

## DIREITO PENAL DO INIMIGO: A PRISÃO DE GUANTÁNAMO E O CERCEAMENTO DE DIREITOS HUMANOS

*Data de aceite: 03/09/2024*

**Rodrigo dos Santos Cavalcante**

<http://lattes.cnpq.br/3849085778611841>

**RESUMO:** O presente trabalho visa o aprofundamento sobre as condições que permitiram a criação e manutenção de uma prisão nos moldes da prisão de Guantánamo. Avaliam-se os aspectos humanitários do complexo penitenciário de Guantánamo e como a comunidade internacional encara tamanha afronta aos direitos fundamentais do cidadão. A análise tem como premissa o conceito de Direito Penal do Inimigo em Günther Jakobs, percorre a cronologia de seu pensamento e como se concatena com a narrativa de extrema direita que se espalha em diversos países, principalmente no Estados Unidos da América. O trabalho perpassa pelo problema do terrorismo advindo do fundamentalismo radical islâmico e como potencializa a xenofobia norte-americana. Por derradeiro, parte à análise da legalidade da prisão de Guantánamo, tomando como base os tratados de Direitos Humanos, decisões da Suprema Corte Norte-americana, decisões em esfera federal e leis implementadas em tempos de guerra.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal do Inimigo. Prisão de Guantánamo. Devido Processo Legal. Direitos Fundamentais. Terrorismo. Fundamentalismo Radical Islâmico.

**ABSTRACT:** The present work aims to delve deeper into the conditions that allowed the creation and maintenance of a prison along the lines of the Guantánamo prison. The legality of the penitentiary complex is evaluated and how the international community faces such an affront to the fundamental rights of the citizen. The analysis is premised on the concept of Criminal Law of the Enemy in Günther Jakobs, goes through the chronology of his thought and how it concatenates with the extreme right narrative that spreads in several countries, mainly in the United States of America. The work goes through the problem of terrorism arising from radical Islamic fundamentalism and how it potentiates xenophobia on an increasing scale. Finally, it analyzes the legality of the Guantánamo prison, based on human rights treaties, decisions of the US Supreme Court, decisions at the federal level and laws implemented in times of war.

**KEYWORDS:** Criminal Law of the Enemy. Guantanamo Prison. Due to Legal Process. Fundamental rights. Terrorism. Radical Islamic Fundamentalism.

## INTRODUÇÃO

A prisão norte-americana de Guantánamo está localizada fora do território continental dos Estados Unidos, mais especificamente no extremo leste da Ilha de Cuba. Oficialmente chamada de Campo de Detenção da Baía de Guantánamo (Guantanamo Bay Naval Base), é parte integrante de uma base naval militar norte-americana, e em torno de 6.000 pessoas, entre civis e militares, circulam pela base todos os dias. Especificamente na “Detention Zone”, como é intitulada a zona prisional pertencente à base, 1.500 militares trabalham diretamente em seu funcionamento. A estrutura inteira é um enorme complexo militar, muito similar a uma pequena cidade norte-americana, contando com vilas residenciais que abrigam 700 famílias, restaurantes, escolas, campus universitário, igrejas e lazer. A região de Guantánamo ocupa um território de 116 quilômetros quadrados, circunscrito à baía de mesmo nome. A prisão existe desde o ano de 2002, entretanto os Estados Unidos têm a posse do território desde 1903, quando alugou o território de Cuba e construiu a base naval, a mais antiga fora do território dos Estados Unidos. Atualmente, trata-se de um curioso paradoxo legal, haja vista que os EUA reconhecem a soberania de Cuba, porém tem total jurisdição sobre o território<sup>1</sup>.

A penitenciária é notória por abrigar acusados de crimes de guerra, e mais especificamente indivíduos acusados de atos de terrorismo contra os Estados Unidos. Foi criada no ano de 2002, logo 4 meses após os atentados de 11 de setembro de 2001, na campanha militar intitulada pelo ex-presidente George W. Bush como “Guerra ao Terror”<sup>2</sup>. Por ela já passaram 780 prisioneiros, e está constantemente envolta em denúncias de abuso envolvendo tortura<sup>3</sup>, desrespeito ao devido processo legal e garantias fundamentais<sup>4</sup>. Muitos dos detidos em Guantánamo jamais receberam a visita de um familiar ou o assessoramento de um advogado<sup>5</sup>. Em verdade, alguns sequer foram processados formalmente, e estão presos cautelarmente, sem prazo definido, sem um processo acusatório formal.

Nos ensina MECUCCI (2020) que o princípio da legalidade foi a principal arma burguesa no século XVIII no combate ao absolutismo monárquico, aos abusos de poder dos nobres em face da burguesia. Isso significa que no caso de Guantánamo, a principal barreira ao arbítrio estatal, caracterizada por um Estado de Direito regido pelo Império da Lei, sofre mitigação em face de políticas bélicas populistas. É surpreendente presenciarmos na atualidade o retorno a uma sistemática de punição draconiana, sem regras fixas, tanto

---

1 *Guantanamo Bay: Beyond the Prison*. The New York Times. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>>. Tradução nossa. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.

2 *Strategic Brief on Counter Extremism*. Human Rights Observatory. Disponível em: <https://observatoryhr.org/research/counter-extremism/>>. Tradução nossa. Acesso em: 18 de abril de 2021.

3 *Cia sex abuse and torture went beyond Senate report disclosures, detainee says*. The Guardian. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/us-news/2015/jun/02/cia-sexual-abuse-torture-majid-khan-guantanamo-bay>>. Tradução nossa. Acesso em: 18 de abril de 2021.

4 *UN Rights experts call for US to address ongoing violations at Guantanamo military prison*. United Nations. Disponível em: < <https://news.un.org/en/story/2021/02/1085492>>. Tradução nossa Acesso em: 18 de abril de 2021.

5 *Guantanamo Bay detainee details sadistic abuse*. Time. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>>. Tradução nossa. Acesso em: 05 de janeiro de 2022.

materiais como processuais. Importante reflexão faz LOPES JÚNIOR (2021), que relembra que na inquisição da Idade Média a insuficiência de prova equivalia a uma semiprova, ou, certamente, uma presunção de culpabilidade. Todos esses fatores sinalizam um problema humanitário que merece atenção de todos os atores internacionais.

No tangente à dogmática jurídica, se destaca como teoria legitimadora dessa vertente de pensamento de Estado de Exceção o chamado Direito Penal do Inimigo. O conceito de inimigo social não é recente, essa figura foi bastante presente em toda a história do direito penal. No entanto, ressurgiu nas últimas décadas, pela obra de Günther Jakobs, penalista alemão que cunhou o termo na década de 80.

Para Jakobs, o inimigo é o indivíduo que desafia as convenções estabelecidas da sociedade, buscando a sua destruição. Preleciona MECUCCI (2020) que o inimigo, na concepção de Jakobs, nega o Contrato Social. Por conseguinte, não goza dos mesmos direitos e garantias fundamentais do cidadão, enfrentando mitigação ou supressão de seus direitos.

Para que possamos compreender a formação desse matiz de pensamento, passaremos a analisar a evolução histórica da teoria de Jakobs e em que medida se coaduna com o paradoxo de Guantánamo e a geopolítica internacional.

## PANORAMA GERAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

### A teoria do inimigo de Günther Jakobs

Günther Jakobs nasceu na cidade de Monchengladbach, em 26 de julho de 1937, na Alemanha. Estudou direito nas universidades de Colônia, Kiel e Bonn, percorrendo renomada carreira acadêmica, tornando-se catedrático emérito na Universidade de Bonn, nas áreas de Direito Penal, Processual Penal e Filosofia do Direito. Foi brilhante discípulo de Hans Welzel<sup>6</sup>. Criou o que denominou como Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht), sistema teorizado com base em uma figura central: o inimigo social. Para o eminente jurista, é factível renunciar ao ideal ressocializador em prol de uma maior eficácia preventiva do Direito Penal. Isso porque, para Jakobs, o Direito Penal estabelecido já não consegue mais atender aos anseios político-criminais atuais. Acredita em um Direito Penal demasiadamente pragmático, fazendo o papel, muito a contrassenso, que deveria ser da política criminal. Isso significa que se atribui ao Direito Penal papel que não lhe cabe, que é medida de *ultima ratio*.

Não resta dúvida que a inspiração surgiu do funcionalismo sistêmico, que nas palavras de CONDE (2012, p. 23) “[...] é consequência inevitável de uma perspectiva funcionalista

---

<sup>6</sup> Hans Welzel nasceu na Alemanha em 1904, vindo a falecer em 1977. Construiu uma sólida carreira acadêmica e jurídica, lecionando nas universidades de Colônia, Göttingen e Bonn. É o pai da Teoria Finalista da Ação, adotada inclusive na reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro em 1984. *Tudo sobre Hans Welzel*. Migalhas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/tudo-sobre/hans-welzel>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2022.

do Direito Penal, no qual este não é mais do que um subsistema de imputação dentro do conjunto social global [...]”. Günther Jakobs era o mais destacado representante da teoria funcionalista. Para o penalista, há uma separação doutrinária entre quem seria o cidadão e quem seria o inimigo. Conceitua que o cidadão busca, em sua essência, a paz social, e alinha-se às regras e costumes da sociedade. Em troca goza da proteção materializada em seus direitos e garantias fundamentais. Contrariamente, o inimigo busca a ruptura com o regramento social estabelecido, persegue a sua destruição e não consegue se adaptar ao convívio social. Em consequência, torna-se inimigo social, perdendo os direitos e garantias de que goza o cidadão. Com efeito, para o autor existem dois sistemas penais distintos: o Direito Penal Estatal Interno e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro tutela o cidadão, e lhe garante seus direitos e prerrogativas fundamentais. O segundo tutela o inimigo, ou, ainda, o não cidadão. Nas palavras de CONDE (2012), autor crítico da teoria de Jakobs, e talvez também o mais incisivo e realista, a persona do inimigo em Günther Jakobs é a não pessoa. Foi o que o célebre professor de Sevilha ouviu de Jakobs na conferência do Congresso de Berlim em 1999. Os dois autores nunca concordaram sobre o tema, e chegaram a trocar cartas debatendo sobre a teoria de Jakobs e o neokantismo.

Analisando a ótica de Jakobs, identifica-se demasiada subjetividade na classificação do inimigo social. Assevera que é o sujeito que, de forma grave e reiterada, se comporta contrariamente às normas da sociedade, transformando-se em ameaça. Houvesse uma escala de gradação, poder-se-ia dizer que o inimigo reside em um grau maior de ruptura social, desdenha do regramento coletivo e abdica de sua condição de cidadão. É o sujeito considerado irreversível, que deve ser definitivamente afastado do convívio social, seja pela prisão ou pela morte. O renomado autor espanhol Jesús-Maria Sánchez, em sua obra “A Expansão do Direito Penal”, consegue identificar o momento de transição da figura do cidadão para figura do inimigo, utilizando o conceito por ele formulado: as velocidades do Direito Penal.

Para o penalista alemão, a única forma eficaz na luta contra o inimigo é a imposição de penas draconianas, penalização de condutas inócuas e, principalmente, tipificação dos crimes de perigo abstrato. A mitigação de garantias e direitos do imputado também é essencial para que se atinja a verdade real do fato e o caráter preventivo do Direito Penal. No entendimento de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo é absolutamente inevitável.

Notoriamente, é um tipo de sistema com alta carga punitivista. Em nada semelhante aos sistemas de base iluminista que prosperam nos países democráticos, possui um viés nitidamente draconiano, pecando pelo excesso de severidade e subjetividade. O inimigo não mais regressa ao status quo ante, quando ainda era cidadão. Torna-se um degredado social. Interessante exame faz SCALQUETTE (2020) sobre Drácon, legislador ateniense que inspirou a expressão lei draconiana. Este era famoso pelo excesso de severidade nas leis que redigia e aplicava, principalmente no que tange à desproporção entre o fato delituoso e a pena cominada. Drácon legislou na polis ateniense impondo a pena de morte

para diversos tipos de crimes, e considerava que a prática criminosa era uma ofensa de tamanha gravidade aos deuses que a punição mais acertada deveria ser a morte. Pode-se até mesmo estabelecer certa correlação ao conceito de Jakobs no que concerne à figura do inimigo, haja vista que Drácon tinha duas listas, e nelas relacionava as pessoas que considerava como traidores da polis: devedores e criminosos.

Na práxis de Jakobs haveria um sistema para processar e julgar o cidadão, e outro para o inimigo. Poder-se-ia afastar garantias tanto materiais como processuais. Estaria em jogo o princípio da anterioridade penal, a ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição e devido processo legal de quem é considerado inimigo.

Sabemos que no Estado Democrático de Direito o regramento material e processual é claro e inequívoco, anterior ao fato, sem azo para subjetividade, sem margem ao arbítrio estatal. É o princípio norteador da legalidade ou reserva legal. Ensina-nos FABRETTI (2016) que os momentos históricos em que houve mitigação do princípio da reserva legal, coincidem, não por acaso, com os períodos em que o próprio Estado Democrático sofria perigo, tal como na Alemanha nazista e na União Soviética.

Causa incômodo, indubitavelmente, a correspondência inafastável que a teoria guarda com a dogmática de Edmund Mezger e os penalistas nazistas. O conceito de inimigo tem como ponto nevrálgico o distanciamento do direito penal do fato e a proximidade com o direito penal do autor. O inimigo, para Jakobs, é aquele com tendências naturais ao crime. Isso significa que o juízo de valor não recai, de forma pontual, sobre a conduta delituosa praticada, mas sim sobre a personalidade do autor do fato. Deixa-se de punir o fazer e pune-se o ser.

O tema foi severamente confrontado por catedráticos das mais renomadas universidades. A maioria dos juristas acreditava que a teoria de Jakobs não ultrapassaria o debate acadêmico, servindo apenas como importante tema de reflexão para o Direito Penal, uma hipótese extrema de como se correlaciona com a Política Criminal. Os mais destacados críticos da teoria foram Albin Eser, Ingeborg Puppe, Schuls e Schunemann, a maioria também palestrantes no congresso de 1999.

O fato é que curso da história fez com que trágicos acontecimentos fortalecessem a legitimação da teoria do inimigo: os atentados terroristas praticados a partir de 2001. Viu-se a teoria do penalista alemão materializar-se na legislação norte-americana, como se Jakobs houvesse previsto os acontecimentos que estavam por vir. Abordaremos minuciosamente adiante, mas podemos antecipar alguns fatos: a aprovação do USA Patriotic Act, o Law of War Detention, a criação da prisão de Guantánamo e a tortura de presos afegãos na prisão de Abu Craigh. Criou-se nos Estados Unidos um Estado de Exceção.

## DIREITOS HUMANOS E GEOPOLÍTICA

### Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito

A grande questão que emerge é: haveria espaço para o Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito? Rousseau, em sua luminar obra “O Contrato Social”, já nos alertava sobre as relações de poder que envolvem as nações e o direito: “O mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever” (1978, p. 41). A assertiva de Rousseau nos demonstra, com precisão, a trajetória que uma nação percorre em direção ao Estado de Exceção. Quando a força não é mais justificável, editam-se normas legitimadoras do excesso, inserindo-as no sistema legal.

Nas palavras de CONDE (2012, p. 59): “Se se está de acordo com o fato que em uma sociedade possa haver duas classes diferentes de seres humanos, as pessoas e as não pessoas, e que cada uma delas merece um tratamento jurídico diferente, deve-se assumir também, de modo coerente, as consequências que derivam dessa distinção.”

No caso norte-americano, percebe-se que as cortes federais não compactuam com a mitigação de direitos fundamentais e a relativização de preceitos constitucionais. Todavia, o poder político emanado pelos órgãos militares e pelo departamento de defesa nacional são bastante contundentes e de grande aceitação pública interna.

O inconsciente coletivo acredita, ou quer acreditar, que a prevenção geral cognitiva é mais efetiva do que a segurança normativa isolada. Acreditam que um direito penal funcionalista, dirigido a resultados, um Direito Penal em que os fins justificam os meios, pode ser a resposta para a efetividade da paz social. O que se olvida é que a norma que garante os direitos fundamentais ao suposto inimigo é a mesma que garante ao cidadão. Rompe a barreira da tutela fundamental, todos estamos expostos ao arbítrio estatal, principalmente diante da subjetividade que aponta quem é cidadão e quem é inimigo. Além do mais, a história nos mostra como é rápida a transição de “amigo” para “inimigo” nos estados totalitários: basta, em algum momento, discordar do regime.

### Terrorismo, xenofobia e populismo: a ascensão da extrema direita nos EUA

Por óbvio que não se pretende avaliar atos de extrema violência como os atentados terroristas praticados por grupos fundamentalistas islâmicos. Trata-se da mais abjeta forma de imposição ideológica, sem margem para ponderações e justificações. Também não é o escopo deste trabalho adentrar nas causas originárias do terrorismo islâmico, e nem mesmo o porquê de terem escolhido os Estados Unidos como principal inimigo. É um tema extenso e de enorme complexidade, envolvendo premissas sociológicas, filosóficas e teológicas.

A reflexão deve seguir no sentido de proteção dos direitos fundamentais da coletividade, sem distinção de nacionalidade, etnia ou opção religiosa. Esse é o ponto

nevrálgico e devemos nos ater a ele. Os ataques de cunho terrorista não são praticados por nações, nem por grupos étnicos ou grupos religiosos. São, em verdade, praticados por grupos de indivíduos, ou até mesmo por lobos solitários.

O instinto natural do ser humano envereda pela criação de estereótipos, que adota como modelos de determinado modo de ser e agir. Esses modelos não seguem um padrão lógico, fundamentado. É um instinto natural de proteção após um trauma violento. Após os atentados de 2001 é natural que um cidadão norte-americano construa em seu íntimo uma figura de inimigo estereotipada do que entendem como a figura de um terrorista: nascido no oriente médio e de religião islâmica. Com enorme velocidade esse sentimento torna-se coletivo, e produz em uma sociedade o típico estereótipo de um inimigo da nação. O fato é que esse sentimento xenofóbico é uma excelente oportunidade ao populismo político, que utiliza como estratégia para angariar ou manter a lealdade de eleitores. Veja-se um acontecimento que se amolda perfeitamente ao assunto em estudo: a negativa de visto de entrada nos EUA instituída pelo ex-presidente norte-americano Donald Trump a indivíduos de nacionalidade advinda do oriente médio. A proibição recaiu sobre absolutamente todos os indivíduos de determinadas nacionalidades, sem qualquer outro juízo de valor. Nada mais é que o direito penal do autor de Mezger em atividade<sup>7</sup>. CONDE (2012) nos relembra a semelhança que a doutrina de Jakobs guarda com a de Mezger, que defendia duas classes de Direito Penal, além de denominar algumas classes de delinquentes como “estranhos à comunidade”. Mezger redigiu, inclusive, um projeto de lei com esta temática nos idos de 1943. Essa norma imputava aos “estranhos à comunidade” a reclusão por tempo indefinido em campos de concentração, a esterilização e a castração de homossexuais.

Com efeito, torna-se dificultosa a compreensão da mera possibilidade de existência e aceitação social de uma penitenciária como a de Guantánamo, principalmente por se tratar de um país símbolo da luta pela igualdade de direitos fundamentais. Infere-se que a causa reside, provavelmente, em gênero de mentalidade que vem se tornando cada vez maior no ocidente, porém com maior potência nos Estados Unidos. É uma nação que carrega um sentimento coletivo nacionalista já culturalmente exacerbado, e tem experimentado uma escalada na xenofobia islâmica. Todo esse contexto flui no sentido de materializar na figura do ente islâmico a feição do inimigo da sociedade norte-americana. CONDE (2012) nos afirma que o nacionalismo exacerbado geralmente caminha junto com o racismo, principalmente em tempos considerados como de exceção.

É cristalina a aproximação entre o populismo político conservador e a figura do inimigo social. Diante da incapacidade estatal na promoção de soluções eficazes para o controle da criminalidade, torna-se muito mais fácil criar a figura do inimigo, responsável por todas as mazelas sociais. É o sistema do medo coletivo, legítima e efetiva ferramenta de poder do Estado sobre o cidadão. Cria-se a figura do inimigo da nação, em seguida

---

<sup>7</sup> Como Trump definiu os 7 países da polêmica proibição de entrada nos EUA? BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38808841>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.

impõe-se um estado constante de medo, insegurança e apreensão, e por último elege-se um culpado. Todos estarão apavorados demais para refletir sobre políticas sociais realmente efetivas.

## O PARADOXO DA PRISÃO DE GUANTÁNAMO

### Estudo da legalidade de Guantánamo: “USA Patriotic Act” e “Law of War Detention”

A prisão de Guantánamo já abrigou 780 detentos<sup>8</sup> desde sua abertura em 2002. Desses, um total de 9 tiraram a própria vida nas dependências da penitenciária, sendo necessário, inclusive, construir um cemitério no terreno contíguo da prisão para abrigar seus restos mortais. Até dezembro de 2021, restavam encarcerados um total de 39 detentos, sendo que 26 estão sob o chamado “law of war detention”. Isso significa que podem permanecer presos indefinidamente, sem acusação formal, sem julgamento. O pacote legislativo intitulado como “USA Patriotic Act” foi aprovado pelo Congresso norte-americano em outubro de 2001, pouco tempo após dos atentados de 11 de setembro de 2001.

Reflete-se sobre a legalidade do pacote legislativo porque, em verdade, não é consenso que os EUA estariam realmente em Estado de Guerra na acepção jurídica do termo. Não há dúvida que foi instalado um conflito de dimensões internacionais, todavia com grupos específicos que não representavam a nação afegã. Preciosa a assertiva que REZEK (2016) faz em sua obra, asseverando que a guerra não mais é meio lícito para resolução de conflitos internacionais desde a Carta de São Francisco<sup>9</sup>, em 1945, trazendo a proibição formal da guerra. *O jus ad bellum*, ou o direito à guerra, quando esta se mostrasse justa, não mais existe no regramento de Haia.

Veja-se que o mesmo não ocorreu na Inglaterra, haja vista que a Câmara dos Lordes não aprovou pacote legislativo semelhante imposto pelo governo Blair. Alguns votos contrários ao pacote demonstram a lucidez dos magistrados britânicos, tal como o voto de Lord Nicholls de Birkenhead “[...] a prisão indefinida sem denúncia ou juízos é uma maldição em um país que observa o império da lei [...]” ou ainda o voto de Lord Hoffmann “[...] a verdadeira ameaça para a vida desta nação, entendida como um povo que vive de acordo com suas tradições e seus valores políticos, não vem do terrorismo, e sim de leis como esta [...]”<sup>10</sup>

---

8 *Guantanamo Bay: Beyond the Prison*. The New York Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.

9 “Os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas”.

10 British Parliament. Disponível em: <[www.parliament.the-stationery-office.co.uk](http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk)>. Tradução nossa. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.



## As decisões da Suprema Corte norte-americana

Casos complexos foram julgados pela Suprema Corte dos EUA, sendo os mais notórios o caso “Hamdi”, “Rasul” e “Padilla”. Todos os indivíduos, ou grupos de indivíduos, suspeitos de participação no 11 de setembro, todos presos preventivamente em bases militares no território norte-americano.

As demandas versavam sobre questão já bastante polêmica em sua essência: se os suspeitos de terrorismo teriam ou não direito de impetrar um *habeas corpus*. Fosse no direito brasileiro, não haveria azo para debate, haja vista que o remédio constitucional tutela brasileiros e estrangeiros no território nacional, sem distinção. Para Hamdi a ordem foi concedida, pois era cidadão nato norte-americano, e, portanto, deveria ser beneficiado pelo remédio constitucional. No caso Rasul, a ordem também foi concedida, mesmo tratando-se de um grupo de 12 estrangeiros, porém o debate foi muito mais acirrado. Os votos contrários foram tomados com base em textos legais e precedentes jurisprudenciais antigos, que, realmente, negam o direito ao recurso de *habeas corpus* a estrangeiros. No final, prevaleceu a concessão ao direito ao *habeas corpus*, sem diferenciação entre norte-americanos e estrangeiros, por 6 votos a 5.

Os precedentes dos julgados em epígrafe, ainda que em teoria, deveriam vincular as próximas decisões, de forma que todos os suspeitos detidos em Guantánamo também pudessem ter o direito de impetrar um *habeas corpus*. Todavia, o remédio constitucional é frequentemente negado, tendo como justificativa a “Law of War”.

## CONCLUSÃO

A similitude entre a dogmática dos penalistas nazistas e o Direito Penal do Inimigo é inafastável. Cuidou-se para não enveredarmos ao lugar comum de se comparar tudo que parece desarrazoado, racista e demasiadamente cruel com o nazismo, todavia restou inevitável. A doutrina de Jakobs possui todas as faces de um sistema penal de exceção, populista e desumano, visto somente nas nações e nos períodos históricos em que a democracia era inexistente ou estava em seu limite de ruptura. O próprio penalista alemão Edmund Mezger, expoente da dogmática legal nazista, já abordava algo muito parecido em seus informes de 1943, em que defendia um Direito Penal aos arianos e outro aos “estranhos à comunidade”.

De toda sorte, não se vislumbra um Direito Penal do Inimigo inserido em um Estado que legitimamente se coadune com um Estado de Direito, regido pelo Império da Lei e respeitando os direitos e garantias fundamentais. Haverá momento em que a ruptura será inevitável, ou para legitimar o Estado de Exceção, ou para que se retorne ao iluminista Estado de Direito.

Ainda, sobre a possibilidade de sua efetividade como política criminal, entendemos que a figura do inimigo não deva provocar qualquer tipo de prevenção geral cognitiva. Não

acreditamos que o criminoso se sinta realmente ameaçado por um sistema de exceção e pondere, de alguma forma, sobre delinquir ou não. Em verdade, o que se percebe é que ao serem rotulados como inimigos, possam sentir-se legitimados para a prática criminosa, afinal já não pertencem mais à sociedade.

Com efeito, o fundamentalismo radical islâmico e sua imposição ideológica por meio da violência é uma barreira à paz social e não pode ser ignorado. O desafio é identificar os limites da tênue linha que separa a segurança e paz social do preconceito religioso e xenofóbico. O que se pode afirmar, diante de diversas experiências semelhantes enfrentadas no curso da história, é que a resposta não deve vir do Direito Penal, que é acessório e de *ultima ratio*.

No que se refere à Prisão de Guantánamo, tema central de nosso estudo, não se pode chegar a outra conclusão que não seja como considerá-la inadmissível. Localizar-se fora do território continental norte-americano é tão somente um truque para que possam, em alguma medida, escapar aos ditames constitucionais norte-americanos. Sua existência não se harmoniza ao estado atual de coisas que as nações democráticas entendem como Estado de Direito. Não se amolda ao símbolo que a nação norte-americana ostenta como precursora e mantenedora de igualdade de direitos. A verdade que emerge é que no cenário geopolítico, as forças econômicas e militares sempre transcendem a forças político-normativas, restando aos outros atores internacionais ou a conformação, ou as reiteradas tentativas de convencimento por intermédio da opinião pública.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Ed. Nilobook, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **A Teoria da Alteridade Jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2016.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito Penal do Inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania**. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2021.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Ed. Gen/Atlas, 2016.

HUNGRIA, Néelson; DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Ed. GZ – 6º ed – volume I, tomo I, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Ed. Saraiva Jur, 2021.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Ed. Companhia de Bolso, 2005.

MEUCUCCI, Fernando Corrêa de Carvalho. **Introdução ao Direito Penal do Inimigo**, São Paulo, 2020.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1978.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Lições Sistematizadas de História do Direito**. São Paulo: Ed. Almedina – 2. Ed., 2020.

SOUZA, André Pagani de et al. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Ed. Gen, 2018.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

**Cia sex abuse and torture went beyond Senate report disclosures, detainee says**. The Guardian. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2015/jun/02/cia-sexual-abuse-torture-majid-khan-guantanamo-bay>>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

**Como Trump definiu os 7 países da polêmica proibição de entrada nos EUA?** BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38808841>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.

**Guantanamo Bay: Beyond the Prison**. The New York Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.

**Guantanamo Bay detainee details sadistic abuse**. Time. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/11/26/us/politics/guantanamo-bay.html>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2022.

**Guantanamo's darkest secret**. The New Yorker. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/magazine/2019/04/22/guantanamos-darkest-secret>>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

**How 9/11 Reshaped Foreign Policy**. CFR Organization. Disponível em: <<https://www.cfr.org/timeline/how-911-reshaped-foreign-policy>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2022.

**Lawyer says Guantanamo abuse worse since Obama**. Reuters. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-guantanamo-abuse-lawyer-exclusive-idUSTRE51O3TB20090225>>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

**Strategic Brief on Counter Extremism**. Human Rights Observatory. Disponível em: <https://observatoryihr.org/research/counter-extremism/>>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

**Teoria do crime: elementos sobre a teoria neoclássica**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32411/teoria-do-crime-elementos-sobre-a-teoria-neoclassica-neokantismo>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2022.

**Universal Declaration of Human Rights**. United Nations. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

**UN Rights experts call for US to address ongoing violations at Guantanamo military prison**. United Nations. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2021/02/1085492>>. Acesso em: 18 de abril de 2021.