

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS III**

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Andressa De Oliveira Lanchotti, Jamile Bergamaschine Mata Diz – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-327-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS III

Apresentação

A obra que ora se apresenta ao leitor é fruto direto das atividades do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI) no marco do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI realizado sob os auspícios da UNICURITIBA – PR, ocorrido em Curitiba, no período de 07 a 09 de dezembro de 2016. Os trabalhos que foram apresentados no Painel Direito Internacional Dos Direitos Humanos III tiveram como ponto central a discussão sobre o papel da internacionalização dos Direitos Humanos que surge justamente a partir de uma proteção de natureza global. O GT ocorreu no dia 08 de dezembro de 2016, sob a coordenação conjunta dos Professores Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti (FDMC) e Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG-UIT).

Impende ressaltar que os trabalhos submetidos e apresentados no GT possuem uma importância fundamental para a consolidação do espaço de debate e amadurecimento sobre a temática dos Direitos Humanos alinhado a uma perspectiva internacional, a partir de assuntos complexos e de essencial relevância, como é o caso do tráfico internacional de pessoas, da atuação dos tribunais internacionais face às constantes violações perpetradas pelo próprio Estado e pelos particulares e, ainda, questões de sensível tratamento, caso dos sistemas normativos de proteção aos grupos considerados vulneráveis a partir de um espectro internacional que tem, posteriormente, impacto sobre os ordenamentos jurídicos nacionais.

A interface entre Direito Internacional e Direitos Humanos revela-se na totalidade dos trabalhos apresentados, justificando como a interconexão entre ambas as áreas jurídicas merece ser tratada de forma interdisciplinar e coerente, buscando ainda ressaltar o aspecto dinâmico que cerca os temas objeto do painel.

Portanto, esta coletânea é produto direto da reunião dos artigos selecionados por um grupo de trabalho, cujo escopo é reunir pesquisas acadêmicas de jovens e também experientes investigadores, a fim de constituir-se num foro institucionalizado que oportuniza a discussão e a socialização daquilo que vem sendo produzido na área. Foram apresentados 22 trabalhos agrupados por assuntos, a fim de facilitar a compreensão da problemática de cada trabalho durante a apresentação em bloco. Tal apresentação, feita de modo presencial por cada um dos autores, resultou em profícuo debate e discussão, enfatizando a necessidade de que se possa cada vez mais estabelecer as premissas necessárias para o adequado cumprimento da normativa internacional em direitos humanos, num momento em que no cenário nacional se

observa um aprofundamento de discursos descolados, em maior ou menor medida, de medidas protetivas que amparem os direitos elencados em nossa Constituição.

Espera-se que a obra represente uma importante contribuição para o aprofundamento do debate e, talvez, possa também servir de incentivo para a ampliação de pesquisas na área.

Profa. Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti - FDMC

Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz - UFMG e UIT

O DIREITO PENAL INTERNACIONAL DO INIMIGO: A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS E A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

THE CRIMINAL LAW INTERNATIONAL ENEMY: THE THEORY OF GÜNTHER JAKOBS AND THE WORK OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.

Graziela Tres Schneider ¹
Paulo Potiara de Alcântara Veloso

Resumo

Este artigo faz uma abordagem sobre o direito penal do inimigo, e sua construção doutrinária a partir das ideias contratualistas, abordando ainda quais as consequências práticas aplicadas na punição dos inimigos segundo a teoria de seu idealizador Gunther Jakobs, em seguida situa o inimigo no plano internacional e por fim discorre como a justiça penal internacional, tem se posicionado frente aos seus inimigos, ou seja aqueles que cometem crimes universais.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo, Tribunal penal internacional, Direito internacional

Abstract/Resumen/Résumé

This paper conceptualizes the Feindstrafrecht and its theoretical construction which takes into account contractualist ideas as basilar elements. The theory of Gunther Jakobs will be used as the main theoretical tool in order to analyze the practical consequences of criminal conviction of those elected as enemies, which will allow situating this discourse into international level. The obtained results will be applied to criminal international law, mainly to International Criminal Court, in order to analyze the ICC position regarding its enemies and the crimes perpetrated by them.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Feindstrafrecht, International criminal court, International criminal law

¹ Mestranda.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Gunther Jakobs e a sua relação com o Direito Penal Internacional, mais especificamente sua aplicação no Tribunal Penal Internacional.

Para construir um direito penal, em consonância com os direitos humanos Jakobs, defendeu em sua teoria a criação de um direito penal de duas velocidades: Um direito penal democrático e preservador dos direitos humanos e um direito penal para o inimigo, o qual restringe todas as garantias materiais e processuais.

Segundo ele o direito penal democrático é o destinado as “pessoas” que atendem as expectativas normativas, enquanto o direito penal do inimigo é destinado as “não pessoas” aqueles que não oferecem garantias para os demais cidadãos, no que se refere a atuação junto ao sistema normativo.

Para o inimigo “não pessoa”, não são mais assegurados os direitos, tendo esse um tratamento penal desigual, não sendo lhe assegurado o estado cidadão, isso porque segundo Jakobs, estes causam um desequilíbrio ao Estado de Direito.

Assim as construções teóricas de Jakobs, vêm para justificar a contraposição das garantias processuais já consagradas internacionalmente, sendo um terreno fértil para desabrochá-las.

Dentre estas perspectivas, o Direito Penal do Inimigo é apresentado como resposta reflexiva perfeitamente amoldada à validação de restrições e supressões de direitos e garantias processuais.

Para a elaboração da pesquisa, partiu-se da análise bibliográfica da formação doutrinária do conceito do Direito Penal do Inimigo, segundo os ensinamentos de seu idealizador, Gunter Jakobs, o qual obteve inspiração nas propostas contratualistas de Kant, Hobbes e Rousseau e, portanto, na lógica de que o delinquente é aquele que descumpra com o contrato social, já não podendo participar dos benefícios deste.

Em seguida foram abordadas as consequências aplicadas ao inimigo, enfatizando as desigualdades no que concernem as garantias processuais penais e antecipação da punibilidade.

Outrossim, discorreu sobre o inimigo no plano internacional, em uma perspectiva que demonstra a total inexistência de garantias processuais, ferindo assim toda a construção normativa dos direitos humanos.

E em última análise fora abordado a respeito de como a justiça penal internacional têm atuado nos processos sob a sua competência.

2- A FORMAÇÃO DOUTRINÁRIA DO CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO.

O conceito doutrinário de Direito Penal do Inimigo, surgiu com a obra do professor alemão da universidade de Bonn Gunther Jakobs, discípulo de Welzel, e idealizador do funcionalismo sistêmico.

Embora historicamente o inimigo no Direito Penal seja milenar, conforme mencionou Umberto Eco:

Na medida em que Satanás desdramatiza seus traços, cresce paralelamente, a demonização do inimigo, que ganha características satânicas. Embora o mundo moderno vá se ocupar particularmente deste inimigo (que tomará o lugar de satanás), ele, no entanto, sempre existiu. Desde a Antiguidade, o inimigo sempre foi antes de tudo o Outro (...). Para não falar dos sons incompreensíveis de uma língua estrangeira. Os gregos, de fato definiam como bárbaros (ou seja, gente que balbucia) todos aqueles que não falavam grego e, na escultura romana, os bárbaros derrotados pelas legiões exibem bárbaras incultas e narizes achatados. ECO, 2007, p.185-190.

São diversificados os exemplos dos inimigos ao longo da história; eis alguns: bruxas, nos séculos XVI e XVII, ciganos e judeus, na Alemanha nazista, estrangeiros em lugares e tempos diversos.

Os inimigos podem surgir tanto nas discórdias entre grupos sociais, quando um grupo é perseguido e abertamente hostilizado por outro (p.ex., Ku Klux Klan contra negros nos EUA), como nas relações com a administração pública, quando a perseguição é institucionalizada e planejada pela burocracia do poder político (Arendt, 1994)

A construção do inimigo é essencial para a segmentação da sociedade e para a definição daquilo que pode ser identificado enquanto o “nós”. Determinar o estrangeiro, o bárbaro, o *outsider* é, conforme indicado por alguns autores como Gallya Lahav (2004), o primeiro passo para a identificação daquilo que nos segmenta enquanto sociedade. De fato, e esse não é um aspecto a ser tratado dentro do simplismo do maniqueísmo teórico, sempre

falho e sujeito a totalitarismos ou visões parciais – as *tunnel visions*. A definição do outro é um processo essencial dentro da construção de identidades locais.

Karl Deutsch (DEUTSCH *et alli*, 1957) indicaria, por exemplo, que a determinação do outro é um passo para a determinação daquilo que seríamos o nós, do senso de comunidade e de estruturas fortes o suficiente para invocar lealdades e simpatias.

Pode-se afirmar que nesse processo define-se um povo que por sua vez denota é um grupo social vivendo em determinado espaço e possuidor de traços característicos que definem normas e práticas culturais comuns, que se caracterizam por signos linguísticos e etnográficos distintos (de outros, do “outro”) e que são “naturais” a pessoas como “nós”, por conta da ancestralidade da identificação.

No entanto, apesar de constituir-se em elemento próprio dos processos sociais de construção de identidade e de segmentação territorial, a determinação do inimigo, por conta de sua própria natureza social determinante e de sua força argumentativa, acaba também servindo a propósitos político-jurídicos.

Essa é uma realidade também ancestral, que acompanha a sociedade humana desde seus primórdios. A definição de um inimigo, real ou imaginário, produz consenso e lealdades que poderiam não ser verificáveis caso essa identificação do “outro” não houvesse sido feita.

Sob esta premissa, Umberto Eco, promoveu o seu conceito de quem é inimigo, podendo o outro ser o estrangeiro.

Os únicos que podem fornecer uma identidade às nações são os inimigos. Assim, na raiz da psicologia Ur-Fascista está a ‘obsessão do complô’, possivelmente internacional. Os seguidores tem que ser sitiados. O modo mais fácil de fazer emergir um complô é fazer apelo à xenofobia...Ur-Fascismo não pode deixar de pregar um ‘elitismo popular’. Todos os cidadãos pertencem ao melhor povo do mundo, os membros do partido são os melhores cidadãos, todo cidadão pode (ou deve) tornar-se membro do partido. Mas patrícios não podem existir sem plebeus.

Para o direito penal no âmbito nacional, e para o direito da guerra, no âmbito internacional, que são as áreas do conhecimento jurídico que lidam propriamente com a prática violência, acima de tudo, justificada enquanto necessidade corretiva para comportamentos nocivos à “nossa” sociedade e a nossas morais, esse valor determinístico da definição do inimigo é ainda mais fundamental.

Exemplo disso, é o que menciona Leonildo Correa em seu artigo “A banalidade do mal e o Direito Penal do Inimigo”

Portanto, o Direito Penal do Inimigo constitui um importante elemento dentro da estrutura de um sistema totalitário e exerce o mesmo papel que o Direito Nazista e anti-semita exerceu contra os judeus. Isso porque o Direito Penal do Inimigo transforma as normas penais em um instrumento de banalização de Seres Humanos que passam a ser consideradas coisas: um inimigo. E nenhum burocrata do sistema totalitário ficará com dor na consciência ou receoso em eliminar e exterminar coisas ou inimigos.

Além de fundar essas lealdades e esse senso de comunidade, o inimigo impulsiona as políticas de Estado para aqueles caminhos que se quer seguir, mas que ainda prescindem de legitimação jurídica (ou moral) para tanto.

Quantas não foram as guerras iniciadas em contra inimigos intoleráveis e que colocavam em risco, com suas ameaças ou com o mero fato de existirem, a liberdade e determinação do “nós”, de nossos valores, de nossas vidas?

Para ficarmos nos tempos atuais, das armas de destruição em massa de Sadan Hussein, às “atrocidades” humanitárias cometidas pelos ucranianos contra os russos que habitavam a Criméia, o imaginário do inimigo tem um papel crucial.

Especificamente dentro da teoria do direito penal, o conceito de Direito Penal do Inimigo ou Feindstrafrecht foi desenvolvido em 1985, pelo jusfilósofo Günther Jakobs, na obra *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*.

O autor alemão define o conceito de direito penal do inimigo como algo não jurídico, que de certa forma precede as análises jurídicas e é utilizado como uma suspensão do direito em certas circunstâncias para que se proteja os cidadãos ou os Estados de certos perigos. De certa forma, no plano internacional, pode-se identificar essa situação como aquela ocorrida nos julgamentos de Nuremberg ou Tokio.

Neste horizonte teórico, Jakobs traça dois direitos distintos, sendo o Direito Penal democrático, aquele que preserva a proteção dos direitos humanos e destinados “às pessoas”, ou seja, aos cidadãos, pois para ele, “somente é pessoa aquele que oferece uma garantia cognitiva suficiente para o comportamento pessoal”. Assim a estes deve ser alcançados um Direito Penal Democrático e Garantista. (JAKOBS, 2009, p.19).

Já o Direito Penal do Inimigo, se apresenta com total ausência de garantias sejam elas materiais ou processuais, destinados aos considerados “não pessoas”, inimigos que tenham condutas que devem ser repelidas, pois não atendem as expectativas normativas, tais como o terrorismo, tráfico ilegal de entorpecentes e crimes organizados. (JAKOBS, 2009, p.38)

Tal pensamento de Jakobs se traduz em cidadãos dignos de um código e escravos/plebeus, dignos do açoite, e, partindo da premissa de que para alguém receber o tratamento de "pessoa" deverá dar demonstrações comportamentais de que assim o merece.

Para tanto Jakobs discorre que:

Há muitas outras regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinqüente como pessoa...A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata, em, primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.

Embasado nas propostas contratualistas de Kant, Hobbes e Rousseau, Jakobs, fundamenta o inimigo, como sendo aquele indivíduo que rompe com o contrato social, renunciando com o status de cidadão dentro do Direito, não sendo sequer tratado como pessoa. (JAKOBS, 2009, p.17)

Para Kant “o estado de natureza é estado de guerra”, alcançando a paz apenas com o Estado civil. Já no estado natural os homens representam ameaças entre si. E no Estado civil, ao menos almeja um controle social que não haverá, por parte de outros homens, hostilidades. Espera-se que não haverá riscos à segurança nas relações entre os homens. Um homem entenderá o outro como seu inimigo por não assegurar-lhe segurança em razão da ausência de participação do estado legal comum. (PIM, 2006 p. 65).

Sobre o mesmo prisma o autor acima citado, em sua obra “Para a paz perpétua” discorre que:

O estado de paz entre homens que vivem juntos não é um Estado Natural (status naturalis), que é mais um estado de guerra, ou seja, um estado no qual ainda que as

hostilidades não estejam declaradas, nota-se uma constante ameaça. O estado de paz deve, portanto, ser instaurado, pois a omissão de hostilidade não é ainda garantia de paz e, se um vizinho não dá segurança ao outro (o que somente pode acontecer em um estado legal), cada um pode considerar como inimigo o que lhe exigiu esta segurança.

Neste sentido Jean-Jacques Rousseau, em sua obra “O Contrato Social”, afirmava que o indivíduo ao declarar guerra ao Estado torna-se traidor da pátria, portanto, deixa de ser membro do Estado, vez que rompeu o tratado social. (ROUSSEAU, 1983, p. 52)

De igual modo Hobbes via o inimigo como aquele sujeito que rompe com a sociedade civil vivendo em estado de natureza, sendo todos iguais. O estado de natureza, por sua vez conforme mencionava o autor em sua obra o Leviatã “é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”. (HOBBS, 1983 p.78)

Neste ínterim aludia Hobbes que o estado natural dos homens é o estado de guerra, desta guerra de todos contra todos. E para ele “na guerra não há lei e onde não há lei não há injustiça, ou seja, não há justo e nem injusto, nem bem nem mal”. (HOBBS, 1983 p.76-77)

Assim concluiu Hobbes que o indivíduo deve ser mantido em seu status de pessoa, desde que não atente contra o Estado com delitos de “alta traição”, os quais representariam uma negação absoluta à submissão estatal, a partir deste momento, esse indivíduo não deveria ser tratado como súdito, mas como inimigo. (HOBBS, 1983 p. 78)

Verifica-se que Jakobs, buscou suporte filosófico nos contratualistas para edificar a sua teoria, sendo o inimigo aquele que viola com o Contrato Social, e reconhece a existência de um Direito Penal do Cidadão, contra a pessoa que não comete delitos de modo persistente, e outro para o inimigo, contra quem se desvia do modelo imposto no contrato da sociedade, perdendo assim seu status de pessoa.

O professor alemão afirma ainda que:

De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, o seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: “Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza (...)”.

Jakobs menciona ainda em sua teoria, Kant, e destaca também este estado de natureza como um estado de ausência de legalidade, que ameaça constantemente a sociedade.

E é nestes dois sentidos que a expressão passa a ser utilizada de forma recorrente na defesa de legitimidade de um Direito Penal no Inimigo, inclusive na tentativa de analisar a questão internacional, sob o seu ponto de vista.

Portanto “O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do Inimigo é Direito em outro sentido”. (Fraga, 2006)

3-CONSEQUÊNCIAS APLICADAS AO INIMIGO NA TEORIA DE GUNTHER JAKOBS

Ao inimigo, jamais será oportunizado um Direito Penal democrático e garantista, pois este deve ser reservado tão apenas para os cidadãos, haja vista que “quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a trata-lo como pessoa”. (JAKOBS, 2009,P.17)

Em suma institucionaliza-se um tratamento penal desigual entre os indivíduos com as consequências exemplificadas por AMBOS:

O destinatário das assim ditas previsões do direito penal do inimigo- que se caracterizam por uma antecipação da punibilidade por se tratar de uma legislação de luta assim como uma legislação penal, e pela supressão de garantias penais- se transforma em um inimigo que não goza do status de cidadão. AMBOS, Kai. II Diritto Penale del Nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). Diritto Penale del Nemico: um dibattito Internazionale (p. 29-64). Milano: Giuffrè, 2007, p.42.

Constitui-se em um Direito Penal do risco, uma vez que a pretensão de evitar danos a bens jurídicos impulsiona o Estado à repressão penal antecipada, punindo a ameaça a lesão e não a lesão propriamente dita.

E ainda a possibilidade de justificar-se a exceção:

as pessoas talvez estejam dispostas a aceitar restrições às liberdades porque lhes dão razões para esperar que, na qualidade de 'bons' cidadãos, elas não venham a ser de forma alguma afetadas [...] Quando uma lei que permite ao Estado grampear

apartamentos privados afeta apenas uma minoria, ou quando uma lei submete estrangeiros a uma vigilância especial, então a maioria pode prever que não será afetada, que ninguém pode reciprocamente submetê-la à mesma lei. [...] O que está surgindo é uma eticização da lei geral pela qual a maioria protege seu entendimento das liberdades civis, seu modo de vida livre. Esse entendimento é seletivo: ele valoriza determinados aspectos da liberdade mais do que outros. Somente as violações de alguns aspectos da liberdade — e não de outros — são consideradas ilegítimas (Günther, K., 2009:19-20)

Zaffaroni chama atenção quando menciona o “inimigo” como sendo um ente “perigoso ou daninho”, um modelo de demonização do inimigo, “permite que se espalhe pelo planeta um discurso único, de características autoritárias antiliberais, que estimula o exercício do poder punitivo, muito mais repressivo e discriminatório, agora em escala mundial”(ZAFFARONI, 2007,P. 53)

Esse inimigo é em geral o estrangeiro, abarcando a todos que incomodam o poder, os indisciplinados, que inspiram desconfiança, considerados potencialmente perigosos.

Com efeito, no conceito de Jakobs, “esse estrangeiro *latu sensu*, não pode ser tratado como pessoa, pois se o for, se lhe deve ser reconhecida a liberdade que poderá implicar a insegurança”. (JAKOBS, 2009, p.38)

Assim, a construção jakobniana, é reservada ao diferente e ao bárbaro, coincidindo em um momento em que a Europa é “invadida” por estrangeiros.

Para Zaffaroni, estamos vivendo em um estado de emergência com o aumento considerável de crimes universais praticados pelo terrorismo demonstrando a necessidade de aplicação de medidas drásticas, tais como a criação de normativas limitadoras das garantias dos indivíduos reconhecidos como “inimigos” caracterizando um desumanização em massa se certos grupos sociais.

Para o professor argentino:

A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação processual e 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 como 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, p.66.)

E é esse o posicionamento adotado pela comunidade internacional, frente aos crimes universais, que Zaffaroni, se refere como *crimenes de masa*, com a “perda de paz”, sendo assim a justificção para a repressão sem limites, caracterizando um direito penal do inimigo na sua forma extremada. (ZAFFARONI, 2010, p. 38)

Neste ínterim, o sacrifício do réu, seria representado como um neutralizador do “mal social”, e a sanção penal em um processo de comunicação em massa. (ZAFFARONI, 2010, p.40)

Do ponto de vista do direito material, o direito penal do inimigo é formado por normas que, além de aumentar a pena de crimes já tipificados, criminalizam condutas que, sob a perspectiva do direito penal do cidadão, não são delitos. A punição vem antes do fato criminoso, com pesadas sanções para os atos preparatórios. Leva-se em consideração não mais a culpa, mas a periculosidade do agente (DUBBER, 2010, p. 190-215).

E no que se refere ao direito processual as normas que ampliam os poderes de investigação do Estado, que pode agir, mesmo sem haver ocorrido fato ilícito, e, de outro lado, existem normas que flexibilizam garantias processuais fundamentais, permitindo que os agentes do poder público pratiquem uma série de atos, os quais, no âmbito do direito penal do cidadão, não teriam validade, como, por exemplo, prisões preventivas mais longas, investigação sem controle judicial, ou mesmo realização de processos em que o acusado não conhece juiz, promotor, testemunhas ou peritos, a chamada "justiça sem rosto" (Pérez, 1999).

As principais características do direito penal do inimigo: normas que, limitando os direitos fundamentais e invadindo a esfera privada da pessoa, incidem na hipótese de simples premeditação ou ato preparatório de ação criminosa. O direito penal do inimigo foi concebido para enfrentar o perigo; o direito penal do cidadão, para preservar a validade da norma (Heinrich, 2009, p. 99).

4. O INIMIGO NO PLANO INTERNACIONAL

No que se refere aos “crimes contra os direitos humanos”, no plano internacional, JAKOBS, defende que esses são apenas protegidos no plano nacional, vez que o monopólio

do poder do Estado permite garantir expectativas normativas, sendo capazes de oferecer segurança às vítimas, o que por certo não ocorre no plano internacional, considerado um programa sem eficácia, e por isso segundo o autor os direitos humanos são comumente violados, justificando assim, as sanções aplicadas aos inimigos que cometem crimes contra a humanidade. (JAKOBS, 2009, P. 21).

Assim descreve o autor:

O mesmo não acontece com a eficácia global dos direitos humanos. Não se pode falar em um estado mundial de eficácia jurídica concretizada, mas apenas um postulado de concretização (...). Em outras palavras, não se trata exatamente de preservar o 'estado comunitário legal', mas, antes de tudo, de fabricá-lo. O estado anterior à fabricação do estado 'legal de civilidade' é o estado natural, e, neste não existe personalidade ou, em todo o caso, não existe personalidade consolidada. Por isso, contra os infratores dos direitos humanos- que, mesmo para si, não oferecem qualquer garantia suficiente de serem pessoas- permite-se, em princípio, tudo o que for necessário para proteger o âmbito 'comunitário legal', e isso também acontece quando se faz a guerra antes de tudo, em vez, por exemplo, de enviar imediatamente a polícia para cumprir um mandado de prisão. JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro :Lumen Juris, 2009, p.21.

Para tanto, a lógica do autor alemão é que “a punição internacional ou nacional de violações dos direitos humanos após a revolução política tem feições típicas de Direito Penal do Inimigo, mas nem por isso é ilegítima”.(JAKOBS, p. 23)

Deste diapasão a pretensão de uma luta contra a criminalidade universal, permitiria como de fato tem permitido a violação “controlada” de direitos humanos, inclusive despersonalizando acusados, violando toda uma construção universal dos direitos humanos.

Porém a justificativa de Jakobs “que todos devem ser tratados como pessoa é um mero postulado, um modelo para uma sociedade, mas nem por isso constitui parte de uma sociedade operante” (JAKOBS, 2009, p. 28)

Seguindo mesmo raciocínio menciona ainda que:

num Estado de Direito, tudo deve ser sempre realizado, sem concessões, deveria saber que esse ‘tudo’ é acompanhado, na realidade concreta, por um ‘ou nada’, tanto mais que um Estado de Direito perfeito ofereceria, para terroristas, uma ‘vantagem geográfica’ tão imensa que ela o convidaria, justamente, a demorar-se em

seu âmbito de eficácia, mas exatamente: a tornar-se ativo. JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009, p. 50.

Por pressuposto, é que no plano internacional, a “vontade da potência” autoriza o rompimento de regras internacionais e a violação das garantias individuais dos cidadãos de outros países, tudo em nome da luta contra o terror, incorrendo ainda no risco de alterar regras construídas pelo Direito Internacional Humanitário durante o século XX, seria a ocorrência de uma “guerra assimétrica”. (STEPHENS; LEWIS 2005, p. 57)

O que ocorre é que diante dos guerrilheiros e terroristas, os Estados que antes eram os respeitadores das Convenções de Genebra e Haia, estão acuados e incapacitados para combater os ditos inimigos, e vêm como saída um *jus in bello* mais “realista”, afastando assim as regras do Direito Humanitário, propondo um combate de “igual para igual” entre as partes envolvidas. (STEPHENS; LEWIS 2005, p. 57)

Por conseguinte Sérgio Pistone, afirma que alguns teóricos dessa tradição “chegam à conclusão prática de que os governantes do Estado não devem descurar nenhum meio- mesmo da mais despiedada violência e do engano para atingir esse fim”. (PISTONE, 2000, p.1067).

5. O INIMIGO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A justiça penal internacional construiu sua lógica a princípio no “*hosti humani generis*” e pela busca desenfreada pela condenação de seus inimigos, realizando restrições aos direitos fundamentais dos acusados, como se observou claramente nos tribunais *ad hoc*. (DISSENHA, 2013, p. 248)

Historicamente não se trata se algo inovador, pois bem como mencionou ARENDT, no caso Eichmann, onde argumentos jurídicos e raciocínios lógicos foram construídos para justificar a condenação do acusado.

Por sua vez o Tribunal Penal Internacional, constituído a partir do Estatuto de Roma de 1998, representou de certo modo um avanço na proteção dos direitos dos acusados, porém não se pode olvidar que a constituição do inimigo é uma condição fundamental da justiça penal internacional e mesmo havendo certa evolução, do Tribunal Penal Internacional, a este não lhe escapa “escorregões que lhes mostram os dentes”. (DISSENHA, 2013, p.249)

Convém ressaltar a exemplo do acima citado que o primeiro caso do tribunal e primeira sentença foi do acusado congolês Lubanga Dyilo, o qual foi preso em 17 de Março

de 2006, tendo sido condenado em 14 de Março de 2012, sendo que ficou durante todo o seu processo preso cautelarmente, violando as regras de razoável duração do processo.(DISSENHA,2013,p.249)

Ainda assim, outra observação importante do caso de Lubanga Dyilo, foi a atuação da assessoria de imprensa do tribunal, que desde o início do processo, já o considerava condenado pelos seus crimes. (DISSENHA, 2013, p.252)

Por tais razões, fica evidente a vontade da justiça criminal internacional na criação do inimigo e a este direcionar um modelo repressivo internacional, que se iniciou ainda no pós Segunda Guerra e permanece até a atualidade no modelo do Tribunal Penal Internacional. (PAVARINI, 2007)

Como há de se verificar o modelo atual da justiça penal internacional, é baseado unicamente em uma proposta repressiva, que remonta a um processo histórico cíclico do poder punitivo nos séculos XI e XII, caracterizado pela busca dos inimigos públicos. (ZAFFARONI, 2010, p. 41)

É o que ZAFFARONI, explica como sendo um Estado Internacional de exceção com aumento da violência por consequência de uma justiça penal internacional que abertamente acolhe o Direito Penal do Inimigo. (ZAFFARONI, 2010, p. 41)

Neste sentido é a observação de Dissenha:

Acusados de “violações de direitos humanos” são tratados como inimigos e o processo é apenas o caminho inevitável para a apoteose da vindicação. A transformação em inimigo tradicional do processo de guerra, note-se, não precisa de responsabilidade penal no seu sentido técnico, pois se trata de uma condição a ser apenas reconhecida, de forma que a presunção de inocência é, na verdade, mais um impedimento do processo, não um princípio fundamental. **DISSENHA**, Rui Carlo. **POR UMA POLÍTICA CRIMINAL UNIVERSAL: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese Doutorado, 2013, p.256.

Não se trata se excluir as responsabilidades dos acusados pelos crimes que cometeram, mas sim um processo de inimização, tido como necessário pela justiça penal internacional com o rompimento da isonomia de tratamento determinada pela lei e pelos direitos humanos. (Dissenha, 2013, p. 257)

De modo geral, a construção penal do inimigo pela justiça penal internacional, constitui em violação da proteção internacional dos direitos humanos conquistados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. (LAFER, 1988, p.100-101)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, diante do crescimento da justiça penal do inimigo, os indivíduos que se enquadram na posição de inimigos da sociedade, perdem sua natureza de pessoas, não se aplicando a eles as garantias inerentes aos sujeitos do direitos, assim a põe-se a perder, toda uma história árdua de proteção internacional dos direitos humanos, visto que defronta com garantias universalmente reconhecidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Assim teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Jakobs, promove graves afrontas aos direitos humanos, por uma série de aspectos.

Aos crimes universais, que caracterizam responsabilidade penal internacional, deve haver sem sombra de dúvidas um processamento e suas eventuais condenações pela comunidade internacional, mas não podem ensejar em uma solução violenta arbitrária e totalitária, pois desta forma estaria promovendo a apreciação do crime sob o aspecto da vida do autor e não pelo próprio ato delituoso, pois desta forma estaria se promovendo o etiquetamento do ser humano, que deve ser julgado não pelo fato realizado, mas por outros elementos, quanto a questão da sua culpabilidade, o que vai de encontro ao direito de dignidade da pessoa humana.

Além do mais desta forma estaria de prolongando a exceção, o que caracteriza um ato criminoso, e sim deve haver um processo judicial que segue estritamente as garantias do indivíduo humanizando-o, o que por certo não se pode conseguir através do direito penal do inimigo.

Pois a reconstrução do humano passa sem dúvida, pelo processo de garantias individuais. Assim o julgamento dos crimes universais, deve seguir estritamente as garantias do indivíduo, tentando ao menos o tornar mais humano, pois o segundo LAFER “o primeiro direito humano é o direito de ter direitos”.

Noberto Bobbio sobre a necessidade de proteção aos direitos fundamentais para a manutenção do Estado de Direito, assim descreveu: “o problema atual não é mais fundamentar os direitos do homem, é sim protegê-los, ou melhor, não se trata de um problema de cunho filosófico, mas sim jurídico, em um sentido mais amplo, político”.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. II Diritto Penale del Nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). Diritto Penale del Nemico: um dibattito Internazionalle Milano: Giuffrè, 2007.

ARENDT, Hannah. Eichmann in Jerusalem. London: Penguin Books, 1994.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

CORREA, Leonildo. A banalidade do mal e o Direito Penal do Inimigo. Disponível em: www.leonildoc.ocwbrasil.org/texto30.htm. Acesso em 03 de Agosto de 2016.

DEUTSCH, Karl, S. A. Burrell, R. A. Kann, M. Lee, Jr., M. Lichterman, R. E. Lindgren, F. L. Loewenheim, and R. W. Van Wagenen. Political Community and the North Atlantic Area: International Organization in the Light of Historical Experience, Princeton: Princeton University Press, 1957.

DISSENHA, Rui Carlo. POR UMA POLÍTICA CRIMINAL UNIVERSAL: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Disponível em www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde.../RuiDissenha_tese_versao_final.pdf. Acesso em 03 de Agosto de 2016.

DUBBER, Markus. "Citizenship and Penal Law". In: New Criminal Law Review I, vol. 13, nº. 2, Spring, 2010.

FRAGA, Facundo J. Martin. Derecho penal del enemigo. Disponível em: <http://correalex.blogdiario.com/1141495980/derecho-penal-del-enemigo/>. Acesso em 03 Agosto de 2016.

HEINRICH, Bernd. "Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention: Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“?" In: ZStW 121 (2009) Heft 1.

HOBBS, Thomas. Leviatã. 3ª ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Coleção Os Pensadores. Victor Civita, 1983.

JAKOBS, Gunter. Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAFFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

PAVARINI, Massimo. Um Diritto Penale Senza Stato. Conferência junto à Universidade de Bologna para apresentação da obra "Introduzione ao diritto penale Internazionale", de Amati-Caccamo-Costi Fronza-Vallini(Giuffrè, Milano, 2006)Em 12 de Março de 2007.

PÉREZ, Wiliam Fredy. El sistema penal y la emergencia en Colombia. Actas del I Coloquio Internacional de Geocrítica. In: Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona Nº 45 (24), 1 de agosto de 1999. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn-45-24.htm>. Acesso em 03 de Agosto de 2016.

PISTONE, Sérgio. Razão de Estado. In: **BOBBIO**, Norberto; **MATTEUCCI**, Nicola; **PASQUINO**, Gianfranco. Dicionário de política. Quinta edição. Volume 2. Brasília: Imprensa Oficial/Editora UnB, 2000.

PIM, Joám Evans, Para a paz perpétua / Immanuel Kant. – Estudo introdutório. Tradução Bárbara Kristensen.– Rianxo:Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. – (Ensaio sobre Paz e Conflitos; Vol. V).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. 3ª ed. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Coleção Os Pensadores. Victor Civita, 1983.

STEPHENS, Dale; **LEWIS**, Michael W. The Law of Armed Conflict- a Contemporary Critique. In: Melbourne Journal of International Law (2005), vol.6, Issue 1, (55-85).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Segunda Edição. Rio de Janeiro.Revan, 2007.

_____. Crímenes de Masa. Buenos Aires:Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010.