

DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Josué Justino do Rio[†]

Jairo José Gênova[‡]

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo fazer um estudo acerca da repressão penal e a proteção dos direitos humanos ante a teoria do Direito Penal do Inimigo, criada pelo penalista alemão Günter Jakobs. No trabalho serão feitas abordagens reflexivas sobre o Direito Penal frente às organizações criminosas e o terrorismo sob a perspectiva dos direitos humanos, visando trazer à discussão os rumos da atual política de repressão penal adotada pelos Estados Democráticos de Direito, sobretudo pelo fato de que estes Estados têm buscado legitimar a sua atuação tendo como fundamento a teoria do Direito Penal do Inimigo, o que tem gerado críticas de setores ligados à tutela dos Direitos Humanos.

Palavras-Chave: Direito penal do inimigo; Direitos humanos; Estado democrático de direito.

CRIMINAL LAW UNDER THE ENEMY OF HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE OF LAW IN A DEMOCRATIC STATE

[†] Aluno Especial do Mestrado em Direito do UNIVEM.

[‡] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado do Centro Universtário Eurípides de Marília – UNIVEM e Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo.

Abstract: This research paper aims to make a study of the prosecution and protection of human rights against the theory of Criminal Law of the Enemy, created by the German penologist Günter Jakobs. In the work will be done on the reflective approaches criminal law against criminal organizations and terrorism from the perspective of human rights, in order to stimulate discussion of the direction of the current policy of repression adopted by the United Democratic criminal law, particularly by the fact that these states have sought to legitimize its actions with the theory as the foundation of the Criminal Law of the Enemy, which has generated criticism from sectors linked to the protection of Human Rights.

Keywords: Criminal law of the enemy; Human rights; Democratic state.

1 INTRODUÇÃO



combate à criminalidade, sobretudo a organizada e o terrorismo, é o maior desafio do mundo contemporâneo, principalmente devido à sofisticação e forma de atuação, que não se restringem apenas ao interior dos Estados, mas que vão além-mar.

Pretende-se com este trabalho fazer uma análise crítica no que concerne à teoria do Direito Penal do Inimigo sob a perspectiva dos Direitos Humanos em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, será feita uma abordagem inicial concisa a respeito da repressão penal ao longo da história da civilização até os dias atuais.

Não obstante, assim como o Direito Penal e suas teorias, os Direitos Humanos também evoluíram, mormente após a Segunda Guerra Mundial, com a criação de mecanismos de alcance internacional direcionados à sua proteção. Com efeito, mostrou-se indispensável fazer uma abordagem acerca da rea-

firmação histórica dos Direitos Humanos. Demais disso, a repressão penal em um Estado Democrático de Direito encontra limites na proteção dos Direitos Humanos do indivíduo.

A teoria do direito penal do inimigo e sua utilização como base legitimadora para se combater a criminalidade organizada de âmbito internacional, o terrorismo e o seu financiamento têm ocasionado abusos por parte do Estado, mediante a instalação de um direito penal e processual penal máximos. É inevitável o confronto entre o Direito Penal do Inimigo e os Direitos Humanos, principalmente em se tratando de um Estado de base democrática.

Cuida-se de um trabalho reflexivo e que visa despertar os estudiosos do direito penal sobre os rumos das políticas criminais sob a perspectiva dos Direitos Humanos e do Estado democrático, em tempos de criminalidade organizada transnacional e de atentados terroristas.

2 BREVE ABORDAGEM SOBRE A REPRESSÃO PENAL

De início, vale assinalar que é impossível tecer reflexões acerca da repressão penal sem fazer uma análise, mesmo que de maneira bem concisa, das punições ao longo da história da civilização.

Na Idade Média, mais precisamente entre os séculos XIII e XVIII, as punições tinham estreita relação com o poder exercido pela Igreja, o que culminou na morte de milhares de pessoas que adotavam comportamentos contrários aos dogmas por ela defendidos. Um trecho descrito por Rusche e Kirchheimer ilustra bem o pensamento e a influência religiosa naquele período:

Lutero, por exemplo, dizia que a mera execução não era punição suficiente e que os legisladores deviam perseguir, golpear, estrangular, dependurar, queimar e torturar as massas de todas as maneiras.

O uso da espada era um dever sagrado do governante. “A mão que segura a espada e estrangula é tão-somente uma mão humana, a mão de Deus. Não é o homem, mas Deus que pendura, tortura, decepa, estrangula e faz a guerra...”(2004, p. 41).

À medida que a sociedade evoluía a repressão penal também tinha de se adaptar às novas formas de sociabilidade. Nos fins do século XVI, por exemplo, o trabalho do preso era utilizado de maneira a suprir a mão-de-obra das classes detentoras dos meios de produção. A exploração da mão-de-obra escrava nas galés, a servidão por meio de trabalhos forçados e a deportação eram outras modalidades de punição disponíveis à época.

A consolidação dos meios de produção capitalista e o surgimento das ideias iluministas foram importantes fatos históricos que influenciaram diretamente as formas de repressão penal, porquanto, diante das modernas concepções econômico-sociais, não havia qualquer interesse em se continuar mantendo o corpo do criminoso como meio de punição. Montesquieu, aliás, já sustentava que as punições deveriam ser aplicadas de maneira proporcional ao crime praticado (2004, p. 103). Césare Beccaria, com o seu *Dos delitos e das penas*, lecionava no mesmo sentido.

Cumprе ressaltar que a influência das ideias iluministas atingiu seu ápice nos fins do século XVIII, em França, onde o descontentamento da população era geral – tendo em vista que o poder estava concentrado nas mãos de um rei absoluto – e culminou com a Revolução Francesa. Consigne-se que a repressão penal nesse período ficou marcada pela violência extrema, mediante execuções sumárias.

No início do século XX, as consequências econômico-sociais resultantes da Primeira Guerra Mundial, principalmente em países como a Itália e a Alemanha, devido ao considerável aumento do número de desempregados, foram devastadoras e influenciaram o crescimento dos índices de criminalidade.

A Segunda Guerra Mundial também deixou feridas abertas com perdas humanas que chegaram à casa dos 55 milhões. As consequências econômicas e políticas foram imediatas e resultaram na concentração de poder nas mãos dos Estados Unidos e da União Soviética, o que culminou na Guerra Fria. Com fim da Segunda Guerra, houve a necessidade de se julgar os membros pertencentes ao regime nazista. Criou-se, então, de forma especial, o Tribunal de Nuremberg.

Passadas as duas grandes guerras e os efeitos decorrentes da globalização, a comunidade internacional passou a conviver próxima às novas modalidades de crimes, como o tráfico internacional de pessoas, de armas, de drogas, a lavagem de dinheiro, praticados por organizações criminosas sofisticadas transnacionais.

Doutro lado está o terrorismo, que embora não seja um fenômeno que surgiu recentemente, tem influenciado os rumos da política mundial, uma vez que os sistemas de segurança estatal mostraram-se frágeis.

Os atentados terroristas de 11.09.2001, ocorridos nos Estados Unidos da América, mais precisamente no centro do coração financeiro, o *World Trade Center*, em Nova Iorque, e no símbolo da hegemonia militar estadunidense, o *Pentágono*, em Washington, fizeram com que o país mudasse a política de segurança e adotasse um conceito de *defesa preventiva*. Sob esse prisma, aliás, os EUA, comandado pelo então Presidente George W. Bush, invadiram o Afeganistão e o Iraque, bem como fizeram de Guantánamo um símbolo de repressão penal e violação dos direitos humanos. Frise-se, ainda, que em 26.10.2001, foi aprovada a denominada *Lei Patriota – USA Patriot Act* –, que fortaleceu o poder do Estado Penal sobre a sociedade civil.

Sublinhe-se, todavia, que foi no contexto da repressão penal e das guerras e suas atrocidades que surgiram instrumentos direcionados à tutela do ser humano. A evolução dos direi-

tos humanos e os mecanismos internacionais de proteção serão os temas abordados a seguir.

3 A REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL

As duas Guerras Mundiais, como frisado anteriormente, resultaram na morte de milhões de pessoas inocentes. As atrocidades cometidas, especialmente durante o período Nazista, comandado pelo ditador Adolf Hitler, foram fatores determinantes para o surgimento de movimentos pela internacionalização dos direitos humanos, trazendo a lume, desta feita, a necessidade de um sistema de proteção aos direitos do homem.

As diversas batalhas travadas ao longo da história da civilização aliadas às estruturas sociais desenvolvidas foram determinantes para a consagração dos direitos humanos. O cristianismo foi responsável pela difusão da ideia da existência de uma dignidade do ser humano capaz de ensejar uma tutela especial.

O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo (MENDES, 2008, p. 232).

Para Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 402), os antecedentes dos direitos humanos são encontrados nos pactos, forais e cartas de franquia. A Inglaterra, na visão do autor, foi um terreno fértil para o surgimento desses documentos de direitos humanos, o que, segundo ele, pode ser constatado pela *Petition of Right*, de 1625, o *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1688.

No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo *habeas corpus* e o *bill of*

rights do final do século, não beneficiavam indistintamente todos os súditos de Sua Majestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza. A novidade é que, pela sua formulação mais geral e abstrata do que no texto da Magna Carta, a garantia dessas liberdades individuais acabou aproveitando, e muito, à burguesia rica. Pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado (COMPARATO, 2007, p. 49).

É a Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, que é considerada, historicamente, o ponto de partida na evolução dos direitos humanos. A Revolução Francesa, sob a famosa tríade liberdade, igualdade e fraternidade, representou um marco na luta contra as desigualdades entre indivíduos e grupos sociais. Na lição de Fábio Konder Comparato, a liberdade representou o ponto central da revolução, porquanto, para os homens daquela época, a liberdade estava limitada “à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios” (2007, p. 136).

A Declaração da Virgínia, a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão representam a emancipação do indivíduo perante grupos sociais dos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas (COMPARATO, 2007, p. 53). A consolidação do sistema capitalista trouxe à baila as desigualdades, o que foi logo percebido pelos socialistas influenciados pelas ideias iluministas, que resultou no reconhecimento dos direitos humanos de viés econômico e social. Ademais,

o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialis-

ta, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas (COMPARATO, 2007, p. 54).

As transformações ocorridas na sociedade entre a segunda metade do século XIX e o final da Segunda Guerra Mundial, permitiram a internacionalização dos direitos humanos, que se manifestaram, segundo Comparato (2007, p. 55), em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado. Com efeito, a Convenção de Genebra, de 1864, é considerada o primeiro instrumento internacional sobre direito humanitário, cujo objetivo era diminuir o sofrimento de soldados feridos ou doentes e, principalmente, proteger as populações civis vítimas dos conflitos bélicos. Em 1880, contudo, a comissão responsável pela criação da Convenção de Genebra, transformou-se na Comissão Internacional da Cruz Vermelha, conhecida mundialmente pela atuação em conflitos internos e internacionais.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, que resultou com a morte de milhões de pessoas, sobretudo genocídios praticados pela ditadura nazista, a humanidade percebeu a necessidade de se tutelar direitos que lhes são inerentes, especialmente a dignidade humana. Os direitos humanos, então, tomaram novos rumos. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio e a Declaração Universal dos Direi-

tos Humanos, ambas de 1948, aprovadas pela Assembléia das Nações Unidas, são consideradas marcos históricos para uma nova perspectiva de proteção e internacionalização dos direitos humanos.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, aprovada na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, em Nairóbi, no Quênia, traz a ideia de tutela e igualdade entre os seres humanos, porquanto afirma que todos os povos são iguais e devem gozar do mesmo respeito e ter os mesmos direitos nos planos interno e internacional.

Sob a perspectiva de proteção dos direitos humanos em âmbito internacional, constatou-se que havia a necessidade de se instituir mecanismos jurisdicionais com competência para julgar os autores, pessoas físicas, de crimes de guerra e contra a humanidade. É neste prisma que surgiu o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma.

4 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

A teoria do Direito Penal do Inimigo, conhecida também como direito penal de terceira velocidade, está fundamentada na punição estritamente do autor e não da sua conduta. Anote-se, contudo, que a teoria passou a ter mais repercussão devido à onda de atentados terroristas por todo o mundo.

Os antecedentes históricos desta teoria são encontrados na teoria causalista, em que a conduta – até a década de 1970 – era tida como o elemento do crime a representar o mero comportamento humano e voluntário apto a modificar o mundo exterior. Na década seguinte, Hans Welzel e sua teoria finalista deslocaram dolo e culpa do posto que, para os causalistas, ocupa a culpabilidade, para compor, então, a conduta. Eis o finalismo, teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro.

O Direito Penal do Inimigo ocupa a vertente maximalista

do funcionalismo, o chamado funcionalismo sistêmico. E é com Günter Jakobs, discípulo de Welzel, que a tese pós-finalista do funcionalismo sistêmico tem início.

Denomina-se funcionalismo sistêmico, porquanto a organização normativa de determinada sociedade, deve ser compreendida a partir de si mesma, a partir de sua configuração concreta. A identidade normativa, nada mais é que compreensão geral das regulações jurídicas e com a qual se pode definir os âmbitos da organização pessoal na interação comunicativa de tal maneira que tais ou quais comportamentos sejam conhecidos e esperados pela sociedade gerando, com isso, expectativas de condutas (VALE, 2011, p. 177).

Enquanto que para Roxin, defensor do funcionalismo racional, teleológico, a função do Direito Penal é a de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais, para Jakobs, reafirmar a autoridade da norma é a finalidade principal do Direito Penal, e a pena é o melhor instrumento.

Para o Direito Penal do Inimigo há uma categoria de pessoas que não se classifica como cidadãos. São indivíduos que, por seu comportamento desviado, assumem o papel de inimigo e, por isso, devem ser combatidos. Contra o terror, vale-se de métodos terroristas. O inimigo, portanto, não é pessoa, “pois só é pessoa, quem oferece garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, ou cimento cognitivo, que não irá delinquir” (VALE, 2011, p. 167).

Sob essa justificativa – de que a postura desses criminosos inimigos vai além do simples descumprimento da lei, atingindo a segurança do Estado como um todo – é que as mais basilares garantias materiais e processuais são afastadas do criminoso inimigo.

Mas o combate que se estabelece entre o Estado e seu inimigo tido por declarado é um combate desigual. Há uma

guerra com total disparidade de armas. O inimigo prostra-se diante do Estado sem qualquer garantia, ou se valendo do mínimo delas. É julgado pelo que consideram ser e não apenas pelo que se prove fez. Desse modo, o inimigo, distante das garantias materiais e processuais, recebe tratamento diferenciado. A pena não deve servir à ressocialização, à recuperação, mas, pelo contrário, à sua completa eliminação do convívio social.

A sociedade considerada é a tecnicista, originada de um contrato social, da conjugação de vontades de indivíduos que cedem ao Estado parte de sua liberdade em prol da garantia e proteção de alguns direitos, como a segurança. Neste contexto, o inimigo consiste numa categoria ligada ao estado de guerra, ou seja, é aquele que deve ser combatido, eliminado. Eis, portanto, uma primeira incompatibilidade com o modelo de Estado Democrático de Direito, em que a harmonização de todos e a paz social são declaradas finalidades principais do Direito, que foi criado para evitar a guerra, não para estabelecê-la.

Conclui-se, portanto, que o principal objetivo desta teoria é agir de maneira preventiva contra os indivíduos que se afastam dos rumos definidos pelo jurídico terreno do Direito e deixam de aderir ao contrato social, configurando, com isso, uma séria ameaça ao Estado.

4.1 GLOBALIZAÇÃO, CRIMINALIDADE ORGANIZADA, TERRORISMO E DIREITOS HUMANOS

É importante salientar que com o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, nos idos de 1991, foi um fator importante para uma nova ordem econômica mundial, sobretudo no que se refere à criação de blocos econômicos e à possibilidade de as empresas expandirem os seus negócios para diversos países do globo, a fim de obterem benefícios fiscais e aumentarem as suas riquezas.

E devido ao crescimento significativo das relações

econômicas entre os diversos países, a criminalidade, como não poderia ser diferente, também procurou se adaptar a esta nova perspectiva. Desta feita, a criminalidade tomou rumos antes nunca vistos, utilizando-se de meios cada vez mais sofisticados para exercer as suas atividades nocivas.

Crimes como o tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro, tráfico internacional de órgãos, de pessoas, de armas de fogo, o terrorismo, dentre outros, passaram a fazer parte da realidade da população mundial. O sistema financeiro, neste contexto, tornou-se um aliado importantíssimo das organizações criminosas transnacionais, porquanto conseguem fazer grandes movimentações de capitais e transferi-los para *paraísos fiscais* mediante lavagem de dinheiro, que, nas palavras de Daniel da Silveira Menegaz (2007, p. 163), “é a expressão da criminalidade econômica, que atua com o absoluto poder que adquiriu pela superação das linhas divisórias entre os países, fato que dissolve a identidade do Estado e aprisiona a sociedade [...]”.

A máfia italiana foi e ainda é o exemplo mais fiel da capacidade de atuação de uma organização criminosa bem estruturada, porquanto tinha membros infiltrados na esfera pública, com braços no poderes Legislativo, Executivo e até no Judiciário. Em reportagem recente publicada no *site* da Agência Brasil, noticiou-se que 16 juízes de assuntos tributários de Nápoles foram presos por suspeitas de envolvimento com a máfia Camorra. A Itália, aliás, foi o país no mundo onde a máfia se mostrou mais bem organizada e temida, tendo em vista que para manter o poder e os negócios ilícitos executavam autoridades públicas que tentassem combatê-la. Cite-se que lá nasceram as Máfias *Cosa Nostra Siciliana*, a *Ndrangheta* e a *Comorra*. A *Cosa Nostra*, ademais, é a mais tradicional delas. Nascida na Sicília, ela ainda atua em todo o território italiano inclusive no Brasil.

Tal organização dispõe, com relação a outra,

de uma importância preponderante pela tradição no tempo, por ser uma força organizada dentro e fora dos limites territoriais, com potência criminal e financeira, desempenhando uma função estratégica geral. Constitui-se, portanto, um modelo de organização comportamental para outras formações criminais. Sua característica fundamental é a tendência ao confronto par a par com o Estado e seus representantes, mediante relações ocultas com seus expoentes e organismos eletivos, até a neutralização, por meio da corrupção ou da violência, de quem se opuser à sua vontade.

[...] O complexo modelo de organização da Cosa Nostra, que consegue sintetizar uma série de conotações diversas entre si, como a estrutura formal, a ocupação do território, a prática da violência, o desenvolvimento de atividades financeiras e empresariais, o controle dos mecanismos das despesas públicas e a existência de relações constantes com o poder político, tem características próprias e originais, que não se encontram em outros grupos criminais (COSTA JUNIOR, 2009, p. 30).

Com efeito, o desafio a ser enfrentado é que o crime organizado possui seus tentáculos dentro do próprio aparelho estatal. É fato que a corrupção de agentes públicos é um dos fatores que influenciam e dificultam uma atuação mais eficaz do próprio Estado contra a criminalidade organizada. Como bem acentua José Carlos Cosenzo (2009, p. 29), a corrupção e a criminalidade organizada “[...] são parceiras quase que indissociáveis, e enquanto as ações para combatê-las, sem um mecanismo jurídico eficiente e atual, caminham vagarosamente, as atividades ilícitas avançam em maior velocidade”.

No Brasil são muito fortes e constantes as acusações e denúncias de corrupção na polícia, es-

pecialmente na polícia do Rio de Janeiro. Há referências em grande quantidade atravessando décadas, primeiramente na relação com a prostituição, o contrabando e o jogo do bicho, e, atualmente, nas ligações com o tráfico de drogas e de armas. Em geral, observam-se três tipos de referências ao que está englobado na representação de corrupção na polícia brasileira: a *propina* em troca da não cobrança de multa por infração de trânsito e outras infrações codificadas em portarias, normas e leis estaduais; o *arrego* ou troca negociada, geralmente envolvendo contraventores e outros agentes de mercados ilícitos que não envolvem necessariamente o recurso à violência; o *arrego*, que é troca assimétrica ou extorsiva, geralmente pactuada no tráfico de drogas (atacado ou varejo) e de armas. Em qualquer dos casos, a reprodução de organizações criminosas de todo tipo torna-se particularmente dependente de acordos e trocas políticas com agentes públicos, dos quais policiais (que derem o uso legal das armas e de informações estratégicas) constituiriam um dos principais tipos (MISSE, 2011, p. 23).

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do estado do Rio de Janeiro, trouxe à baila o envolvimento de agentes públicos responsáveis pela garantia da segurança da população. As milícias dominam locais onde o Estado mostra-se ineficiente, como nos serviços públicos ligados às áreas da segurança e do transporte coletivo. O trecho a seguir, contido no relatório final da CPI, descreve com propriedade essa atuação:

Legitimado como representantes do Estado, de posse de armamento, com controle do gás, do transporte coletivo e dos serviços públicos nas co-

munidades, as milícias resolveram ampliar o seu poder buscando ocupar espaços também no Legislativo. Ao longo desses seis meses a CPI ouviu candidatos e parlamentares que, de alguma forma, foram relacionados com a atuação das milícias, seja em relatórios dos órgãos de Segurança, seja nas denúncias feitas ao Disque Milícias, seja na citação em depoimentos durante as oitivas. Nenhum deles admitiu ter qualquer relação com milícias ou ter tido apoio de milicianos em suas campanhas. Houve quem admitisse, como o PM Bombeiro Cristiano Girão, indiciado pela Polícia Federal por extorsão, que age como um xerife na comunidade onde mora, impedindo a entrada de traficantes e prendendo delinquentes. Quase todos se declararam líderes comunitários e justificaram suas ações como defesa dos interesses das comunidades. Praticamente todos reconheceram ter apoiado candidatos a cargos eletivos em todos os níveis (Câmaras Municipais, Assembleia Legislativa, Câmara Federal) oriundos dos órgãos de Segurança. Balanço das votações recebidas pelos candidatos citados mostra que, realmente, alguns deles tiveram votação expressiva em áreas controladas pelas milícias (BRASIL, 2008, p. 260).

O combate ao tráfico internacional de drogas é outro desafio dos governos atuais, sobretudo nos países latino-americanos, onde está concentrada, por exemplo, a maior parte da produção de cocaína no mundo. Toda a produção e comercialização estão nas mãos dos *Cartéis*, que além de *guerrear* entre si para exercerem o domínio do tráfico de drogas, difundem o medo na população, e de grupos revolucionários como as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC, cujo dinheiro arrecadado com o tráfico é utilizado no financia-

mento das suas atividades criminosas. Destaque-se, contudo, que, embora grande parte da cocaína produzida na Colômbia seja destinada aos consumidores dos Estados Unidos e da Europa, entre os anos de 2006 e 2010, houve um considerável declínio na produção dessa espécie de droga. Isso foi o que constatou a UNODC – *United Nations Office on Drugs and Crime* – no documento denominado *World Drug Report* publicado em 2012:

The general stability of global cocaine use and manufacture masks different trends in different regions and countries. Available data on cultivation, yield and trafficking indicate that there has been an overall decline in global manufacture of cocaine, prompted by a major decline in cocaine manufacture in Colombia in the five-year period 2006-2010. A sizeable shift has taken place as coca bush cultivation and coca production increased in the same period in the other two coca-producing countries, Bolivia (Plurinational State of) and Peru, which are becoming increasingly important producers.

The major markets for cocaine continue to be in North America, Europe and Oceania (mainly Australia and New Zealand). North America has seen a marked decline in cocaine use, mainly due to a decline in the United States, from 3.0 per cent (2006) to 2.2 per cent (2010) among adults aged 15-64; however, there has not been such a decline in Europe, where cocaine use stabilized over the same period. Latest data from Australia show an increase in cocaine use.

There is evidence that, while the United States market continued to be almost exclusively supplied by cocaine produced in Colombia, from

2006 there was a shift in the European markets, which compensated, at least partially, for the shortage of cocaine produced in Colombia with cocaine produced in Bolivia (Plurinational State of) and Peru. The decline in seizures in Europe, despite the apparent stability of the region's cocaine supply, implies that a change in trafficking modes is occurring as traffickers may be making increasing use of containers. In the United States of America, the decrease in availability of cocaine has been reflected by rising prices since 2007. In Europe, however, no dramatic changes in prices have been observed since 2007. Overall, they remained at the same level in dollar terms between 2007 and 2010 and even decreased in some countries.

An additional factor influencing the availability of, and overall demand for, cocaine in different regions is the emergence of new, albeit small, cocaine markets in, for example, Eastern Europe and South-East Asia. There is also some evidence that cocaine trafficking through West Africa may have had a spillover effect on countries in that subregion, with cocaine emerging as a drug of major concern, along with heroin. Some data indicate an expansion of the cocaine market, particularly of "crack" cocaine, in some countries of South America (2012, p. 2).

De outra banda está o tráfico internacional de pessoas, que além de constituir violação aos direitos humanos, priva o exercício dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, mediante a obstrução de liberdades sexual e de locomoção. A definição do tráfico de pessoas está prevista no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição

do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças:

A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou remoção de órgãos (BRASIL, 2009, p. 108).

Os crimes cibernéticos, modalidade muito mais sofisticada de atuação das organizações criminosas contemporâneas e que acompanharam os efeitos da globalização, jamais poderiam ser esquecidos, tendo em vista que por meio da *internet* computadores são invadidos, e deles subtraídos dados de empresas, dados pessoais, bancários, dentre outros. Some-se a isso, o fato de a *internet* também ser utilizada para manter o lucrativo comércio da pornografia infantil e da prostituição.

O terrorismo, definido como “el uso sistemático de la violencia, amenaza de violencia o terror contra individuos, grupos e gobiernos para conseguir un objetivo político” (GONZÁLEZ *et al*, 2009, p. 362), é um fenômeno que tem sido responsável pela morte e ferimento de milhares de pessoas mundo afora. Com efeito, o terrorismo possui características peculiares, pois, além de se utilizar da violência para intimidar a população, disseminando o pânico, influencia diretamente a atuação política estatal. O financiamento do terrorismo internacional é outro fator complexo a ser considerado devido à fonte do capital, que na sua imensa maioria é de origem ilícita, como o nar-

cotráfico, “e de modo preponderante de instituições financeiras sediadas em países islâmicos” (CATALDI, 2010, p. 41).

Demais disso, globalização, crime organizado, terrorismo e direitos humanos estão intimamente interligados entre si, uma vez que é impossível num Estado de viés democrático falar em combater essas espécies de criminalidade sem quaisquer respeito às garantias penais e processuais do indivíduo. O direito penal do inimigo sob a perspectiva dos direitos humanos será a discussão próxima.

4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO, DIREITOS HUMANOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O aumento do crime organizado transnacional e do terrorismo pelo mundo tem feito com que governos, especialmente os ocidentais, busquem medidas e métodos mais eficazes e extremos no sentido de combaterem tais espécies de criminalidade. Para isso, tem-se utilizado o direito penal máximo, adotando-se a teoria do *Direito Penal do Inimigo*, mesmo que para tanto tenha de se violar os direitos humanos do indivíduo.

O crime organizando e sua estrutura complexa têm demandado ações mais enérgicas por parte do Estado no que se refere à garantia da segurança dos cidadãos. No entanto, algumas medidas estão intimamente relacionadas com o direito penal e processual penal máximos, caracterizados pela ausência de parâmetros racionais, e levam à violação das garantias fundamentais do indivíduo. Na assertiva de Luigi Ferrajoli:

[...] o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua severidade, pela *incerteza* e *imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se e como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de

convalidação e anulação. Devido a estas reflexões, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão da incontrollabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade. (2002, p. 84).

No Brasil, a atuação do crime organizado resultou na edição da denominada Lei do Abate – Lei n. 9.614/98 –, que consiste na destruição, por meio de disparos de tiros, feitos por aeronave militar de interceptação, com o objetivo de causar danos e impedir o prosseguimento do voo pela aeronave considerada hostil.

A Lei n. 10.792 de 2003 promoveu alterações na Lei de Execuções Penais e introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, aplicado a detentos suspeitos de envolvimento ou de participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Vale salientar que existem vozes doutrinárias contrárias à introdução e aplicação do RDD, pois violam garantias fundamentais, em especial à humanização na execução da pena.

Recentemente, em 10 de julho de 2012, entrou em vigor a Lei n. 12.683, com o objetivo de tornar mais eficiente a persecução penal nos crimes de lavagem de dinheiro. Contudo, algumas das medidas são questionáveis, como é o caso da ampliação das condutas que passam a ser puníveis. Anteriormente, o art. 1º da Lei n. 9.613/98 descrevia de quais crimes os bens provenientes eram considerados *laváveis*. Com a redação dada ao art. 1º pela Lei n. 12.683, a ocultação ou a dissimulação de bens, direitos ou valores oriundos, seja direta ou indiretamente, de infração penal, é entendida como lavagem de dinheiro. Na mesma esteira, está o afastamento de servidor público das suas funções em caso de indiciamento, até que o juiz, em decisão fundamentada, autorize o seu retorno ao cargo.

Noutra linha, o combate ao terrorismo e a sua prevenção têm sido executados por meio de duas vertentes, quais sejam, o

antiterrorismo e o *contraterrorismo*. O antiterrorismo consiste numa atividade de caráter defensivo, cuja finalidade primordial é a redução das vulnerabilidades dos indivíduos frente aos atentados terroristas. O contraterrorismo, por sua vez, tem o papel de buscar medidas ofensivas de cunho repressivo com o objetivo de antecipar e responder aos atos de terror.

A discussão, porém, atém-se à possibilidade de o Estado, sob a alegação de garantia da segurança coletiva, intervir na vida privada do indivíduo, uma vez que a reação estatal diante dos atos terroristas tem causado como efeito colateral imediato a ingerência na vida dos cidadãos.

Os Estados Unidos, como frisado anteriormente, após os atentados de 11.09.2011, mudaram a sua política de segurança adotando o conceito de *defesa preventiva*. Sob esse prisma, os Estados Unidos invadiram o Iraque e fizeram de Guantánamo “o símbolo de repressão penal e violação dos direitos humanos”, mediante tortura física e psicológica aos suspeitos de terrorismo. E mais, em 26.10.2001, aprovaram a denominada *Lei Patriota – USA Patriot Act* –, que fortaleceu o poder do Estado Penal sobre a sociedade civil.

O combate passa também pela rede mundial de computadores. É a Guerra Digital. Segundo reportagem do jornal o Estado de S. Paulo, em 02.06.2012, desde que assumiu a Casa Branca, o Presidente Barack Obama ordenou ataques cibernéticos em massa ao programa nuclear iraniano.

Um ataque cibernético é uma ação “devastadora e atordoante, capaz de paralisar a reação e neutralizar, em parte ou no todo, a capacidade da Defesa”, acredita um engenheiro militar brasileiro, especializado na área. Entre 2009 e 2010, o horror entrou na rede de informática das instalações de pesquisa e desenvolvimento nuclear do Irã. Era apenas a primeira versão do *Stuxnet* mas, ainda assim, o vírus foi capaz de destruir centenas, talvez

milhares de ultracentrífugas, as máquinas que transformam urânio energicamente ‘pobre’ na variação ‘rica’, adequada para a geração de eletricidade ou, na outra extremidade, do processo, a construção de armas. O *Stuxnet* 1 foi criado provavelmente pela geração de cientistas recrutadas da tão poderosa quanto discreta Agência Nacional de Segurança (NSA) americana – a maior operadora de satélites e computadores do mundo – em trabalho conjunto com os israelenses do reservado Centro Neguev (GODOY, 2012. p. A14).

Todas estas ações encontram-se legitimadas pelos defensores da teoria do direito penal do inimigo, cujo objetivo principal é a garantia da segurança coletiva em detrimento da violação dos direitos fundamentais dos indivíduos que não aderem ao contrato social, o que viola claramente o Estado Democrático de Direito e os princípios de Direitos Humanos. Ora, medidas que visam dividir o Direito Penal em direito penal do cidadão, em que são asseguradas todas as garantias fundamentais, e em direito penal do inimigo, cujas garantias são abolidas, além de serem inaceitáveis, colocam até mesmo em risco o Estado Democrático de Direito.

A certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia, ao contrário, no critério oposto, mas igualmente subjetivo, do *in dúbio contra reum*. Indica um aspiração totalitária. Mas, em geral, a ideia corrente de que o processo penal deve conseguir golpear todos os culpados é fruto de uma ilusão totalitária. “Um empenho extremado em punir os réus, um excessivo rigor, um apressado castigo, advertia Francesco Maria Pagano, “arrastam consigo forçosamente efeitos funestos [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 85).

Demais disso, o Direito Internacional assegura aos sus-

peitos pela prática de crimes de guerra ou outro crime de qualquer natureza, as garantias processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, de serem julgados por um tribunal independente e imparcial, bem como de não serem utilizadas provas obtidas mediante tortura ou qualquer outro tratamento cruel.

Por derradeiro, há de se concluir que o Direito Penal do Inimigo é claramente incompatível com o Estado Democrático de Direito e com a perspectiva de proteção dos Direitos Humanos, porquanto constitui evidente retrocesso à sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado moderno tem buscado meios eficazes para se combater a criminalidade, mormente a organizada e, atualmente, o terrorismo, que tem feito parte da realidade mundial, em que grupos fundamentalistas difundem o medo e provocam a morte e ferimentos em milhares de pessoas inocentes. Para tanto, o Estado tem tomado algumas medidas a partir da teoria do Direito Penal do Inimigo, que pertence à categoria do direito penal máximo, o que tem gerado críticas de alguns setores ligados à tutela dos direitos humanos.

É importante frisar, no entanto, que esta teoria mostra-se incompatível com o Estado democrático e de direito, pois visa garantir a segurança coletiva mediante a restrição ou eliminação de direitos dos indivíduos que violam o contrato social, já que são tidos por inimigos estatais. Ou seja, ao inimigo o direito penal e processual penal devem ser máximos, logo ser julgado por um tribunal penal imparcial e ter assegurado o devido processo legal não são garantias integralmente respeitadas.

Consigne-se, por outro lado, que a criminalidade organizada e o terrorismo têm de ser combatidos com mãos firmes, porém, não há confundir mãos firmes com totalitarismo. Diante disso, aos autores destes crimes devem ser asseguradas todas as

garantias penais e processuais penais, tendo em vista que admitir o contrário constitui flagrante desrespeito aos Direitos Humanos e põe em risco inclusive o Estado Democrático de Direito.

Não há falar, portanto, que um Estado que adota o direito penal do inimigo como teoria fundamentadora do combate à criminalidade, independentemente da natureza, seja Democrático e de Direito, pois a incompatibilidade é latente.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. *Legislação de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Direitos Humanos. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://portal.sdh.gov.br/>>. Último acesso em: 16 jun. 2012.
- BRASIL. Assembléia Legislativa do Estado Rio de Janeiro. *Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do estado do rio de janeiro*. Disponível em: <<http://www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>>. Último acesso em: 16 jul. 2012.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CATALDI, Enrico. *Financiamento do terrorismo internacio-*

- nal. Revista Jurídica Consulex. Ano XIV. Nº. 330. p. 41-42. 10 out. 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COSENZO, José Carlos. *O ministério público e o combate ao crime organizado*. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII. Nº. 301. p. 30-31. 31 jul. 2009.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *As máfias italianas e o crime organizado no Brasil*. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII. Nº. 301. p. 30-31. 31 jul. 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GIRALDI, Renata. Itália prende 47 pessoas suspeitas de envolvimento com a máfia da camorra. *Agência Brasil*. 19 mar. 2012. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia>>. Último acesso em: 14 jul. 2012.
- GODOY, Roberto. *Ação virtual paralisa e neutraliza capacidade de defesa*. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 02 jun. 2012, p. A 14.
- GONZÁLEZ, Pedro Arcos. *Terrorismo, salud pública y sistemas sanitarios*. Rev. Esp. Salud. Pública. 2009, vol. 83, n. 3, p. 361-370. mayo-junio 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/resp/v83n3/colaboracionespecial1.pdf>>. Último acesso em: 07 jul. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MISSE, Michel. *Crime organizado e crime comum no rio de janeiro: diferenças e afinidades*. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 19, n. 40, p. 13-25, out. 2011.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- NAÇÕES UNIDAS. 2012. UNODC – *United Nations Office on Drugs and Crime*. *Word drug report 2012*. Sales No.

E. 12.X1.1. Disponível em: <www.unodc.org>. Último acesso em: 14 jul. 2012.

PEDRO, Antonio; FLORISVAL, Cáceres. *História geral*. 2. ed. São Paulo: Ed. Moderna, 1982.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo *et al.* *Legislação de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

VALE, Ionilton Pereira do. *Revistas dos Tribunais*. Ano 100, vol. 909, jul. 2011.