

## O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO A BASE DE VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NA PRISÃO DE GUANTÁNAMO

Mateus Scárdua<sup>1</sup>

Marcelo Fernando Quiroga Obregón<sup>2</sup>

---

*Fecha de publicación: 02/01/2018*

**Sumário:** Introdução. **1.** O direito penal do inimigo. **2.** A convenção de Genebra de 1949 relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra: os prisioneiros de Guantánamo podem ser considerados e tratados como prisioneiros de guerra? **3.** As funções e a atuação da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional nos casos de violação do Tratado de Genebra na prisão de Guantánamo. - Considerações finais. - Referências.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo demonstrar, por meio da crítica de Juarez Cirino dos Santos e Manuel Cancio Meliá, de que forma a Teoria do Direito penal do inimigo, idealizada por Gunter Jakobs, é adotada e colabora, por meio de

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.  
[mateus.scardua@hotmail.com](mailto:mateus.scardua@hotmail.com)

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, especialista em política internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Mestre em direito Internacional e comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Doutor em direitos e garantias fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em direito marítimo e portuário da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Professor de direito internacional e direito marítimo e portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.  
[mfqobregon@yahoo.com.br](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br)

sua incursão nas novas tendências políticas internacionais, na legitimação e efetivação das violações das prerrogativas jurídicas humanas daqueles que são considerados inimigos da ordem social, quais sejam, os supostos terroristas. Considerados sujeitos perigosos, imprevisíveis e instáveis perante a ordem social, há uma intensa pretensão de se justificar a admissão de políticas arbitrárias e abomináveis, por parte dos países que se encarregam da luta contra o terrorismo - como, por exemplo, as torturas e abusos na prisão de Guantánamo -, fundamentando suas ações em legislações domésticas altamente avançadas para tal fim, em detrimento dos instrumentos normativos e das instituições internacionais (Tribunal Penal Internacional e Corte Internacional de Justiça) que, em sua matriz, objetivam a proteção e salvaguarda dos direitos humanos fundamentais, mas que em certa parte, sofrem a incursão de influências e concepções políticas em suas decisões.

**Palavras-chave:** Direito penal do inimigo. Direitos humanos. Guantánamo. Violações. Corte Penal Internacional. Corte Internacional de Justiça.

## INTRODUÇÃO

O mundo há alguns anos está caracterizado pelo combate ao terrorismo, contexto que surgiu por meio de conflitos envolvendo uma significativa gama de interesses dos países envolvidos.

Tal combate ao terror gera também o medo, que se intensifica cada vez mais, na medida que, países “rotulados” como territórios de grupos terroristas, especificamente os localizados no Oriente Médio, vivenciam a degradação e a marginalização de sua sociedade, sendo reduzidos a um cenário apocalíptico por aqueles países que se veem ameaçados ou já sofreram algum ataque desta natureza, estes últimos, considerados potências econômicas mundiais.

Diante de todo este complexo conflito, surgem as mais diversas e dispendiosas soluções, criadas e adotadas com o fim de neutralizar e extinguir todas as ações extremistas dos grupos que atuam desta forma, enxergados como inimigos declarados da atual conjuntura econômico-social mundial.

Entretanto, muitas destas ações são criadas e utilizadas de forma paralela à perspectiva dos direitos humanos, o que faz com que extrapolem o fim para a qual foram desenvolvidas ou que ainda, se tornem ineficazes, isto porque, atingem e violam de maneira arbitrária e cruel toda a gama dos princípios elementares e essenciais interligados à natureza humana.

Um exemplo dessas medidas é a Prisão de Guantánamo, localizada em Cuba e gerida pelos Estados Unidos da América, a qual é marcada pela constante transgressão aos direitos humanos dos indivíduos que se encontram lá custodiados, supostamente acusados da prática de atos terroristas.

Diante deste contexto, no primeiro capítulo analisar-se-á a perspectiva da teoria do Direito Penal do inimigo preconizada por Jakobs, demonstrando as nuances que a envolve e de que maneira se dá e se busca sua efetiva aplicação na legitimação do combate ao terrorismo.

No segundo capítulo há a tentativa de se definir o status jurídico dos prisioneiros de Guantánamo para que, conseqüentemente se estabeleça a

forma jurídica aplicável à eles, com vistas a satisfazer os anseios assecuratórios dos direitos humanos.

No terceiro e último capítulo, busca-se compreender as funções e a atuação do Tribunal Penal Internacional e da Corte internacional de Justiça no que tange aos direitos humanos, tentando demonstrar se suas prerrogativas são eficazes perante os ordenamentos jurídicos domésticos internacionais.

## 1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A expressão “direito penal do inimigo” provém da teoria de Gunter Jakobs no âmbito do direito penal que realiza a divisão deste em dois sistemas diferentes que buscam compreender categorias distintas de seres humanos considerados criminosos: os cidadãos e os inimigos.<sup>3</sup>

Na construção desta teoria Jakobs utilizou-se de “sistemas de imputação diferenciados”<sup>4</sup> definidos por “tipos ideais que não se encontram num estado puro, mas em sobreposição: o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão”.<sup>5</sup>

Apesar de ambos os polos “serem inspirados em princípios diferentes e com distintas finalidades”<sup>6</sup>, ao estudá-los se faz o alerta de que “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”.<sup>7</sup> Neste sentido, pode-se dizer que ambas tendências se complementam e formalizam o estudo e aplicação uma da outra.

Sendo assim, parte-se da compressão de Jakobs de que “nem todos os seres humanos criminosos são considerados inimigos, isto porque autores de fatos normais serão punidos como cidadãos e os autores de fatos de alta

---

<sup>3</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)> p. 2. Acesso em: 06 mar. 2017

<sup>4</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)> p. 2. Acesso em: 06 mar. 2017

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 27.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 21

traição serão punidos como inimigos”.<sup>8</sup> Com isso, é visto que o grau e risco do delito e a personalidade do indivíduo são levados em conta na adoção do tipo ideal utilizado para rotular o delinquento violador do contrato social.

Com tais considerações, é estabelecida a dicotomia denominada de fatos do cidadão e fatos do inimigo. Assim, instituiu-se que “os fatos praticados por agentes capazes de orientação normativa, no sentido de pessoa calculável conforme o princípio do prazer, cuja intrínseca fidelidade ao direito justificaria as expectativas normativas da comunidade seriam os denominados fatos do cidadão”<sup>9</sup>. Já os fatos do inimigo seriam “aqueles que constituiriam lesões duradouras da validade da norma e indicariam autor incapaz de orientação normativa, no sentido de indivíduo insuscetível de cálculo conforme o princípio do prazer, cuja intrínseca infidelidade jurídica excluiria as expectativas normativas da comunidade”.<sup>10</sup>

Deste modo, resta demonstrada a primeira diferença na tratativa penal do criminoso inimigo e do criminoso cidadão. Assim esclarece-se que o etiquetamento daquele que desfigura a ordem social designa:

[...] uma realidade ontológica do ser social, identificável por diagnósticos de personalidade e objeto de prognósticos de criminalidade futura, propondo a distinção entre cidadãos e inimigos no âmbito da imputação penal.<sup>11</sup>

Outro aspecto que evidencia de forma clara a distinção que a teoria de Jakobs proporciona entre os tipos ideais é que o criminoso considerado “inimigo” não é considerado pessoa como se é o criminoso “cidadão”. A resposta para esta diferenciação na tratativa de ambos está no fato de que pessoa é

[...] quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 5.

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)> p. 7. Acesso em: 06 mar. 2017

<sup>10</sup> Ibidem, p. 8

<sup>11</sup> JAKOBS, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, 2006, Caderno 8-9, p. 288. P. 5. apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)> p. 5. Acesso em: 06 mar. 2017

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 43

Portanto, pessoa é aquele indivíduo que está submetido às normas estatais e oferece segurança e garantia ao Estado de que caso cometa algum delito este seja capaz de ser neutralizado e submetido à uma sanção, ou seja, “há uma fidelidade jurídica intrínseca que é capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, não havendo desafio ao sistema social”<sup>13</sup>.

Deste modo, como o “inimigo” não oferece a previsibilidade e nem a fidelidade ao sistema normativo estatal, sendo imprevisível, “não será considerado pessoa, e conseqüentemente não será tratado como um criminoso “cidadão” detentor de direitos, porque se tornará um perigo à ordem social vigente na comunidade, sendo considerado um subordinado jurídico e um desertor perante o Estado”<sup>14</sup>.

Dentro deste contexto é constatada a premissa que Jakobs criou, o chamado funcionalismo sistêmico (radical), raciocínio que sustenta que “o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais”.<sup>15</sup>

Tal constatação fica mais evidente ao se analisar o aspecto da punição a ambos os tipos ideais porque, a maneira como é concretizada e pensada, reflete a pretensão de se diferenciar a aplicação e os efeitos desta, a depender de que classe o indivíduo punido pertencerá.

Destaca-se que, diante da presente teoria em estudo a pena para o chamado “cidadão” “seria uma reação contra fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir”<sup>16</sup>. A partir desta ideia, a pena para o “cidadão” tem caráter repressivo e seria aplicada após o fato criminoso de forma a impor a validade da norma como sustentáculo da ordem social.

---

<sup>13</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)> p. 5. Acesso em: 06 mar. 2017

<sup>14</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>15</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>.p.1. Acesso em: 05 mar. 2017

<sup>16</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)> p. 2. Acesso em: 06 mar. 2017

Quanto ao inimigo, a pena tem um caráter preventivo, e aplicada sob a forma de medida de segurança, tem em vista uma medida antecipada adotada para coibir uma suposta conduta criminosa por parte daquele é uma ameaça à ordem social, ou seja, “a pena seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir”<sup>17</sup>. Deste modo corrobora-se a perspectiva da repressão ao cidadão e da prevenção cognitiva e normativa ao inimigo, providenciadas pelo tipo de punição adotada para cada um.

Ocorre que mesmo diante de todo o embasamento teórico e aplicação prática sugerida pela teoria ora em análise, tal conjuntura pode

[...] representar uma ameaça aos princípios e garantias do Estado de direito, e que com isto desvalora a segurança normativa, acentuando tão somente a puramente cognitiva, ou seja, a eficácia frente a perigos, não o restabelecimento da vigência da norma e a confiança dos cidadãos na mesma.<sup>18</sup>

Tal percepção ganha relevância por meio da averiguação de que em tempos anteriores se pensava que a teoria de Jakobs teria como âmbito de aplicação apenas sistemas de governo que se baseavam no autoritarismo, isto é, territórios nos quais o direito penal possuía apenas funções simbólicas, sendo utilizado na prática como uma ruptura despótica e violadora do Estado de Direito e dos direitos humanos.

Entretanto, os países que possuem amplo sistema normativo regulador e tutor do regime democrático e de direitos substanciais, ao se submergirem no panorama de combate ao terrorismo, exploram e adotam tal teoria com o fim de conseguirem com eficiência, exterminar definitivamente esta categoria de “inimigos”. Isso fica claro porque,

[...] este tipo de direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados democráticos de direito, que acolhem, em suas constituições e textos jurídicos fundamentais, princípios básicos do direito penal material do Estado de direito, contidos também nas declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2011. p. 32

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 2

Neste contexto, emerge os Estados Unidos da América, o principal expoente do combate ao terrorismo nos tempos atuais, e que, apesar de conter em sua Constituição e leis, normas de caráter protetivo de direitos substanciais<sup>20</sup>, e, além disso, fazer parte de diversos tratados e convenções internacionais<sup>21</sup> referentes a este tema, ignora-os em sua aplicação integral a depender do contexto.

Excepcionando da incidência das citadas normas, os considerados perigosos àquele território, os Estados Unidos de certa forma, fazem com que para estes os direitos estejam previstos apenas de maneira formal, sendo que no campo de aplicação material, ocorram exceções, pois como já dito, aqueles não considerados pessoas e imprevisíveis ameaçadores não devem ser considerados pessoas titulares de tais direitos. Deste modo, é visto que

[...] os Estados Unidos encampam a questionável prática de atribuir direitos de proteção diferencialmente, dependendo da vinculação do prisioneiro a uma operação militar com base em um Estado. Em vez de asseverar a proteção contra degradação e violência e a realização de julgamentos justos como direitos universais, o acordo [...] aplica um critério seletivo à questão de quem faz jus à proteção e quem não faz.<sup>22</sup>

Desta maneira, ocorre uma legitimação, por parte do próprio País, da utilização de meios excepcionais e arbitrários na luta contra o terror, como por exemplo, a prisão de Guantánamo, utilizada na custódia e tortura de presos considerados supostos terroristas que, segundo o governo americano, são vistos como uma “praga” e devem ser combatidos junto à odiosa ideologia que os encoraja.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Citam-se como exemplos as Emendas VI e IX da Constituição Americana de 1787

<sup>21</sup> Assinatura por parte dos Estados Unidos da América da Declaração Universal dos Direitos do Homem – 1948 e da Convenção americana de Direitos humanos.

<sup>22</sup> BUTLER, Judith. O limbo de Guantánamo. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo. n. 77, p. 223-231, mar. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010133002007000100011&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002007000100011&lng=pt&nrm=iso)> Acesso em: 08 mar. 2017.

<sup>23</sup> G1 Notícias. **EUA serão “implacáveis” na luta contra o terrorismo, diz Obama**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/eua-serao-implacaveis-na-luta-contra-o-terrorismo-diz-obama.html>> Acesso em: 08 mar. 2017

## 2. A CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1949 RELATIVA AO TRATAMENTO DOS PRISIONEIROS DE GUERRA: OS PRISIONEIROS DE GUANTÁNAMO PODEM SER CONSIDERADOS E TRATADOS COMO PRISIONEIROS DE GUERRA?

Ao analisar a convenção de Genebra cabe a reflexão acerca do status jurídico dos prisioneiros que se encontram enclausurados na prisão de Guantánamo. Será que tais prisioneiros podem ser considerados prisioneiros de guerra? Os Estados Unidos da América considera-os prisioneiros de guerra?

Neste sentido, é cabível destacar o conceito de guerra, o qual envolve um conflito de vontades entre Estados internacionais, isto é:

[...] todo conflito armado entre dois ou mais Estados, durante um certo período de tempo e sob a direção dos seus respectivos governos, com a finalidade de forçar um dos adversários a satisfazer a(s) vontade(s) do(s) outro(s).<sup>24</sup>

Complementando o conceito anterior, a guerra define-se como “uma ação de um Estado sobre o outro, concretizada no momento em que as forças armadas de um Estado, agindo de conformidade com o respectivo governo, atacam o território ou as forças armadas de outro Estado, com o intuito de conquistá-lo ou de obrigá-lo a proceder de acordo com a sua vontade”.<sup>25</sup>

Entretanto, a partir dos eventos terroristas da data de 11 de setembro de 2001 os Estados Unidos ampliaram tal conceito, porque

[...] a palavra guerra passou a ser usada aleatoriamente pela imprensa, pelo meio político (pois ela tem uma conotação emocional frente a população), e pelas pessoas de um modo geral, adquirindo assim, um sentido altamente impreciso. [...] Ela é um estágio mais grave nas relações internacionais.<sup>26</sup>

A partir deste momento, o conflito denominado “guerra” deixou de abranger apenas o conflito entre Estados internacionais por meio de seus governos e passou a abarcar o enfrentamento ocasionado entre os Estados e

---

<sup>24</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1189

<sup>25</sup> ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1210

<sup>26</sup> PONSONI, Milena. **O status jurídico dos prisioneiros de Guantánamo**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/milena\\_ponsoni.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/milena_ponsoni.pdf)> p. 12. Acesso em: 13 mar. 2017.

grupos armados, considerados assim pela similitude deste tipo de conflito para com aqueles. Esta equiparação pode ser feita porque,

As partes em um conflito armado internacional são os Estados (Estados Nacionais e movimentos de libertação nacional), enquanto nos conflitos armados não internacionais, as partes podem ser os Estados ou grupos armados, por exemplo, forças rebeldes. Em ambos os casos, as partes no conflito têm uma formação do tipo militar com certo grau de organização e estrutura de comando.<sup>27</sup>

No entanto, apesar dos Estados Unidos denominarem suas ações de “guerra ao terrorismo”, pode-se também afirmar que

O terrorismo é um fenômeno. Tanto na prática quanto no plano jurídico, e não se pode declarar uma guerra, contra um fenômeno. Só é possível combater contra uma parte identificável em um conflito armado. Por essas razões, seria mais apropriado falar de “luta contra o terrorismo”, luta esta que adota muitas facetas ao invés de “guerra contra o terrorismo”.<sup>28</sup>

Assim, é visto que merece diferenciação – e de fato, existe - entre as figuras do prisioneiro de guerra e a dos outros prisioneiros detidos fora do âmbito deste tipo de conflito. Desta forma,

[...] os prisioneiros de guerra podem ser julgados em virtude do Direito Nacional dos Estados que os tenham detido, por terem tomado em armas ou por qualquer ato criminoso que tenham cometido, sendo libertados após terem cumprido a sentença que lhes foi imposta.<sup>29</sup>

Ocorre que, como a situação envolvendo a guerra ao terrorismo, perpetrada pelos Estados Unidos, é considerada de fato uma guerra, posto que “considerado um conflito armado não internacional, as pessoas detidas neste tipo de conflito armado não internacional, estarão protegidas pelo artigo terceiro das Convenções de Genebra, assim como as normas pertinentes ao Direito Internacional Humanitário Consuetudinário”.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>28</sup> COMITÉ Internacional de La Cruz Roja, Derecho internacional humanitário y terrorismo: respuestas a preguntas claves, Buenos Aires, 2004. apud PONSONI, Milena. **O status jurídico dos prisioneiros de Guantánamo**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/milena\\_ponsoni.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/milena_ponsoni.pdf)> p. 13. Acesso em: 13 mar. 2017.

<sup>29</sup> PONSONI, Milena. **O status jurídico dos prisioneiros de Guantánamo**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/milena\\_ponsoni.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/milena_ponsoni.pdf)> p. 19. Acesso em: 13 mar. 2017.

<sup>30</sup> COMITÉ Internacional de La Cruz Roja, Derecho internacional humanitário y terrorismo: respuestas a preguntas claves, Buenos Aires, 2004. apud PONSONI, Milena. **O status jurídico dos prisioneiros de Guantánamo**. Disponível em:

### Artigo 3.º - Convenção de Genebra de 1949

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

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

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

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

b) A tomada de reféns;

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

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

Entretanto, em busca de concretizar e efetivar os objetivos de sua empreitada, os Estados Unidos parecem ignorar tais instrumentos normativos, porque trata os prisioneiros de Guantánamo como pessoas detidas fora de tais hipóteses, isto é, prisioneiros comuns, sobre os quais devem ser aplicadas as normas federais norte-americanas, estabelecendo assim um quarto sistema além dos já existentes para regular a matéria, porque

Existem três sistemas legais que poderiam ser aplicados nesse tipo de situação: o direito penal, as regras de Direitos Humanos e o Direito Humanitário, porém, os Estados Unidos estabeleceram um quarto sistema que depende, inteiramente, da noção própria do que venham a ser as leis de guerra. No caso em questão, os americanos estão se utilizando das leis de guerra frente ao direito penal: se algum fundamentalista ou grupo separatista bombardear um prédio, as pessoas que serão detidas e indiciadas não serão tratadas conforme as leis de guerra, mas, sim, de acordo com o direito penal.<sup>31</sup>

---

<[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/milena\\_ponsoni.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/milena_ponsoni.pdf)> Acesso em: 13 mar. 2017. p. 19

<sup>31</sup> PONSONI, Milena. **O status jurídico dos prisioneiros de Guantánamo**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/milena\\_ponsoni.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/milena_ponsoni.pdf)>. p. 24. Acesso em: 13 mar. 2017.

Desta forma, os Estados Unidos ampliam ainda mais os aspectos presentes na teoria do Direito Penal do Inimigo, isto porque, expandem a aplicação e criação de normas estatais de aspecto punitivista em detrimento de normas penais internacionais de caráter garantista. Com isso, impedem que “os mecanismos legais internacionais forjem uma construção de ganhos democráticos internamente e que o direito internacional e as organizações internacionais sejam veículos primários para a afirmação do corpo normativo de uma comunidade, por meio do qual promove-se um processo legal transnacional que possa fincar raízes nas instituições e práticas domésticas”.<sup>32</sup>

Os Estados Unidos alegam estar agindo de acordo com as Convenções de Genebra mas nitidamente ignoram seus preceitos, atribuindo ao Departamento de Defesa de Rumsfeld o direito de determinar o status dos prisioneiros e recusando-se a se submeter à autoridade de um tribunal competente.<sup>33</sup>

Em Guantánamo, a atitude do governo dos Estados Unidos de privilegiar as normas domésticas em face das referentes aos direitos humanos de âmbito internacional vai de encontro até para com a Constituição daquele país, porque quando determinou a detenção dos prisioneiros que lá se encontram

[...] não houve uma análise constitucional da situação e dos direitos dos detentos de Guantánamo – a jurisdição foi encontrada com base na interpretação infraconstitucional, e os direitos dos presos foram direitos incorporados pela legislação doméstica, uma vez confrontada com o direito consuetudinário internacional dos direitos humanos.<sup>34</sup>

Outro ponto a ser destacado é que a Convenção de Genebra<sup>35</sup> estabelece em seu art. 5º a possibilidade de um Tribunal a ser criado e ter a

---

<sup>32</sup>BELTRAME, Priscila Akemi. **A tutela penal dos direitos humanos e o expansionismo punitivo**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11082015-143100/pt-br.php>>. Acesso em: 13 mar. 2017. Pag. 12

<sup>33</sup> BUTLER, Judith. O limbo de Guantánamo. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo. n. 77, p. 223-231, Mar. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002007000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100011)>. Acesso em: 19 mar. 2017

<sup>34</sup> MORAES, Ana Luisa Zago de. **Guantánamo na Suprema Corte dos Estados Unidos**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/42954/guantanamo\\_suprema\\_corte\\_moraes.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/42954/guantanamo_suprema_corte_moraes.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017

<sup>35</sup> Art. 5º - Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos prisioneiros de guerra de 12 de agosto de 1949 – “A presente Convenção aplicar-se-á às pessoas visadas no artigo 4.º desde o

competência de definir a classificação dos prisioneiros detidos na situação de conflito, caso haja dúvida sobre sua classe. Neste ponto também é visto que “em conflitos passados, os Estados Unidos, em diversas situações, já se utilizaram de tais Tribunais, porém, o país se recusa, nesse conflito em especial, a seguir tal procedimento”<sup>36</sup>.

Por meio desta conduta, se recupera o aspecto da teoria de Jakobs que diz respeito à capacidade de negação do status de “pessoa” ao inimigo. Neste caso, isso se aprofunda ainda mais com a supressão, por parte dos Estados Unidos, do grau de proteção que o indivíduo teria direito por estar em determinada condição. Neste sentido, a negação de direitos perpetrada pelos norte-americanos aos encarcerados, “não priva-os apenas de sua cidadania, o que é, de certa forma, aceitável por parte do Estado, mas também priva-os de sua condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo”<sup>37</sup>, o que ultrapassa o limite do aceitável.

Outrossim, em que pese a violação dos direitos humanos fundamentais na tratativa de questões envolvendo o cárcere ser constante na prisão de Guantánamo, há que se considerar a premissa fundamental de que independentemente da gravidade da conduta do agente, este há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, não como um inimigo do Estado e da sociedade. “A conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano”<sup>38</sup>.

---

momento em que tenham caído em poder do inimigo até ao momento da sua libertação e repatriamento definitivos”.

“Se existirem dúvidas na inclusão em qualquer das categorias do artigo 4.º de pessoas que tenham cometido actos de beligerância e que caírem nas mãos do inimigo, estas pessoas beneficiarão da protecção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um tribunal competente”. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>> Acesso em: 17 mar. 2017

<sup>36</sup> PONSONI, Milena. **O status jurídico dos prisioneiros de Guantánamo**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/milena\\_ponsoni.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/milena_ponsoni.pdf)> p. 21. Acesso em: 13 mar. 2017.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007, p. 19.

<sup>38</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 15

Essa premissa deve ser levada em conta não só na tratativa daqueles considerados prisioneiros de guerra, mas também daqueles prisioneiros submetidos ao regime legal doméstico vigente em cada país. Não se pode querer reduzir a aplicação das normas fundamentais de direitos humanos apenas à esfera internacional. O direito doméstico de cada País, neste caso, os Estados Unidos, também deve buscar inseri-las e aplicá-las no trato dos encarcerados submetidos ao regime legal que rege a nação, “fugindo assim da persistente seletividade que alcança os ordenamentos penais nos tempos atuais, em que se institucionaliza ou formaliza o poder (Estado) e a partir daí, selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à coação com o fim de impor-lhes uma pena”.<sup>39</sup>

Sabendo disso, é fundamental que os países que ratificam tratados e convenções com conteúdos relacionados a direitos fundamentais, adotem em seus ordenamentos e em suas políticas governamentais a íntegra das normas desta natureza, mas não apenas em sua perspectiva formal, mas também material, objetivando a aplicação prática e concreta destes dispositivos. Desta forma, será possível construir uma sociedade e um Estado que identifique o ser humano em cada indivíduo, reconhecendo assim os direitos fundamentais inerentes a cada uma dessas “pessoas”.

Sob este enfoque, é necessário dizer que antes de se concluir pela classificação dos reclusos em Guantánamo frente ao ordenamento jurídico, estes devem e merecem ser tratados sempre e perante qualquer condição, como pessoas portadoras de direitos fundamentais. Sendo assim, em obediência às normas de caráter fundamental e humano, mesmo que os Estados Unidos tenham criado um ordenamento próprio infringente e em paralelo às normas internacionais, aos reclusos nesta prisão é devida a tratativa conforme as disposições da Convenção de Genebra de 1949 e dos protocolos formulados em 1977, garantindo-os assim, toda a gama de direitos previstos nestes dispositivos.

---

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2 ed. p. 43. Apud LOPES, Marélen Kellen Soares. **Tribunal Penal Internacional: A seletividade do sistema penal para além das jurisdições internas**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/marelen\\_lopes.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/marelen_lopes.pdf)> p. 15. Acesso em: 15 mar. 2017

### 3 AS FUNÇÕES E A ATUAÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DO TRATADO DE GENEBRA NA PRISÃO DE GUANTÁNAMO

Diante dos aspectos demonstrados na pesquisa é fundamental que se revele as medidas que vem sendo adotadas pela Corte Internacional de Justiça e pelo Tribunal Penal Internacional perante as transgressões aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Primeiramente importa saber que a Corte internacional de Justiça foi criada pela Carta das Nações Unidas em 1945 e é o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas (ONU), responsável por resolver, de acordo com a lei internacional, disputas que lhe são submetidas pelos Estados, e também por aconselhar em assuntos legais quando requisitada.<sup>40</sup> Interessa destacar que suas raízes vêm do Tribunal Permanente de Justiça Internacional (TPJI), o qual foi estabelecido pela Liga das Nações, com praticamente as mesmas funções que a CIJ acumula atualmente.<sup>41</sup> Assim declara o art. 92 da Carta da ONU<sup>42</sup>:

Art. 92 - A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta.

Por outro lado, o Tribunal penal internacional foi criado por meio do Estatuto de Roma<sup>43</sup> no ano de 2002 e possui jurisdição na área penal internacional em crimes de maior gravidade e, atua ainda de forma complementar às jurisdições penais nacionais, conforme consta no art. 1º do mencionado Estatuto:

1º - É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional,

---

<sup>40</sup> LEÃO, Alexandra et al. **Corte internacional de Justiça**: guia de estudos. Sinus 2014. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/CIJ-Guia-online.pdf>> Acesso em 17 mar. 2017

<sup>41</sup> LEÃO, Alexandra et al. **Corte internacional de Justiça**: guia de estudos. Sinus 2014. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/CIJ-Guia-online.pdf>> Acesso em 17 mar. 2017

<sup>42</sup> Carta da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)> Acesso: 17 mar. 2017

<sup>43</sup> Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017

de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Em uma primeira análise é possível dizer que ambas as cortes de justiça objetivam dirimir questões que possuem abrangência internacional e envolvem interesses dos Estados-nações. Entretanto, apesar de terem jurisdição internacional, possuem diferenças significativas relacionadas à competência, a legitimação para a demanda, dentre outros.

A principal delas está no fato de que a jurisdição da Corte de Justiça Internacional “é facultativa na medida em que se torna imprescindível o reconhecimento de sua competência pelas Partes em litígio, nos termos do artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”.<sup>44</sup> Noutro liame o Tribunal Penal Internacional atua em conformidade com o princípio da complementariedade, ou seja, “somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção.”<sup>45</sup>

Quanto à legitimidade ativa para invocar a jurisdição de ambos órgãos, em relação à Corte Internacional de Justiça, nas matérias de natureza contenciosa, “apenas os Estados-Membros das Nações Unidas possuem legitimidade para demandar e serem demandados perante a CIJ em casos contenciosos (*ratione personae*). Os países não-membros poderão recorrer à Corte quando atenderem condições do Conselho de Segurança da ONU”<sup>46</sup>. Nas matérias de aspecto consultivo, “os legitimados são a Assembleia Geral e do Conselho de Segurança e as Organizações Especializadas das Nações Unidas.”<sup>47</sup>

No que tange à legitimidade frente ao Tribunal Penal Internacional, os que a têm “são os Estados-partes e os respectivos nacionais, assim como todos aqueles que se encontrem em seu território ou em navios e aviões que estejam sob sua bandeira. Também se incluem aqueles Estados que

---

<sup>44</sup> MARQUES, Miguel Ângelo. **Corte Internacional de Justiça (CIJ): Estrutura e competência**. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/08/MARQUES-Miguel-%C3%82ngelo.-CIJ-Estrutura-e-compet%C3%Aancia..pdf>>. Acesso em 15 mar. 2017

<sup>45</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Agosto 2002. p. 192. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2017

<sup>46</sup> MARQUES, Miguel Ângelo. Op. Cit.

<sup>47</sup> MARQUES, Miguel Ângelo. Op. Cit.

submeterem à mesma algum caso específico, ainda que não tenham aderido ao Tratado”<sup>48</sup>.

A importância da criação destas instituições encontra-se no fato de que elas “representam um avanço no sentido do direito material bem como dos mecanismos institucionais, consolidando a condição do ser humano como sujeito de direito internacional”<sup>49</sup> e abarcando

[...] todos os anseios da comunidade internacional no sentido de buscar a preservação e a segurança dos Direitos Humanos e, especialmente, possibilitar o julgamento e a punição dos perpetradores das mais abomináveis condutas violadoras dos direitos básicos de todos os homens.<sup>50</sup>

Neste ínterim, é visto que as Cortes vieram encampadas pela ideia de poder estabelecer uma certa hegemonia jurídica em matéria de direitos humanos com a finalidade de dirimir questões que antes suscitavam conflitos internacionais e impossibilitavam a efetiva proteção das garantias fundamentais.

Entretanto, apesar de se fundamentarem no amparo às questões relativas aos direitos fundamentais, há alguns receios e ressalvas quanto ao modo de funcionamento destas Cortes, porque

[...] uma política penal internacional de meros contornos penais pode se converter, rapidamente, em um modelo de controle que serve unicamente a atender aos interesses dos países que detém o poder na comunidade internacional.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Agosto 2002. p. 194. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2017

<sup>49</sup> ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 783. apud BITTENCOURT, Silvana. **O Tribunal Penal Internacional como meio de proteção aos direitos humanos na comunidade supranacional**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Silvana-Bittencourt.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2017

<sup>50</sup> BRANDÃO, Renata Costa Silva. **Tribunal Penal Internacional: uma nova realidade do direito penal internacional para a garantia da segurança dos direitos humanos**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a\\_pdf/brandao\\_tpi\\_nova\\_realidade\\_dp.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a_pdf/brandao_tpi_nova_realidade_dp.pdf)> p. 7. Acesso em: 16 mar. 2017

<sup>51</sup> DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais**. 2013. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/en.php>>. p. 15. Acesso em: 17 mar. 2017

A atuação do Tribunal Penal Internacional e da Corte internacional de Justiça podem ser ainda mais negativamente impactadas quando se vê que ainda nos dias atuais, não conseguem a ratificação de países considerados grandes potências, como por exemplos os Estados Unidos, que não são signatários e se recusam a assinar o Estatuto de Roma<sup>52</sup>.

Com a não ratificação por parte de países mundiais basilares a legitimação e a aplicabilidade das decisões destas instituições ficam defasadas por não conseguirem adentrar de maneira efetiva e irradiar seus efeitos nos ordenamentos jurídicos domésticos destes países. Um exemplo disso é o aumento, por parte dos Estados Unidos, no combate ao terrorismo, de

[...] métodos especiais secretos de investigação, dado que cada vez com mais frequência se vinculam a procedimentos perante um tribunal ou inaudita altera parte, e se garante o segredo de muitas provas. Além disso, foram também ampliados os poderes de investigação dos serviços de *intelligence*.<sup>53</sup>

Este fator auxilia significativamente a perda da força jurisdicional das Cortes internacionais, pois, por meio desta forma de ampliação dos poderes secretos de investigação dificulta-se a colheita de provas e por mais que se veicule e se tenha conhecimento de informações quanto às práticas execráveis ocorridas em Guantánamo, a produção probatória resta prejudicada.

Desta maneira, em conjunto com a não ratificação do Estatuto por parte daquela nação, “o Estado constitucional, os direitos fundamentais e as garantias legais reconhecidas pelo mesmo supõem um obstáculo, e o que procede é suprimi-las (temporariamente), privilegiando a segurança nacional.”<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> TELLES, Olivia Raposo da Silva. **O tribunal penal internacional e os Estados Unidos**.

Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1240,71043->

O+Tribunal+Penal+Internacional+e+os+Estados+Unidos. Acesso em: 16 mar. 2017

<sup>53</sup> VERVAELE, JOHN A. E. **A legislação antiterrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?**. Rev. Eletrônica de direito penal e política criminal – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v.2, nº 2. Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52029/32055>> p. 67. Acesso em 17 mar. 2017

<sup>54</sup> VERVAELE, JOHN A. E. **A legislação antiterrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?**. Rev. Eletrônica de direito penal e política criminal – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v.2, nº 2. Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52029/32055>> p. 66. Acesso em 17 mar. 2017

Ainda no aspecto de atuação das Cortes internacionais, há quem diga que “no desempenho de suas atribuições, elas mostram-se altamente influenciadas pelo sistema de poder político e econômico internacional, sendo, pois, incapazes de agir de forma independente”.<sup>55</sup> Por meio desta constatação pode se dizer que

[...] o confronto entre o poder punitivo e direito penal, neste nível [internacional], pode reduzir a função de tal tribunal à mera e incoercível legitimação do que até então constitui questionáveis atos unilaterais de intervenção, num horizonte de seletividade internacional em que não é muito difícil profetizar sobre quem serão os criminalizados.<sup>56</sup>

A seletividade que provém da atuação destas instituições muito se deve à questão de que “a justiça nestes Tribunais é determinada por órgãos especialíssimos como é, por exemplo, o conselho de segurança das Nações Unidas”<sup>57</sup>, que tem como um dos “principais membros permanentes e com poder de veto, os Estados Unidos da América”<sup>58</sup>.

Portanto, é visto com isso o grande e complexo jogo político que envolve o caso dos prisioneiros reclusos em Guantánamo. A imensa gama de situações repugnantes já relatadas por prisioneiros, jornalistas e documentos secretos revelados<sup>59</sup> ainda não fizeram com que as Cortes se pronunciassem de forma decisiva perante tão grave situação.

---

<sup>55</sup> LOPES, Marélen Kellen Soares. **Tribunal Penal Internacional: A seletividade do sistema penal para além das jurisdições internas.** Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/marelen\\_lopes.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/marelen_lopes.pdf)> p. 30. Acesso em: 15 mar. 2017

<sup>56</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 334. apud LOPES, Marélen Kellen Soares, Op. Cit, p. 27

<sup>57</sup> DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais.** 2013. Tese (Doutorado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/en.php>>. p. 139. Acesso em: 17 mar. 2017.

<sup>58</sup> GARCIA, Eugênio V. **Conselho de Segurança das Nações Unidas.** Brasília: Fundação Alexandra de Gusmão. 2013. Disponível em: <<http://funag.gov.br/loja/download/1075-conselho%20seguranca-das-nacoes-unidas.pdf>> Acesso em: 14 mar. 2017

<sup>59</sup> O GLOBO. **Ao menos 160 presos em Guantánamo era inocentes ou pouco perigosos, mostram papéis do Wikileaks.** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/ao-menos-160-presos-em-guantanamo-eram-inocentes-ou-pouco-perigosos-mostram-papeis-do-wikileaks-2792288>>. Acesso em: 16 mar 2017

Por mais que a atuação destas Cortes se baseie em princípios e que se dê de forma complementar em face das jurisdições locais, continua sempre uma desconfiança por parte daqueles que reivindicam atuação mais incisiva por parte delas. Ressalta-se isso porque, para alguns, a criação destes organismos internacionais

[...] está muito longe de satisfazer aos anseios de salvaguarda dos direitos humanos, nota-se que, entre o que se propôs a criação da Corte, e o como esta vem atuando diante dos conflitos bélicos que parecem germinar em várias localidades ao redor do globo, a atuação desse órgão tem se mostrado desigual e seletiva, tal qual ocorre nas jurisdições internas.<sup>61</sup>

Por conta disso, é cabível a reflexão acerca das funções não só das Cortes Internacionais, mas do direito penal em si, neste caso, o direito penal internacional. A evolução de um direito penal internacional pode destacar e concretizar ainda mais a evidência de que

[...] a justiça penal nunca é asséptica em relação ao poder, e muito menos o será quando ocupar um lugar tão destacado dentro do esquema de poder mundial, decidindo questões que envolvem o próprio poder na dimensão mais importante<sup>62</sup>

Por isso, diante da inefetiva participação das Cortes internacionais perante a situação dos prisioneiros de Guantánamo, parece que há a ocorrência de uma espécie de “vista grossa” por parte destes organismos internacionais. Desta forma, se perpetuam a injustiça, a dor e o sofrimento físico e psíquico daqueles que se encontram detidos naquela prisão, o que leva a crer que “os Direitos humanos de vítimas sofredoras do Terceiro Mundo efetivamente significam, no discurso dominante, o direito das próprias potências do Ocidente de intervir política, econômica, cultural e

---

<sup>60</sup> VIANA, Natalia. **Wikileaks revela os arquivos secretos dos prisioneiros de Guantánamo**. A pública. Disponível em: <<http://apublica.org/2011/04/wikileaks-revela-os-arquivos-secretos-dos-prisioneiros-de-guantanamo/>> Acesso em 15 mar. 2017

<sup>61</sup> LOPES, Marélen Kellen Soares. **Tribunal Penal Internacional: A seletividade do sistema penal para além das jurisdições internas**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/marelen\\_lopes.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/marelen_lopes.pdf)> p. 26. Acesso em: 15 mar. 2017

<sup>62</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 334. apud LOPES, Marélen Kellen Soares. **Tribunal Penal Internacional: A seletividade do sistema penal para além das jurisdições internas**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/marelen\\_lopes.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/marelen_lopes.pdf)> p. 26. Acesso em: 15 mar. 2017

militarmente em países do Terceiro Mundo de sua escolha, em nome da defesa dos direitos humanos”.<sup>63</sup>

Sob este contexto ressurgiu o aspecto do direito penal do inimigo, e com isso retoma-se a ampliação do conceito de inimigo por parte dos Estados Unidos após os acontecimentos terroristas do ano de 2011, o que reflete:

Uma luta de poder entre agências, a que se torna hegemônica termina impondo seu próprio discurso de emergência e deslocando os anteriores, num embate que envolve pressupostos siderais. [...] por causa da globalização, a decisão nessas lutas de agências [...] acaba tendo consequências planetárias.<sup>64</sup>

Desta forma, em meio ao mundo globalizado a aplicação da teoria vai se perfazendo e se concretizando cada vez mais, fazendo com que a admissão jurídica do conceito de inimigo no direito seja cada vez mais difundida e “se torne sempre o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, tendo em vista que o poder fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir de um inimigo que não é pessoa”.<sup>65</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando a conjuntura política internacional observa-se que a Teoria do direito Penal do Inimigo vem sendo aplicada pelos países que estão em constante luta contra o terrorismo.

Entretanto, a aplicação desta teoria da forma como vem sendo feita, isto é, por meio de medidas violentas e devastadoras, acaba por violar direitos inerentes à pessoa humana, na medida em que nega àqueles considerados “inimigos” a gama de direitos que, por sua natureza de ser humano, deveriam ter direito.

O que agrava ainda mais a dificuldade de proteção dos direitos humanos destes indivíduos considerados perigosos e altamente ameaçadores da ordem social por parte dos países que ingressaram nessa guerra é a predileção e o desenvolvimento de normas jurídicas domésticas voltadas para o fim constante de destruição do terrorismo, não importando os meios disponíveis para a obtenção destes objetivos.

---

<sup>63</sup> ŽIŽEK, Slavoj. **Contra os Direitos Humanos. Dossiê: direitos humanos** – diversos olhares. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/contra-os-direitos-humanos.pdf>>. p. 25. Acesso em 20 mar. 2017.

<sup>64</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007, p. 67.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 152-153.

Tal postura adotada por esses países acaba enfraquecendo as instituições internacionais legitimadas na resolução de questões que envolvem direitos humanos, que sofrem a deslegitimação, tanto pelo não reconhecimento de suas decisões nos territórios locais, quanto pela não ratificação, por parte deles, das convenções que as criaram. Desta forma, as normas e os organismos internacionais acabam sendo desprivilegiados e não alcançam os objetivos para os quais foram criados, sendo ainda tomados pela influência política em suas decisões.

Em meio a este contexto de enfraquecimento e subordinação institucional, desenrola-se a situação dos prisioneiros de Guantánamo que sentem reiteradamente a transgressão de seus direitos fundamentais, por meio de abusos e torturas em um processo penal despótico e sem as devidas limitações jurídicas, baseado na obstinação do combate ao terror.

Portanto, a fim de evitar piores degradações aos direitos fundamentais e preservar aquilo que resta de humano naqueles que sofreram na pele e da pior maneira possível a violação de seus direitos, é fundamental uma atuação mais efetiva dos organismos internacionais na proteção e concretização das normas fundamentais internacionais em conjunto com a recepção, por parte das nações, das medidas protetivas desta gama de direitos em seus ordenamentos jurídicos, proporcionando um grande avanço na esfera de proteção aos direitos inerentes à pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 783. apud BITTENCOURT, Silvana. **O Tribunal Penal Internacional como meio de proteção aos direitos humanos na comunidade supranacional**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Silvana-Bittencourt.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2017

BELTRAME, Priscila Akemi. **A tutela penal dos direitos humanos e o expansionismo punitivo**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11082015-143100/pt-br.php>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

- BRANDÃO, Renata Costa Silva. **Tribunal Penal Internacional: uma nova realidade do direito penal internacional para a garantia da segurança dos direitos humanos.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a\\_pdf/brandao\\_tpi\\_nova\\_realidade\\_dp.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a_pdf/brandao_tpi_nova_realidade_dp.pdf)> p. 7. Acesso em: 16 mar. 2017
- BUTLER, Judith. O limbo de Guantánamo. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo. n. 77, p. 223-231, mar. 2007 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010133002007000100011&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002007000100011&lng=pt&nrm=iso)> Acesso em: 08 mar. 2017.
- Carta da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)> Acesso: 17 mar. 2017
- Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos prisioneiros de guerra de 12 de agosto de 1949. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>>. Acesso em 17 mar. 2017
- DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais.** 2013. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/en.php>>. p. 15. Acesso em: 17 mar. 2017
- Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017
- GARCIA, Eugênio V. **Conselho de Segurança das Nações Unidas.** Brasília: Fundação Alexandra de Gusmão. 2013. Disponível em: <<http://funag.gov.br/loja/download/1075-conselho%20seguranca-das-nacoes-unidas.pdf>> Acesso em: 14 mar. 2017
- G1 Notícias. **EUA serão “implacáveis” na luta contra o terrorismo, diz Obama.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/eua-serao-implacaveis-na-luta-contra-o-terrorismo-diz-obama.html>> Acesso em: 08 mar. 2017
- GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal).** Disponível

em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LEÃO, Alexandra et al. **Corte internacional de Justiça: guia de estudos**. Sinus 2014. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/CIJ-Guia-online.pdf>> Acesso em 17 mar. 2017

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Agosto 2002. p. 192. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2017

LOPES, Marélen Kellen Soares. **Tribunal Penal Internacional: A seletividade do sistema penal para além das jurisdições internas**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/marelen\\_lopes.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/marelen_lopes.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017

MARQUES, Miguel Ângelo. **Corte Internacional de Justiça (CIJ): Estrutura e competência**. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/08/MARQUES-Miguel-%C3%82ngelo.-CIJ-Estrutura-e-compet%C3%Aancia..pdf>>. Acesso em 15 mar. 2017

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Guantánamo na Suprema Corte dos Estados Unidos**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/42954/guantanamo\\_suprema\\_corte\\_moraes.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/42954/guantanamo_suprema_corte_moraes.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017

MUÑOZ CONDE, Francisco, BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

O GLOBO. **Ao menos 160 presos em Guantánamo era inocentes ou pouco perigosos, mostram papéis do Wikileaks**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/ao-menos-160-presos-em->

guantanamo-eram-inocentes-ou-pouco-perigosos-mostram-papeis-do-wikileaks-2792288>. Acesso em: 16 mar 2017

PONSONI, Milena. **O status jurídico dos prisioneiros de Guantánamo**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_2/milena\\_ponsoni.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/milena_ponsoni.pdf)> . Acesso em: 13 mar. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2017

TELLES, Olivia Raposo da Silva. **O tribunal penal internacional e os Estados Unidos**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1240,71043-O+Tribunal+Penal+Internacional+e+os+Estados+Unidos>. Acesso em: 16 mar. 2017

VERVAELE, JOHN A. E. **A legislação antiterrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?**. Rev. Eletrônica de direito penal e política criminal – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v.2, nº 2. Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52029/32055>>. Acesso em 17 mar. 2017

VIANA, Natalia. **Wikileaks revela os arquivos secretos dos prisioneiros de Guantánamo**. A pública. Disponível em: <<http://apublica.org/2011/04/wikileaks-revela-os-arquivos-secretos-dos-prisioneiros-de-guantanamo/>> Acesso em 15 mar. 2017

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

ŽIŽEK, Slavoj. **Contra os Direitos Humanos. Dossiê: direitos humanos – diversos olhares**. Disponível em: <<https://marcofabionuva.files.wordpress.com/2011/08/contra-os-direitos-humanos.pdf>>. p. 25. Acesso em 20 mar. 2017.