. Ele afirmou que as críticas ao governo Bush não se baseavam no direito constitucional e que os direitos humanos são respeitados pelos Estados Unidos. Contrário a esse entendimento, David Cole, professora da Universidade Georgetown afirmou que as políticas empregadas por Bush foram desarrazoadas e extremas e que torturas e prisões secretas não podem ser entendidas como mera extensão de poderes do Presidente (BALLIARDO, 2011).

Essa política de torturas em Guantânamo faz com que esta prisão se assemelhe aos campos de concentração nazista, conforme afirma Reyes Mate (2009). Além disso, ele traz à tona depoimentos de sobreviventes do holocausto como forma de comparar com os atuais métodos cruéis:

Jean Améry, um sobrevivente de Auschwitz que nunca pôde se desfazer da ignomínia dos castigos que sofreu, deixou escrito um testemunho esclarecedor dessa descida aos infernos. "Com o primeiro golpe", diz, "quebrava-se a confiança no mundo do qual você espera que cuide do seu ser físico e metafísico. É como uma violação sexual. "A violação corporal é uma forma consumada de aniquilação total da existência". Aniquilação da existência humana porque a dor obriga a renunciar às convicções mais profundas para se concentrar no corpo. Só se é pele, carne e ossos. A vergonha por ter sacrificado sua vida espiritual lhe acompanhará por toda a vida. A última etapa desse processo de desumanização consiste em reconhecer a superioridade do torturador. (...) Quem é capaz de reduzir um homem a mero corpo tem que ser "um deus, ou ao menos um semideus. (MATE, 2009)

E ainda, repudia Guantânamo, explicando que:

Guantânamo é, por isso, um lugar marginal, excepcional, extramuros da polis norte-americana. Não uma prisão, onde sim há direitos, mas um "espaço sem lei", em que os detidos não são acusados de nada preciso, nem há tribunais aos quais recorrer, nem júízo à vista, nem sequer são declarados prisioneiros de guerra, mas inscritos como "combatentes ilegais". São privados do direito, mas não são deixados em paz, porém

ficam sim submetidos à sorte do carcereiro, cuja vontade é a única lei.
(MATE, 2009)

Diante de tantas discussões acadêmicas e políticas em torno desse assunto, instalou-se um projeto denominado Projeto Constituição formado por 11 componentes, incluindo membros da advocacia e de pesquisa jurídica.

O jornal *The New York Times* publicou no dia 15 de maio de 2013 o resultado de um relatório elaborado por esse projeto. Desta análise apartidária concluiu-se que os Estados Unidos indiscutivelmente cometeram práticas de tortura. Esse relatório tem importância histórica, no sentido de revelar a verdade dos fatos. (SHANE, 2013)

Esta análise apontou ainda, que nunca antes na história das guerras existiu uma discussão tão detalhada acerca da crueldade praticada contra detidos. Concluindo, que o uso da tortura não se justifica e ainda denigre a imagem dos Estados Unidos perante o mundo, causando a preocupação quanto ao tratamento dos presos militares americanos em outros países (SHANE, 2013).

Os estudiosos envolvidos nesse projeto não tiveram acesso a informações sigilosas, porém, foi a tentativa mais audaciosa até o momento de analisar os métodos e procedimentos adotados pelos Estados Unidos no pós 11 de setembro (SHANE, 2013).

Hutchinson, que serviu no governo de *Bush* como chefe da Agência Americana de Combate às Drogas e como subsecretário do Departamento de Segurança Interna, participou desse estudo e disse que tem certeza das práticas de torturas perpetradas em Guantânamo. E ainda, declarou que não foi um inquérito fácil, porque pensava que os envolvidos, que eram seus conhecidos, agiam de boa-fé (SHANE, 2013).

Por fim, o relatório concluiu que os interrogatórios feitos sob tortura não garantiram nenhuma informação útil ou fidedigna. Ao contrário, violaram obrigações legais ao causar desaparecimentos forçados e prisões secretas, além de constatar que advogados do governo ofereceram justificativas jurídicas para interrogatórios brutais e que profissionais médicos ajudaram a supervisioná-los e a monitorá-los (SHANE, 2013).

O relatório do Projeto Constituição não abrange somente a era *Bush*, mas também o governo de Obama, criticando a política de segredo excessivo do atual governo americano com base no argumento de que os segredos se justificam em prol da segurança nacional (SHANE, 2013).

CONCLUSÃO

Para o entendimento dos novos paradigmas do Direito Penal é essencial a compreensão dos anseios da sociedade moderna, especialmente em relação ao terrorismo. A onda de ataques terroristas que afligiu o mundo nos últimos tempos fez surgir o Direito Penal do Risco com a característica expansiva do Direito Penal.

Esse Direito Penal do Risco é fruto das novas demandas da sociedade e demonstra uma forma de legitimar a teoria do Direito Penal do Inimigo que tem como finalidade neutralizar os inimigos.

Os ataques terroristas de 11 de setembro causaram medo, insegurança e terror na sociedade americana. Consequência disso, foi a utilização pelos Estados Unidos da técnica da hipertrofia legislativa e da legislação simbólica no intuito de acalmar a população sedenta por segurança e crença no sistema jurídico e político.

Nesse contexto de exacerbado punitivismo, insere-se o funcionalismo sistêmico de Jakobs trazendo a explicação da função do Direito Penal e a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Para ele, o Direito Penal tem a função de garantir a eficácia do sistema normativo e a Teoria do Direito Penal do Inimigo faz a diferenciação entre o cidadão e o inimigo.

Verifica-se a adoção deste Direito Penal do Inimigo na luta contra o terrorismo, diante dos procedimentos utilizados pelos Estados Unidos. Para este país, a batalha que se trava neste momento, não pode ser enfrentada com a dogmática penal clássica, pois é inegável o surgimento de novos paradigmas e novas formas de aterrorizar populações inteiras e, diante disso novas formas de enfrentamento e combate a esses inimigos são necessárias.

O Direito Penal do Inimigo propõe a legitimação de um sistema normativo, o qual retira do cidadão a condição de ser humano e, em consequência, defere um tratamento diferenciado por ser considerado inimigo. Mas, a definição de inimigo é temerária, por não haver uma regra específica para isso. O que vem acontecendo é a escolha dos inimigos de forma discricionária pelos Estados.

Para essa teoria, o inimigo é aquele que não oferece garantia cognitiva mínima e para ele são designadas a pena como coação e o encarceramento como resultado de seus atos. Isso está retratado na prisão de Guantânamo, onde centenas de detentos sofrem as piores torturas diariamente e vivem na condição de *homo sacer*, sem o respeito a seus direitos fundamentais.

Entretanto, essas atitudes dos Estados Unidos têm sofrido duras críticas dos adeptos do Garantismo Penal, os quais defendem a proteção integral dos direitos humanos em qualquer situação. Ainda, argumentam que, a retirada ou flexibilização desses direitos em prol da segurança nacional não é viável, mesmo diante de um Estado de Exceção e, com a presença de inimigos no Estado.

No centro da discussão acerca de políticas criminais racionais, é necessário reconhecer que a adoção indiscriminada do Direito Penal do Inimigo esconde a omissão do Estado em adotar políticas públicas efetivas e desrespeitam o princípio da segurança jurídica e da legalidade quando institui tipos penais amplos ou incertos, e ainda, admitem crimes não previstos em lei ou aplicação retroativa de penas.

Na atualidade, é evidente a contaminação do “Direito Penal da Normalidade” por regras do Direito Penal do Inimigo, que expressam os excessos e falta de proporcionalidade nas medidas adotadas, violam direitos fundamentais e colocam em

risco a própria configuração do Estado Democrático de Direito, representando a atual crise da humanidade.

A esses inimigos despidos de direitos humanos, não são concedidos proteção legal. Os Estados Unidos se recusam a aplicar as normas internacionais que regulamentam as guerras, alegando se tratar de uma guerra assimétrica, a qual os terroristas não possuem uniformes e identificações de um Estado Soberano e que seus atos são feitos às escondidas. Portanto, se os terroristas ignoram as normas internacionais da guerra, os Estados Unidos concluem que também não tem o dever de respeitá-las.

O que se vislumbra é um embate entre os defensores de medidas duras, a erosão da humanização e da proporcionalidade das penas em um período de exceção e na luta contra inimigos, e de outro lado adeptos da proteção integral dos direitos humanos, inclusive em períodos de exceção.

O paradoxo entre segurança pública e a dignidade da pessoa humana, encontra-se representando pelos métodos políticos alienantes de um governo antidemocrático ou sensacionalismos midiáticos que não expressam a relevância real do problema. A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental da sociedade e jamais pode ficar relegada em prol da segurança nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Guilherme de Andrade Campos. *O estado de exceção em Giorgio Agamben: contribuições ao estudo da relação direito e poder*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Deus não morreu, Ele tornou-se dinheiro*. 2012. Entrevista concedida ao Instituto Humanitas Unisinos. Disponível em: <www.ihu.unisinos.br/noticias/412966-giorgio-agamben>. Acesso em: 20 jun. 2013.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Introdução ao conceito de estado de exceção*. Grupo de Pesquisa em Midiativismo, PUC/SP. Disponível em: <http://imediata.org/midiativismo/?page_id=18>. Acesso em: 12 set. 2013.

ALIMENA, Bernardino. *Introdução ao direito penal*. Tradução de Maria. F. C. Bottallo. São Paulo: Rideel, 2007.

A ONU classifica alimentação forçada em Guantánamo de tortura. Adital Notícias da América Latina e Caribe, Fortaleza, 2 maio 2013. Disponível em: <<http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=75057>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

AZAMBUJA, Carlos Llich Santos. *A definição de terrorismo*. CMI Brasil, Centro de Mídia Independente, 2008. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/red/2008/07/424043.shtml>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

BALLIARDO, Rafael. Operação que matou Bin Laden foi legal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/operacao-matou-bin-laden-foi-legal-procurador-geral-eua>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1984.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica sobre a prevenção geral positiva de Gunther Jakobs. *Revista de Estudos Criminais*, n. 26, jul./set. 2007.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUTLER, Judith. *O limbo de Guantánamo*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S0101-33002007000100011>. Acesso em: 12 set. 2013.

- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN, 2002. v. 2 Parte geral.
- CHACRA, Gustavo. *Obama assina lei que impede fechamento de prisão de Guantánamo*. *Estadão.com.br*, São Paulo, 5 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,obama-assina-lei-que-impede-fechamento-de-prisao-de-guantanamo-,980817,0.htm>>. Acesso em: 11 set. 2013.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. Do iluminismo ao direito penal do Inimigo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 869, mar. 2008.
- DETENTO em Guantánamo conta sobre torturas sofridas em prisão. *Correio brasileiro*. Brasília, 13 set. 2013. Disponível em <http://www.correiobrasileiro.com.br/app/noticia/mundo/2013/04/15/interna_mundo,360463/detento-em-guantanamo-Conta-sobre-torturas-sofridas-em-prisao.shtml>. Acesso em: 13 de setembro de 2013.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DIP, Ricardo; MORAES JUNIOR, Volney Corrêa Leite de. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. Campinas: Millennium, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. [Entrevista concedida ao Jornal do Comércio]. In: FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. *O garantismo apenas para proteção dos poderosos*. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-08/desvirtuamento-garantismo-penal-protECAo-poderosos>>. Acesso em: 12 set. 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *A teoria do garantismo penal e seus reflexos no Direito e no Processo Penal*. Roma, 14 dez. 1997. In entrevista com Luigi Ferrajoli, concedida a Fauzi Hassan Choukr. Entrevista nº 77. *Boletim IBCCRIM*, abril, 1999.
- FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. *O garantismo apenas para proteção dos poderosos*. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-08/desvirtuamento-garantismo-penal-protECAo-poderosos>>. Acesso em: 12 set. 2013.
- FÖPPEL, Gamil. *A Função da pena na visão de Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Tradução Órizon Carneiro Muniz. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995. (Obras completas de Sigmund Freud, v. 13).
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O Direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no Século XXI, v. 10).

- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. 2004. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 12 set. 2013.
- GÓMEZ, José María. Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo. Desterritorialização e Confinamento na “Guerra contra o Terror”, *Revista Contexto Internacional*, v. 30, n. 2, 2008.
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- HOFFMAN, Bruce. *Inside Terrorism*. Columbia University Press, 1998.
- HULSMAN, Louk. *Curso livre de abolicionismo*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: forense, 1955. v. 1.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- JAKOBS, Günter; MELIÁ, Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.
- JAKOBS, Günter. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Barueri: Manole, 2003.
- JAKOBS, Günter. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- JAKOBS, Günter. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Tradução de Teresa Manso. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, 2000.
- JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Navarra: Aranzadi, 2006.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- KHAN, Mahvish Rukhsana. *Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram*. Tradução de Constantino K. Korovaeff. São Paulo: Larousse, 2008.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LAQUEUR, Walter. *Terrorism a brief history*. 2004. Disponível em:

<www.laqueur.net>. Acesso em: 3 set. 2013.

LAQUEUR, Walter. *The terrorism to come*. 2004. Disponível em: <www.laqueur.net>. Acesso em: 3 set. 2013.

LAQUEUR, Walter. *World of terror*. 2004. Disponível em: <www.laqueur.net>. Acesso em: 3 set. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LONDRAS, Fiona de. *Na sombra do caso Hamdan versus Rumsfeld: o direito dos prisioneiros da baía de Guantánamo ao habeas corpus*. *Revista Panóptica*, Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A13.pdf>. Acesso em 12 set. 2013.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2.

LYRA, Roberto. *Direito penal normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MAGNOLI, Demétrio. Guantánamo é a síntese da barbárie judicial engendrada pela guerra ao terror. 2013. *Estado de São Paulo*. In: Revista Veja, 13 maio 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tag/guantanamo/>>. Acesso em: 12 set. 2013.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MÁRQUEZ, William. *Por que Obama não consegue fechar Guantánamo?* Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130502_guantanamo_obama_ru.shtml>. Acesso em: 11 set. 2013.

MARTINS, Ligia Inoue; ESTRADA, Fernando Bonfim Duque. Direito penal do inimigo. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, MS, v.11, n. 21, jan./jun. 2009.

MASSON, Cléber. *Direito penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 1.

MATE, Reyes. *Guantánamo, as pegadas da tortura*. El País, 2 maio 2009. In: Instituto Humanitas Unisinos, 7 maio 2009. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/22020-guantanamo-as-pegadas-da-tortura>>. Acesso em: 12 set. 2013.

MCCOY, Alfred. [Entrevista concedida a Elisabeta Ambrosi]. *Jornal La Republica*, 20 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/16189-da-guerra-fria-a-guantanamo-e-as-torturas>>. Acesso em: 10 maio 2013.

MENDONÇA, Isabella; BASTO, Julia; GUIMARÃES, Sílvio. Aula 23: *O tribunal penal de exceção: Guantánamo*. <Disponível em <http://academico.direito->

rio.fgv.br/wiki/Aula_23:_O_Tribunal_Penal_de_Exceção_Guantánamo>. Acesso em: 12 set. 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: direito penal do inimigo*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RABELLO, Aline de Souza e Silva. *Conceito de terrorismo nos jornais americanos: uma análise de textos do New York Times e do Washington Post, logo após os atentados de 11 de setembro*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/101784.PDF>. Acesso em: 25 jul. 2013.

RODRIGUES, Anabela M. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RUIZ, Castor. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua*. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4044&secao=371>. Acesso em: 12 set. 2013.

SANCHEZ, Jésus Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luis Otávio O. Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SANCHEZ, Jesús María Silva. *Eficiência e direito penal*. Tradução de Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociologia da tortura*. Disponível em <http://www.galizacig.com/actualidade/200405/cm_sociologia_da_tortura.htm>. Acesso em: 12 set. 2013.

SANTOS, Juarez Cirino. *O direito penal do inimigo, ou, o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Esquerda punitiva*. Disponível em: <http://ultimainstanciaa.ig.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=17342>. Acesso em: 11 set. 2013.

SHANE, Scott. *EUA usaram tortura após o 11 de setembro, afirma relatório apartidário*. 2013. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/nyt/2013-05-15/eua-usaram-tortura-apos-o-11-de-setembro-afirma-relatorio-apartidario.html>. Acesso em: 11 set. 2013.

SILVA, Aflen da; RODRIGO Pablo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA, Alexandre Assunção e. Garantismo “positivo” é garantismo?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3213, 18 abr. 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/21541>>. Acesso em: 12 de set. 2013.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Direito penal do inimigo e o controle social no estado democrático de direito*. 2008. Disponível em: <www.clubjus.com.br>. Acesso em: 12 set. 2013.

CASA Branca defende a prática do 'submarino', considerada tortura. G1.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL288805-5602,00.html>>. Acesso em 12 set. 2013.

ARTIGO 3º comum às quatro Convenções de Genebra. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Genebra. Disponível em <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/treaty/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>>. Acesso em: 12 set. 2013.

A ONU e o Terrorismo. ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-terrorismo>> Acesso em: 12 set. 2013.

GUANTÂNAMO: 5 peritos da ONU denunciam tortura e exigem encerramento do centro de detenção. Disponível em: <http://w.onu.fr/pt/direitos-humanos-actualidade/3261>. Acesso em: 12 set. 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VARVAELE, John A. E. A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?. *Revista Eletrônica de direitos humanos e política criminal-REDHPC*, n. 1, nov. 2007. Porto Alegre/RS. Disponível em: <http://www.ufgrs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

VELO, Joe Tennyson. *O problema da fundamentação do direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 894, abr. 2010.

ZAFFARONI, Eugênio R. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.