

“PATRIOT ACT”, “USA FREEDOM ACT” E A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA ERA TRUMP

Efren Fernandez Pousa Junior¹

SUMÁRIO: **Tópico 1.** *O Patriot Act; 1.1. Sua gênese; 1.2. Algumas disposições polêmicas da lei;* **Tópico 2.** *Tortura e Terrorismo em documentos internacionais de defesa da dignidade humana; 2.1. Da tortura; 2.2. Do terrorismo;* **Tópico 3.** *A idéia de relativização dos direitos fundamentais – enquadramentos do Patriot Act na Constituição Federal Brasileira;* **Tópico 4.** *“Choque” de direitos humanos fundamentais: decisões do STF e dos Tratados e Convenções Internacionais;* **Tópico 5.** *Conclusão.* **Tópico 6.** *Referências Bibliográficas;* **Tópico 7.** *Resumo e Abstract.*

1. O PATRIOT ACT

1.1. Sua gênese

Formalizado dentro dos regramentos legislativos norte-americanos e elaborado, inicialmente, sob a forma de *act*, mediante designação da Câmara Baixa (*United States House of Representatives*) seguida da Câmara Alta (*Senate*), o Congresso dos Estados Unidos da América, por meio de seu ex-presidente George W. Bush, aprovou em 26 de outubro de 2001 um documento cujo objetivo visava, aparentemente, evitar a recorrência de novos ataques terroristas nos limites de seu Estado Nacional.

Também conhecido como USAPA² (*United States of America Patriot Act*) tem no acrônimo da locução a significação: - *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, o que em uma tradução livre equivaleria, mais ou menos, a se dizer em português: “unindo e fortalecendo a América através do suprimento de ferramentas apropriadas necessárias a interceptar e obstruir o terrorismo.”

¹ O Autor é advogado, físico e professor universitário em São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - bolsista capes, Pós-graduado em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano.

² O conteúdo, em sua integralidade, do documento em inglês poderá ser encontrado através da via eletrônica em [<http://news.findlaw.com/cnn/docs/terrorism/hr3162.pdf>]. Acessado em 18/11/16.

A aprovação pelo Congresso Nacional, anteriormente ao envio para o presidente Bush oferecer sua aquiescência, ocorreu de forma rápida e de maneira quase unânime.³ Seu texto possui grande abrangência de detalhes e expande o nível de atuação das principais agências de segurança, especialmente em nível nacional através do *Federal Bureau of Intelligence (FBI)* e em nível internacional através da *Central Intelligence Agency (CIA)*.

Comparado à legislação brasileira o referido *act* mais se assemelharia a um código, tamanha sua especificidade. O texto da lei americana divide-se em seções e é composto de mais de 300 folhas e 800 seções, cujas diretrizes pautam-se em mais de uma dúzia de estatutos afeitos à liberdade de locomoção e liberdades civis dos cidadãos.⁴

Após a assinatura do presidente americano o *act* promulgado assumiu as características de uma *public law*, recebendo a numeração 107-56. Diferentemente do que ocorre no Brasil a *public law* (semelhante a uma lei ordinária federal) não tem vigência por tempo indeterminado, até que seja invalidada ou ab-rogada e, especificamente, no caso desta legislação sua vigência inicial foi estipulada em dez anos. Em 26 de maio de 2.011 o Congresso Americano aprovou a prorrogação do *Patriot Act* até junho de 2.015⁵, apesar de sua aprovação não alcançar mais os índices obtidos quando de sua formulação. A promulgação pelo presidente Barack Obama ocorreu logo após esta oportunidade, em 27/05/11, mesmo estando em viagem à França, dada a importância do assunto.⁶

1.2. Algumas disposições polêmicas da lei

O *Patriot Act*, uma vez aprovado no ano de 2.001 pelo presidente americano, passou a autorizar de forma ampla, dentre inúmeras outras afrontas ao Estado Democrático de Direito, a restrição aos direitos individuais e liberdades civis dos cidadãos (tortura – supressão da

³ A lei foi aprovada na Câmara por 357 a 66 (de 435 votos, excluídas as abstenções) e no Senado por 98 a 1 (Russell Dana Feingold, senador membro do partido democrata pelo estado de Wisconsin foi o único a não aprovar o *Patriot Act* no Senado) e foi apoiada por membros de ambos os partidos: Republicano e Democrata.

⁴ O *Patriot Act* consta aproximadamente de dez títulos que modificam mais de uma dúzia de leis federais já existentes; entre elas, o *Wiretap Statute*, o *Computer Fraud and Abuse Act*, o *Foreign Intelligence Surveillance Act*, o *Pen Register and Trap and Trace Statute*, o *Immigration and Nationality Act*, o *Money Laundering Act* e o *Bank Secrecy Act*.

⁵ No Senado os membros da Câmara Alta adotaram a medida por 72 contra 23 votos. Na Câmara de Representantes obteve-se 250 votos contra 153.

⁶ O Presidente Barack Obama se encontrava na Europa na oportunidade, porém foi aconselhado a firmar imediatamente sua concordância. Utilizou-se de tecnologia eletrônica de transferência de dados e da “autopen” (caneta utilizada para firmar a assinatura à distância, automaticamente, de forma digitalizada).

dignidade humana) em favor de um direito fundamental (vida de pessoas comuns do povo) por meio de “intensificação” da segurança nacional, tudo com o objetivo único de se evitar novos ataques terroristas. Logicamente, uma análise profunda acerca das inúmeras seções do *Patriot Act* demandaria um trabalho mais acurado, entretanto, para fim de traçarmos conclusões fidedignas, que comprovem a extrapolação de direitos fundamentais, podemos citar, pelo menos a nosso ver, as seções mais alarmantes e polêmicas.

A **seção 412** do *Patriot Act* dispõe que o transporte de suspeitos para outros países, com o objetivo de interrogatório ou prisão, fica autorizado (identicamente ao que acontece com indivíduos suspeitos encaminhados à ilha cubana de Guantánamo). Ficam, ainda, autorizadas pela **seção 215** as práticas de escutas telefônicas determinadas por órgãos do Executivo, por Agências ligadas à Segurança Nacional e pelo Secretário da Defesa, inclusive a quebra de sigilo documental.⁷ Julian Sanchez assim descreve a seção 215:⁸

"O Patriot Act permite que os investigadores possam obter uma ordem do tribunal FISA⁹ que lhes permita exigir a produção de qualquer coisa tangível que seja relevante para uma investigação. O escopo é ilimitado. Qualquer registro ou outra coisa que pertença a um suspeito agente de uma potência estrangeira ou alguém em contato com eles é pela lei considerada 'presumivelmente relevante'. Isso significa que o juiz não tem qualquer poder para negar tais pedidos. Os registros não têm que pertencer a qualquer pessoa que se pense ser efetivamente culpado de qualquer coisa.

A partir da **seção 501**, no mais drástico dos títulos - Título V, trata-se acerca da remoção de obstáculos para se investigar o terrorismo e dentre eles a possibilidade de tortura de indivíduos suspeitos na obtenção de informações. Já a **seção 802** concede maiores poderes para a força federal de deportação e processamento de suspeitos imigrantes, ampliando a definição de terrorismo ao incluir o conceito de terrorismo doméstico.

⁷ A seção 215 da lei americana permite poderes de vigilância do cidadão dentro e fora do território nacional. Faculta ao governo verificar os empréstimos de livros em bibliotecas pelos cidadãos, seus registros médicos em quaisquer postos de saúde, ou qualquer outra informação considerada, presumivelmente, suspeita.

⁸ SANCHEZ, Julian *apud* KENNEDY, Dan. *Patriot Act: De Bush a Obama, a Guerra Secreta às Liberdades Civis Continua*, acessado em [http://www.novaordemmundial.com/2011/05/patriot-act-de-bush-obama-guerra.html] em 25/10/11.

⁹ *Foreign Intelligence Surveillance Act*. Trad. Livro: Ato de Vigilância das Inteligências Estrangeiras.

Charles Doyle¹⁰ ainda traz alguns outros exemplos de inovações trazidas pela legislação: torna mais rigorosas leis federais contra a lavagem de dinheiro (título III), cria novos crimes federais, aumenta a pena de crimes já tipificados e que tenham relação com supostos atos de terrorismo (disseminados pelo texto legal em várias oportunidades) e altera o rito processual para os autores destes delitos (Título VIII).

Quanto à permissão da tortura (seção 501) por afogamento (*waterboarding*), em casos de “supostos” atos terroristas, provados ou não, dentro ou fora do território americano, demonstra-se flagrante desrespeito no tocante ao resguardo dos direitos humanos fundamentais caracterizando-se, por fim, sua *institucionalização*.¹¹

Em que pese a espécie de tortura por afogamento, não constar de maneira expressa dentre as formas para obtenção de informações permitidas pelo *Patriot*, o ex-presidente Bush em seu livro *Decision Points*¹² confirma o uso desta prática em pelo menos três suspeitos. Nestes casos a tortura ajudou a evitar ataques contra o aeroporto de *Heathrow*, *Canary Wharf* e um número de alvos dos EUA dentro do país e no estrangeiro. Ainda, em seus comentários acrescenta em relação a esta forma de tortura: *sem dúvida, o procedimento foi difícil, mas especialistas médicos asseguraram à CIA que eles não causam danos duradouros*. E, por fim, classifica a simulação de afogamento como: *altamente efetiva e que se justifica desde que haja grande quantidade de informação*.

Especificamente, em relação à tortura o *Patriot Act* afronta as proibições constantes da 8ª emenda da Constituição dos Estados Unidos que veda qualquer forma de tratamento cruel, desumano e degradante. Em relação ao Brasil, inúmeras outras citações afrontantes à Constituição da República poderiam ser levantadas: reduzem as garantias do devido processo legal, reduzem as garantias afeitas à dignidade da pessoa humana, ao rompimento de sigilo da informação, dentre uma gama enorme de outras violações.

¹⁰ <http://www.fas.org/irp/crs/RS21203.pdf>. Acessado em 20/09/11.

¹¹ No dia 17 de outubro de 2006 o Presidente George W. Bush assinou a lei *Military Commission Act of 2006* (Ato para Tribunais Militares), aprovada pelo Congresso Americano que autoriza, entre outras práticas, métodos duros de interrogatório em suspeitos de terrorismo. E mais, o ato teve efeito retroativo e desta forma, ignorou o princípio básico de que lei não prejudicará o direito adquirido, ou que não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, ambos incluídos na Constituição Brasileira e Norte-Americana.

¹² BUSH, George W. *Decision Points*. Broadway, 2010. Reprint edition in October 18, 2011.

Ainda que a população americana deseje o fim do *Patriot Act*, acompanhada por inúmeros deputados e senadores americanos que almejam sua ab-rogação, ou ao menos a derrogação de dispositivos do instrumento, já se encontra em tramitação no Congresso, desde o ano de 2.003, o *Patriot Act II*, que basicamente complementa o instrumento anterior com outras leis, em especial, com a *Domestic Security Enhancement Act of 2003*.¹³

Por fim, tanto no âmbito jurídico, em relação a estes fatos que isolam o manto da legalidade através da prisão e tortura de presos pelo governo americano, quanto pelo conceito natural de justiça intrínseco ao cidadão, cabe ponderar que a população mundial, de uma maneira geral, se manifesta pela reprovação destas atitudes de terror. Em uma pesquisa efetuada pela rede BBC de Londres, feita em 25 países, determinou-se que no Brasil 61% dos entrevistados não aceitam a prática e 32% se mostram favoráveis ao uso da tortura apenas em certas circunstâncias. Especificamente nos EUA, 36% da população entende a prática como aceitável. Este mesmo levantamento demonstrou, ainda, que Israel seria o país com o maior percentual de pessoas a apoiar algum tipo de tortura em prisões para obtenção de informações, já que 43% delas afirmaram *ser aceitável em algumas ocasiões* contra 48% que se opõem totalmente.¹⁴

2. TORTURA E TERRORISMO EM DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA

Vários são os documentos que tratam acerca da tortura e do terrorismo. Em uma breve análise cronológica podemos citar, articuladamente, alguns deles.

2.1. Da tortura:

A. Desde a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1.789) o assunto é trazido à baila, conforme se depreende dos artigos 8º e 9º (*in fine*) que inviabilizam a aplicação de penas insuportáveis ao homem médio. *In verbis*:

Art. 8º A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada. Art.

¹³ <http://www.pbs.org/now/politics/patriot2-hi.pdf>. Acessado em 02/02/2012.

¹⁴ <http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2006/10/19/ult1807u31703.jhtm>. Acessado em 06/02/12.

*9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. – **Grifamos.***

B. A Assembléia Geral das Nações Unidas (1.948) quando da elaboração da **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Artigo V) também deu destaque ao direito de proteção de todo ser humano e à integridade física, condenando o castigo corporal ou pena cruel e degradante nos seguintes termos: "*Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*". Efetivamente, é a partir deste momento que surge no mundo moderno a busca, de forma mais declarada e intensa, pela proteção dos direitos humanos e conseqüente conscientização global acerca da necessidade de se estabelecerem regras norteadoras a serem cumpridas por todos os Estados.

C. Outros documentos de suma importância na proteção dos direitos humanos ficam representados pelo **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos** (1966), cuja intenção primeira perfaz-se em garantir e resguardar os direitos individuais do cidadão perante o Estado. Segundo os dizeres insculpidos neste instrumento em seu art. 7º:

Ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

e o **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais** (1966) que estabelece o resguardo das condições dignas de vida em sociedade criando-se condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

D. Especificamente, abordando o tema da tortura, a Assembléia Geral da ONU promulgou a **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes** (1984) que, dentre diversas outras colocações, formula o conceito de tortura, bem como estabelece a criação de um Comitê, que almeja sua inobservância pelo mundo, fiscalizando países signatários (os Estados aderentes após ratificação passam a adotar a Convenção como uma lei investida de força vinculante, comprometendo-se, portanto, a

assegurar os meios que garantam o seu fiel cumprimento). A tortura, como definida no artigo 1, parte I, desta convenção significa:

Qualquer ato através do qual se inflige intencionalmente dor ou sofrimentos severos, seja físico ou mental, sobre uma pessoa com propósitos tais como obter dela ou de uma terceira pessoa informação ou confissão, punindo-a por um ato que ela ou uma outra terceira pessoa tenha cometido ou é suspeita de ter cometido, ou intimidando ou constringendo uma pessoa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer razão baseada em qualquer forma de discriminação, quando tal dor ou sofrimento é infligido, instigado, ou com o consentimento ou aprovação de uma autoridade pública ou outra pessoa agindo em uma capacidade oficial. O termo não inclui a dor ou sofrimento somente resultante, inerente ou acidentalmente, de sanções legais.

E. Por fim, a **Constituição Federal** (1988) e a **Lei 9.455** (1997) também vieram por caracterizar o delito de tortura. Desde a entrada em vigor da Constituição o delito de tortura já era tratado com repúdio por se tratar de um ato que atinge diretamente a dignidade humana. Neste sentido insculpiu-se como de caráter inafiançável e não passível de anistia ou graça (art. 5.º, XLIII). Com o surgimento da Lei 9.455 conceitua-se a tortura como sendo o emprego de violência ou grave ameaça de modo a causar sofrimento físico ou mental, quando utilizados com o fim de serem obtidas informações ou confissões das vítimas ou de terceira pessoa. Considera, ainda, como tortura o uso da violência ou ameaça grave, para obrigar alguém a praticar um crime (praticado por agentes do Estado¹⁵) ou quando a violência ou ameaça são simplesmente motivadas por sentimento de discriminação racial ou religiosa (qualquer cidadão). Cabe frisar que a Lei 9.455 não ab-revogou a Lei 4.898/65, havendo apenas derrogação, vez que trata de condutas específicas, atendendo principalmente ao estado anímico do agente, que ao praticar as condutas descritas como crime de tortura, também deseja o sofrimento mental da vítima.

2.2. Do terrorismo:

Acerca do termo terrorismo existem hoje quatro formas comprovadas para subdividi-lo: o **terrorismo revolucionário** cujos praticantes ficaram conhecidos como “guerrilheiros

¹⁵ A Legislação Penal Militar tem sua conduta enquadrada no artigo 9º do Código Penal Militar o que torna esta lei inaplicável para militares.

urbanos” (maoístas, castristas, trotskistas e leninistas), o **terrorismo nacionalista**, caracterizado por grupos que desejavam a separação territorial e a formação de um novo Estado-Nação dentro do existente; o **terrorismo de Estado** (a) praticado pelos Estados Nacionais contra a sua própria população, como ocorreram com os Estados totalitários fascistas e nazistas e aquele (b) praticado como luta contra a população estrangeira no denominado xenofobismo e, por fim, o **terrorismo de organizações criminosas**, cujos atos de violência têm por fim a obtenção de vantagens econômicas em face da não aceitação de diferenças culturais e religiosas (*Al Qaeda* no caso atentados de 11 de setembro e que foram o estopim para a formulação do USAPA).

O mesmo artigo apontado anteriormente na Constituição Federal de 1988 que trata da prática de tortura pode ser indicado no caso do terrorismo, ou seja, como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (CF, art. 5º, XLIII), acrescentando-se uma referência à legislação ordinária e aos *atos de terrorismo*, apenados pelo art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983).

Segundo Portella (2005) *o terrorismo não conhece limitações e usa uma força semelhante à militar, porém contra alvos não combatentes, sem quaisquer limites ou considerações de ordem legal ou moral*¹⁶ e neste sentido, como veremos no desdobrar-se deste estudo, o terror fundamentalista islâmico, que se instala na base de movimentos separatistas ou de independência, associando radicalismo político com radicalismo religioso seria a base para a justificação da existência e aceitação do *Patriot Act*.

Este mesmo instrumento normativo, o *Patriot Act*, modifica a legislação vigente em matéria de tortura e terrorismo. Conforme dito alhures, a seção 802 introduziu na legislação federal a definição de **terrorismo nacional ou doméstico**¹⁷, apontando para uma atividade que:

a) implica em atos perigosos para a vida humana, que violam o direito penal dos Estados Unidos ou de qualquer país; b) tem como finalidade intimidar ou coagir a população civil; influenciar a

¹⁶ PORTELLA, Paulo Roberto Aguiar. O novo terrorismo, pág. 09. Acessado em 06 de fevereiro de 2012 no endereço eletrônico [http://www.gestaodeseguranca.com.br/onovoterrorismo.pdf.]

¹⁷ A Seção 811 prevê um tratamento sancionador mais rígido para o **terrorismo informático**. Quando se provoca, pela difusão de um vírus, um grave dano é possível impor uma pena de prisão de até dez anos e de vinte em caso de reincidência. Esta disposição também se aplica em caso de danos em redes automatizadas estrangeiras se, deste modo, se puder incidir sobre o comércio ou sobre as comunicações com os Estados Unidos.

política do governo mediante intimidação ou coerção; incidir sobre a atividade do governo através/com meios de destruição em massa, assassinatos, seqüestros; c) é realizada principalmente dentro da jurisdição territorial dos Estados Unidos.

Inapropriadamente, a definição de terrorismo doméstico utiliza-se de expressões amplas capazes de incriminar pessoas que simplesmente poderiam estar colocando em exercício seus direitos constitucionais. Ao mesmo tempo, a Seção 802 amplia de modo considerável os tipos básicos que integram a noção de terrorismo, sendo que nas leis de imigração sua definição quedar-se-ia ainda mais ampla que a estabelecida pela legislação penal ordinária.

Baseado nas disposições do *Patriot Act*, nos dias de hoje, pouco restaria à formulação de um ***terrorismo internacional***, tendo em vista que a seção retroapontada, pela vagueza dos termos, poderia ser aplicada às mais diversas situações. De qualquer maneira, a visão de uma unificação, sem fronteiras, proposta pela globalização, engendra com mais facilidade a idéia de um aparelho do terror no mundo atual e de um *terrorismo internacional intrínseco* à *definição do próprio terrorismo nacional* norte americano.

3. A IDÉIA DE RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – ENQUADRATURAS DO *PATRIOT ACT* NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A atual Constituição Federal Brasileira dispõe em seu art. 1º, inciso III: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana*; em seu art. 5º, inciso II: *ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. Dispõe, ainda, neste mesmo artigo, em seu inciso XLIII, que: *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura*. Sem prejuízo ao delineado na Lei Maior, conforme vimos anteriormente, encontram-se expressamente previstos na Lei nº 9.455/97 crimes que o legislador entendeu merecerem maior reprovação por parte do Estado e dentre eles pontua a tortura.

Estas proteções legislativas e constitucionais, justamente, têm, nos moldes atuais, a função de garantir a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental e amparar o paradigma

do Estado Democrático de Direito, no intuito de se inviabilizar qualquer espécie de relativização no que se refere a infligir ao homem penas cruéis ou degradantes.

A garantia do direito fundamental a não ser torturado se insculpi naquilo que os expertos no assunto costumam chamar de *núcleo indivisível constitucional*. Hoje, porém, uma das idéias mais divulgadas sobre direitos humanos fundamentais é a de que não há direitos absolutos: todos os direitos são relativos e podem ser objeto de ponderação.

A exceção, dentro de uma compreensão normativo-filosófica - sentido moral e legal estrito -, se aplicaria aos valores afeitos ao princípio da dignidade da pessoa humana e que romperia qualquer possibilidade de relativização. Segundo Vasconcelo¹⁸ (2009) a dignidade da pessoa humana seria o único princípio constitucional absoluto, *de modo que a Constituição Federal de 1.988 guarda pelo menos três direitos fundamentais que não se sujeitam a nenhuma restrição: a tortura, o tratamento cruel ou degradante e a escravidão* (todos os direitos que não estejam nesse “núcleo indivisível” são relativos).

Neste sentido, o homem, como sujeito, definir-se-ia dentro de um núcleo de direitos intocáveis e, por isso, absolutos. Lopes (2003) assim coloca: *Ser sujeito de direitos é, de tal forma, criar uma esfera intangível.*¹⁹ Basta ver que todos os outros direitos, que não estejam em tal conjunto ligados à dignidade da pessoa humana, serão possíveis de ser relativizados. Em outras palavras: *todos os direitos são relativos, porque absolutas são as pessoas humanas como sujeitos de direito em sua dignidade.*²⁰

Resta clara, portanto, a idéia de que ao possibilitar a tortura (colocando de um lado o direito constitucionalmente assegurado à integridade física do cidadão e de outro a segurança nacional) o *Patriot Act* estaria relativizando sua prática em determinadas situações que envolvem seres humanos, agindo em severa afronta não só aos ditames constitucionais brasileiros como à maioria dos diplomas internacionais de proteção à dignidade da pessoa humana.

¹⁸ VASCONCELO, Eneas Romero de. Direitos fundamentais absolutos? Acessado em 07/02/2012 em [<http://direitoshumanosfundamentais.wordpress.com/category/filosofia-do-direito/>]

¹⁹ LOPES, Othon de Azevedo. A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental. In SILVA, Alexandre Vitorino *et. al.* Estudos de Direitos Público: direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Síntese, 2003, pág. 206.

²⁰ *Ibid.* pág. 206.

Esta idéia de relativização, que viabilizaria a possibilidade de aplicação da tortura em determinadas situações em virtude do conflito que se estabelece entre dois direitos fundamentais (submissão à tortura e segurança dos cidadãos, inclusive com o intuito de resguardo de suas vidas) não é recente. Já advertia Georges Ripert, em citação de Hely Lopes Meirelles: "*o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que o absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo*".²¹ Ademais, o art. 32 do Pacto de São José da Costa Rica²², neste sentido, também dispôs: *Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.*

Certa dose de relativização, também vem sendo encampada por diversos estudiosos de escol. Neste sentido, o que vem ocorrendo nos EUA, caracterizado pelo choque de princípios fundamentais, nas palavras de Canotilho²³ (1999): *uma colisão autêntica de direitos fundamentais que ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular – grifamos*; obriga a jurisprudência atual a se manifestar em dadas circunstâncias e admitir que em determinados casos a prática da tortura, corroborada pelas influências advindas do processo de globalização, faz surgir uma *concepção multicultural dos direitos humanos*, que nas palavras de Santos²⁴ (1997), *fundamentam uma perspectiva atual de tolerância para se alcançar a paz mundial – grifamos.*

Para Canotilho²⁵: *a legitimidade material da Constituição não se basta com um “dar forma” ou “constituir” de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos – grifamos.* Ainda no sentido de constante mutação o estudioso português se manifesta: *o conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há reserva de Constituição, no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na Constituição pelo Poder Constituinte – grifamos.*

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 24ª ed., 1999, pág.119.

²² Decreto nº 678 de 06/11/1992 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª edição. Coimbra. Livraria Almedina, 1999, pág. 1191.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Critica de Ciências Sociais, nº 48, julho de 1997.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, pág. 74.

Em nosso entender, comungando das mesmas opiniões de *Habermas e Dworkin*²⁶, inclusive do próprio constitucionalista brasileiro, Alexandre de Moraes²⁷, em termos restritos à Constituição Brasileira (que por sua própria natureza possui observância obrigatória, cogente), balizada pelo Estado Constitucional Democrático de Direito, que reconhece a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional absoluto, o *Patriot Act*, dentro de uma situação de conflito de direitos ou valores, em seu juízo de ponderação e viabilizador de hipóteses de tortura, não encontraria hoje justificativa plausível para incrementar este tipo de proposta levada a cabo pela norma norte-americana.

Infelizmente, a brecha que se abre com esta “perspectiva de paz mundial” gera inúmeras denúncias de tortura no combate ao terrorismo²⁸. Fundamentados na legislação norte-americana (*Patriot Act*), os americanos, em sua “guerra ao terror” e em nome da segurança nacional, vêm desrespeitando tratados internacionais de que são signatários, inclusive além de suas próprias fronteiras, subvertendo-se o Direito sob o mero pretexto de uma *guerra globalizada*.

4. “CHOQUE” DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: DECISÕES DO STF E DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Não só o *Patriot Act* atacou contra as liberdades civis e os direitos humanos. O governo americano a partir de sua entrada em vigor (2001) passou a subverter as regras do Direito em vários outros instrumentos legislativos como o *Domestic Security Enhancement Act of 2003* e o *Detainee Treatment Act of 2005*²⁹, cujos textos ambíguos permitiram, e continuam a permitir, abusos e violações de direitos contra “terroristas suspeitos” detidos nesta guerra sem

²⁶ Para Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, ao contrário do que pensa Robert Alexy, cumprir qualquer norma constitucional, tanto os princípios como as regras, não é uma questão de preferência. O aplicador do princípio ou da regra constitucional não tem a opção entre cumprir ou não cumprir a norma, ou de escolher qual norma seria mais conveniente cumprir, de acordo com sua preferência valorativa ou uma escala de valores entre dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e direitos fundamentais em geral - grifamos. Conforme VASCONCELO, Eneas Romero de. Direitos fundamentais absolutos? Acessado em 07/02/2012 em [<http://direitoshumanosfundamentais.wordpress.com/category/filosofia-do-direito/>]

²⁷ Nas palavras de Alexandre de Moraes: *os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividade ilícitas*. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

²⁸ Para maiores detalhes sobre tortura vide a prisão de José Padilla em maio de 2002 pelo governo George Bush. Declarado “combatente inimigo” foi colocado em completo isolamento (inclusive privação sensorial, de sono e tempo) num claro processo de desumanização. *United States of America v. José Padilla, nº 04-60001 (2006)*.

²⁹http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/?&sid=cp10914CU9&r_n=hr359.109&dbname=cp109&&sel=TOC_854207& - para acessar conteúdo integral em inglês. Acessado em 09/02/2012.

fronteiras. Nestas legislações também aos “combatentes inimigos” (suspeitos³⁰), detidos fora do país, lhes são negadas quaisquer proteções garantidas pela Constituição Americana. Em uma das seções de outro documento – *Military Commission Act of 2006*³¹ – o Presidente da República dos EUA tem poderes, por exemplo, para estabelecer tribunais militares e estabelecer punições³², incluindo a pena de morte, com a utilização de evidências baseadas em *testemunhos “por ouvir dizer”*.³³

Revogam-se, pois, princípios basilares do Estado Democrático de Direito³⁴ em prol da suposta questão de segurança nacional. Alexy³⁵ (2008) reconhece, inicialmente, que a ponderação entre direitos individuais (dignidade) e bens coletivos (segurança nacional) em detrimento dos direitos fundamentais, *acarretaria grandes riscos, o que tornaria necessária uma maior proteção prima facie dos direitos individuais* (vida digna para o ser humano).

Neste sentido, Alexy vislumbra possíveis hipóteses de relativização em determinadas situações³⁶ (pressupostos: (a) análise dos pressupostos fundantes³⁷ e (b) equiparação de

³⁰ O Governo americano transferiu a maior parte dos processos relativos a pessoas suspeitas de delitos de terrorismo da jurisdição penal comum para a militar. Ao declarar os suspeitos inimigos combatentes, estes podem ser mantidos em estado de detenção militar à espera do julgamento ante uma junta militar. Tanto os cidadãos americanos quanto os estrangeiros têm sido considerados inimigos combatentes

³¹ Para conteúdo integral em inglês acessar <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:S.3930>. Acessado em 09/02/2012.

³² Os direitos de defesa são limitados, regem regras probatórias especiais e não há julgamento pelo júri. Foram previstos procedimentos de apelação, mas não perante um Tribunal de Apelação Federal, pertencente ao Poder Judiciário: a apelação é apresentada ante um órgão colegiado de caráter militar e a sentença final relativa à culpabilidade e à sanção compete ao Presidente.

³³ Termo constante do *Military Commission Act of 2006, HR 6166, 109th Congress, 2nd Session, 2006*. Para maiores detalhes sobre o tema vide Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. *A ilicitude da prova – teoria do “testemunho de ouvir dizer”*. Livraria Revista dos Tribunais, 2004.

³⁴ Direito e ir e vir. Fica proibida a concessão de *habeas corpus* aos supostos terroristas quando declarados pelo Presidente da República ou pelo Secretário de Defesa americano como “combatentes inimigos”. Conforme constante do *Military Commission Act of 2006, HR 6166, 109th Congress, 2nd Session, 2006*.

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 450/451.

³⁶ O pensamento de Alexy demonstra, até certo ponto, concordância com o dispositivo americano quando afirma haver hipóteses plausíveis para a ponderação dignidade x tortura. Em um caso emblemático ocorrido em 2002 na Alemanha - caso “Jakob de Metzler”, uma criança de 11 anos de idade foi morta pelo estudante de Direito Magnus Gäfgen. Este fora detido poucos dias após o homicídio e quando levado a interrogatório não revelou de imediato o paradeiro do corpo do menino Jakob. Diante desta situação, o representante da Polícia de Frankfurt, Wolfgang Daschner, autorizou que o interrogado fosse primeiramente ameaçado de ser submetido a “dores” a fim de que revelasse a localização do cadáver, e que se não o fizesse, que fosse levado a cabo a ameaça, desde que na presença de um médico. Houve a confissão e demais detalhes do crime após tortura. Decorridos quase dez anos, em 2011, Gäfgen, que ingressou com uma ação de reparação de danos, perante o Tribunal de Justiça Europeu, obteve procedência na demanda e recebeu a título de danos morais aproximadamente 3000 euros pelas torturas psicológicas sofridas em ambiente policial.

³⁷ Em não se compreendendo o princípio da dignidade da pessoa humana como um pressuposto fundante dos outros direitos fundamentais o ser humano poderia ser reduzido a um objeto e que tornaria possível a aceitação da tortura em qualquer situação.

princípios constitucionais locais a valores locais) e pessoas determinadas (somente nacionais), diferentemente daquilo que ocorre na legislação americana, que atua de forma indiscriminada, legalizada e legitimada para quaisquer indivíduos “supostamente” envolvidos no caso concreto (nacionais ou estrangeiros).

Inicialmente, Alexy³⁸ fundamenta sua defesa, aceitando certa dose de relativização, ao tratar a respeito do fenômeno da colisão entre princípios de direitos fundamentais – de um lado o direito à segurança nacional (conseqüentemente uma proteção inerente a toda a comunidade americana) e de outro a proteção às liberdades civis do cidadão (não ser torturado). Aperfeiçoando seus estudos, mais adiante, passa a tratar acerca da idéia de direitos de proteção e *direitos de ações estatais positivas*,³⁹ que informam sobre a possibilidade de existência de normas que prescrevam que o Estado proteja seus indivíduos nacionais, sem conferir direitos subjetivos àqueles (nacionais) que afrontem às leis deste próprio Estado.

Hodiernamente e em sentido contrário a estas posturas de Robert Alexy, segundo entendimento dominante da comunidade internacional, sobretudo na Europa, a tortura, especificamente, não poderia ser permitida sob nenhuma circunstância, enfraquecendo qualquer tendência quanto à sua relativização. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana definir-se-ia num “núcleo intocável de direitos⁴⁰” e, conseqüentemente, apreciá-la ou valorá-la seria tirar todo o sentido da dignidade e colocar em risco a própria existência deste princípio.

A aceitação de restrições a direitos fundamentais, quando amparada na proteção de outros bens juridicamente protegidos e relevantes, como ocorre em certa medida na teoria de Alexy, em nosso entender, colocaria em sério risco os direitos fundamentais e o sistema de direitos, pois, no caso brasileiro, especificamente o Supremo Tribunal Federal no Brasil (diferentemente do que acontece com as hipóteses alemãs justamente pela existência de um Tribunal Constitucional Alemão) poderia considerar constitucional qualquer restrição, desde que fundada em uma ponderação que se enquadrasse nos pressupostos anteriormente indicados como necessários.

³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo, Malheiros, 2008, pág. 93.

³⁹ Ibid. pág. 433 e seguintes.

⁴⁰ Nomenclatura utilizada por LOPES, Othon de Azevedo. A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental. Anteriormente notificado em rodapé.

A. “choques” de direitos - relativizações nas decisões do STF

O grande paradoxo da Justiça, em especial da Justiça brasileira, envolve duas objetivações precípuas: como obtê-la (ela Justiça) com eficácia jurídico-normativa (e com características morais e filosóficas) sem a quebra da proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Este o grande problema das relativizações. Em face da inviabilidade de uma harmonia completa entre estas objetivações logrou-se atingir nos atuais países democráticos aquilo que Figueiredo Dias (2006) chama de *concordância prática* das finalidades em conflito, *de modo que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais*⁴¹ e, neste sentido, ou se defende o absolutismo dos direitos fundamentais ou se minimiza a sua rigidez e, conseqüentemente, se relativiza.

Gregghi⁴² atesta que *não há direitos fundamentais e absolutos na sua efetivação e o Estado de Direito exige igualmente a proteção de valores institucionais essenciais à sua própria sobrevivência, nomeadamente, a viabilização de uma profícua administração da Justiça (grifamos)*. Neste sentido, o poder não pode extrapolar o *jus puniendi* do Estado. Qualquer forma de garantia, até mesmo a de “suspeitos terroristas”, como desafortunadamente não ocorre com a legislação americana (*Patriot Act*), passa a restringir, relativizar, de forma excepcional, casos sob a mera alegação de “suposições” e, portanto, deveriam ser descartados juridicamente, uma vez que não conciliam efetividade “e” Justiça.

Excetuados os choques que afrontam a dignidade da pessoa humana (como ocorre na legislação americana) os choques entre direitos fundamentais (inclusive conforme vem decidindo o Supremo Tribunal Federal brasileiro) facultam relativização, isto porque nestes casos não há direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades podem legitimar, excepcionalmente, a adoção de medidas restritivas das

⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. In MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 14, nº 59 - março/abril de 2006.

⁴² GREGHI, Fabiana. A reinterpretación dos direitos fundamentais face ao novo paradigma criminal imposto pela criminalidade organizada. Acessado em 08/02/2012 em [http://pt.scribd.com/doc/54732190/Relativizacao-de-Direitos-Fundamentais] pág. 12.

prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição Federal.

Constitucionalmente falando, reportando-se ao guardião da Constituição, não haveria direitos humanos fundamentais absolutos (excetuando-se a dignidade da pessoa humana), nem direitos sem possibilidades de restrição, conforme Santos⁴³ (2007) assevera:

... ao delinear o regime jurídico a que as medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa, permite-se que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

O Supremo Tribunal Federal jamais se pronunciou sobre a temática da relativização em situações que envolvam a dignidade da pessoa humana. Entretanto, escassas decisões isoladas, que envolvem outros princípios fundamentais já despontam na Suprema Corte. Sobre este entendimento a jurisprudência desta Casa trata do tema da relativização de direitos fundamentais em caso de quebra de sigilo telefônico (art. 5º, inciso XII Constituição Federal) sem autorização judicial em CPIs, quando da apuração de crimes financeiros (MS 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 12.05.2000⁴⁴).

B. “choques” de direitos - relativizações nos Tratados e Convenções Internacionais

A ONU, como nos referimos anteriormente, é a maior protetora do princípio da dignidade da pessoa humana, corroborando na construção de uma ordem jurídica assentada sobre a necessidade de proteção do ser e numa postura de não possibilidade de relativização.⁴⁵ Através de sua Assembléia Geral, vem trabalhando na defesa dos direitos humanos, promulgando diversos instrumentos que enfrentam o problema da aplicação do *Patriot Act* e

⁴³ SANTOS, Fernando dos. Garantia Constitucional de Devido Processo Legal. Acessado em 09/02/2012 no endereço eletrônico [http://jusvi.com/artigos/29833/1] pág. 01.

⁴⁴ Para maiores detalhes vide na íntegra o MS 23.452/RJ no endereço eletrônico a seguir indicado. Acessado em 08/02/2012 [http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf]

⁴⁵ Na Convenção Européia de Direitos Humanos, a tortura não deve, de forma alguma, ser permitida, mesmo em caso de guerras ou estado de emergência. Esta norma resulta da proibição da tortura contida na maioria das convenções da ONU.

seus ditames. Formaliza uma *via de acordo* através do Direito, tendo em vista que uma ponderação de valores, como vem ocorrendo nos Estados Unidos hoje, somente poderia ser contida com a imposição de medidas coercitivas por parte dos países violados, o que incrementaria ainda mais os problemas internacionais.

Neste sentido, mais recentemente, a Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas de 27 de outubro de 2011⁴⁶ manifestou profunda preocupação com reiteradas violações de direitos humanos praticadas pela República Islâmica do Irã como: 1) Tortura institucionalizada em nível policial e tratamento cruel, desumano e degradante ou punições incluindo espancamentos e amputações; 2) Alta incidência de execuções públicas, sem garantias processuais reconhecidas internacionalmente; (3) inúmeras outras situações que em similitude ao instrumento norte-americano incentiva a tortura em “pessoas suspeitas” como forma de obtenção de informações.

Por fim, como saída política algumas organizações não governamentais vêm adentrando ao cenário de “combate ao terror” numa política de fiscalização e denúncia na defesa dos direitos humanos. Duas grandes entidades têm se destacado mundialmente nesta participação: a Anistia Internacional (*Amnesty International*⁴⁷) e o Observatório de Direitos Humanos (*Human Rights Watch*⁴⁸).

5. CONCLUSÃO

A possibilidade da prática da tortura em determinadas situações que possam ensejar “eventuais” atos terroristas, sejam eles falsos ou verdadeiros, como ocorre nos EUA, inclusive com amparo jurídico-legal através de Ato do Congresso Nacional – *Patriot Act*, vem mostrar que em nossos dias surge a idéia de *relativização dos direitos fundamentais* como uma alegação de “combate ao terror”.

⁴⁶ Aprovada por meio de Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, em seu Terceiro Comitê, obteve a aprovação de 86 países membros das Nações Unidas. Trinta e dois países votaram contra e 59 se abstiveram da votação. O Brasil foi um dos países que optaram pela abstenção. Texto original em inglês. Acessado em 09/02/2012 no endereço eletrônico [http://news.bahai.org/sites/news.bahai.org/files/documentlibrary/867_Iran_human_rights_situation.pdf].

⁴⁷ Endereço eletrônico [www.br.amnesty.org/]. Acessado em 10/02/2012.

⁴⁸ Endereço eletrônico [www.hrw.org/]. Acessado em 10/02/2012.

Na tentativa de colocar a sociedade em situação reflexiva, iniciando uma transformação direcionada ao progresso e pacificação social, inclusive corroborada pelo fenômeno da globalização, surgem posturas diametralmente opostas quanto à possibilidade de relativização dos direitos fundamentais, em especial, quando um deles colocado em ponderação diz respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em havendo o envolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana:

1. Numa primeira vertente, alguns doutrinadores acreditam no caráter absoluto da dignidade da pessoa humana (Dworkin, Habermas, Alexandre de Moraes, etc.) e, conseqüentemente, no reconhecimento do homem como destinatário absoluto do Direito no Estado Constitucional Democrático (o reconhecimento da dignidade do homem seria absoluto e ele não poderia em nenhuma situação ser relativizado; ao se relativizar [e ponderar] a dignidade, quem correria o risco de ser relativizado seria o próprio homem).

2. Em sentido contrário, alguns estudiosos acreditam, de alguma forma, na relativização. Alguns de uma maneira mais restrita, como ocorre nas colocações de Alexy, outros, talvez, com feições mais acentuadas, como decorre das interpretações de Boaventura de Sousa Santos e Canotilho. De qualquer forma, estas relativizações sempre causam polêmica quando envolvida uma situação de “quebra” (afronta) do direito à dignidade da pessoa humana.

Em NÃO havendo o envolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana:

Em se tratando de conflitos entre outros direitos fundamentais uma possível idéia de ponderação será sempre mais bem aceita, inclusive conforme já vem decidindo o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

De qualquer forma, desafortunadamente, o *Patriot Act* abriu uma brecha para o abuso de direitos (em especial da dignidade da pessoa humana) em nome da “segurança nacional”. Tratamento cruel e bárbaro, tortura física e psicológica têm sido, sistematicamente, usados pela Casa Branca, desrespeitando, tratados internacionais de que são signatários seus

representantes e, inclusive, afrontando a própria Constituição Americana.⁴⁹

Esta ausência de liberdade das garantias civis, obviamente, causa ingerências no Direito Penal substantivo e adjetivo dos EUA, o que leva alguns expertos no assunto a concluírem que os atuais mecanismos do *Patriot Act*, aplicáveis aos “suspeitos” da prática de terrorismo neste país, ou fora dele, seria um caso paradigmático de Direito Penal do Inimigo^{50 51}, visando à neutralização do “suposto” perigo que esses indivíduos (chamados de “combatentes terroristas”) representam, através da supressão de suas garantias fundamentais.

Sinteticamente, o Direito Processual do Inimigo (ritos constantes no *Patriot Act*) e suas medidas supressoras de direitos fundamentais visariam à neutralização daquelas associações de indivíduos consideradas perigosas para a sociedade, porém, conforme certifica Choukr⁵² (2002):

Essas medidas cumprem um papel exclusivamente simbólico, visando a transmitir à opinião pública uma sensação de segurança e atuação célere e eficiente do legislador, sem ter, contudo, qualquer eficácia comprovada quanto à redução da criminalidade. Seria desnecessário anotar que o processo penal, como instrumentalizador do direito material penal – muito embora se destacando sua autonomia científica – acaba por assimilar essa mesma função simbólica.

Conforme pontuamos no decorrer deste estudo somos da opinião de que o *Patriot Act* vem afrontando o Direito e demais instituições jurídicas. Em determinados casos de “suspeita” terrorista a relativização de direitos fundamentais, inclusive aqueles afeitos à dignidade da pessoa humana, negando-se *habeas corpus* e aplicando regras específicas sobre provas

⁴⁹ Já em 1998, portanto anteriormente ao *Patriot Act*, o magistrado da Suprema Corte Norte-Americana, William Rehnquist, já sustentara que os direitos civis podem ser limitados nos períodos de emergência; contudo, durante uma conferência na *New York City Bar Association*, o magistrado Stephen Breyer (também desta Corte) afirmou que a Constituição devia ser respeitada em todo momento e, quiçá, com maior intensidade, nos períodos de emergência. Estas opiniões de dois juízes desta Corte evidenciam o principal aspecto problemático da questão: até que ponto a Constituição americana permite a aplicação de legislação especial em períodos de crise como acontece na “guerra ao terror”.

⁵⁰ O Direito Penal distingue entre cidadãos comuns e inimigos; o Direito Penal do Inimigo (combatentes inimigos, estrangeiros inimigos) se funda em postulados que provêm de regramentos do Direito Penal americano dos anos 20 e 30, baseados mais na perigosidade do que na ilegalidade. A criminalização dos estrangeiros inimigos ou dos combatentes inimigos, assim como o conceito de “guerra preventiva” e de “investigação preventiva” no âmbito da Justiça, como ocorre em situações colocadas pelo *Patriot Act*, se enquadrariam neste contexto.

⁵¹ Uma análise mais aprofundada acerca do Direito Penal do Inimigo extrapolaria o modesto objetivo do presente estudo, motivo pelo qual optamos pelo breve exame emblemático da questão norte-americana.

⁵² CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, pág. 47.

secretas constituindo afronta direta aos tratados internacionais (incluindo os Tratados de Genebra, bem como à própria Constituição Americana: Emendas 5^a⁵³, 8^a⁵⁴ e 14⁵⁵, em especial). Neste sentido, a montagem de um “Estado Policial”⁵⁶, como se vê hoje nos EUA, como forma de se afrontar uma suposta guerra globalizada, “quebrando” regras de Direito em nome da segurança nacional, necessita de alguma maneira ser contido.

⁵³ Assegura a Emenda nº 5 da Constituição Americana o direito de permanecerem os investigados calados e evitar assim a auto-incriminação, assim como a proteção contra buscas e apreensões descabidas. Geralmente invocada pelo cidadão quando se encontra perante agentes da Administração que estão cometendo arbitrariedades ou abuso de poder (como ocorre no *Patriot Act*). Porém, desafortunadamente, há precedentes judiciais da Corte Suprema Americana que invalidam a quinta emenda quando se tratar de situações que alcancem a esfera militar em tempos de guerra ou em casos de risco à segurança da população.

⁵⁴ Dispõe a Emenda nº 8 da Constituição Americana sobre a proibição da exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida.

⁵⁵ A emenda nº 14 é de 1868 e determina a garantia de direitos civis e o implemento do *due processo of law*.

⁵⁶ Termo utilizado por BORCHERT, Gustavo. A Institucionalização da tortura no mundo globalizado. Acessado em 10/02/2012 no endereço eletrônico [http://www.gborchert.com/pdf/Instit_da_Tortura.pdf].

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo, Malheiros, 2008.

BUSH, George W. Decision Points. Broadway, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª Ed. Coimbra, Almedina, 1999.

_____ Direito constitucional. 6ª Ed. Coimbra, Almedina, 1993.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. USA Patriot Act of 2001. Conjuntos de leis aprovadas pelo Congresso Americano logo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. *Patriot Act H. R. 3162, PUBLIC LAW 107, 107th Congress, 1st Session, Washington, 2001. Para acesso vide endereço eletrônico em nota de rodapé.*

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Domestic Security Enhancement Act of 2003, 9 de janeiro, 2003. Proposta de lei confidencial que conferiria maiores poderes ao Executivo, não oficialmente publicada pelo governo americano, mas vazada para a imprensa do país em 2003. Departamento de Justiça, Washington D.C., 2003. **Para acesso vide endereço eletrônico em nota de rodapé.**

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Detainee Treatment Act of 2005, 30 de setembro 2006. Tratado que regulamenta o tratamento de detentos capturados na “guerra ao terror”. *PUBLIC LAW 109-359, 109th Congress, 1st Session, Washington D.C., 2006. Para acesso vide endereço eletrônico em nota de rodapé.*

GREGHI, Fabiana. A reinterpretação dos direitos fundamentais face ao novo paradigma criminal imposto pela criminalidade organizada. **Para acesso vide endereço eletrônico em nota de rodapé.**

KENNEDY, Dan. Patriot Act: De Bush a Obama, a guerra secreta às liberdades civis continua. **Para acesso vide endereço eletrônico em nota de rodapé.**

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Ano 14, nº 59 - março/abril de 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 24ª ed., 1999.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo, Atlas, 2009.

PORTELLA, Paulo Roberto Aguiar. O novo terrorismo. **Para acesso vide endereço eletrônico em nota de rodapé.**

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 48, 1997.

SANTOS, Fernando dos. Garantia Constitucional de Devido Processo Legal. **Para acesso vide endereço eletrônico em nota de rodapé.**

SILVA, Alexandre Vitorino et. al. Estudos de Direitos Público: direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre, Síntese, 2003.

VASCONCELO, Eneas Romero de. Direitos fundamentais absolutos? **Para acesso vide endereço eletrônico em nota de rodapé.**

REFERÊNCIAS OBTIDAS EM ENDEREÇOS ELETRONICOS

[<http://www.fas.org/irp/crs/RS21203.pdf>]

[<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2006/10/19/ult1807u31703.jhtm>]

[<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>]

[http://news.bahai.org/sites/news.bahai.org/files/documentlibrary/867_Iran_human_rights_situation.pdf]

[http://www.gborchert.com/pdf/Instit_da_Tortura.pdf]

7. RESUMO E ABSTRACT

RESUMO: Este artigo buscará demonstrar que mediante a entrada em vigor nos Estados Unidos da América do intitulado - *Patriot Act* - surge no sistema jurídico norte-americano uma hipótese de flagrante desrespeito ao resguardo dos direitos humanos fundamentais. A possibilidade de utilização de técnicas de tortura de maneira quase que institucionalizada para obtenção de possíveis informações sobre terrorismo (provado ou não) passa a ser aceita como meio legitimado e legalizado na obtenção de informações. Surge, pois, uma hipótese de relativização do direito constitucional a não ser torturado, tratado pela atual Constituição Federal Brasileira, em virtude de um conflito que se estabelece entre dois direitos fundamentais (*submissão à tortura*, como forma de segurança nacional e cujo fim precípua é a proteção de vidas humanas dos cidadãos nacionais *versus* a *dignidade da pessoa humana* e o conseqüente direito à integridade física). Agindo desta forma os EUA estariam antecipando o cumprimento de sentenças, através da aplicação de penas cruéis aos supostos terroristas, que se encontram ainda sem culpa formada (um Direito Penal do inimigo). Estas idéias de relativização que vêm ocorrendo nos EUA, caracterizadas pelo choque de princípios fundamentais, obrigam a jurisprudência brasileira a se manifestar e em dadas circunstâncias a aceitar a relativização numa perspectiva de se alcançar a paz mundial. Surgem em sentido contrário, posicionamentos que não conseguem aceitar tais hipóteses, sob pena de se utilizar a relativização como um escudo para a prática de outras atividades ilícitas. Este o embate travado neste estudo.

ABSTRACT: *This article will try to demonstrate that the entry into force by the United States of America titled - Patriot Act - appears in the American legal system a chance to guard the blatant disregard of fundamental human rights. The possible use of torture techniques in a manner almost institutionalized in order to obtain information about possible terrorism (proven or not) shall be accepted as legitimate means and legal support in obtaining information. It appears, therefore, a hypothesis relativization of the constitutional right not to be tortured, treated by the current Federal Constitution, because of a conflict that arises between two fundamental rights (submission to torture as a means of national security and whose primary purpose is protection of lives of citizens versus the national dignity of the human person and the consequent right to physical integrity). By doing so the U.S. would be anticipating the enforcement of sentences through the application of cruel to be terrorists, who are still without charge (a Criminal Law of the enemy). These ideas of relativity that have occurred in the U.S., characterized by the clash of fundamental principles, jurisprudence oblige Brazil to manifest and in certain circumstances to accept the prospect of a relativizing achieve world peace. Arise in the opposite direction, positions that can not accept these assumptions, failing to use the relativization as a shield for engaging in other illicit activities. This caught the clash in this study.*