



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - FUPAC
FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBERLÂNDIA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

TAMIRIS GONÇALVES ALMEIDA

**ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA
UTILIZAÇÃO PARA JUSTIFICAR A “GUERRA AO TERROR”**

UBERLÂNDIA

2015

TAMIRIS GONÇALVES ALMEIDA

**ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA
UTILIZAÇÃO PARA JUSTIFICAR A “GUERRA AO TERROR”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Uberlândia – FUPAC, como requisito para a conclusão do curso.

Orientador: Luís Eduardo Fonseca Soares

UBERLÂNDIA

2015

Tamiris Gonçalves Almeida

**Abordagem crítica sobre o Direito Penal do Inimigo e a sua utilização para justificar a
“guerra ao terror”**

Dissertação apresentada à Universidade Presidente
Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 10/12/2015

BANCA EXAMINADORA

Luciana Aparecida de Freitas
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Luís Eduardo Fonseca Soares
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Thayz Nunes
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho à minha mãe, Amariles, pois sem ela esta conquista não seria possível;
Ao meu pai, Hernani, que mesmo distante nunca deixou de me apoiar e incentivar;
E ao meu grande irmão, Thalles, que com seu jeito único e alegre não me deixou fraquejar em momento algum.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente à minha mãe, mulher incrível que sempre lutou com muita garra para me oferecer uma educação de qualidade, e uma criação exemplar. Pessoa que, com sua braveza, sempre me inspirou a ser alguém melhor. É a fonte da minha força e a confiança que eu preciso para enfrentar o mundo.

Agradeço ao meu pai, que mesmo distante conseguiu estar presente em minha vida. Obrigada por ouvir todos os meus desabafos e crises existenciais. Você sempre me ajudou a escolher o caminho certo a trilhar.

Agradeço também meu irmão, que não deixou que a seriedade que esta graduação impõe se contaminasse no meu dia-a-dia, sempre me alegrando. Deixo aqui a minha gratulação a todos os meus demais familiares, que sempre se fizeram presentes nesta caminhada.

Quanto aos meus avós, Antônia e José, e ao meu outro pai, Paulo, sei que de onde estiverem estarão olhando por mim e me protegendo. Sempre estarão presentes em meu coração. Saudades eternas, e obrigada por tudo.

Aos meus professores Wander Pereira e Luís Eduardo Fonseca Soares, por todo o auxílio na escrita desta monografia.

Agradeço ainda aos meus amigos (as), colegas de classe e professores, obrigada pela paciência, incentivo, força e principalmente pelo carinho.

“No manicômio global, entre um senhor que julga ser Maomé e outro que acredita ser Buffalo Bill, entre o terrorismo dos atentados e o terrorismo da guerra, a violência está nos arruinando.”

Eduardo Galeano

RESUMO

Análise da controversa teoria formulada por Günther Jakobs – o Direito Penal do Inimigo – e da utilização da referida corrente doutrinária para justificar repressões desmedidas ao terrorismo – como, por exemplo, a chamada “Guerra ao Terror”. A princípio, serão abordados por esta, temas gerais de Direito Penal, com o intuito de fornecer noções basilares para que o tema proposto possa ser desenvolvido em sua plenitude. Para tanto, realizar-se-á a conceituação do ramo do Direito retro mencionado, bem como um breve apanhado histórico de sua evolução. Por conseguinte, há de tratar das teorias da conduta humana no delito, por meio de uma sucinta apresentação com o escopo de rever suas especificidades e falhas apresentadas. A análise destas se perpassará desde as clássicas teorias – teoria causalista, teoria neokantista, teoria finalista –, até as teorias modernas – funcionalista teleológica e sistêmica – que buscaram sistematizar o conceito de delito perante as mudanças sociais constantes. Outra tese examinada será a do penalista Jesús-María Silva Sánchez, que trata das Velocidades do Direito Penal. O presente trabalho ainda se encarrega de uma breve avaliação da teoria desenvolvida por Ulrich Beck, a chamada teoria da sociedade de risco, na qual o autor se ocupa de delinear as características marcantes do mundo pós-revolução industrial, e das consequências sociais do desenvolvimento tecnológico global. Após a dissecação das teorias supracitadas, é que se torna possível vislumbrar a origem do Direito Penal do Inimigo. Desta forma, inicia-se, então, o estudo específico da corrente doutrinária tema desta tese. A apreciação da teoria exposta por Günther Jakobs será iniciada pela determinação de seus antecedentes históricos, para que seja possível delinear as bases teóricas utilizadas pelo autor para formular este polêmico postulado. Em seguida, o Direito Penal do Inimigo será destrinchado em uma análise minuciosa do tema. Isto posto, será realizado um estudo conjuntural do terrorismo, de como tem se dado suas ações, e quais as reações dos Estados quando atacados por uma “ameaça terrorista constante”. Sendo assim, se faz cabível uma análise contextual dos atentados aos Estados Unidos, no famoso 11 de setembro de 2001, e as consequências da reação extremada colocada em prática pelo governo americano, quando o mesmo resolve adotar práticas comuns às colocadas na teoria de Jakobs. Por fim, será exposta a crítica realizada a adoção desta teoria. O Direito Penal do Inimigo é uma teoria baseada em aspectos antiquados, pois se trata de um direito penal de máxima repressão cuja intenção é punir

o inimigo e afastá-lo da sociedade para que assim se evite a incidência de novos crimes. Tais punições severas afastam certas garantias fundamentais do indivíduo, como o direito ao devido processo legal. Em uma sociedade em que Estados Democráticos de Direito imperam, seria absurdo defender uma teoria cuja essência gira em torno da derrogação de direitos humanos.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Günther Jakobs. Terrorismo. Direito de Máxima Repressão.

ABSTRACT

Analysis of the controversial theory formulated by Günther Jakobs - the Criminal Law of the Enemy - and the use of this doctrine to justify unreasonable repression of terrorism - as, for example, the "War on Terror". At first, will be addressed general issues of criminal law, in order to provide basic notions so the theme can be developed entirely. Thereunto will be held the concept of the retro mentioned branch of law, and a brief historical overview of its evolution. Consequently, will be discussed the theories of human behavior in the crime, through a brief presentation with the scope to review their specificities and presented failures. Analysis of these is thread through from the classical theories - causalist theory, neokantista theory, finalist theory - up to modern theories - teleological and systemic functionalist - that sought to systematize the concept of crime in the face of constant social changes. Another thesis will be examined the punitive Jesús María Silva-Sanchez, dealing with speeds of criminal law. This work also takes care of a brief review of the theory developed by Ulrich Beck, the so-called theory of risk society, in which the author deals with outline the salient features of the post-industrial revolution world, and the social consequences of technological development global. After dissection of the above mentioned theories, is that it is possible to discern the origin of the Criminal Law of the Enemy. Thus, begins then the specific study of the doctrinal theme of this thesis current. The assessment of the theory expounded by Günter Jakobs starts by determining its historical background, so you can outline the theoretical bases used by the author to make this controversial postulate. Then the Criminal Law of the Enemy will destrinchado on a thorough analysis of the subject. That said, one cyclical terrorist study will be conducted, how has given his actions, and what the reactions of the State when attacked by a "constant terrorist threat." Therefore, it is appropriate contextual analysis of the attacks on the United States, the famous September 11, 2001, and the consequences of extreme reaction acted by the US government, when it decides to adopt common practices to put in Jakobs theory. Finally, the criticism made the adoption of this theory will be exposed. The Criminal Law of the Enemy is a theory based on antiquated aspects, because it is a criminal law of maximum repression whose intention is to punish the enemy and remove him from society so that to avoid the incidence of new crimes. Such severe punishments away certain fundamental guarantees of the individual, such as the right to due process. In a society where law

of Democratic States prevail, it would be unreasonable to assert a theory whose essence revolves around the derogation of human rights.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Günther Jakobs. Terrorism. Law Enforcement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – CONCEITO, BASES HISTÓRICAS E CONTEXTO DO DIREITO PENAL	15
1 DIREITO PENAL	15
1.1 BREVE HISTÓRICO.....	17
1.2 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS JURÍDICO-PENAIIS DO DELITO.....	20
1.2.1 Teoria Causalista	20
1.2.2 Teoria Neokantista	20
1.2.3 Teoria Finalista	21
1.2.4 Teoria Funcionalista	22
1.2.4.1 Funcionalismo Teleológico	23
1.2.4.2 Funcionalismo Sistêmico.....	24
2 A SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL	25
3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL	29
3.1 PRIMEIRA VELOCIDADE	30
3.2 SEGUNDA VELOCIDADE	30
3.3. TERCEIRA VELOCIDADE.....	31
CAPÍTULO II – O CONSAGRADO DIREITO PENAL DO INIMIGO	33
1 ANÁLISE INICIAL	33
2 A CRONOLOGIA DE UMA TEORIA	34
3 FUNDAMENTO TEÓRICO	38
4 O INIMIGO	44
5 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	46
6 DIREITO PENAL DO INIMIGO VERSUS DIREITO PENAL DO CIDADÃO	49
CAPÍTULO III – O TERRORISMO ANALISADO SOB OS PRESSUPOSTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	51
1 O TERRORISMO	51
2 O CONCEITO DE TERRORISMO	52

3 ANÁLISE SOBRE O FENÔMENO TERRORISMO	55
4 O ATENTADO DE 11 DE SETEMBRO DE 2001	56
5 A GUERRA AO TERROR.....	58
6 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	62
7 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA EXPLICAR A GUERRA AO TERROR.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo geral a realização de uma abordagem – crítica – da Teoria do Direito Penal do Inimigo elaborada pelo jurista alemão Günther Jakobs, e de como este arcabouço argumentativo vem sendo utilizado para fundamentar a chamada “Guerra ao Terror”.

O estudo e a realização de uma análise crítica sobre o Direito Penal do Inimigo é de suma importância, devido às implicações que a adoção de tal teoria – tão extremista e retrograda – em pleno século XXI, traz. A polarização que esta doutrina impõe, entre cidadãos e inimigos, como se houvesse um estado de guerra, traz reminiscência de um passado amargo.

A adoção de um Direito Penal do Inimigo, com punições radicais, onde grande parte dos Direitos Fundamentais – aqueles inerentes ao homem – são restritos, seria um retrocesso inexplicável, que implicaria em simplesmente ignorar grandiosas conquistas – como, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos – que não foram fáceis de alcançar.

Sendo assim, é necessário que os discentes do curso de Direito tenham conhecimento do arcabouço teórico aqui proposto. Pois, conforme o escritor uruguaio Eduardo Galeano, “a primeira condição para modificar a realidade é conhecê-la”.

Segundo Bervian e Cervo (2007), “o homem de cada período histórico assimila resultados científicos das gerações anteriores, desenvolvendo e ampliando alguns aspectos novos”. Sendo assim, o método utilizado para a realização desta monografia foi o de pesquisa bibliográfica. Tal método consiste na análise de diversas referências teóricas encontradas em livros, artigos científicos, web sites e afins.

Por meio deste levantamento de material sobre o tema proposto, foram elaboradas situações problemas e hipóteses de solução para as mesmas. O intuito da escolha deste método foi analisar as principais contribuições teóricas existentes sobre o Direito Penal do Inimigo, para que com isso possamos ampliar o conhecimento sobre o tema proposto, e utilizá-lo como ferramenta para a criação de soluções para as situações colocadas.

Deste modo, a partir do estudo da teoria proposta por Günther Jakobs - o Direito Penal do Inimigo – e o dado o contexto mundial, surgem determinados questionamentos. Qual seria o fundamento da adoção de medidas no sentido desta teoria por um Estado? Por que ela está sendo aplicada para justificar a “Guerra ao Terror”? E por quais motivos a utilização desta não seria a melhor forma de tratar o terrorismo?

Para que seja possível responder tais questões supramencionadas, é necessário que se estabeleça as ferramentas que serão utilizadas para tanto. Portanto, os objetivos específicos infra determinados nada mais são que o instrumental utilizado para que se possa replicar as situações retro problematizadas, e estão delimitados da seguinte forma:

- Explanação sobre os conceitos de Direito Penal, e sobre o que trata este ramo do direito. Além disso, será realizado um breve apanhado histórico da evolução do Direito Penal. Através da análise destes pontos formar-se-á parte da composição base geral para a compreensão do tema proposto.
- Compêndio sobre as teorias jurídico-penais da ação e sobre as velocidades do Direito Penal, com o fim de delineamento das origens teóricas do Direito Penal do Inimigo.
- Explicação minuciosa do Direito Penal do Inimigo, tratando especificamente sobre suas origens, sua conceituação, características, e outros.
- Panorama geral sobre o terrorismo, o contexto internacional hodierno, e como a teoria supracitada é utilizada na conjuntura em questão.
- Finalmente, devido ao acúmulo realizado com a feitura dos pontos acima, as críticas sobre o Direito Penal do Inimigo, e sobre a utilização do mesmo para justificar a “Guerra ao terror” serão realizadas.

Sendo assim, o primeiro capítulo deste tratará de realizar um breve apanhado – tanto histórico quanto moderno – das teorias que marcam o Direito Penal. Quais sejam as teorias jurídico-penais da ação, a sociedade de risco, e o Direito Penal das velocidades.

No segundo capítulo incumbirá de destrinchar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs. Para tanto, será esboçada uma breve cronologia da criação da tese em voga, o estudo dos fundamentos teóricos que serviram de apoio para que ela surgisse, as principais características que ela possui, a caracterização de um inimigo, e outros.

O terceiro capítulo será responsável pela delimitação do grande tema chamado terrorismo, onde se realizará o recorte focado nos atentados de 11 de setembro, e na guerra ao terror. No término do capítulo, há de se abordar, de maneira crítica, a Teoria do Direito Penal do Inimigo. E finalmente, serão expostas as considerações finais diante de tudo que foi exposto.

CAPÍTULO I – CONCEITO, BASES HISTÓRICAS E CONTEXTO DO DIREITO PENAL

1 DIREITO PENAL

O termo Direito Penal está intimamente conectado a alguma forma de violência. Basta um breve olhar sobre a sociedade hodierna para observar que as relações humanas são – e sempre foram – contaminadas pela violência. O sociólogo alemão Durkheim, no fim do século XIX, já lecionava que, em todas as sociedades constituídas pelo ser humano, ocorre a incidência da criminalidade. Sendo assim, para o teórico, a criminalidade é um fenômeno social normal, e conseqüentemente, para a contenção da mesma, é necessária a criação de normas que regulem tais relações sociais. (BITENCOURT, 2012)

Com efeito, o Direito Penal surge como uma forma de controle social formal, que busca solucionar a ruptura social gerada por meio de comportamentos ilícitos. Dessarte, o Direito Penal atuará quando os outros mecanismos de controle social existentes no direito forem insuficientes para a resolução dos conflitos supramencionados, ou seja, como *ultima ratio*¹. (BITENCOURT, 2012)

O procurador da justiça, e professor, Fernando Capez dá, em sua obra “Curso de Direito Penal – Parte Geral” (2012), uma definição para o Direito Penal:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação. (CAPEZ, 2012, pg. 18)

No trecho acima, Capez conceitua o Direito Penal como o ramo do Direito que possui a função de determinar quais comportamentos merecem relevância penal, além de descrever a respectiva punição para o indivíduo que o pratica.

Para Estefam e Gonçalves (2012), o Direito Penal pode ser definido como:

¹ Expressão latina que pode ser traduzida como a última razão. (SANTOS, 2001)

Ramo do Direito Público, que se ocupa de estudar os valores fundamentais sobre os quais se assentam as bases da convivência e da paz social, os fatos que os violam e o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a proteger tais valores, mediante a imposição de penas e medidas de segurança. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 33)

Os autores do livro “Direito Penal Esquematizado – Parte Geral” conceituam o Direito Penal como uma subdivisão do Direito Público que trata de estudar os bens jurídicos fundamentais os quais se assentam uma sociedade, e por consequência, tipifica condutas que prejudicam tais bens. Uma vez que o escopo maior desta seara do Direito é prover a proteção destes valores, impondo penas e afins.

O doutrinador Cézár Roberto Bitencourt, no livro “Tratado de Direito Penal – Parte Geral”, apresenta a duplicidade conceitual do Direito Penal. Por um lado, é entendido como “como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança”. Por outro lado, o Direito Penal, “apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais”. (BITENCOURT, 2012)

São inúmeras as definições de Direito Penal, que se sucedem, conservando de modo geral, a mesma essência. Rogério Greco, jurista brasileiro, afirma que “A finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade.” Para que esta proteção seja de fato concretizada, o Estado utiliza-se do seu monopólio da força para cominar, aplicar e executar penas. Desta forma, observa-se que a pena não é a finalidade do Direito Penal, apenas um instrumento de coerção para proteção dos bens significativos da sociedade. (GRECO, 2015)

Para Miguel Polaino-Orts, professor da Universidad de Sevilla, a principal função deste ramo do Direito é “assegurar a confiança geral nas normas penais e manter o respeito geral a ditas normas”. Para o autor, se os cidadãos não puderem confiar no ordenamento jurídico que os rege, quebra-se o principal pressuposto básico de uma sociedade: a confiabilidade que os indivíduos possuem na norma. (POLAINO-ORTS, 2014)

Ante o exposto, depreende-se, portanto, que o Direito Penal, atua como meio de controle social formalizado, moderando o trato dos indivíduos em sociedade. É concretizado por meio do

monopólio do *jus puniendi*², que o Estado mantém sob o poder coercitivo. Para tanto, se faz necessária a criação de um aparato legal que regule a *persecutio criminis*³, que ocorrerá conforme as normas preestabelecidas. (BITENCOURT, 2012)

Por fim, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, somente haverá intervenção penal quando os demais ramos do Direito se mostrarem inaptos a tutelar devidamente os bens jurídicos relevantes na vida em sociedade, sendo, portanto o último recurso do Direito a ser utilizado. (BITENCOURT, 2012)

Conforme o sistema político instituído pela Carta Magna brasileira de 1988, o Direito Penal deverá ser estruturado a partir da concepção democrática do Estado de Direito. Isto significa dizer que deverão ser respeitados os princípios e garantias reconhecidos na Constituição Federal. Ou seja, o Direito Penal deve estar a serviço da sociedade, objetivando a proteção dos bens jurídicos fundamentais, para que, assim, se alcance uma justiça equitativa. (BITENCOURT, 2012)

Nesta direção, ao se levar em consideração os dizeres constitucionais, é compreensível a constante luta por um Direito Penal humano, que se legitime por meio do acato aos direitos e garantias individuais trazidas pela Carta Magna. (BITENCOURT, 2012)

1.1 BREVE HISTÓRICO

O agrupamento de seres humanos pelas várias regiões do planeta fomentou a criação de blocos de indivíduos com características (sociais, culturais; religiosas, políticas etc.) em quase tudo comuns. Desse agrupamento humano nasce uma comunidade ligada por um laço espontâneo e subjetivo de identidade, e para sobrevivência da mesma fez-se necessária a criação de um conjunto mínimo de regras, inclusive penais. (MAZZUOLI, 2013)

O Direito, em sua origem, consuetudinário, era transmitido oralmente, sendo que cada agrupamento social possuía suas próprias regras. Em seus primórdios, o Direito era impregnado de valores morais religiosos. O instrumento legal mais célebre deste período é o Código de Hamurabi, que possui vários preceitos com disposições criminais, o tornando, em certo ponto, uma das primeiras leis penais que se tem ciência. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

² Expressão latina que pode ser traduzida como o direito de punir. (SANTOS, 2001)

³ Brocardo latim que significa perseguição do crime. (SANTOS, 2001)

Por muitos anos o Direito permaneceu atrelado à religião, e desta forma, as penas eram entendidas como vingança divina, mística. Eventos naturais (chuvas, secas, longos invernos, estiagens) eram entendidos como prêmio ou castigo, relativos à ação do homem. Ou seja, a violação das regras sociais era punida severamente, pois, acreditava-se que se a desobediência ficasse impune poderia despertar a ira das divindades. Portanto, as aplicações de castigos tinham o objetivo de apaziguar, evitando uma possível revolta dos deuses. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Com a evolução das sociedades e o surgimento da propriedade privada, o homem passa a tomar o direito para si, e fazer justiça pelas próprias mãos. A desobediência ao direito cominava em castigos, muitas vezes exagerados e desproporcionais. Mas, a ausência de equilíbrio entre a ação transgressora e a sanção imposta, foi causando, ao longo do tempo um enfraquecimento gradativo do grupo social. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

As frequentes penas de morte, banimento, bem como as mortes decorrentes das batalhas com clãs rivais, acabavam por debilitar a célula social. Surge, neste contexto, o Talião, um processo de justiça cujo objetivo era estabelecer penas proporcionais ao mal causado, de maneira individual – origem da conhecida expressão: olho por olho, dente por dente. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

No Império Romano, em seu período clássico, o Direito passa a ser escrito predominantemente por juristas, se tornando uma ciência coerente e racional. E é neste contexto que surge a divisão do Direito em dois grandes ramos, o público e o privado. Os romanos contribuíram para a evolução do direito penal fazendo a distinção do crime, do propósito, do ímpeto, do acaso, do erro, da culpa leve, do simples dolo e dolo mau (*dolus malus*), além do fim de correção da pena. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Com a formação de reinos e afins, cria-se um aparato estatal primitivo e este passa a intervir no Direito. Os reinos, então passam a deter o monopólio do poder de coerção, sendo o único legitimado a impor penas criminais. A pena se torna uma garantia da existência do próprio Estado, já que este último possuía a responsabilidade de assegurar a integridade territorial, política e social de seus súditos. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

O fim do século XVII é marcado pelo início do período humanitário do direito penal. Este movimento lutou pela reforma das leis e humanização das penas. Obras como o “Contrato Social” (Rousseau) e “O Espírito das Leis” (Montesquieu) inspiraram o Marquês de Beccaria a

escrever o livro “*Dei Delitti*”. Esta obra se tornou um símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente. E surge neste contexto a Escola Clássica do Direito Penal. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Beccaria, precursor da Escola Clássica, entendia que através do contrato social, os homens se reuniam em grupos para evitar possíveis sofrimentos, abrindo mão de parte de sua liberdade para constituir uma sociedade. Sendo assim, acreditava que a pena tinha a finalidade de dar exemplos, para que desta forma, outros indivíduos não cairiam na tentação de praticar um delito. Carrara, outro autor da Escola, entendia que o delito não se configurava como uma ação, e sim como uma infração, que provinha de um ato moralmente imputável. No dado contexto, a pena, para o autor, seria a retribuição pelo mal praticado, sendo esta de natureza repressiva, aflitiva e pessoal. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Com o avanço das ciências sociais, no fim do século XIX, a Escola Clássica torna-se ultrapassada, visto que a sociedade já havia passado por grandes transformações e as colocações feitas por esta corrente teórica deixava a desejar quando aplicada na realidade da época. A criminalidade aumentava, e as pessoas buscavam soluções jurídicas para resolver esta questão. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

O criminoso passa a ser estudado com afinco, através da utilização de novos métodos, buscando entender as causas do delito. O crime era entendido como um fato social e humano. Os positivistas entendiam que alguns seres humanos nasciam predominados a serem criminosos. Para tais teóricos a pena possuía caráter preventivo e serviria como instrumento de defesa social. As sanções eram aplicadas pela periculosidade do agente, e não pela gravidade do ato ilícito. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

A Terceira Escola também chamada de Escola Eclética, Crítica, Sociológica ou do Naturalismo Crítico, a qual procurava fundir as demais e, a partir daí, criar uma terceira concepção. É marcada pela adoção do método positivista nas ciências penais auxiliares, mas utilizaram o método lógico-abstrato na dogmática penal. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

O crime era entendido como um fenômeno natural e também como um ente jurídico. Além disso, estavam presentes no pensamento desta Escola a culpa moral e a periculosidade - sendo que esta era o fundamento para a pena do imputável. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

1.2 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS JURÍDICO-PENAIIS DO DELITO

1.2.1 Teoria Causalista

Representada por Von Liszt e Beling, a teoria causalista foi dominante no início do século XX, e foi responsável pela elaboração do conceito clássico de delito, produto do pensamento jurídico característico do positivismo jurídico. Consequentemente, adotou conceitos avalorativos, imparciais, próprios das ciências naturais, tal como a física ou a psicologia. Uma das características mais marcantes desta corrente doutrinária foi a restrição do objeto de estudo para apenas o direito já positivado. (BITENCOURT, 2012)

Para esta corrente, o delito é uma ação – um movimento corporal humano –, que produza uma modificação no mundo exterior, ou seja, um resultado. A teoria utiliza-se de uma didática simples, que conecta a conduta ao resultado por meio do nexo de causalidade. Pela primeira vez se distingue o aspecto objetivo do crime, representado pela tipicidade e antijuridicidade, do critério subjetivo, correspondente a culpabilidade. Outra característica marcante é que a ação, concebida de forma puramente naturalística, embora tenha origem na vontade, no conceito clássico, não havia preocupação alguma com tal exórdio, apenas com a produção do resultado externo. (BITENCOURT, 2012)

Composto de elementos meramente descritivos, o tipo penal ostentava um resultado, proveniente de uma conduta. A antijuridicidade, para esta corrente, é a contradição existente entre a norma, que requer obediência, e a conduta do agente, quando inexistia ausência de causas de justificações. A culpabilidade, entendida como o elemento subjetivo do delito, era vista como o elemento psicológico que unia a conduta e o autor. (BUSATO, 2012)

1.2.2 Teoria Neokantista

Devido a origem de uma nova corrente filosófica, passa-se a questionar o paradigma causalista do Direito Penal. Influenciados pela Teoria dos Valores, formulada por Immanuel Kant, diversos teóricos adaptaram esta teoria à seara do Direito Penal. Conforme os ensinamentos de Edmund Mezger, propulsor da teoria neokantista, a coerência formalista e classificatória do

pensamento clássico passa a ser substituída por um conceito teleológico de delito, ou seja, voltado para os objetivos pretendidos pelo Direito Penal. (BUSATO, 2012)

Neste sentido, Cleber Masson afirma que:

O neokantismo substitui o método puramente jurídico-formal do positivismo, acolhendo como objetivo fundamental a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal. A Ciência do Direito, ao contrário da ciência natural, preocupa-se com os “fins” e não com as “causas”, por isso há uma independência entre elas. Assim, ao lado das ciências naturais, mas separadamente delas, o Direito deve promover e construir uma ciência de fins humanos. (MASSON, 2014, pg. 150)

O fragmento acima retrata a mudança de paradigmas que resulta da decadência do método puramente positivista e da ascensão do método neokantista.

A consequência da influência do caráter valorativo desta corrente é observado por meio da transformação que esta realiza nos elementos do crime. O conceito de ação deixa de ser puramente naturalístico, e passa a ter um significado social, deixando de ser caracterizada como simples movimento corporal. O reconhecimento da existência de elementos normativos e de elementos subjetivos do tipo transformaram o conceito de tipicidade. Desta forma, o injusto passa a ser analisado pelo dano que causou a sociedade. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012; MASSON, 2014)

A antijuridicidade, que era compreendida como a contradição existente entre uma norma e um comportamento ilícito, passa a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se a existência de danosidade social. Isto permitiu a graduação do injusto conforme a gravidade da lesão produzida. Por fim, a culpabilidade passa a ser valorada, como juízo de reprovabilidade, composta pela exigibilidade de conduta diversa e pela associação da vontade a consciência da ilicitude do fato. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012; MASSON, 2014)

1.2.3 Teoria Finalista

A teoria finalista tem como maior expositor o jurista Welzel, que buscou colocar a ação humana como o conceito central da teoria do delito. O autor buscou corrigir falhas presentes nas teorias anteriores e preencher as lacunas nelas existentes. Em seu modelo, Welzel negava haver uma separação entre o mundo ontológico e o axiológico, além de rechaçar a separação dos aspectos subjetivos e objetivos do crime. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012)

A principal contribuição feita por esta teoria foi a retirada dos elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, dando origem a uma concepção puramente normativa. Além disso, o dolo e a culpa, que antes faziam parte da culpabilidade, passam a ser integrados ao injusto. Para o autor, toda ação humana é dirigida a uma finalidade, sendo assim, o dolo, representa a vontade direcionada ao propósito delitivo. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012)

Por sua vez, o tipo penal corresponde a mera descrição da ação proibida. Neste sentido, a antijuridicidade pode ser entendida como a ausência de causas que justifiquem a ação criminosa. Por fim, a culpabilidade, que pode ser traduzida como o juízo de reprovação pessoal, estrutura-se na possibilidade que o agente tem de escolher uma finalidade ilícita para uma conduta. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012)

A adoção desta nova estrutura, sustentada pela teoria finalista, gerou diversas consequências, tais como: a possibilidade de distinção entre tipos dolosos e culposos, entre outras. O modelo teórico finalista foi amplamente aceito doutrinariamente, e fizeram dele o modelo padrão da teoria do crime, afastando, por um longo tempo, a discussão doutrinária no âmbito político-criminal. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012)

1.2.4 Teoria Funcionalista

A teoria funcionalista surge na Alemanha, a partir de 1970, com o intuito de resgatar fundamentos do finalismo, por isso, também é conhecida como teoria pós-finalista. O intuito desta corrente teórica é ressaltar o caráter funcional do Direito Penal. Para tanto, seria necessário que se abandonasse o tecnicismo jurídico da adequação típica, para que o tipo penal seja capaz de cumprir sua função de fato, a de manter a paz social e aplicar as políticas criminais. (MASSON, 2014)

O funcionalismo penal entende o Direito como regulador da sociedade, sendo assim, por meio da utilização da teoria da imputação objetiva, o âmbito das expectativas normativas de conduta é reduzido. Conseqüentemente, questiona-se a validade do conceito de conduta desenvolvido pelos modelos criados pelas teorias predecessoras. (MASSON, 2014)

O real escopo do Direito Penal deve ser a busca da realização de seu encargo precípua: viabilizar o devido funcionamento da sociedade. Conclui-se que para esta corrente doutrinária, mais ponderoso seria atingir sua função retro mencionada do que simplesmente seguir os ditames literais da lei. Desta forma, aquele que interpreta as normas deverá buscar a real vontade da lei, e

emprega-la, para que se desempenhe o papel que esta foi projetada para cumprir. Neste ponto, a teoria funcionalista se divide em duas correntes distintas: o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico. (MASSON, 2014)

1.2.4.1 Funcionalismo teleológico

Tal corrente, capitaneada por Claus Roxin, foi responsável pelo desenvolvimento e sistematização da teoria do domínio do fato, além disso, criou novas posições sobre a teoria da pena e sua concepção preventiva geral positiva. Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

Roxin pretende evidenciar que o Direito Penal não deve ser estruturado deixando de lado a análise dos efeitos que produz na sociedade sobre a qual opera, isto é, alheio à realização dos fins que o legitimam. Por isso, sustenta que quando as soluções alcançadas no caso concreto, por aplicação dos conceitos abstratos deduzidos da sistematização dogmática, sejam insatisfatórias, elas podem ser corrigidas de acordo com os princípios garantistas e as finalidades político-criminais do sistema penal. Em outras palavras, a configuração do sistema de Direito Penal passa a ser estruturada teleologicamente, atendendo a finalidades valorativas. (BITENCOURT, 2012, pg. 251)

Roxin parte do pressuposto de que o Direito Penal possui caráter subsidiário, ou seja, somente deverá ser utilizado como ultimo recurso de Direito. Acrescenta-se ainda que os bens jurídicos objetos de proteção deste ramo do Direito são aqueles considerados fundamentais ao desenvolvimento social do indivíduo. (BUSATO, 2012)

A principal contribuição desta corrente doutrinária se encontra nos apontamentos realizados pelo autor sobre a latente necessidade de que a construção teórica esteja em função da resolução de dilemas que surgem na realidade social. Sua teoria foi elaborada baseando-se na política criminal, e vincula os elementos do delito a diversos valores predominantes. (MASSON, 2014)

Para a teoria funcional teleológica, a tipicidade não pode ser vista como mera adequação do fato ao tipo penal. O tipo deve cumprir sua função político-criminal, além de descrever os elementos que excluem o dolo, caso o autor não os conheça. A antijuridicidade por sua vez, tem a função de resolver conflitos ocorridos entre os interesses sociais e individuais. É uma espécie de elemento negativo do tipo. (BUSATO, 2012; MASSON, 2014)

A culpabilidade passa a ser substituída pela teoria da responsabilização penal, ou seja, avalia-se o merecimento, ou não, da pena. Dessarte, o autor se utiliza de um conceito bipartido de

delito, cujos elementos são: o injusto penal (fato típico e ilícito) e a responsabilidade, que inclui a culpabilidade do autor. (BUSATO, 2012; MASSON, 2014)

1.2.4.2 Funcionalismo sistêmico

A Escola de Bonn, que tem como principal expoente o jurista Günther Jakobs, criou a corrente doutrinária denominada funcionalismo sistêmico. Segundo o autor, o Direito Penal deve ser considerado como um subsistema⁴ no universo jurídico, isso implica que ele possui suas próprias regras, e que a elas se submete. (MASSON, 2014)

O maior escopo do Direito Penal é a estabilização normativa, que deve ser alcançada. Neste sentido, Bitencourt (2012) afirma que: “Jakobs sustenta que o Direito Penal deve ser entendido e sistematizado em função dessa finalidade, ou seja, em função da reafirmação da vigência da norma”. (BITENCOURT, 2012)

Neste aspecto, esta compreensão – de que o Direito Penal deve se preocupar unicamente com a reafirmação da vigência da norma – se torna tão extrema que o conceito de bem jurídico se enfraquece, uma vez que o verdadeiro bem jurídico tutelado pelo ramo deve ser a validade fática das normas. Logo, exemplifica Bitencourt:

Quando, por exemplo, faz alusão ao objeto de proteção do Direito Penal no crime de homicídio, Jakobs argumenta que a provocação da morte não constitui propriamente a lesão do bem jurídico-penal, mas tão só a lesão de um bem. Em sua ótica, a conduta de matar adquire sentido para o Direito Penal, não porque lesa o bem vida, mas na medida em que representa uma oposição à norma subjacente do delito de homicídio, isto é, na medida em que o autor da conduta dá causa ao resultado morte com conhecimento (dolo) ou com a cognoscibilidade (culpa) de que escolhe realizar um comportamento que pode provocar consequências, em lugar de escolher realizar uma conduta inócua. (BITENCOURT, 2012, pg. 256)

No trecho acima, Bitencourt esclarece o cerne da teoria funcionalista sistêmica de Jakobs. Ao praticar um delito, o autor fere o Direito Penal não porque lesa um bem tutelado por este ramo do Direito, mas sim porque escolhe agir em oposição à norma penal vigente.

Com efeito, a preocupação excessiva com o normativismo impossibilita a limitação do poder punitivo estatal para que este possa de fato atender as reais pretensões da sociedade. A

⁴ O nome funcionalismo sistêmico vem do entendimento de que o Direito Penal é um subsistema sistema autônomo, autorreferente e autopoiético, dentro do sistema mais amplo da sociedade. (MASSON, 2014)

Teoria do Direito Penal do Inimigo, também elaborada por Günther Jakobs, surge como um desdobramento de seu funcionalismo sistêmico. (BITENCOURT, 2012)

2 A SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL

Ante o exposto, pode-se afirmar que o Direito Penal é por excelência o reflexo da moral de uma sociedade, uma vez que retrata o eterno embate entre a segurança pública e a liberdade individual. Como retrata Tobias Barreto *apud* Alexandre R. A. de Moraes:

O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade. (MORAES, 2011, pg. 23)

O Promotor de Justiça Alexandre R. A. de Moraes, em seu livro “Direito Penal do Inimigo: a Terceira Velocidade do Direito Penal” afirma que a moral de um povo e o Direito estão intimamente ligados. A partir dessa premissa, seria possível avaliar quão elevada se encontra a virtude dos homens de determinada sociedade, uma vez que esta seria inversamente proporcional a menor necessidade de utilização do Direito. Ou seja, quanto maior a necessidade do uso do Direito, maior seria o indício de que o povo se encontra afundado em uma crise moral. (MORAES, 2011)

Neste contexto, a sociedade rotulada de “pós-industrial”, não poderia deixar de influenciar fortemente os teóricos de Direito. E. Raúl Zaffaroni, em seu livro “O Inimigo no Direito Penal” (2007), elenca diversos sinais alarmantes que ocorrem na situação fática atual, são eles: a planetarização do poder, e a possibilidade de uma ditadura global; a intimidade se vê ameaçada pelo potencial tecnológico ilimitado; as condições de vida, que se encontram em cheque, vez que as condições do planeta se deterioram rapidamente; e etc. (ZAFFARONI, 2007)

Sobre a sociedade pós-industrial, Zaffaroni ainda assevera que:

Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch* e vingativa sem precedentes; a capacidade técnica de destruição pode arrastar a vida; guerras são declaradas de modo

unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigo e emergências – com os consequentes Estados de Exceção – em série e em alta velocidade. (ZAFFARONI, 2007, pg. 15)

Esta conjuntura, descrita tão claramente no fragmento acima, não poderia deixar de influenciar o Direito. A dita sociedade globalizada, marcada pelo enfraquecimento do Estado e pela busca pelo lucro imensurável, avoluma a crise em que se encontra a humanidade. A velocidade em que as mídias sensacionalistas divulgam as barbaridades ocorridas ao redor do mundo faz com que estas questões, cruciais, se tornem banalidades, que se esvaem para o mundo do esquecimento em dois segundos. (MORAES, 2011)

Sobre a crueldade da mídia globalizada, Zaffaroni leciona:

Com frequência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabeçam campanhas de *lei e ordem*, nas quais a vingança é o principal objetivo. [...] Por todos estes meios pouco éticos ou diretamente criminosos, vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem protesta o discurso publicitário. (ZAFFARONI, 2007, pg. 75)

No fragmento supracitado, Zaffaroni aponta a existência do fenômeno de instrumentalização das vítimas de violência para que estas despertem na população o desejo pela ordem e por mais leis. A criação indiscriminada de normas tem o condão de, apenas, conferir a população uma ilusão de segurança.

Este novo paradigma global provoca a efervescência de diversas teorias, como a teoria do risco social, o expansionismo do Direito Penal, e até o, famigerado, Direito Penal do Inimigo.

O sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, cria a teoria da sociedade de risco, com o objetivo de esclarecer questões da pós-modernidade. Segundo ele, a produção social de grande parte da riqueza vem acompanhada por igual produção de riscos, solicitando a interferência penal em novas searas, como a economia. (GUZELLA, 2008)

O avanço desmedido das novas tecnologias, combinadas com o desenvolvimento científico acadêmico, resultou na criação de novos quadros que exigem maior proteção e segurança aos indivíduos – como, por exemplo, o desenvolvimento de armas nucleares, que trás aos cidadãos novos riscos, antes desconhecidos. (GUZELLA, 2008)

A consequência do surgimento destes novos riscos é a insegurança sentida pela sociedade, que passa a clamar por maior rigidez penal, no intuito de reduzir as margens dos riscos por meio de decisões punitivas. Desta forma, ocorre uma expansão no Direito Penal que passa a tutelar bens jurídicos supra individuais. (GUZELLA, 2008)

Sobre a sociedade do risco, Polaino-Orts (2014) declara:

Contudo, o fenômeno mais característico das sociedades modernas é o incremento do risco que se traduz em um Direito Penal da segurança – ou mais precisamente – em um Direito Penal do Inimigo: uma espécie de Direito de polícia (*Polizeirecht*), contraposto, mas complementar do Direito Penal de cidadãos, que combate sujeitos especialmente perigosos que revelam, com seu comportamento delitivo, um devastador potencial de desestabilização social. (POLAINO-ORTS, 2014)

O professor espanhol, no trecho acima, explicita que o resultado da existência de sociedades de risco é a consequente expansão penal que ela provoca. Ou seja, o Direito Penal passa a se dividir em duas vertentes, uma para tutelar os cidadãos, e outra para tutelar aqueles que possuem comportamento delitivo frequente, que representam uma potencial desestabilização social.

Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, entende que o conceito de risco criado por Beck não seria suficiente para explanar a real novidade que a globalização introduz na vida humana. Segundo o teórico, a ideia do risco partiria da premissa de que há uma regularidade essencial, que torna possível o cálculo dos riscos. Ou seja, o conceito de Beck só faria sentido se o mundo fosse marcado pela repetição dos fatos. Diante de tal inverdade, uma vez que esta não corresponde a realidade fática do mundo globalizado, Bauman propõe a substituição da expressão “sociedade de risco” pela expressão “sociedade da incerteza”. (WERMUTH, 2010)

Bauman afirma que diariamente novos perigos são descobertos, e que a vida hodierna se transformou em uma constante luta contra o medo, que passa a ser visto como um acompanhante inseparável do indivíduo. A principal consequência destes sentimentos de insegurança e medo que vive a sociedade moderna é a crescente preocupação com as “novas” formas de criminalidade – crime organizado, terrorismo, e afins. (BAUMAN, 2008)

Neste sentido, por meio da massificação dos meios de comunicação sensacionalistas, dá-se demasiado destaque aos perigos e riscos da criminalidade contemporânea, provocando, consequentemente uma constante sensação de insegurança e impunidade. Com efeito, a população, indignada com a falta de segurança cognitiva por parte das normas existentes,

reclama, clamando por maior eficácia das instâncias de controle social – ou seja, um Direito Penal mais firme. (WERMUTH, 2010)

Esta conjuntura resulta em uma hiperinflação legislativa, uma vez que devido ao clamor social, o poder legislativo cria um maior número de leis, pouco técnicas. Tais normas, criadas para acalantar a população – sempre em estado de insegurança –, empregando a velha política do “pão e circo”, que acabam por agravar, assim, a crise moral em que se encontra a sociedade contemporânea. (MORAES, 2011)

Sobre o contexto de expansionismo do Direito Penal, Zaffaroni comenta:

Nesta conjuntura, os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular os códigos penais, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam a mostrar a eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente constringer os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool*, [...] (ZAFFARONI, 2007, pg. 78)

Zaffaroni comenta na passagem acima o claro posicionamento dos legisladores atuais frente a uma sociedade que clama por normatização penal. Estes optam pela criação de leis autistas, sem sentido penal e processual, com o intuito de aquietar os ânimos da população clamorosa por segurança.

O doutrinador espanhol Silva-Sánchez, entende que a população enxerga o punitivismo uma resposta para as demandas sociais por maior proteção. Desta forma, a constante busca pela sanção de novas leis penais se converte em quase que uma obsessão popular. (WERMUTH, 2010)

Para Zaffaroni:

Nestas sociedades⁵, a polarização de riqueza acentuada pela economia globalizada deteriorou gravemente as classes médias, tornando-as anômicas. Isso as leva a exigir normas, embora sem saber quais. São anômicos patéticos, que clamam por normas e, desconcertados, acabam entrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada. [...]

Na medida em que a riqueza se polariza, a anomia avança no sentido originário de Durkheim e o discurso popularesco, grosseiro e primitivo tem mais aceitação porque

⁵ Zaffaroni se refere as sociedades mais desfavorecidas pela globalização, como, por exemplo as latino-americanas.

parece compensar a segurança perdida por causa da globalização: a sociedade perde a coesão e está ávida por um discurso que lhe devolva essa perspectiva, por primitivo, vingativo e popularesco que seja; a coesão é alcançada através de um discurso simplista que clama pela vingança pura e simples. (ZAFFARONI, 2007, pg. 72)

Neste excerto Zaffaroni descreve, de forma brilhante, o fenômeno que ocorre nas sociedades amplamente prejudicadas pela globalização – como exemplo, as sociedades latino-americanas. O autor explana o fenômeno da anomia que ocorre com as classes médias, e como o discurso autoritário primitivo tem ganhado espaço nestas sociedades.

Nesta busca irracional da população – que se sente constantemente ameaçada pelas incertezas sociais – por uma proteção normativa penal, é ocorre a infiltração de teorias radicais – como o Direito Penal do Inimigo – nos ordenamentos jurídicos democráticos. Ou seja, são incorporados ao Direito Penal elementos característicos de um Direito Penal de Terceira Velocidade, como por exemplo, a utilização de normas penais em branco, o aumento da implementação de tipificações de perigo concreto e abstrato.

3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Jesús-María Silva Sánchez, professor de renomadas universidades espanholas, desenvolveu a chamada teoria das velocidades do Direito Penal. Neste estudo, o docente demonstra sua clara apreensão com a consolidação das teorias modernas de Direito Penal, uma vez que elas se caracterizam pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais. (MASSON, 2014)

A teoria elaborada pelo doutrinador espanhol parte do pressuposto de que de que o Direito Penal pode ser dividido em dois grandes blocos de ilícitos: o direito penal nuclear e o periférico. O primeiro trata dos ilícitos cuja infração cominem em pena de prisão. O segundo trata daqueles que se vinculam a gêneros diversos de sanções penais. Nesse sentido, Masson explana que:

Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas das sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão. (MASSON, 2014, pg. 160)

O fragmento acima demonstra a clara distinção que se pode fazer entre um Direito Penal amplo e flexível e um Direito Penal mínimo e rígido. Não obstante, entende-se ainda que, como todos os ilícitos possuem natureza penal, logo, eles devem ser processados pelo Poder Judiciário. Consequentemente, a pena privativa de liberdade não poderia, jamais, ser aplicada por um Poder Administrativo Sancionador, vez que trata-se de Estado Democrático de Direito. (MASSON, 2014)

Dada a existência de duas modalidades de Direito Penal, molda-se a base para o entendimento das velocidades nele existentes.

3.1 PRIMEIRA VELOCIDADE

O Direito Penal de primeira velocidade é marcado por duas características essenciais, quais sejam: da prática de infração penal comina-se penas de prisão; e a manutenção das garantias processuais existentes. (MASSON, 2014)

Sobre o assunto, ilustra Rogério Greco:

A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais. (GRECO, 2005)

Nesta velocidade o Direito Penal é utilizado como a *ultima ratio*, desta forma, diante da prática criminosa, deverá ser aplicada a pena privativa de liberdade, combinada com todas as garantias processuais limitadoras da prisão e mantenedoras dos direitos fundamentais – como o devido processo legal, a ampla defesa, o princípio de presunção da inocência, e etc. Ou seja, aplica-se o cárcere, mas mantem-se rigidamente os princípios processuais e político-criminais resguardados pela constituição. Sendo assim, esta fase é marcada pela forte presença do Garantismo, de Luigi Ferrajoli. (MASSON, 2014)

3.2 SEGUNDA VELOCIDADE

Na segunda velocidade do Direito Penal, por sua vez, também podem ser evidenciadas duas características primordiais: poderá ser utilizada a aplicação de penas não privativas de liberdade; e ocorre a flexibilização de certas garantias. (GRECO, 2005)

Desta forma, ocorrerá a aplicação de penas menos rígidas, ou seja, que não importem na privação da liberdade do indivíduo. Mas com o objetivo de agilizar a aplicação da lei penal, algumas garantias poderão ser afastadas. Tal cenário é facilmente ilustrável quando se pensa na lei 9.099/95, que regula o procedimento nos Juizados Especiais, por tratar de infrações de menor potencial lesivo, não se aplica penas de privação da liberdade, vez que seria desproporcional. São aplicadas sanções como multas pecuniárias e penas restritivas de direito, mas muitas vezes, para a resolução célere do conflito suprime-se atos instrutórios, flexibilizando garantias como a ampla defesa, o contraditório e etc. (GRECO, 2005)

3.3. TERCEIRA VELOCIDADE

O fragmento do livro “La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, escrito por Silva Sánchez demonstra a clara existência das duas velocidades do Direito Penal:

En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las «dos velocidades» del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel », en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos em que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción.⁶ (SÁNCHEZ, 2001)

Ante o exposto pelo fragmento acima, a terceira velocidade, para Silva Sánchez, seria marcada pela mescla das duas velocidades anteriores. Sendo assim, a terceira velocidade absorveu as características mais autoritárias de cada uma das fases precessoras, quais sejam: a prisão como pena por excelência; e a flexibilização de determinadas garantias legais.

O autor identifica ainda que a terceira velocidade abarcaria diversas tendências teóricas do Direito Penal moderno como: o direito penal do risco, o direito penal máximo, e ainda o Direito Penal do Inimigo.

⁶ Tradução do fragmento feita pela autora: “Anteriormente foram caracterizados o que, na minha opinião, seria “as duas velocidades” do Direito Penal. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “prisão”, na qual deveriam permanecer, rigidamente, os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e princípios processuais; e uma segunda velocidade para os casos em, que não se tratam de prisão, mas privação de direitos ou

Silva Sánchez entende que as exigências da sociedade de risco acabam por resultar em uma expansão do Direito Penal, que passa a adotar postura flexibilizadora quanto aos seus princípios processuais e penais, e se torna cada vez mais rígido, vez que consagra a pena privativa de liberdade como principal forma de punição. A postura de relaxamento das garantias formais pode ser observada na crescente criminalização de delitos de perigo abstrato, de normas penais em branco, e etc. (GERLACK NETO, 2015)

pecuniária, esses princípios e regras podem experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.”

CAPÍTULO II – O CONSAGRADO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1 ANÁLISE INICIAL

Miguel Polaino-Orts, renomado mestre espanhol da Universidad de Sevilla, em seu livro “Lições de Direito Penal do Inimigo”, utiliza uma passagem do famoso livro de Miguel de Cervantes, “Dom Quixote”, para apresentar aos leitores, de maneira extremamente didática, a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

O excerto escolhido por Polaino-Orts é extremamente sugestivo, e narra o encontro de Dom Quixote e Sancho Pança com um grupo de delinquentes, galeotes, que estavam sendo conduzidos para cumprir a pena de galés – pena que obrigava os apenados ao trabalho forçado na construção de embarcações reais – que haviam sido condenados. (POLAINO-ORTS, 2014)

Curioso para saber os delitos cometidos pelos galeotes ali presente, Dom Quixote inicia um diálogo com os guardas e alguns dos presos, sendo que um deles lhe chama a atenção. Um homem – nomeado Ginés de Passamonte –, de aproximadamente 30 anos, que estava preso com ferros, correntes, algemas e grandes cadeados, de maneira que mal podia se mexer. (POLAINO-ORTS, 2014)

Intrigado pelo tratamento tão diferenciado dado a este preso, Dom Quixote pergunta aos guardas o porquê de tamanha discrepância ante ao tratamento conferido aos demais delinquentes. Estes lhe explicam que aquele homem possuía mais delitos que todos os outros juntos, e que mesmo preso daquela maneira, temiam que ele fugisse. O guarda diz ainda que sua pena – 10 anos de galés – é como a morte civil. (POLAINO-ORTS, 2014)

Polaino-Orts constata que a passagem supra narrada trata-se de um dos primeiros exemplos de Direito Penal do Inimigo na literatura espanhola. Além disso, afirma que o trecho é capaz de resumir a essência, o ponto central, da moderna Teoria do Direito Penal do Inimigo. (POLAINO-ORTS, 2014)

A primeira observação a ser feita sobre o fragmento é a existência de dois tipos de delinquentes. Os primeiros, são aqueles que cometem um erro em forma de delito, mas voltam a seguir as regras, respeitando as normas jurídicas como instrumento de proteção e orientação aos cidadãos. Conforme Polaino-Orts: “aqueles que, em geral, respeitam a norma, e que – em um dado momento – ‘se equivocam’, ‘confundem-se’.”. O segundo grupo são aqueles indivíduos que

representam um perigo para sociedade, depois de cometer um delito. O autor diz que “são sujeitos que não oferecem garantia de respeito a norma”. Estes indivíduos não são confiáveis, uma vez que representam foco de perigo, pois incitam insegurança. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 23)

O trecho de Ginés de Passamonte ainda revela outro aspecto importante, por meio de seu comportamento constantemente delitivo o criminoso cria insegurança cognitiva ⁷da norma, ou seja, afeta sua função primordial, a norma como mecanismo de proteção dos cidadãos. Ao cometer inúmeras práticas delitivas, Ginés não apenas confronta a norma, como também a nega. Sendo assim, o pícaro delinquente, afeta claramente a função da lei, que é oferecer segurança aos cidadãos, e se torna um foco desestabilizador, um foco de perigo constante. (POLAINO-ORTS, 2014)

O tratamento radical oferecido a Ginés é uma forma de recuperar a vigência da norma, dar uma proteção mínima aos cidadãos, e é resultado da insegurança gerada por seu comportamento. (POLAINO-ORTS, 2014)

Outro aspecto que pode ser abordado no trecho de Dom Quixote é a reincidência. Passamonte era tratado de maneira diferente, pois já havia cometido diversos crimes, tratando-se, portanto, de um delinquente habitual. O que permite inferir que, no contexto proposto por Cervantes, a reiteração delitiva resulta em um agravamento da pena e do tratamento penal concedido ao agente. (POLAINO-ORTS, 2014)

Esta abordagem lúdica de Polaino-Orts ilustra superficialmente o teor da tese formulada pelo alemão Günther Jakobs.

2 A CRONOLOGIA DE UMA TEORIA

A primeira vez em que se deu notícia da utilização dos termos “Direito Penal do Cidadão” e, o seu oposto, “Direito Penal do Inimigo” foi em 1985, durante a Jornada de Professores de Direito Penal de Frankfurt, numa conferência sobre a “Criminalização no estado prévio da lesão de um bem jurídico”. Jakobs apresentou o Direito Penal do Inimigo como a antítese do Direito

⁷ Polaino-Orts define como segurança cognitiva a confiança que os cidadãos possuem de que cumprindo as normas estarão protegidos de lesões massivas. É a segurança cognitiva na vigência da norma. (POLAINO-ORTS, 2014)

Penal do Cidadão, diante da problemática da antecipação das barreiras de punibilidade em casos de especial periculosidade. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste momento, o autor trata de conflitos conhecidos doutrinariamente, problemas reais que marcavam os ordenamentos penais. Com efeito, Jakobs aponta a existência de tipos mais severos no ordenamento jurídico alemão, que por isso se destacavam dentre outros tantos preceitos. Desta forma, o autor nomeia o primeiro grupo de *Feindstrafrecht* (Direito penal do inimigo) e o segundo de *Bürgerstrafrecht* (Direito penal do cidadão).

Sobre o estudo de 1985, Miguel Polaino-Orts se coloca:

Em seu primeiro estudo de 1985, Jakobs explicava a técnica do adiantamento das barreiras de proteção penal própria do Direito penal do inimigo como uma tensão entre liberdade e segurança. Na sua opinião, o Direito penal do inimigo otimizava a proteção de bens jurídicos (a “paz pública” ou a “ordem social”) por cima da otimização de esferas de liberdade, que seria mais própria do Direito penal do cidadão. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 30)

No fragmento acima, Polaino-Orts explica que o principal escopo deste primeiro trabalho do autor alemão era de explicar sobre a utilização da técnica do adiantamento das barreiras de proteção penal. Jakobs demonstra que tal técnica seria própria do Direito Penal do Inimigo, e que esta buscava melhorar a proteção dos bens jurídicos, mas tal melhoria ocorria em detrimento da otimização das esferas de liberdade. Desta forma, o autor entende que se reduz o âmbito da liberdade individual para que se possa proteger um bem jurídico sem que o mesmo seja efetivamente lesionado. Ou seja, adianta-se a barreira de proteção penal para neutralizar o perigo de lesão ao bem.

O autor descreve a técnica legislativa da consumação antecipada, sua adoção é justificada pela existência de condutas cuja periculosidade é maior, uma vez que coloca em risco bens jurídicos essenciais, protegidos por normas de contenção⁸. Com efeito, Jakobs defendia o uso racional desta técnica, uma vez que o uso indiscriminado do adiantamento das barreiras de proteção penal são amplamente prejudiciais ao âmbito de privacidade do cidadão. Diante disso, Jakobs *apud* Polaino-Orts afirma ainda: “quando o Estado se imiscui no âmbito privado, termina a privacidade, e com ela, a posição do cidadão como sujeito; sem seu âmbito privado o cidadão não existe.” (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 32)

Ante o exposto, Jakobs diz:

“Como arremate final de minhas ideias — que quiçá soam como velho liberalismo — em relação ao objetivo de determinar os limites da efetividade do Estado, me permito fazer uma observação sobre o oposto do Direito Penal do Cidadão, isto é, o Direito Penal do Inimigo. Com isso não pretendo relativizar todas as afirmações anteriores por meio da recomendação de que o Estado não se atenha aos vínculos referidos quando lhe pareça oportuno. **Os vínculos são constitutivos para o Estado de liberdades, quem os quebra, o abandona. A existência do Direito Penal do Inimigo não é, portanto, uma mostra da força do Estado de liberdades, mas um sinal de que este não existe.** Desde então resultam situações imagináveis, que quiçá ocorram atualmente, nas quais as normas que são irrenunciáveis para um Estado de liberdades perdem sua vigência se se espera para aplicar a repressão até que o autor saia de seu âmbito privado. Mas também nestes casos o Direito Penal do Inimigo somente resulta legitimado como um Direito Penal em estado de necessidade, que seria válido na medida em que fosse excepcional. Por isso, os preceitos penais que pertencem ao mesmo não de delimitar-se estritamente em relação ao Direito Penal do Cidadão; melhor seria que a delimitação fosse externa. Do mesmo modo que a regulação da incomunicabilidade não se encontra reconhecida, acertadamente, na StPO (...), **o Direito Penal do Inimigo deve ser separado de maneira tão clara que não exista nenhum perigo de que, por meio da interpretação sistemática ou da analogia ou de qualquer outro modo, se infiltre no Direito Penal do Cidadão.** Não são poucos os pontos em que o Código Penal, em sua forma atual, encobre a incursão para além dos limites de um Estado de liberdades”. (JAKOBS *apud* ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 137. Grifo do autor)

Conforme o fragmento é possível observar que a punição somente deverá ser adiantada em casos de lesão às normas de contenção, uma vez que estas envolvem a estrutura da própria sociedade.

Desta forma, é possível inferir que a primeira contribuição do autor alemão consiste em postulados que são a favor da liberdade do cidadão, esta visão inicial dada pelo autor é conhecida, hoje, como fase crítica. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012 ;POLAINO-ORTS, 2014)

De 1985 até o novo século, a teoria de Jakobs alcança notável visibilidade, e passa a ser amplamente difundida no campo científico. Com a evolução tecnológica, e com o avanço da integração global, seu discurso ganha novas perspectivas. As novas ameaças e perigos, advindos da sociedade de risco, passam a causar medo, e constante insegurança cognitiva. Esta insegurança cognitiva resulta na desconfiança, por parte do cidadão, no Direito Penal, por acreditar que este não é capaz de fazer frente a criminalidade de elevada lesividade, como o tráfico de drogas, o terrorismo, tráfico de armas e tantos outros. (POLAINO-ORTS, 2014; VALENTE, 2010)

⁸ “Normas de contenção são aquelas que sustentam a constituição da Sociedade, cuja missão é garantir as condições de vigência das normas principais.” (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 31)

Desta forma, adentra-se em uma nova fase da cronologia da Teoria do Direito Penal do Inimigo, a fase descritiva, momento em que o autor passa a descrever as características que delimitam esta teoria. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Sobre esta fase, Estefam e Gonçalves (2012) indicam:

O autor, então, apresentou quatro critérios para definir o Direito Penal do Inimigo: (i) a ampla antecipação da punibilidade; (ii) a falta de redução da pena proporcional a esta antecipação; (iii) a transposição de legislação própria de Direito Penal para uma legislação combativa; (iv) a supressão de garantias processuais penais. Pela primeira vez, Jakobs se referiu ao inimigo como “não pessoa”. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 137)

Por meio da análise da passagem mencionada acima é possível verificar o caráter descritivo que ganha a teoria de Jakobs, uma vez que ele passa a caracterizar o Direito Penal do Inimigo.

Em 2003 o autor escreve o artigo que foi traduzido com o seguinte título: “Direito penal do inimigo e Direito penal do cidadão”. O autor contrapõe um conceito ao outro, uma vez que são realidades de direito completamente opostas, e reconhece não existir puramente nenhum dos dois modelos, caracterizando-os por fim como polos ideais. O Direito penal do inimigo e o Direito penal do cidadão, embora sejam opostos no campo teórico, na realidade eles se sobrepõem mutuamente, uma vez que eles não existem como figuras puras na realidade. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste artigo, Jakobs ainda diferencia os conceitos pela função da pena em cada um deles. No Direito penal do cidadão, a pena possui função simbólica, e serve para comunicar ao autor que o fato por ele praticado não é legitimado pelo ordenamento jurídico, portanto não possui vigência, e a norma continua exercendo seu papel de integrante da constituição social. Em outro ritmo, o Direito penal do Inimigo, por sua vez, a pena exerce função de asseguramento futuro, uma vez que ela é direcionada para evitar perigos futuros, visto que se o sujeito se encontra encarcerado, evita-se que o mesmo cometa delitos as soltas nas ruas. (POLAINO-ORTS, 2014)

Nesse sentido, Polaino-Orts (2014, pg. 36) estabelece: “Definitivamente, diz Jakobs que, enquanto no Direito penal do inimigo luta-se essencialmente contra um perigo, no Direito penal do cidadão atua-se de maneira eminentemente simbólica ou comunicativa.”. Isto significa dizer que a pena no direito penal do cidadão tem o intuito de punir unicamente o fato praticado que fere o ordenamento jurídico, enquanto que para o direito penal do inimigo a pena possui a

serventia de encarcerar indivíduos que representam um perigo para a sociedade. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste artigo, Jakobs coloca:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrario, o inimigo é excluído. (JAKOBS, MELIÁ, 2012, pg. 47)

Ante o exposto no trecho acima, é possível observar a clara discrepância existente no posicionamento do autor quando se compara com aquele dado em seu primeiro artigo, de 1985. E com esta drástica mudança de pensamento inicia-se a fase legitimadora.

Estefam e Gonçalves definem claramente a evolução da teoria da seguinte forma: “inicialmente crítico, posteriormente descritivo e, finalmente, legitimador. Schulz chegou a descrever a mudança de postura de Jakobs como de um inicial “assim, não!” para “assim, talvez sim” ou “assim, se não há outro remédio, sim!”. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 137)

3 FUNDAMENTO TEÓRICO

Com a repercussão que a Teoria do Direito Penal do Inimigo tem causado atualmente, frequentemente comete-se o erro de pensar que esta é fruto de uma invenção moderna, ou seja, um produto da política criminal do pós 11 de setembro e outros fenômenos ocorridos após a ocorrência do atentado. Ocorre que por trás desta teoria existe um debate político-filosófico rico, e muito antigo.

Luiz Flávio Gomes sintetiza com clareza o acervo teórico utilizado por Günther Jakobs para a criação do Direito Penal do Inimigo:

(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 *apud* MORAES, 2011)

Pelo fragmento supra pode-se entender que apesar de ter sido o responsável pela cunhagem do termo Direito Penal do Inimigo, Jakobs, se apoia em um grande suporte histórico-filosófico.

Thomas Hobbes (1588 – 1679), filósofo inglês, elaborou formulações sobre o Estado Absolutista em sua obra mais famosa conhecida mundialmente por “Leviatã”⁹, de 1651. Para o autor os homens possuem a mesma natureza, mas, nenhuma sociedade pode se fundar nesta igualdade natural existente entre todos os homens, uma vez que esta gera concorrência, e desconfiança. E a desconfiança, por sua vez, sempre, resultará guerra. (POLAINO-ORTS, 2014)

Hobbes afirma que:

Se dois homens desejam uma mesma coisa que não pode ser desfrutada por ambos, convertem-se em inimigos; e para lograr seu fim, que é, principalmente, sua própria conservação e, algumas vezes, apenas seu deleite, empenham-se em se destruir e se subjugar mutuamente. (HOBBS *apud* POLAINO-ORTS, 2014, pg. 42)

O extrato acima revela a clara ideia pessimista que o filósofo inglês possuía sobre a natureza do homem: egoísta, solitário, brutal. A guerra ocorrerá sempre uma vez que o homem, egocêntrico que é, buscará seus próprios interesses, sem pensar nas consequências que isso gera para a coletividade.

Hobbes elenca três razões que fundamentam os conflitos entre os homens, quais sejam: a concorrência, se dá quando o indivíduo age buscando algum tipo de ganho; a segurança, ocorre quando o homem age com o intuito de se proteger, defender-se de algo; e por fim, a glória, quando o indivíduo atua com o fim de adquirir reputação. Estas três causas são paixões inatas dos homens, ou seja, são inerentes aos indivíduos. Sendo assim, a guerra, nada mais é que reunião destas três paixões, e se trata de algo natural ao homem, está em seu instinto agressivo. (POLAINO-ORTS, 2014)

O autor define como estado de natureza este momento em que o homem é livre e governado por suas paixões, portanto, existe unicamente a guerra de todos contra todos. O estado de natureza gera no homem um sentimento constante de desconfiança, que gera, conseqüentemente, a incerteza do futuro, uma vez que há o constante medo, e perigo, de uma morte violenta. Não existem direitos, e tampouco propriedade. Hobbes diz: “Em uma situação

⁹ O título completo desta obra é: “Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.”

assim não há domínio, nem um meu distinto de um teu, mas tudo é do primeiro que possa agarrá-lo, e durante o tempo que consiga conservá-lo.” (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 43)

Neste sentido, a permanência do estado de natureza é insustentável, uma vez que o homem pode dispor de tudo, inclusive, do corpo do próximo. Sendo assim, tal estado deverá ser superado, e na transição do estado de natureza (guerra) ao estado civil (paz), mediante um contrato social, os indivíduos renunciam seus direitos, e os cedem ao soberano (Leviatã), em busca de paz e segurança. (POLAINO-ORTS, 2014)

Ocorre que neste estado civil podem existir “maus cidadãos” a fim de transgredir as leis estatais colocadas pelo Leviatã, e que deverão responder com as medidas legais correspondentes. Mas Hobbes também prevê a existência de outro tipo de delinquentes, aqueles mais nocivos, que agem com rebeldia, atuando contra a estrutura civil, contra o próprio Leviatã. A estes, qualificados pelo autor como “inimigos do Estado”, não caberá punição conforme as leis civis, e sim conforme as leis naturais, conforme o estado de Natureza, de guerra. (POLAINO-ORTS, 2014)

Sobre os indivíduos que cometem o delito de alta traição ou rebelião, Hobbes assevera:

A natureza desta ofensa consiste em renunciar à sujeição, o que constitui um regresso à condição de guerra comumente chamada de rebelião; e quem comete uma ofensa assim não sofre como súdito, mas como inimigo. Pois rebelião não é outra coisa que uma renovação do estado de guerra. (HOBBS *apud* POLAINO-ORTS, 2014, pg. 43)

Desta forma, é possível compreender que ao cometer um ato de rebelião, ou seja, de alta traição, o indivíduo não pode ser punido pelas leis da sociedade civil, devido à natureza do crime cometido. Que nada mais é que a quebra do dever de submissão, causando a imediata rescisão do contrato social em voga, e conseqüentemente recai no estado de natureza, da guerra de todos contra todos.

O francês Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), também faz parte do acervo teórico que suporta a tese do Direito Penal do Inimigo. O autor também parte do pressuposto em que o ser humano parte do estado natural, e realiza a transição ao estado civil por meio de um contrato social. Em busca de segurança, o homem abre mão de sua liberdade natural e seu direito ilimitado, e recebe em troca o direito a propriedade daquilo que possui e a liberdade civil. (POLAINO-ORTS, 2014)

Desta forma, Polaino-Orts retrata:

As condições do contrato social de Rousseau “reduzem-se a uma só, a saber: a alienação total de cada associado com todos seus direitos à comunidade inteira.” Há de tratar-se, em sua concepção, de uma “alienação sem reservas”, mediante a qual cada cidadão cede total e incondicionalmente sua pessoa e seus direitos à comunidade para a conservação e reforço de todos os direitos. Definitivamente, a essência do contrato social seria a direção da vontade geral, e cada membro é considerado parte indivisível do todo. Nisso, observa-se uma transição do estado natural ao estado civil, no qual a justiça substitui o instinto. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 46)

O fragmento trazido acima explana as características do contrato social idealizado por Rousseau. O indivíduo abre mão de sua mais pura liberdade presente no estado de natureza que é substituído pelo estado civil, com o único objetivo, a busca pela segurança.

Para o francês, o contrato social tinha como finalidade a conservação da vida dos seus contratantes. Então, se o indivíduo deseja que sua vida seja protegida à custa da vida de outros, o mesmo deverá dispor sua vida se necessário for para a manutenção do pacto. Sobre este pensamento, Rousseau *apud* Polaino-Orts (2014, pg. 46) expõe: “Quando um soberano lhe disser: ‘É conveniente para o Estado que tu morras’, deve morrer, posto que sob esta condição tem vivido em segurança até então e sua vida já não é apenas um beneficiário da natureza, mas um dom condicional do Estado.” Neste rumo, Rousseau justifica e reconhece a licitude da pena de morte, pois aquele que comete um assassinato se arrisca a ter sua vida ceifada por alguém, logo, deverá “ceder a sua vida”. (POLAINO-ORTS, 2014)

Rousseau também previa no contrato social uma espécie de direito de exceção contra aquele indivíduo que trai o pacto. Nestes casos, substitui-se a relação jurídica – existente devido ao pacto social – por uma declaração de guerra, feita pelo Estado em virtude da traição. Portanto, o indivíduo que trai o contrato deverá ser encarado como inimigo do Estado. (POLAINO-ORTS, 2014)

O teórico aponta que o “tratamento de guerra” conferido ao rebelde ocorrerá de duas formas: aplicando-lhe a pena de morte, ou a pena de desterro¹⁰. Desta forma, Rousseau fundamenta a utilização de tratamento mais severo para aqueles que cometem esta espécie de crime, pois: “a conservação do Estado é então incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e ao aplicar a pena de morte ao criminoso, é mais como a um inimigo que como a um cidadão.” (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 47)

¹⁰ Pena de desterro é a expulsão do indivíduo do local que vive para um local longínquo e incomunicável.

Sobre as penas utilizadas para punir o indivíduo considerado como inimigo, afirma Valente:

Se for infractor do pacto, no mínimo tem de ser desertado da sociedade em que se encontra – v.g., os exílios e os desgredos para ilhas quase incomunicáveis e países longínquos da família –, se for considerado inimigo público, que não tem estatuto de pessoa moral, a morte será a pena admissível, porque aos inimigos declara-se guerra e mata-se o vencido. (VALENTE, 2010, pg. 32)

Portanto, para Rousseau, aquele que infringe os direitos que estruturam a sociedade, rompe o liame do pacto social, e deixa de ser membro do Estado. Por sua vez, devido ao crime praticado, o Estado declara guerra ao primeiro, aplicando a pena de morte ou desterro contra o malfeitor. Sendo assim, é passível a afirmação de que o culpado teve sua vida ceifada por ser inimigo do Estado. Diante disso, contata-se que o conceito de inimigo, para o francês é dado utilizando como base preceitos morais, e não um conceito normativo, como ocorre na teoria de Jakobs. (MORAES, 2011; POLAINO-ORTS, 2014)

Neste sentido, se coloca Polaino-Orts:

Rousseau afirma *expressis verbis* que “todo malfeitor” que “atacando o Direito social” converte-se de maneira automática por seus delitos em “rebelde e traidor da pátria”, cessando sua condição de membro dela; e segundo porque um sujeito torna-se inimigo por faltar com um compromisso moral (como é o trair o contrato social com o qual havia se comprometido) e é claro que tanto se falta com o compromisso inicial cometendo uma infração muito grave (delito de lesa-majestade), uma grave (assassinato) ou uma menos grave (furto): pois em todos esses casos se trai a comunidade como modo de garantia da liberdade civil dos cidadãos associados. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 47)

O fragmento acima deixa clara a existência de um direito penal do inimigo na teoria elaborada por Rousseau. Uma vez que se pune de forma mais severa aquele que pratica delito contra a estrutura do Direito social.

O alemão Johann Gottlieb Fichte (1762 – 1814), autor da obra “Fundamentos do Direito natural segundo princípios da teoria da Ciência” (1796), é outro teórico contratualista. Sua tese, na mesma linha que a de Rousseau, também afirma que o indivíduo ao firmar o pacto cidadão dá seu compromisso de fidelidade para com o mesmo. Desta forma, aquele que fere o contrato deverá ser sancionado com a sua exclusão do âmbito social. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste sentido, conforme sua tese, Fichte afirma:

Quem lesa o contrato cidadão em um ponto em que, no contrato, contava-se com a sua prudência, seja voluntariamente ou por imprevisão, perde estritamente, desse modo, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e fica completamente privado de direitos. (FICHTE *apud* POLAINO-ORTS, 2014, pg. 51)

Ante o exposto pelo fragmento acima, observa-se que aquele que trai o pacto social, perde o status de cidadão, o que acarreta a privação integral de seus direitos. Ou seja, se o que define o cidadão é o seu rol de direitos, ao perdê-los o indivíduo deixa de ser parte da sociedade, o que equivale a morte civil. Tal indivíduo se encontra em estado de ausência completa de direitos.

Fichte equipara ainda o autor de homicídio premeditado e intencional a inimigo, ou seja, deixa de ter o status de cidadão para converter-se em um inimigo, uma coisa. E como tal, deve ser tratado como uma “cabeça de gado”, pois perdeu todos os seus direitos como ser humano e cidadão. Valente (2010, pg. 33) diz, sobre a teoria de Fichte: “os direitos positivos só se conservam na medida em que o cidadão respeita e assegura os direitos dos demais cidadãos”.

O alemão entende ainda que o conceito de delito é contraditório ao de Estado, e contrário ainda a ideia de lei. Sendo assim, deve-se dividir os crimes em categorias, aqueles que afetam a vida – que deverão ser penalizados com rigor –, e os que não afetam a vida – crimes mais leves, que não justificariam a perda de todos os direitos civis. Desta forma, o Estado é legitimado para punir da forma que desejar os que praticam crimes contra a vida, por perderem todos os seus direitos pela natureza do crime praticado, justificando qualquer tortura ou morte arbitrária que possa ocorrer com o criminoso. (VALENTE, 2010)

Também fundamenta a teoria elaborada por Jakobs os estudos realizados por Immanuel Kant (1724 – 1804), célebre filósofo alemão. O autor aponta a existência de um estado de natureza que se contrapõe ao estado de paz, existentes entre os seres humanos que vivem juntos. O primeiro é marcado por ser um estado de guerra, próprio de seres irracionais. Desta forma, a paz seria um êxito da sociedade civil, da civilidade do homem. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste sentido, assevera Kant:

O ser humano (ou o povo) que se encontre em um estado natural me subtrai essa segurança (segurança necessária para a manutenção do estado de Direito) e me lesa apenas pelo fato de se encontrar, junto a mim, nesse estado, embora não de forma ativa (*facto*), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (*stato iniusto*), mediante a qual resultado constantemente ameaçado, de maneira que posso instar-lhe que se incorpore comigo a um estado comunitário-legal, ou que abandone minha vizinhança. (KANT *apud* POLAINO-ORTS, 2014, pg. 53)

Para Kant, o homem deve ser entendido como um ser racional, e não como um ser em estado natural, visto que este é um perigo latente, e representa uma ameaça para a coletividade. Então, se o sujeito desrespeita as regras da vida comunitária, ele representa, portanto, um perigo para os demais. (POLAINO-ORTS, 2014)

De acordo com os postulados kantianos, toda pessoa possui legitimidade para reagir, de forma privada, frente a atos de hostilidade que colocam em risco a estabilidade do Estado. Ou seja, qualquer um pode obrigar terceiro a entrar na constituição cidadã, uma vez que Kant define liberdade como a liberdade de agir segundo as leis. (MORAES, 2011)

Deste modo, Jakobs destaca que se baseia na teoria de Kant a sustentação da distinção entre um direito penal do inimigo e do cidadão.

4 O INIMIGO

O conceito de inimigo é extremamente importante para caracterização do Direito Penal do Inimigo, visto que para que o mesmo se configure é necessário a existência de um indivíduo que preencha tais características.

Segundo o autor, o inimigo pode ser conceituado como um indivíduo que apresenta, de forma presumidamente duradoura, comportamentos habituais, relacionados com crimes sexuais, delinquência econômica, delinquência organizada, tráfico de drogas, terrorismo, entre outros. Revelando, portanto, indícios de que abandonou o direito, de que não entende o ordenamento jurídico que o rege como válido, logo não fornecendo garantias cognitivas mínimas de segurança para seu comportamento pessoal. Para Jakobs o inimigo deveria ser alijado das garantias do Direito Penal do Cidadão. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

O trecho a seguir do doutrinador Luiz Flávio Gomes, contempla perfeitamente a questão de identificação de inimigo, trazidas pela abordagem de Jakobs. Desta forma, os inimigos são:

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. cit., p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo. (GOMES, 2004)

Ou seja, inimigo é o indivíduo reincidente constante na prática de delitos, ou aquele que comete crimes que negue a existência do Estado, se negando a aceitar a validade do ordenamento

jurídico vigente. Para Jakobs, o inimigo é um risco permanente ao Estado, e não deve usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa.

Por não possuir status de pessoa, de cidadão, conseqüentemente o inimigo não dispõe dos benefícios inerentes aos mesmos. Por conseguinte, o inimigo não é um sujeito processual, logo, não possui os direitos processuais comuns. O Estado deve manter o inimigo em custódia, para evitar que este pratique futuros crimes que alterem a harmonia da sociedade, ou seja, a privação da liberdade do inimigo é destinada a eliminar um perigo potencial para a sociedade.

Polaino-Orts, com base nos estudos da teoria de Jakobs, define inimigo como:

Inimigo é quem, inclusive mantendo intactas suas capacidades intelectual e volitiva, e dispondo de todas as possibilidades de adequar seu comportamento à norma, decide *motu proprio* se autoexcluir do sistema, rejeitando as normas dirigidas a pessoas razoáveis e competentes, e se despersonalizando ou, por melhor dizer, despersonalizando-se a si mesmo mediante a manifestação exterior de uma ameaça em forma de insegurança cognitiva, que precisamente por colocar em perigo os pilares da estrutura social e o desenvolvimento integral do resto dos cidadãos (pessoas em Direito) – há de ser combatido pelo ordenamento jurídico de forma especialmente drástica, com uma reação assegurativa mais eficaz. Esta reação se circunscreve a garantir e restabelecer o mínimo de respeito para a convivência social e os direitos fundamentais dos cidadãos: o comportamento como pessoa em Direito, o respeito das demais pessoas e – em consequência – a garantia da segurança cognitiva dos cidadãos na norma. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 63)

O conceito dado acima explicita que o cerne da caracterização, ou não, de um indivíduo como inimigo está na garantia de segurança cognitiva. Caso ele proporcione esta segurança, a sua caracterização como tal seria descabida, visto que esta se faz elemento fundamental da conceituação do mesmo.

Neste esteio, Jakobs aclara:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS *apud* MORAES, 2011, pg. 163)

Em outros termos, por afetar diretamente a segurança dos demais cidadãos, aquele que não oferece segurança cognitiva suficiente não poderá ser tratado pelo Estado como pessoa. Para o autor, os inimigos não são pessoas (*Feinde sind aktuell Unpersonen*). (MORAES, 2011)

O jurista alemão opõe o conceito de inimigo (*Feind*) ao de cidadão (*Bürger*). Este último se sente motivado pela norma, embora possa cometer delitos – por descuido. Enquanto que o primeiro, sujeito que não presta a garantia mínima socialmente exigível para que possa ser tratado como pessoa em Direito, resultando na insegurança cognitiva de seu comportamento. (POLAINO-ORTS, 2014)

Na concepção de Jakobs:

O não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminosa e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminosa), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta. (JAKOBS *apud* MORAES, 2011, pg. 166)

O fragmento acima evidencia o conceito de inimigo como aquele sujeito que não aceita as normas jurídicas do ordenamento vigente, desrespeitando-as com constância. Ou seja, é aquele que, devido a sua ocupação profissional (que possui vínculo com organização criminosa ou afim) deixa claro que não garante a segurança cognitiva necessária para a vida em sociedade.

O que resta evidente é que a teoria de Jakobs se utiliza de um Direito Penal do autor, no qual a punição é justificada pela periculosidade do agente, deixando de lado o Direito Penal do fato. (MASSON, 2014)

5 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conforme leciona Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por elementos básicos e técnicas próprias que o distingue do Direito penal do cidadão.

Polaino-Orts destaca as seguintes características: i) antecipação das barreiras de punição penal; ii) mudança do paradigma (prospectivo para retrospectivo) o que acarreta a introdução de uma perspectiva de futuro em vez de uma visão de passado; iii) não redução da pena proporcional a dita antecipação; iv) passagem de uma legislação de tutela para uma de combate em certos âmbitos; v) redução de determinadas garantias. (POLAINO-ORTS, 2014)

No livro “Direito Penal Esquematizado – Parte Geral”, os autores André Estefam e Victor E. R. Gonçalves enumeram algumas características que julgam possuir a teoria em voga, são elas:

- Tem como finalidade a eliminação de perigos;
 - Baseia-se na periculosidade do agente, considerado inimigo e, portanto, como alguém que não pode ser tratado como sujeito de direitos (“não pessoa”);
 - Efetua uma ampla antecipação da punibilidade, visando coibir ações perigosas antes que estas se concretizem (punição de atos preparatórios);
 - As penas são severas, ainda quando aplicadas em casos de antecipação da tutela penal;
 - Aplica-se uma legislação diferenciada, com enfoque combativo (“combate ao inimigo”);
 - Utiliza-se principalmente de medidas de segurança;
 - Garantias processuais penais são suprimidas.
- (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 138)

O doutrinador Luiz Flávio Gomes em seu artigo sobre o tema também elenca uma série de características presentes no Direito Penal do Inimigo, sejam:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (GOMES, 2004)

O promotor Alexandre R. A. de Moraes elenca as seguintes características:

a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato; b) desproporcionalidade das penas; c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de ‘leis de luta ou de combate’; d) restrição de garantias penais e processuais e e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil. (MORAES, 2011, pg. 168)

O próprio Jakobs descreve as principais características desse modelo de política criminal como:

a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas; b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa) e c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica. (JAKOBS *apud* MORAES, 2011, pg. 169)

Por sua vez, Cancio Meliá sintetiza três elementos básicos do Direito Penal do Inimigo:

a) ordenamento jurídico-penal prospectivo (adiantamento da punibilidade); b) penas desproporcionalmente altas, o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e c) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais. (JAKOBS *apud* MORAES, 2011, pg. 169)

A antecipação da punibilidade é uma característica do Direito Penal do Inimigo, que consiste na otimização dos bens jurídicos, adiantando a barreira de proteção para um estágio anterior, objetivando neutralizar o perigo antes que o bem jurídico seja lesionado de fato. Tal adiantamento é possível por meio da punição dos atos preparatórios do delito, da tipificação dos crimes de mera conduta, da criação de tipos de perigo abstrato. (MORAES, 2011)

Neste rumo, Cleber Masson afirma:

Ora, se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se a sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar que ele pratique infrações penais para, posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. Ao contrário, para a manutenção da ordem deve ser combatida a sua periculosidade, impondo-se uma medida de segurança com a mera demonstração da futura e eventual prática de um crime. (MASSON, 2014, pg. 163)

A tipificação dos crimes de mera conduta é obviamente um modo de prevenção, ou seja, o legislador passa a punir a conduta, não importando-se esta produz ou não qualquer resultado. A punição de atos preparatórios, também com o objetivo de prevenção, adianta a barreira punitiva para que se possa abarcar também os atos que ocorrem antes do delito. Sendo assim, mesmo que não se tenha cometido o crime de fato, seria possível a punição do autor por meros atos pré-executórios. A consequência da punição de atos preparatórios é que nestes casos, não se reduz a pena aplicada pela prática dos atos pré-executórios em relação ao delito consumado, gerando uma pena desproporcional ao ato praticado. (MORAES, 2011)

Diante dos riscos criados pela sociedade pós-moderna, e com um crescente aumento da sensação de insegurança, ficam cada vez mais frequentes o aparecimento de tipos penais de perigo abstrato. Que são aqueles que exigem apenas que o bem jurídico seja exposto a um risco real e concreto, não exigindo sua efetiva lesão. (MORAES, 2011)

A relativização de garantias processuais é, também, uma característica marcante uma vez que o inimigo não pode usufruir de direitos processuais – como o da ampla defesa, o de constituir um defensor – pois que ele representa uma ameaça à ordem pública. Sendo assim, privilegia-se sua periculosidade, e lhe são impostas medidas de segurança, por tempo indeterminado, o que possibilita a duração prolongada, até que se cesse o perigo oferecido pelo agente. (MASSON, 2014)

Trata-se, portanto, de um Direito penal prospectivo, uma vez que se foca no futuro. Pois, não se pune somente o fato cometido pelo agente no passado, mas sim o perigo real que o indivíduo representa. Ou seja, pune-se o sujeito pelo crime cometido e pelo que pode vir a cometer, devido a insegurança cognitiva que este oferece. (MASSON, 2014)

Com o afastamento de certas garantias processuais, como a do devido processo legal, lança-se mão de um procedimento de guerra, de um Direito de exceção. Logo, se faz cabível a utilização da tortura como meio de prova. Aquele que, considerado inimigo, caso se arrependa, deverá ser premiado se auxiliar o Estado no combate de seus antigos colegas, e passa a fazer jus benefícios – como a diminuição de pena, e afins. (MASSON, 2014)

6 DIREITO PENAL DO INIMIGO *VERSUS* DIREITO PENAL DO CIDADÃO

Segundo a teoria criada por Jakobs, o inimigo, pela sua periculosidade potencial, não deveria ser tratado da mesma maneira que os cidadãos comuns. Desta forma, surge uma secção no Direito Penal prelecionado pelo doutrinador – o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes expõe:

De acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o

Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia. (GOMES, 2004)

O autor cria, assim, a dicotomia Direito Penal do Inimigo *versus* Direito Penal do Cidadão, com o intuito de demonstrar que o primeiro é a antítese do segundo. Segundo Jakobs, o Direito Penal do Cidadão se incumbiria do cidadão que comete um crime, mas ao fazê-lo e quando por ele responder, não nega a validade da norma. Para estes são asseguradas todas as garantias processuais penais e os direitos fundamentais.

Ao cidadão ainda é garantida a reintegração social, além de outras formas brandas de penalidade, como a restrição de direitos. Neste episódio, o Estado não observa o sujeito como inimigo, mas sim apenas como autor de um delito eventual, que mesmo cometendo um ato ilícito perante a sociedade sustenta seu papel de cidadão dentro do Direito. (MASSON, 2014; POLAINO-ORTS, 2014)

Já o Direito Penal do Inimigo se responsabilizaria pelos indivíduos que demonstram vontade constante de romper com o ordenamento jurídico vigente. Desta forma, têm seu vínculo cessado como cidadão, ou seja, dele é retirado o status de pessoa – não é sujeito de direitos –, e passa a se subordinar a um Direito Penal de Máxima Repressão. (MASSON, 2014; POLAINO-ORTS, 2014)

Neste sistema as sanções são caracterizadas pelo aspecto físico da custódia de segurança, com o escopo de eliminar um perigo, ou seja, evitar que o agente pratique futuros crimes que atinjam a harmonia da sociedade. O infrator não é tratado como sujeito de direitos, mas como inimigo a ser eliminado e privado do convívio social. (MASSON, 2014; POLAINO-ORTS, 2014)

O Estado, sem ceder o direito do contraditório e da ampla defesa, aplica a lei ao inimigo, objetivando combatê-lo, desta forma, pode-se afirmar que a penalização no Direito Penal do Inimigo se remete a fatos futuros.

CAPÍTULO III – O TERRORISMO ANALISADO SOB OS PRESSUPOSTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1 O TERRORISMO

A utilização de atos terroristas para descoroçar o rival é tão antiga quanto à guerra. O terrorismo não é um problema atual, algumas procedências destes atos poderem ser localizadas no início da era cristã. Estados, exércitos, indivíduos isolados, vêm realizando ações neste sentido com o intuito de diminuir a resistência dos inimigos, facilitando a vitória. (SAINT-PIERRE, 2015)

Atualmente, o tema terrorismo tem sido alvo de grandes discussões, pois se observa que este vem assumindo uma nova dimensão. O marco deste redimensionamento foram os atentados de 11 de setembro, nos Estados Unidos, em 2001. O velho problema do terrorismo passa a ser couraçado pela novidade de sua internacionalização. (SAINT-PIERRE, 2015)

Sobre a internacionalização do terrorismo, o professor pós-doutor da Universidade Estadual de São Paulo, afirma:

A tétrica característica que recobre com um manto de novidade esse velho flagelo é sua atual e crescente internacionalização. A característica internacional do terrorismo pode ser nova, mas não surpreende. Com efeito, num mundo cuja novidade consiste na hegemonia incontestada de uma superpotência com interesses globais, onde a realização desses interesses dificilmente se completa sem ferir outros, a colheita de ódio torna-se inevitável. Quando nenhuma ação diplomática é eficiente para defender interesses postergados, quando nenhum organismo internacional é suficientemente forte e independente como para distribuir justiça entre interesses afetados, quando nenhuma forma convencional de violência é eficaz para defendê-los, fica aberta a porta para que o ódio se manifeste de maneira incontrolável e muitas vezes irracionalmente com relação aos seus objetivos. [...] (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 11)

O fragmento acima demonstra que embora a internacionalização seja uma nova característica que assume o terrorismo, o autor acredita que o aparecimento dela era esperado, uma vez que qualquer exército convencional se torna impotente diante do exército americano. (SAINT-PIERRE, 2015)

Frente à verificação do poderio militar da superpotência mundial que é os Estados Unidos, restam apenas duas opções àqueles que desejam obter algum tipo de sucesso contra este Estado:

desenvolver armas nucleares, ou compra-las, hipótese que se mostra impossível para países sem recursos financeiros; ou utilizar-se da guerra assimétrica, em outras palavras, lança-se mão de ações terroristas, devido ao baixo custo, sua relativa simplicidade operacional, e o efeito devastador que elas geram. (SAINT-PIERRE, 2015)

Ante o exposto, Saint-Pierre afirma:

Com respeito à internacionalização do terror: ante uma hegemonia planetária com interesses globais o terreno de operações da guerra assimétrica torna-se também global. E assim, “afastamo-nos das guerras convencionais, limitadas aos especialistas, que podiam constituir uma forma de continuação da política por outros médios; estamos na era da guerra de todos contra todos” (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 12)

2 O CONCEITO DE TERRORISMO

O professor Héctor Luís Saint-Pierre constata em seu artigo “11 de Setembro: do terror à injustificada arbitrariedade e o terrorismo de Estado” a dificuldade que existe na conceituação de terrorismo, uma vez que o mesmo depende da noção de terror, que é extremamente subjetiva. Desta forma, o mesmo descreve que: “o terrorismo é uma forma de violência cuja realização se objetiva no âmbito psicológico do indivíduo”. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 14)

O objetivo o terrorismo, conforme leciona Michael Walzer, é a destruição moral de uma classe, ou de uma nação. E seu efeito – o terror – disposição íntima e psicológica, e, portanto, de natureza subjetiva, acaba por dificultar na conceituação deste fenômeno. Fernando Reinares ensina que o escopo do terrorismo é causar reações emocionais, como a ansiedade, a incerteza ou mesmo o medo, entre determinados membros de uma sociedade. Ou seja, este fenômeno prima pela provocação de tais sentimentos em detrimento do dano efetivo. (SAINT-PIERRE, 2015)

Mais uma das dificuldades apontada por Saint-Pierre para a definição clara do termo, é que durante a história o termo foi utilizado com sentido pejorativo por inúmeras vezes. Isto significa que muitas das vezes, a aplicação desta expressão vinha acompanhada de um juízo de valor, ou seja, o grupo que para alguns eram considerados como terrorista, para outros era formado por guerreiros libertários. Trotsky dizia que, em geral, o terrorista é sempre o outro. Tal fato quase que impossibilita a adoção de uma definição que seja aceita por todos, e que autorize o desenvolvimento de uma teoria sobre o assunto. (SAINT-PIERRE, 2015)

O termo terrorismo é empregado com frequência para desacreditar adversários políticos ou oposições ao regime estabelecido, provocando uma conseqüente desumanização dos mesmos. Saint-Pierre afirma:

O apelativo de “terrorista”, por um lado, parece justificar o emprego de todos e quaisquer meios na sua eliminação – inclusive a tortura – e, por outro, procura abrir uma brecha entre o grupo assim considerado e a população em geral evitando a simpatia dessa com a causa daquele e um eventual apoio. Por outro lado, parece haver uma certa dificuldade generalizada para considerar como “terroristas” alguns dos atos de violência e comportamentos regulares, oficiais, aqueles praticados pelos governos e, na maioria dos casos, em nome da *ultima ratio* do Estado. Todavia, essa dificuldade desaparece quando se trata de caracterizar o comportamento de indivíduos que manifestem sua inconformidade contra o regime ou o governo, ou de algum grupo que se insurja contra o monopólio da violência do Estado, mesmo que seja contra aqueles Estados que não duvidariam em empregar táticas terroristas contra a sociedade. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 14)

O fragmento acima demonstra que a imposição sistemática do terror sobre determinada população é estratégia duplamente utilizada, tanto pelo Estado, quando pelos ditos terroristas. É técnica empregada tanto por governos estabelecidos quanto por movimentos radicais.

Outro empecilho para a conceituação objetiva de terrorismo é a distinção existente entre a pretensa racionalidade da força dos governos, e a irracionalidade da violência individual daqueles que o contrariam. (SAINT-PIERRE, 2015)

Hannah Arendt, filósofa alemã, diferencia poder de violência pelo número. Para ela, poder é um fenômeno quantitativo, uma vez que representa a capacidade de agir em uníssono, em comum acordo. Em outro rumo, a violência, seria revestida de caráter instrumental, e seria o antônimo do poder: “A forma extrema do poder resume-se em ‘Todos contra Um’, e a extrema forma de violência é ‘Um contra Todos’”. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 15)

Neste giro, Georges Sorel determina que a força teria o objetivo de impor uma organização de uma determinada ordem social que seja comandada por uma minoria, enquanto que violência busca a destruição de tal ordem. (SAINT-PIERRE, 2015)

Sobre as teorias mencionadas, Saint-Pierre se coloca da seguinte maneira:

Embora a violência vise à destruição da ordem, ela não é intrinsecamente desordenada. Em outras palavras, não devemos, baseados na formulação de Arendt, supor que, porque a força é institucional e racional, a violência só possa ser irracional. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 15)

A dificuldade de conceituação do terrorismo perpassa pela dita racionalidade do uso da força por parte do governo, e da consequente irracionalidade da violência individual exercida por sujeitos contrários a ele.

Neste sentido, Wardlaw coloca que os governos se utilizam de recursos e títulos que fazem com que legitima a utilização de tais meios. O mesmo não ocorre com os indivíduos, vez que não possuem tal legitimidade, além de possuir poucos recursos. (SAINT-PIERRE, 2015)

Assim, expõe Saint-Pierre:

Ante a divulgação das imagens dos atentados de Nova York, refletindo plasticamente sobre o ponto a que pode chegar a ira “irracional” dos terroristas “islâmicos”, passou quase inadvertida a atitude terrorista do presidente da maior superpotência que o mundo já conhecera ameaçando “a todos aqueles países que não estivessem do lado dos Estados Unidos”. Para o olhar eletrônico do mundo, a redução a escombros da milenar cultura iraquiana e do miserável Afeganistão pareceu uma resposta “racional”, adequada e “justa” pelo que os norte-americanos sofreram. Encontrar-se-á sempre algum jurista que consiga argumentar a favor da “racionalidade” dos tribunais excepcionais e da suspensão dos direitos individuais nos Estados Unidos para preservar a “ordem democrática”. Não faltarão sofismas para justificar a “racionalidade” do emprego de quaisquer meios, até os mais repulsivos para qualquer critério humanitário, para defender a civilização ocidental e a democracia, dificultando ainda mais o acesso acadêmico, sem preconceitos nem juízos valorativos, ao fenômeno do terrorismo. Depois de tudo, como diz Wardlaw (idem, p. 44), “a coisificação e legitimação do terrorismo oficial permite condenar o terrorismo individual como moralmente repugnante e não reconhecer em absoluto o terrorismo oficial ou aceitá-lo como duro, mas necessário”. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 16)

O excerto supra demonstra a realidade da dificuldade de conceituar o termo em questão, uma vez que o terrorismo oficial, legitimado pelo estado é aceito pelo mundo, com a desculpa de sua necessidade para combater o terrorismo individual. Assim, os Estados Unidos puderam aniquilar duas nações, e reduzi-las ao pó (praticamente), acobertado por um juízo de valor de que suas ações corresponderam a nada mais que a realização da “justiça”.

A conclusão que arremata, é a existência de uma evidente intencionalidade política para que o termo terrorismo não seja claramente definido. Para que desta forma o mesmo possa continuar sendo utilizado para abarcar qualquer tipo de movimento que cause incomodo a que dispõe da força para aplicar a conceituação de terrorismo, de acordo com suas claras necessidades. (SAINT-PIERRE, 2015)

Conforme o mestre da Universidade Estadual de São Paulo coloca:

Essa é a forma mais covarde de deslegitimar movimentos e de abrir a Caixa de Pandora da repressão sem qualquer contenção ética ou moral. O manto de preconceito que ainda encobre e impede uma teoria acadêmica sobre o terrorismo, a gravidade da situação internacional, impelida a uma “guerra global” contra um inimigo invisível, a necessidade de combater consciente e eficazmente o flagelo do terrorismo, as exigências éticas e políticas que devem orientar os métodos empregados nesse combate e a urgência de discutir critérios claros para definir esse fenômeno justificam um pequeno exercício teórico em torno do conceito de “terrorismo” tentando tornar mais nítidos os seus contornos e firme o núcleo duro da sua definição. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 17)

Uma vez configurado como terrorista, legitima o estado a utilizar quaisquer meio de controle para aniquilar tal grupo, como: a infiltração e espionagem, a prisão ilegal, os julgamentos extra legais, o sequestro, a tortura e o assassinato. Com a aplicação do termo a grupos ou movimentos sociais, religiosos ou étnicos, pretende-se amedrontar os mesmos e inibir seu acionar. (SAINT-PIERRE, 2015)

3 ANÁLISE SOBRE O FENÔMENO TERRORISMO

O atentado ocorrido nos Estados Unidos em setembro de 2001, provocou o ressurgimento do debate sobre o fenômeno do terrorismo, e diante da falta de um conceito objetivo para o mesmo, Saint-Pierre buscou sintetizá-lo da seguinte forma:

O terrorismo é uma forma de violência cujo efeito realiza-se no âmbito psicológico do indivíduo (Wardlaw 1984; Reinares 1998). Seu objetivo é produzir uma íntima reação no indivíduo: o terror, um pavor incontável. O terrorismo é um ato de violência que provoca uma ação social, isso é, constitui uma relação de força. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 17)

Uma vez caracterizado como uma relação de força, o autor determina que o terrorismo geralmente se manifesta em três níveis: o tático; o estratégico; e o político.

O primeiro nível, o tático, seria o mais visível de qualquer relação de força, uma vez que consiste na aplicação direta dela. Desta forma, o objetivo do terrorismo neste nível seria maximizar o dano, provocando mortes, mutilações, utilizando meios cruéis e que proporcionem grande visibilidade. (SAINT-PIERRE, 2015)

O nível estratégico, por sua vez, possui como escopo provocar terror, por meio da criação de um medo incontável que gere na população o sentimento de vulnerabilidade. Ou seja, fazer com que se sintam expostos a violência que o próprio terrorismo representa, busca espalhar o terror. (SAINT-PIERRE, 2015)

Por fim, no nível político o terrorismo busca a desestabilização do Estado. Nem sempre o terrorismo possui uma finalidade política. (SAINT-PIERRE, 2015)

Devido a tripartição do fenômeno em voga, é possível definir vítimas de três naturezas, correspondentes a cada nível de atuação terrorista. A vítima tática seria a vítima direta da ação terrorista (os mortos e feridos provocados pela conduta do grupo). Por sua vez, as vítimas estratégicas são todas aquelas que, embora não tenham sido atingidas diretamente pelo atentado se sentem vulneráveis, e sujeitos a possibilidade de serem vítimas táticas caso os terroristas resolvam atuar novamente. Ou seja, se tornam reféns do terror e do medo de uma nova atuação. Por fim, a vítima política seria o Estado, a instituição que supostamente deveria garantir a vida e o bem estar de seus cidadãos. (SAINT-PIERRE, 2015)

Neste sentido, Saint-Pierre coloca:

Note-se que a vítima preferencial do terrorismo, a vítima estratégica, não é o morto, que aqui denominamos “vítima tática”. Inegavelmente o terrorista procurará provocar o maior dano possível e por tanto tentará executar a maior quantidade possível de vítimas no nível operacional tático. Porém, se o objetivo estratégico é provocar um pânico incontrolável, obviamente a vítima estratégica não pode ser nunca a vítima tática, aquela que perde a sua vida no atentado, por uma questão eminentemente ontológica: os mortos não temem. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 18)

Com efeito, a passagem mostra que o objetivo de uma ação terrorista é almejar o maior número de vítimas estratégicas possíveis. Ou seja, o morto que o atentado deixa não é a prioridade, mas sim os vivos que dele restam. A razão do terror não é a morte, mas sim a insegurança cognitiva provocada, a sensação constante de vulnerabilidade. “O fundamento do terror é o sentimento inequívoco de desamparo ante a vontade do terrorista.” (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 19)

4 O ATENTADO DE 11 DE SETEMBRO DE 2001

A superioridade militar americana é clara, desta forma, aqueles que se veem prejudicados por ações do *hegemon*, estrategicamente falando, possuem apenas duas possibilidades para combatê-lo: o desenvolvimento de armas nucleares, tecnologia demasiadamente cara e de difícil acesso; ou a utilização da guerra assimétrica (uso de táticas de guerrilha e ações terroristas), cujo custo é baixo e seus efeitos devastadores. Desta forma, os atos terroristas passam a ser uma

possibilidade tentadora de manifestação de ódio, utilizada por geralmente por minorias radicais. (SAINT-PIERRE, 2015)

Benjamim R. Barber em seu livro “O Império do Medo”, aponta:

A hegemonia americana não se discute. Afinal, “o poderio militar econômico e político dos Estados Unidos faz o resto do mundo parecer liliputiano.” Segundo nos relembra Michael Ignatieff, os Estados Unidos são “o único país que vigia o mundo através de cinco postos de comando militar; mantém mais de um milhão de homens e mulheres em armas em quatro continentes; posiciona navios de guerra em todos os oceanos; garante a sobrevivência de países como Israel e Coréia do Sul; faz girar a roda do comércio global; e alimenta os corações e as mentes do planeta inteiro com seus sonhos e desejos. (BARBER, 2005, pg. 34)

Na manhã de 11 de setembro de 2001, 19 terroristas da al-Qaeda, sequestraram quatro aviões comerciais, dois deles foram jogados contra os andares superiores das Torres Gêmeas do Complexo World Trade Center. Devido ao impacto e aos extensos danos sofridos, as torres entraram em colapso. O fogo enfraqueceu a estrutura metálica do prédio fazendo com que ambos desmoronassem.

O terceiro avião foi jogado contra o Pentágono, sede do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, localizado em Arlington, Virgínia. O quarto avião (voo 93) caiu em um campo aberto próximo de Shanksville, na Pensilvânia. Os ataques mataram cerca de 3.000 pessoas de 93 países. 2.753 pessoas foram mortas em Nova York, 184 pessoas foram mortas no Pentágono e 40 pessoas foram mortas no voo 93. (MEMORIAL 9/11, 2015)

A mídia realizou a cobertura de todo o atentado, e o maior ataque terrorista no hodierno ficou marcado na história. O ataque foi exitoso, pois, além das mais de 3.000 vítimas que foram a óbito, também morreu o mito da invulnerabilidade americana. Os estadunidenses foram atacados em sua própria casa, e o sentimento de pânico se espalhou pela população, além do seguinte questionamento: de que adianta ter o maior exercito do mundo e também mais poderoso, a mais perfeita máquina bélica, se esta não era capaz de garantir a segurança de seus cidadãos dentro do território nacional? (SAINT-PIERRE, 2015)

Tais acontecimentos marcaram profundamente a população americana, deixando-a sem reação, e passam a sentir – pela primeira vez em muito tempo – a árdua sensação de vulnerabilidade. Enfim cai a ficha dos cidadãos americanos, que se sentem desprotegidos, uma vez que nem o Estado mais poderoso do mundo era capaz de protegê-los da ameaça que

representa o terrorismo: “esse terrível flagelo global e difuso, sem rosto, sem bandeira, sem frente de combate, sem ostentação e sem clemência.” (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 21)

O ataque alcançou o seu objetivo maior, de sucumbir uma população no mais profundo desamparo e constante medo. O atentado em questão buscou o maior número de vítimas táticas possíveis, para que conseqüentemente, se multiplicasse o número de vítimas estratégicas, visto que todo o povo estadunidense se sentiu incluso no “grupo de risco”, aterrorizados e vivos. (SAINT-PIERRE, 2015)

O atentado provocou insegurança cognitiva em toda a população, e desestabilizando o Estado norte-americano. A reação imediata deste é a declaração da “guerra contra o terrorismo”. George W. Bush, em seu primeiro discurso pós atentado convoca os demais países a lutar contra o mal que o terrorismo representa, e afirma que “aquele país que não se comprometa com essa guerra será considerado inimigo e combatido até a morte”. (SAINT-PIERRE, 2015)

O discurso de Bush possuiu dois intuitos: manifestar que, embora abalado pelo atentado, os Estados Unidos agiria, independente das conseqüências, para proteger seus cidadãos; e aumentar a confiança do cidadão no Estado, como sua única fonte de proteção. Tal mensagem faz com que o povo norte-americano volte a confiar no Estado, e com que se recuperem da crise moral e da tensão social que vinha enfrentando devido ao atentado. (SAINT-PIERRE, 2015)

Por outro lado, com a chamada Doutrina Bush, os Estados Unidos foram responsáveis: pela desmoralização das decisões da Organização das Nações Unidas; pelo desrespeito aos pilares do direito internacional; estimulou intervenções armadas e unilaterais em vários pontos do mundo. Além de provocar a vulgarização do conceito de terrorista, que passa a ser utilizado para rotular qualquer grupo que represente uma posição adversa ao governo, não somente dos Estados Unidos, mas de diversos países, que se aproveitaram do momento para extirpar ameaças sem qualquer contenção moral. (SAINT-PIERRE, 2015)

5 A GUERRA AO TERROR

Diante do ocorrido em 2001, as discussões sobre a Segurança Internacional voltam a permear a agenda dos estudos das Relações Internacionais e do Direito. Em sua primeira aparição oficial após o atentado, o então presidente estadunidense George W. Bush declarou uma guerra global contra o “terrorismo”, provocando uma divisão – maniqueísta – do mundo entre o bem e o mal. (SAINT-PIERRE, 2015)

Desta forma, o terrorismo passa a justificar uma nova projeção estratégica global do esforço bélico americano, provocando o rearranjo das forças, no sentido de definir amigos e inimigos. Além do emprego desproporcional de punições contra países enquadrados pelos americanos como ameaça, como parte do “eixo do mal”. Segundo o professor Héctor Luis Saint-Pierre uma “repressão indiscriminada e o atropelo aos direitos humanos e o Estado de Direito por uma guerra não definida e mal formulada”. (SAINT-PIERRE, 2015)

O resultado de tal discurso surtiu efeitos imediatos, inclusive naqueles menos simpáticos aos *yankees* – reações estas provocadas pelo medo, diante da possibilidade de retaliação que Bush possuía. Um exemplo de resposta inesperada foi a oferta realizada por Yasser Arafat, líder da Organização para Libertação da Palestina (OLP) na época, que ofereceu sangue palestino para socorrer os feridos pelo atentado. Até Fidel Castro se dispôs a enviar uma brigada de médicos para auxiliar o resgate das vítimas. (SAINT-PIERRE, 2015)

A doutrina Bush causou rupturas na ordem internacional, a ONU foi completamente desmoralizada e desrespeitada pela política de Guerra Preventiva aplicada pelos americanos. Na década seguinte ao atentado, admitiu-se a tortura como forma de combate ao terrorismo (que é considerada internacionalmente como um crime imprescritível). Além disso a ONU admitiu ainda um “ataque preventivo” contra pequenos e indefesos Estados. (SAINT-PIERRE, 2015)

Sanit-Pierre aponta:

Com essa atitude prepotente e insensível às regras de convivência internacional, atuando por cima e contra pareceres da ONU, o governo do único país condenado por “terrorismo” pelo Tribunal da Haya¹¹ massacró povos, rapinou culturas milenares, desestabilizou regiões e semeou o ódio, aumentando a insegurança no mundo. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 10)

Como retaliação, aos ataques realizados pelo Al Qaeda em 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos iniciaram uma Operação chamada *Enduring Freedom*. A Operação “Liberdade Duradoura” começou no dia 7 de outubro de 2001, quando os norte-americanos, lideraram uma série de ataques aéreos que duraram por aproximadamente cinco dias sobre o Afeganistão. Tais ataques tinham o objetivo de desestabilizar o Talibã, grupo fundamentalista que governava o

¹¹ Os Estados Unidos foram condenados pelo Tribunal Internacional de Justiça da Haya por ato de terrorismo ao fechar com minas o porto de Managua impedindo a entrada de alimentos e medicamentos. Isso foi durante o governo de Donald Reagan, considerado um dos melhores pelos norte-americanos, conforme recente pesquisa.

Afeganistão, e que segundo o governo americano fornecia refúgio seguro para o Al Qaeda. (CNN, 2015; PEREIRA, 2011)

Neste dia, as forças armadas americanas, com o apoio das forças armadas britânicas, realizaram os primeiros bombardeios à capital do Afeganistão, Cabul, atingindo o aeroporto e outros pontos estratégicos da cidade. Em seguida, também foram bombardeadas as cidades de Kandahar (Sul) e Jalalabad (Leste), com o intuito de impedir que o Afeganistão fosse utilizado como base de operações para as atividades terroristas do grupo Al Qaeda. (CNN, 2015; PEREIRA, 2011)

O ataque americano ao Afeganistão possuía três grandes intuítos: desmanchar a rede da Al Qaeda; impedir que Bin Laden e seus comparsas continuassem utilizando o país como base de operações; e por fim, derrubar o regime do Talibã, garantindo um futuro democrático para a Nação Afegã. (PEREIRA, 2011)

No dia 14 de outubro de 2001, o Talibã se mostra aberto a negociações, e oferece entregar Osama Bin Laden a um terceiro país para julgamento caso os americanos fornecessem evidências que comprovassem o seu envolvimento com os atentados 9-11¹². A Casa Branca rejeita a oferta. (CNN, 2015)

Em 26 de outubro de 2001, foi aprovado pelo Congresso norte-americano e assinado pelo então presidente, George W. Bush, o *Patriot Act*, um conjunto de leis cujo escopo é o aumento da regulação, fiscalização e controle das atividades dos cidadãos estadunidenses. Além de suspender diversas garantias governamentais em relação aos direitos civis, o *Patriot Act* também permite a manutenção de presos estrangeiros suspeitos de atividades que colocassem em risco a segurança nacional. Porém obriga que tais prisioneiros sejam deportados ou acusados de algum delito, em um prazo de sete dias, contados após sua prisão. (GÓMEZ, 2008)

Em 13 de novembro de 2001, o presidente Bush assina a ordem executiva sobre “Detenção, tratamento e julgamento de certos estrangeiros na guerra contra o terrorismo”. A partir daí o Pentágono fica autorizado a manter cidadãos estrangeiros sob custódia, por tempo indefinido e sem nenhum encargo. Tal ordem proíbe ainda que seja interposto pelo detento qualquer recurso perante os tribunais americanos, estrangeiros ou internacionais. E que, em casos de julgamento, este se realizaria no âmbito de comissões militares, nomeadas pelo poder

¹² O atentado de 11/09/2001 é conhecido nos Estados Unidos como 9/11 (*nine eleven*), uma vez que na língua inglesa inverte-se a ordem do dia e mês, sendo que este último viria antes do primeiro, quando comparada com o português.

Executivo, e não por tribunais independentes e imparciais. Tais julgamentos não eram utilizados desde a Segunda Guerra Mundial. (GÓMEZ, 2008)

No fim de dezembro do mesmo ano, o Departamento de Justiça enviou um memorando para o Pentágono, recomendando que os tribunais federais americanos não sejam autorizados a examinar e julgar as petições de *habeas corpus* apresentadas por estrangeiros detidos na base militar da Baía de Guantánamo, uma vez que esta não se situa em território soberano estadunidense. (GÓMEZ, 2008)

No início de 2002, em fevereiro, o presidente Bush assina um novo memorando cujo conteúdo autoriza o tratamento de membros do Talibã ou do Al Qaeda como prisioneiros de guerra. Desta forma, as garantias existentes no art. 3º da Constituição Norte-Americana que confere aos indivíduos garantias processuais mínimas – o direito devido processo legal, proibição da tortura, dos maus-tratos, e proteção à honra e a dignidade do acusado – deixam de ser aplicadas aos integrantes dos grupos citados. O que se pode notar com tal decisão é o evidente combate ao “inimigo terrorista”. (GÓMEZ, 2008)

Já no fim de 2002, o então secretário de defesa dos Estados Unidos, Donald Rumsfeld, aprovou o uso discricionário de diversas técnicas de interrogatório. Dentre elas, incluíam-se atos de desnudar e encapuzar presos, isolamento prolongado, privação sensorial, permanência em posturas dolorosas, simulação de afogamento, utilização de cães para induzir o estresse, além de sistemáticas humilhações discriminatórias de caráter sexual e religioso. Deste modo, autoriza-se, assim, a utilização de técnicas de interrogatório “contra terroristas” cruéis e desrespeitadoras dos Direitos Humanos. (GÓMEZ, 2008)

Enquanto isso, a ofensiva contra o Afeganistão seguia. A Força Armada Britânica enviou uma força de 4.200 militares para o Afeganistão, ainda em outubro. Em novembro, a Turquia e o Canadá também concordam em enviar tropas. Ainda em novembro, Donald Rumsfeld duplica o número de homens em bases americanas no território afegão. Itália, Alemanha e Países Baixos também se disponibilizam para enviar tropas. E em dezembro de 2001 o Talibã cai. (CNN, 2015)

Ainda em dezembro de 2001 o Conselho de Segurança da ONU cria a Força Internacional de Assistência à Segurança (ISAF) para supervisionar as operações militares no país. Na Conferência de Bonn, Alemanha, Hamid Karzai é escolhido para governar o país e em 2004 é eleito presidente. (CNN, 2015)

As forças da ONU, da OTAN e dos Estados Unidos permanecem no território afegão por mais que uma década. Em 2013 os Estados Unidos, já sob a liderança de Obama, retira as tropas do Afeganistão. Estimativas de baixas da guerra variam. Conforme o relatório *Body Count* realizado pela organização *Physicians for Social Responsibility* (PSR) dá uma estimativa das casualidades da guerra no Afeganistão. Segundo este relatório, de outubro de 2001 a dezembro de 2013, foram mortos aproximadamente: de 106.000 a 170.000 civis (incluindo os afegãos), 22 jornalistas, 280 trabalhadores de organizações não-governamentais; 15.000 membros das Forças Armadas do Afeganistão; 3.000 soldados americanos; 3.409 soldados da ISAF e da Operação Enduring Freedom; 1.700 trabalhadores civis do governo americano; 55.000 Talibãs; resultando num total aproximado de duzentos mil mortos. (CNN, 2015; PSR, 2015)

6 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O jurista e professor Luiz Flávio Gomes desenvolveu em 2004 um artigo, cujo tema é a teoria do Direito Penal do Inimigo. Neste trabalho, o autor aponta traços importantes desta corrente, enumera características, chegando a realizar a crítica sobre a mesma. Segundo o autor, a teoria criada por Jakobs seria um claro exemplo de Direito Penal do Autor, visto que ela pune o agente pelo que ele é, e não pelo que ele fez (Direito Penal do Fato). (GOMES, 2004)

Gomes ainda alerta que o momento em que a teoria do direito penal do autor obteve mais ênfase foi durante o nazismo, e que a nova teoria alemã traria reminiscência deste passado não tão distante. Para ele a criação de inimigos seria a “demonização” de alguns tipos de delinquentes. (GOMES, 2004)

Outra crítica colocada pelo autor é que o Direito Penal está sempre amarrado a Carta Magna de cada Estado. Desta forma, através de um simples silogismo percebe-se um pleonasmismo quando o teórico se refere a um Direito Penal do Cidadão. Logo, o Direito Penal do Inimigo seria uma contradição, já que é um “não Direito”. (GOMES, 2004)

Outra incoerência notada por Luiz Flávio Gomes é que segundo o Direito Penal do Inimigo a desaprovação não ocorreria quanto a culpabilidade do agente, mas sim a sua periculosidade. Desta forma, a pena e a medida de segurança passam a ser tratadas com congruência, deixando de possuir realidade diferente. (GOMES, 2004)

Neste caso, ao trazer a teoria para a realidade brasileira instaurar-se-ia um conflito, visto que, conforme as leis vigentes, medida de segurança somente é destinada a agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo. (GOMES, 2004)

Para o jurista, o Direito Penal do Inimigo, se tratando de um Direito Penal Prospectivo (ou seja, que entende o cabimento de medida de segurança com o intuito de afastar o inimigo da sociedade para que este não venha a cometer crimes no futuro) encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, que chegaram a postular sobre o fim de penas e a imposição massiva das medidas de segurança. (GOMES, 2004)

Gomes ressalta que a teoria não segue o processo democrático (utilização do devido processo legal, e afins), e sim um procedimento de guerra, intolerante, que não condiz com o Estado Democrático de Direito (em que se encontram a maior parte das nações atualmente). As garantias penais e processuais são afastadas, e dá lugar a um Direito Penal de Terceira Velocidade, caracterizado pela imposição de penas de prisão severas. (GOMES, 2004)

Luiz Flávio Gomes alerta que a expansão que o Direito Penal vem sofrendo ocasiona a transformação do mesmo para um direito abertamente punitivista, que se utiliza da antecipação de tutela penal, de leis que protegem bens jurídicos indeterminados, penas desproporcionais e outros. E muitas vezes, a promulgação de leis penais ocorre justamente para acalmar a ira da população, que se sente em constante estado de insegurança. (GOMES, 2004)

A soma destes acontecimentos acaba por gerar como produto medidas de Direito Penal do Inimigo. Embora a teoria seja claramente inconstitucional no Brasil, visto que medidas excepcionais somente podem ser adotadas em tempos anormais – Estado de Defesa e de Sítio. (GOMES, 2004)

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes preleciona que:

Não podemos concordar com a tese de que o Direito Penal do Inimigo seja inevitável, sob pena de assumirmos postura idêntica àqueles que acobertaram ou apoiaram o Direito Penal Nazista, que procurou eliminar todos os ‘estranhos à comunidade’, mandando-os para os campos de concentração ou para o forno. (GOMES, 2004)

Gomes conclui afirmando que a criminalidade nomeada como inimiga não coloca em risco o Estado vigente, muito menos suas instituições essenciais. E a estes, cabe o Direito Penal do Cidadão, ou seja, o direito penal do Estado de Direito. O fato de se tratar o criminoso como

inimigo apenas dá legitimidade para que o mesmo questione, com razão, o sistema. (GOMES, 2004)

No livro “Direito Penal Esquematizado – Parte Geral”, os autores, além de dar um panorama global sobre o Direito Penal do Inimigo, expõem também suas respectivas críticas sob a teoria do alemão Günther Jakobs. A teoria em voga é colocada como uma legislação de exceção, um estado de guerra, baseado em regras específicas para o combate dos perigos gerados pelo inimigo. Sendo assim, Estefam e Gonçalves questionam:

Quais devem ser os pressupostos jurídicos para que essa legislação excepcional possa ter incidência? Que órgãos estatais devem ser consultados e quais deliberarão acerca dos seus limites? A quem caberá dizer quando se aplica o Direito Penal do Inimigo ou o Direito Penal do Cidadão? Essas dúvidas não são sanadas por Jakobs. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 139)

Outra colocação feita pelos autores é como seria possível a adoção de um Direito Penal do Inimigo, se a maioria das constituições garante fundamentalmente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e outros tantos. Desta forma, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo jamais seria compatível a um Estado Democrático de Direito. Afirmam ainda que a teoria resgata o Direito Penal do Autor, que já foi superado em meados do século XX. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

No artigo Direito Penal do Inimigo, escrito em 2005 pelo jurista Rogério Greco, o autor expõe seu posicionamento sobre a teoria em questão. O autor critica com firmeza a polaridade proposta de divisão da sociedade em cidadãos e inimigos. Para ele, fornecer tratamento diferenciado a uma classe de indivíduos, como se houvesse um estado de guerra, é relembrar épocas catastróficas que a humanidade busca olvidar. (GRECO, 2005)

Greco afirma que tratar o delinquente habitual, criminosos pertencentes à facções organizadas e traficantes de drogas como irrecuperáveis, e a eles propor medidas de privação de liberdade por tempo indeterminado é “o máximo da insensatez a que pode chegar o Direito Penal”. Para o autor, o Direito Penal do Inimigo deve ser repudiado pela sociedade, pois, no seu entendimento, a teoria desiste do homem, afirmando erroneamente o fato de ser ele incorrigível, de possuir um defeito de caráter que o impede de agir conforme os demais cidadãos. (GRECO, 2005)

Segundo o jurista, a lista de pessoas que podem se encaixar no perfil de inimigos nunca será findada, pois amparado pelo raciocínio desta teoria qualquer um pode ser considerado inimigo. Para ele, seria praticamente impossível elaborar um conceito de inimigo que tenha o condão de despersonalizar um indivíduo, para que assim ele possa ser afastado da sociedade, e se ver desprotegido de quaisquer garantias conquistadas ao passar dos tempos. (GRECO, 2005)

Rogério Greco conclui seu texto afirmando:

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão versus inimigo, pois que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo, e lá estarei eu sendo preso, sem qualquer direito ou garantia, em troca de um argumento vazio e desumano. (GRECO, 2005)

O fragmento acima revela a clara oposição do doutrinador brasileiro Rogério Greco quanto a utilização do Direito Penal do Inimigo, uma vez que este representa tamanho retrocesso diante das conquistas já realizadas, com muito ardor, durante toda a história.

Eugenio Raul Zaffaroni, ex-ministro da Suprema Corte Argentina, professor da Universidade de Buenos Aires e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal, em uma conferência na sede do IELF, em 2004, emitiu seu posicionamento sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, que foi sintetizado em um artigo por Luiz Flávio Gomes. No artigo supramencionado Luiz Flávio Gomes relata algumas das colocações do famoso jurista a respeito desta teoria:

1) para dominar o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (2) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito); (3) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (4) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (5) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.; (6) em nome de cristo começaram a queimar os inimigos; (7) 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); (8) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã; (9) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); (10) o criminoso é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (11) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que se conviver necessariamente; (12) 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; (13) 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; (14) no princípio

do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (15) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.); (16) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); (17) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos E.U.A., 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; (18) até 1980 os E.U.A. contava com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (19) com Reagan começa a indústria da prisionização; (20) hoje os E.U.A. 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 E.U.A. 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 E.U.A.: não possuem a máquina de fazer dólares; (21) 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); (22) das TVs é preciso "sair sangue" (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); (23) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; (24) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (25) o Direito penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (26) o político apresenta o Direito penal como o primeiro remédio para isso; (27) o Direito penal tornou-se um produto de mercado; (28) 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; (29) os juízes estão apavorados; juiz garantista tem que enfrentar a mídia. (ZAFFARONI *apud* GOMES, 2004)

A partir da resenha feita por Gomes (2004) sobre as colocações de Zaffaroni pode-se chegar a algumas conclusões. Primeiramente, nos Estados Unidos, foi difundido o fenômeno de privatização dos presídios, isso significa que a construção e administração de presídios deixaram de ser área de competência pública. Ou seja, cabe à iniciativa privada investir em novas estruturas penitenciárias. Sendo assim, para que se assegure a remuneração aos investimentos feitos, portanto, precisa-se de criminosos, para que estes presídios sejam ocupados. Considerando a dificuldade de encarcerar indivíduos de grande poder aquisitivo, ocorre aumento da incidência do sistema penal sobre os excluídos. (GOMES, 2004)

A presença massiva de marginalizados presos gera demanda de mais presídios, que são construídos pela iniciativa privada. Ou seja, aquela grande parcela da população que não é consumidora, não é empregadora, não gera impostos, agora passam a gerar lucros, movimentando a economia para os exploradores deste negócio. (GOMES, 2004)

No seu livro "O inimigo no Direito Penal", Zaffaroni aponta ainda que em toda história – de fato e do direito – o poder punitivo sempre discriminou um grupo de seres humanos, aos quais conferia o tratamento de inimigo, de não pessoas, uma vez que estes – supostamente – eram vistos como entes daninhos ou perigosos. Consequentemente, é negado a tais sujeitos o direito de

ser punido perante o sistema global de garantias, ou seja, dentro dos limites e garantias do Direito penal liberal. (ZAFFARONI, 2007)

O autor ainda diz que esta modalidade de tratamento – punição diferenciada para aquele grupo considerado como inimigo da sociedade – é típico do Estado absoluto, e completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o argentino assevera:

É intolerável a categoria jurídica de *inimigo* ou *estranho* no direito ordinário (penal ou de qualquer outro ramo) de um Estado constitucional de direito, que só pode admiti-lo nas previsões de seu direito de guerra e com as limitações que lhe são impostas pelo direito internacional dos direitos humanos em seu ramo de direito humanitário (legislação de Genebra), levando-se em conta que nem sequer este priva o *inimigo bélico* da condição de pessoa. (ZAFFARONI, 2007, pg. 12)

O autor acredita que a categorização de indivíduos como inimigos sociais, devido a sua periculosidade, sem que seja conferido aos mesmos o caráter de pessoa é incompatível com a teoria política do Estado de Direitos. Zaffaroni propõe ainda ser direito do Estado privar o indivíduo de sua cidadania, mas isto não implica que o mesmo esteja autorizado a privar o sujeito de sua condição de pessoa. Quer dizer, o Estado não possui o poder de retirar direitos de um indivíduo que são inerentes à sua condição de ser humano. (ZAFFARONI, 2007)

O que se observa ao analisar as contribuições teóricas diversas dos mais respeitados juristas, é que a aplicação do Direito Penal do Inimigo ainda é controversa. Quando defendida pela doutrina, se justifica como uma medida necessária frente a crimes advindos da sociedade de risco, a sociedade pós-industrial. Uma vez que não se deve punir o criminoso comum com o mesmo rigor que se pune o inimigo, aquele que não oferece garantia cognitiva de respeito à norma.

Em suma, a adoção – ou não – desta teoria em questão no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito gera um grande debate doutrinário, e polariza opiniões em todo o universo jurídico.

7 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA EXPLICAR A GUERRA AO TERROR

Benjamin R. Barber, doutor pela Universidade de Harvard, em seu livro “O Império do Medo”, descreve o cenário do que ele nomeia de “*Pax Americana*”. Para o autor, os Estados

Unidos possui ávido desejo de sempre reiterar sua hegemonia. Além de levar a “independência” e a “democracia” para os demais países, os americanos convocam-nos para com ele se associar. Isto importa em nada mais que uma mera coação realizada pelos *yankees*, pois, caso um Estado não pretenda aderir ao seu plano, a ele é atribuído o caráter de inimigo. (BARBER, 2005)

Desta forma, o escopo mor da chamada “*Pax Americana*” trata-se da imposição da paz universal, por meio de armas americanas. Ou seja, a criação de um império arrogante, temperado pelo medo. Neste sentido, Barber ilustra: “Não importa que nos odeiem, desde que nos temam”. (BARBER, 2005, pg. 51)

Sobre o ponto em questão, o autor coloca:

O poderio sem precedentes dos americanos não exclui certa vulnerabilidade, também sem precedentes, uma vez que para preservar o que já ganharam precisam constantemente expandir o seu raio de ação, construindo assim uma esfera de influência exageradamente ampla. “Para garantir meu território, tenho de me apoderar do terreno adjacente ao meu”, proclama o poderoso latifundiário. Os Estados Unidos consideram amigos todos aqueles que não se dizem seus inimigos e, por conseguinte, acabam tendo como aliados, em vez de amigos autênticos, inimigos de seus inimigos. Que se opuser é tido, se não como um participante do “eixo do mal”, pelo menos como um membro da gangue dos vilões. (BARBER, 2005, pg. 36)

O excerto acima mostra a visão dos Estados Unidos quanto ao posicionamento tomado pelos demais países no contexto pós-9/11. Ou seja, apoiar os americanos significa ser “do bem”, independente das condições retrogradadas em que seu país se encontre. Um exemplo disso é o Egito, que na época era controlado por uma ditadura tirânica, e devido ao seu apoio aos estadunidenses não sofreu nenhuma represália. Enquanto isso, obsessivamente, os americanos voltavam sua ira para “Estados párias”, de pouca importância, como Cuba, Iraque, Somália, Líbia e outros, cujo potencial de ameaça para o imensurável exército americano era mínimo. (BARBER, 2005)

Outrossim, diante do gigante que os americanos se mostram ser, resta como arma efetiva aos que não concordem com seus ideais, conforme exposto anteriormente, apenas o terrorismo. Barber afirma: “O medo é a única arma do terrorismo, mas o medo é uma arma muito mais potente contra os que vivem num clima de esperança e prosperidade do que contra os que vivem num mundo de desespero, sem nada a perder.” (BARBER, 2005, pg. 37)

Neste sentido Barber assevera:

Os Estados Unidos podem espalhar para além das fronteiras uma civilização cultural pop de filmes, música, *software*, *fast food*, e tecnologia de informação de modo a transformar

o mundo num McMundo. Mas não conseguem controlar a Jihad. Isso porque a independência dá à Jihad meios de confrontar o McMundo (terrorismo global!), meios que não são menos impressionantes do que aqueles que o McMundo tem para confrontar a Jihad (mercado global!). Na verdade, em certo sentido, trata-se de meios idênticos, já que ambos se alicerçam na anarquia global que ambos ajudaram a criar. (BARBER, 2005, pg. 38)

O fragmento mostra as consequências da interdependência criada pelos americanos no pós-guerra fria. Pois, por mais que eles aumentem sua esfera de influencia, fazendo do mundo cada vez mais um reflexo de sua própria imagem, os estadunidenses não conseguem conter as ações do fundamentalismo religioso.

As conquistas efetuadas pelas ações terroristas forçaram os Estados Unidos a traçar uma estratégia de combate às mesmas. Nesse sentido o autor coloca:

Depois de seu país ter sido atacado pela Al Qaeda, uma organização terrorista não governamental, o que fez o presidente Bush? Procurou vingar-se dos “Estados que abrigam terroristas”. Para isso, adotou uma estratégia que tomou como alvos o Afeganistão, mais tarde o Iraque (e quem sabe, no futuro, a Coréia do Norte, a Síria e o Irã), quando, na realidade, os terroristas continuavam a se movimentar livremente do Afeganistão para o Iêmen e o Sudão, desde as províncias tumultuadas e ingovernáveis do Afeganistão até as províncias tumultuadas e ingovernáveis do Paquistão; desde o Oriente Médio até a África e Sudeste da Ásia, Indonésia e Filipinas. (BARBER, 2005, pg. 39)

A passagem acima retrata a capacidade de se tornar invisíveis que possuem os terroristas, uma vez que não são Estados, eles podem migrar, desaparecer e reaparecer sobre outra forma. Nações inteiras podem ser destruídas pelo poderio americano – como foram o Afeganistão e o Iraque – mas os grupos terroristas continuam firmes – mesmo que por vezes se enfraqueçam.

Neste sentido, o ex-secretário de defesa estadunidense Donald Rumsfeld afirma: “Os indivíduos que fazem isso não têm o que perder, não possuem alvos de valor. Só tem redes e fanatismo. (BARBER, 2005, pg. 37)

Segundo Barber, a estratégia adotada pelos americanos no pós 11 de setembro “prevê uma guerra sem fim: quando a intimidação falhar (primeira opção do medo), serão levadas a cabo intervenções armadas em país após país [...]”. Zaffaroni leciona que os Estados Unidos encontraram nos atentados de 11 de setembro de 2001 a oportunidade de criar um inimigo de substância no chamado terrorismo, que possa preencher o vazio deixado pela ameaça soviética com o fim da guerra fria. (BARBER, 2005, pg. 55; ZAFFARONI, 2007)

Os americanos buscaram incansavelmente por alguém que pudesse ocupar tal vaga, embora houvessem muitos candidatos, nenhum era forte suficiente, explica Zaffaroni. A insuficiente da guerra as drogas, a abstração do crime organizado, ambos não tiveram robustez para tanto. Nesse sentido, Zaffaroni coloca: “A carência de juízos prévios a partir dos quais seria possível fabricar um novo inimigo só pode ser compensada com um fato aterrador e, para este efeito, o atentado de setembro de 2001 foi funcional para individualizar um inimigo crível.” (ZAFFARONI, 2007, pg. 65)

Dessarte, a partir do contexto fático do atentado, das mortes que este resultou, se tornou possível a construção de uma obscura noção de terrorismo, que não possui definição internacional, e abarca diversas modalidades de conduta. E o mais importante, fundamenta a utilização de medidas repressivas nos moldes da estrutura inquisitorial.

Neste rumo, sustenta Zaffaroni:

A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo. A necessidade de defender-se, *por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados*, mas sim do nebuloso *terrorismo*, legitima não apenas as *guerras preventivas* de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais, que incluem a privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condição de prisioneiros de guerra nem de réus processados, seja sob o pretexto de que não são cidadãos dos Estados Unidos ou de que não se encontram privados de liberdade em seu território. (ZAFFARONI, 2007, pg. 66)

Desta forma, por meio da legitimação que o atentado promoveu para a criação do inimigo terrorista é que adota-se cada vez mais, em todo mundo, técnicas e características típicas de um Direito Penal do Inimigo.

No livro “Direito Penal Esquematizado – Parte Geral”, Estefam e Gonçalves reconhecem como exemplo típico de legislação do Direito Penal do Inimigo o *Patriot Act*, veja:

Pode ser citado como exemplo de legislação típica desse setor do Direito Penal o *Patriot Act* dos EUA (Lei Patriótica), em que se autorizou, entre outras disposições, a detenção de pessoas por tempo indeterminado, se suspeitas de envolvimento em atentados terroristas e de violação a outros direitos individuais. Também se podem apontar como medidas jurídicas características do direito penal do inimigo as prisões norte-americanas de Guantánamo (Cuba) e de Abu Ghraib (Iraque), em que se empregou a detenção por tempo indeterminado e a tortura como meios legítimos de interrogatório. Veja-se, ainda, o controvertido episódio que resultou no falecimento de Osama Bin Laden, morto como verdadeiro inimigo de guerra. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 137)

Ante o exposto supra é possível observar a rigidez que o *Patriot Act* impõe, provando ser tal lei uma verdadeira “carta de restrições fundamentais”, uma vez que permite ao FBI, CIA e demais agências do governo norte americano a invadir a privacidade e intimidade dos cidadãos, ignorando direitos civis fundamentais, relativizando garantias, e chega ao absurdo de autorizar a manutenção de presos que não foram acusados de crime algum privado de sua liberdade em instituições prisionais como Guantánamo e Abu Ghraib.

O livro “O Diário de Guantánamo” foi redigido por Mohamedou Ould Slahi, em sua cela na prisão de Guantánamo durante o verão e o outono de 2005. No livro o autor retrata suas experiências com interrogatórios e as técnicas utilizadas nestes, a rotina da prisão e afins. O governo dos Estados Unidos editou o manuscrito, e inseriu nele mais de 2.500 tarjas pretas, censurando o texto original do autor. E somente em janeiro de 2015 é que o livro foi publicado, e se tornou um *best-seller* internacional.

Dentre os diversos fatos narrados por Mohamedou, destaca-se o seguinte:

Os detentos não tinham permissão para falar uns com os outros, mas gostávamos de olhar uns para os outros. A punição para quem falasse era pendurar o detento pelas mãos, os pés mal tocando o chão. Vi um prisioneiro afegão que tinha desfalecido algumas vezes quando estava pendurado pelas mãos. Os médicos “o consertavam” e o penduravam novamente. [...] Havia um camarada afegão muito idoso que, segundo se dizia, fora preso para entregar seu filho. O sujeito era doente mental; não conseguia parar de falar porque não sabia onde estava, nem por quê. Não creio que ele estivesse compreendendo em que ambiente se encontrava, mas os guardas continuavam obedientemente a pendurá-lo. (SLAHI, 2015, pg. 77)

Outras técnicas de tortura eram utilizadas nos interrogatórios e como punição dos detentos como: o *waterboarding*¹³, alimentação e reidratação retal, confinamento em uma caixa¹⁴, utilização de água gelada¹⁵, espancamentos, ameaças, longas privações sensoriais e de sono, sobrecarga auditiva ou visual, nudez forçada, estupro, imobilização do sujeito em posições causadoras de stress corporal, e outras tantas. (THE GUARDIAN, 2014)

¹³ Trata-se de um processo de asfixia utilizando água, que simula um afogamento. Coloca-se um pano sobre o rosto do detento que é deitado e amarrado em uma plataforma inclinada, cobrindo seu nariz e boca. Em seguida, joga-se água sobre o pano, o que impede a respiração, causando a sensação de afogamento, e induzindo o pânico. O processo dura aproximadamente 40 segundos e é repetido por inúmeras vezes durante o interrogatório.

¹⁴ Coloca-se o sujeito dentro de uma caixa que, além de restringir seus movimentos, dificulta a respiração.

¹⁵ O detento é deixado em uma cela fria com as roupas encharcadas de água e coberta por plástico, para impedir que a mesma seque, podendo causar até hipotermia.

No fragmento abaixo Slahi narra um interrogatório no qual foi submetido a diversos assédios, tanto morais quanto sexuais, diversos trechos da narrativa foram censurados pelo governo americano, os quais foram tarjados de preto:

O novo [REDACTED]¹⁶ puxou a cadeira, jogando-me no chão. “Agora fale de [REDACTED] [REDACTED]!”¹⁷ “Não, isso já ficou para trás”, disse eu. “Certo, você tem razão. Se ficou para trás, pode falar, não vai fazer mal” disse o novo [REDACTED]. “Não.” “Então hoje vamos ensinar a você sobre o grande sexo americano. Levante-se!”, disse [REDACTED]. Fiquei de pé na mesma posição dolorosa¹⁸ em que estive durante cerca de setenta dias. Eu preferia obedecer às ordens e reduzir a dor que seria causada se os carcereiros entrassem no jogo. Eles usavam toda oportunidade para bater no detento até cansar. “O detento tentou resistir”, era a ladainha com que se saíam, e adivinhe em quem acreditavam? “Você é bem esperto, porque se não ficar de pé vai ser pior”, [REDACTED]. Assim me levantei, duas [REDACTED] tiraram a blusa e começaram a dizer toda sorte de obscenidade que se possa imaginar, o que menos me importava. O que me atingia era ser forçado a participar de uma tríade sexual da maneira mais degradante. O que muita [REDACTED] não entende é que um homem sofre tanto quanto as mulheres quando é obrigado a fazer sexo, talvez ainda mais, devido à posição masculina tradicional. [...] Fiquei rezando o tempo todo. “Pare de rezar, porra! Você está fazendo sexo com duas americanas e fica rezando? Como você é hipócrita!” [...] Neguei-me a deixar de rezar, e depois disso fui impedido de fazer minhas orações, rituais, durante cerca de um ano. (SLAHI, 2015, pg. 304-305)

Outra técnica utilizada em interrogatórios, narrada por Slahi, era a utilização de quartos extremamente gelados, causando até hipotermia nos detentos:

[REDACTED] ligou o ar-condicionado a toda para me fazer congelar. Esse método vinha sendo utilizado desde agosto de 2002. Vi pessoas submetidas à sala gelada dia após dia; nessa época, a lista era longa. As consequências do frio são devastadoras, mas só se manifestam em idade avançada porque leva tempo para que atinjam os ossos. O esquadrão da tortura era tão bem treinado que cometia crimes quase perfeitos, evitando deixar provas óbvias. Nada se fazia ao acaso. Eles golpeavam pontos definidos. Praticavam métodos horríveis cujas consequências só se manifestariam mais tarde. Os interrogadores ligavam o ar no máximo, tentando chegar a zero grau, mas obviamente os aparelhos não foram feitos para matar. Então, numa sala bem isolada, a temperatura chegava a 9,4 graus Celsius – em outras palavras, frio, muito frio, sobretudo para alguém proveniente de um país quente submetido a ele durante mais de doze horas, sem roupa de baixo e vestido apenas com um uniforme fino. (SLAHI, 2015, pg. 317)

A sobrecarga auditiva também era utilizada frequentemente para causar stress nos interrogados. Eles eram submetidos a longos períodos expostos a músicas altas, que se repetiam, inúmeras vezes, conforme demonstra Mohamedou Slahi no trecho abaixo:

¹⁶ Dá a entender de Slahi se refere ao novo interrogador que ia continuar o procedimento. (SLAHI, 2015)

¹⁷ Tarja colocada cuja inferência não pode ser realizada. (SLAHI, 2015)

¹⁸ Esta posição provavelmente é uma curvatura forçada pelo fato de seus pulsos estarem acorrentados ao piso.

Durante a noite inteira tive de ouvir o hino nacional dos Estados Unidos. Odeio hinos. Só consigo me lembrar do começo, “*Oh say can you see...*” uma e outra vez. Fiquei feliz por não terem me jogado na água gelada. No início tentei rezar dissimuladamente, mas [REDACTED] estava me vigiando de perto. “Pare com a porra da oração, você está insultando o meu país!” Eu estava cansado e acabado, e queria qualquer coisa menos arranjar problema, então decidi rezar em silêncio. Tremi durante a noite toda. (SLAHI, 2015, pg. 321)

Em outra passagem do livro escrito por Mohamedou Ould Slahi, o autor narra ainda a utilização de um método que consistia em preencher o espaço existente entre o corpo do mesmo e suas vestes com cubos de gelo. Quando estes derretiam, novos cubos eram colocados, do pescoço até os tornozelos. O intuito do uso desta técnica é que além de servir para apagar os hematomas provocados, o gelo ainda causava uma dor imensurável. Além disso, os olhos do torturado eram vendados, e os interrogadores lhe disferiam diversos golpes, em intervalos irregulares. Sobre a técnica, Slahi afirma: “Não há nada mais aterrorizante do que fazer alguém esperar um golpe a cada batida do coração.” (SLAHI, 2015, pg. 335)

Além das absurdas táticas utilizadas – todas de conhecimento da alta cúpula do governo estadunidense – o governo americano autorizou ainda a detenção de sujeitos estrangeiros, por tempo indeterminado, além de proibir que estes possam interpor recursos perante qualquer tribunal, seja ele americano ou até internacional. Outrossim, caso o indivíduo tivesse que ir a julgamento, este seria realizado por comissões militares nomeadas pelo Executivo. Restou proibido também que cortes americanas examinassem petições de *Habeas Corpus* dos sujeitos presos em Guantánamo. (GÓMEZ, 2008)

Diante do exposto, as legislações restringiam, quando não tolhiam por completo, os direitos e garantias fundamentais daqueles considerados como “inimigo terrorista”. As crueldades e atrocidades que ocorriam nas prisões de Guantánamo (Cuba), Abu Ghraib (Iraque), Bagram (Afeganistão) e tantas outras, eram justificadas na tentativa de encontrar e desmantelar possíveis ações e redes terroristas, justificadas na teoria do Direito Penal do Inimigo.

Neste sentido Fábio Roberto D’Avila afirma:

[...] ao buscar (re) estabelecer um já conhecido modelo de direito penal do agente, direcionado à punição de atos meramente preparatórios, no qual o objetivo da pena é tão só inocuizar uma ‘inaceitável’ fonte de perigo, e no qual o processo se assume como instrumento de facilitação na obtenção de fins político-criminais acentuadamente

demagógicos, como é o caso, v.g., da denominada ‘guerra contra o terrorismo’, deveria, de imediato, ser jogada no espaço crítico da indiferença e do absurdo, no espaço das ideias surreais às quais não é concedida qualquer pretensão de concretude. (D’AVILA, 2006, pg. 97)

Diante do contexto narrado, e dos ensinamentos apresentados sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, conclui-se que todas as represálias realizadas pelo governo americano – sejam em forma de leis, decretos, discursos ou mesmo de ações – foram pautadas em um discurso neopunitivista confluyente com a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Os terroristas, devido ao seu caráter de inimigo, tinham seus direitos fundamentais flexibilizados, e muitas vezes recebiam tratamento considerado desumano. Uma vez que estes não eram considerados seres com personalidade, e sim coisas, mero objeto de tutela penal.

Os detentos acusados – normalmente por acusações genéricas, sem precisão de fatos cometidos, provas e afins – de terrorismo, muitas vezes não eram processados, e quando sim, ocorria a aplicação de medidas de segurança, com o intuito de isolá-lo da sociedade – em razão da alta periculosidade do agente. Resta cristalino o entendimento de que abre-se mão de um Direito Penal do Fato em prol de um Direito Penal do Autor, uma vez que os acusados eram privados de sua liberdade simplesmente pela existência de indícios de envolvimento com determinado grupo terrorista.

Faz se claro também a ocorrência de supressão de garantias materiais e processuais penais, uma vez que os terroristas seriam responsáveis por colocar em cheque a estrutura de um Estado. E, portanto seriam meros entes despersonalizados, sem direitos e garantias, e que deveriam ser punidos pela mera periculosidade que ele representa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do que foi apresentado, conclui-se que perante as novas ameaças e riscos que foram criados com o avanço das tecnologias, da evolução do conhecimento científico, nas sociedades pós-industriais, faz com que a população exija a promulgação de uma lei penal mais rígida. E nota-se que a cada dia mais o povo clama por um Direito penal de terceira velocidade.

Estas tendências neopunitivistas ganharam forças com os atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001, em Nova York. Este momento simboliza o fim de um período feliz e próspero para os Estados Unidos, que havia superado o fim da Guerra Fria e se encontrava em fase de crescimento, ao longo dos dez anteriores anos de *boom* econômico. Neste período os *yankees* consolidaram-se como *hegemon*, e ocupavam lugar de destaque no rol das potências mundiais, possuindo superioridade incontestável nos campos econômico, tecnológico e militar, traduzível na expressão “hiperpotência”.

Os ataques a Nova York e Washington causaram mudanças radicais na agenda internacional, que passou a ter como prioridade temas de segurança e combate ao terrorismo, em detrimento de outras preocupações, como desenvolvimento. As relações internacionais passaram a polarizar-se entre “aliados e inimigos”, formando o conhecido “Eixo do Mal”.

O rearranjo de forças no cenário transnacional marca a inauguração de uma nova estratégia internacional de segurança, conduzida pelos Estados Unidos e posteriormente batizada de “guerra ao terror”. Esta expressão foi cunhada pelo presidente George W. Bush em um discurso ao Congresso Estadunidense, no qual pedia apoio aos demais Estados para combaterem o terrorismo internacional.

Percebe-se, a partir das ações tomadas pelo governo norte-americano no pós 11 de setembro, a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, elaborada por Günther Jakobs. Que se dá por meio da criação de um Direito Penal Prospectivo, que pune o indivíduo num momento anterior a conduta.

O ser envolvido em delitos graves, como o terrorismo, seria punido de maneira diferenciada, uma vez que os direitos e garantias fundamentais previstos nos Tratados e Convenções Internacionais e Constituições poderiam ter a sua aplicação restringida.

As pessoas participantes desse tipo de ação, não mais seriam consideradas cidadãos e sim inimigos, sendo proposto contra eles um “procedimento de guerra”, sem observância à garantia do devido processo legal.

Para o penalista germânico Günter Jakobs, o inimigo é uma “não-pessoa”, o que justifica a antecipação de sua punição, a desproporcionalidade das penas aplicadas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais. Além da criação de leis severas, direcionadas aos chamados “inimigos”, que seriam os terroristas, líderes de facções criminosas, traficantes, homens-bomba, entre outros.

Após a recente onda de terrorismo, certos comportamentos questionáveis chamaram atenção, como por exemplo, a reação extremista americana em resposta ao 11 de setembro. Ações como, a tortura impiedosa de suspeitos com suposta ligação ao terrorismo – que muitas vezes não compreendiam quais eram as acusações que estavam sofrendo e a qual ordenamento jurídico recorrer – na prisão americana localizada em Guantánamo; a ocupação do Afeganistão; a Guerra do Iraque; e outros tantos desrespeitos aos Direitos humanos, chamam a atenção da sociedade civil.

O contexto de incessante “insegurança”, causado pelas ameaças do inimigo invisível, leva os Estados a se utilizarem do poder de império para conter o terrorismo. Entende-se que para a retomada da segurança jurídica seria indispensável à utilização da supressão do poder de aplicação de direitos como forma de punição.

A derrogação de certos direitos – como o direito à vida, à liberdade de pensamento, e à dignidade, e outros tantos – deve ser intransigente. Não é admissível que a Teoria do Direito Penal do Inimigo seja aplicada, quando esta trás grandes prejuízos às conquistas realizadas pela humanidade. Ninguém pode ser privado de seus direitos e ser culpado por um crime sem que antes lhe seja fornecido um julgamento, diante de um tribunal, imparcial, com o devido processo legal.

Não seria necessária a adoção de posição tão radical como a adotada pelos americanos no processo de retaliação ao massacre das Torres Gêmeas, uma vez se cria um círculo vicioso de respostas violentas sem fim. Utilizando um sábio dizer de Zaffaroni (2007, pg. 17): “nunca um conflito foi solucionado definitivamente pela violência, salvo se a solução definitiva seja confundida com a final (genocídio)”. Neste giro, basta analisar a história para observar que os

conflitos que não se findaram com um genocídio, foram solucionados pela negociação das partes envolvidas.

Seria tolo afirmar que o mundo caminha neste sentido, de desenvolver a arte da negociação internacional e dos Direitos humanos, uma vez que o poder global toma rumo contrário a este, andando no sentido do aniquilamento total daqueles considerados como inimigos.

Outrossim, a adoção de um Direito penal do autor, cuja responsabilização penal não se vincula ao fato praticado, mas sim no agente, nos tempos hodiernos, representa um sério retrocesso.

Com efeito, o Direito Penal não possui as ferramentas para solucionar as questões que assolam as sociedades pós-industriais, visto que estas levam a uma expansão do mesmo, gerando uma verdadeira guerra – onde se instituem inimigos e busca-se seu, conseqüente, aniquilamento. Faz mister dizer ainda que, o Direito Penal do Inimigo resulta na legitimação de um constante Estado de Exceção, em prejuízo do Estado de Direitos.

Neste sentido, com fulcro no entendimento de Zaffaroni, itera-se que a utilização do Direito Penal como forma de combate ao terrorismo se trata, na verdade, de uma falsa solução para o conflito em questão. Uma vez que este ramo do Direito não se faz suficiente para resolver o problema que é o terrorismo.

Conseqüentemente, o Direito Penal apenas deverá ser utilizado para punir condutas individualizadas, como o porte de explosivos, o sequestro, a utilização de falsos documentos, entre outros delitos que podem ser praticados por tais indivíduos. Por fim, os terroristas deverão ser individualizados, detidos, processados, julgados, condenados e levados a cumprir a pena.

É costumeiro que diante de uma emergência o Estado adote reformas legislativas, afim da adoção de um Direito Penal cada vez mais autoritário, de caráter inquisitorial. Pois, tais medidas acalmam a população, e satisfazem a mídia. Mas, cada novo ataque terrorista que ocorre em todo mundo só deixa mais claro que tais decisões não são eficazes para o combate do mesmo, elas apenas legitimam a repressão desmedida dos Estados, como ocorreu no pós 11 de setembro de 2001.

É lamentável observar que tais intervenções resultam na aproximação de um Estado Autoritário, em contramão ao Estado Democrático de Direitos, que resta debilitado diante deste

contexto. A constante aprovação de tipos penais abstratos – como o crime de terrorismo – em diversos Estados democráticos demonstra este avanço do autoritarismo.

Tipos penais abstratos não possuem efeito prático algum, uma vez que não contém requisitos suficientemente objetivos de tipicidade. E acabam por gerar um resultado colateral oposto ao pretendido – a impunidade. Já que, nem no âmbito acadêmico existe uma conceituação certa sobre quem é o terrorista em si.

Por fim, deve-se evitar a adoção de um conservadorismo exacerbado diante das emergências criadas pela sociedade de riscos. E, em suma, reitera-se que a maior garantia de eficácia que se pode ter do direito penal é o respeito aos direitos fundamentais, aos direitos humanos. Conclui-se que o Direito Penal do Inimigo nada mais é que uma ameaça ao Estado de Direitos, e sua adoção pelos ordenamentos jurídicos das nações deve ser rechaçada.

REFERÊNCIAS

BARBER, Benjamim R. **O Império do Medo**. Tradução de Renato Bittencourt. Rio de Janeiro: Record, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal : Parte Geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo Cesar. **A evolução dos fundamentos da teoria do delito**. 2012. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/156/a-evolucao-dos-fundamentos-da-teoria-do-delito>>. Acesso em: 03 out. 2015.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; SILVA, Roberto da. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CNN. **Operation Enduring Freedom Fast Facts**. 2015. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2013/10/28/world/operation-enduring-freedom-fast-facts/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

COSTA, Frederico Carlos de SÁ; WUNDER, Rodrigo Setubal. **GUERRA AO TERROR: Aspectos ideológicos do contraterrorismo**. 2011. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Aurora/3costawunder20a33.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O inimigo no Direito Penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um Direito Penal de base onto-antropológica. GAUER, Ruth Maria Chittó (Coor.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GERLACK NETO, Martinho Otto. **O Direito Penal das velocidades**. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/9QA16cjr4CBnEH_2014-12-15-19-0-56.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. 2004. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em: 03 out. 2015.

GÓMEZ, José María. **Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo. Desterritorialização e Confinamento na “Guerra contra o Terror”**. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v30n2/v30n2a02.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. 2005. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 03 out. 2015.

GUARDIAN, The. How the CIA tortured its detainees. 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/us-news/2014/dec/09/cia-torture-methods-waterboarding-sleep-deprivation>>. Acesso em: 03 out. 2015.

GUZELLA, Tathiana Laiz. **A expansão do direito penal e a sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/13_357.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEMORIAL, 911. **FAQ about 9/11**. Disponível em: <<http://www.911memorial.org/faq-about-911>>. Acesso em: 03 out. 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a Terceira Velocidade do Direito Penal**. 1ª ed. (2008) 2ª reimpr. – Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Carlos Santos. **Dez Anos de Guerra no Afeganistão**. 2011. Disponível em: <http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/7647/1/NeD130_CarlosSantosPereira.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: LiberaArs, 2014.

PSR, Physicians for Social Responsibility. **Body Count: Casualty Figures after 10 Years of the “War on Terror” – Iraq, Afghanistan, Pakistan**. 2015. Disponível em: <http://www.ipnw.de/commonFiles/pdfs/Frieden/Body_Count_first_international_edition_2015_final.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **11 de Setembro: do terror à injustificada arbitrariedade e o terrorismo de Estado.** 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782015000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2015.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 2ª ed. rev. E ampl. – Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAHI, Mohamedou Ould. **O Diário de Guantánamo.** Organização Larry Siems; tradução Donaldson M. Garschagen, Paulo Geiger. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

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

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A dimensão (des) humana do processo de expansão do Direito Penal.** 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp135152.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2007.