

A expansão do Direito Penal do Inimigo na dogmática penal contemporânea

Gabriel Mateus de Albuquerque

Licenciando, Mestre e Doutorando, Universidade Católica Portuguesa,
Faculdade de Direito, Escola de Lisboa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3015-7734>

SUMÁRIO

- I. Introdução
 1. A “História Negra” do Direito Penal do Inimigo
 2. O moderno Direito Penal do Inimigo segundo Günther Jakobs
- II. Quem é o inimigo? A “não-pessoa”
 1. Terrorismo
 2. Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores
 3. Criminalidade económica
- III. As especificidades do Direito Penal do Inimigo em relação ao Direito Penal e Processual comum
 1. Ataques ao princípio da legalidade
 - a) Convenção do Conselho da Europa sobre a proteção das crianças
 - b) Convenção europeia sobre a prevenção do terrorismo
 - c) Diretiva 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo
 2. Diluição dos princípios da subsidiariedade e da ofensividade
 - a) Punição de condutas socialmente neutras
 - b) Subjetivação da legítima defesa putativa
 - c) Punição da tentativa de cumplicidade/instigação frustrada
 3. Agravamento das sanções
 - a) A multiplicação dos crimes imprescritíveis
 - b) Desconsideração do princípio ne bis in idem
 - c) Maximizar o efeito vexatório da pena

4. Derrogações às regras do processo penal
 - a) O enfraquecimento do papel do advogado
 - b) O uso ilimitado de técnicas especiais de investigação
 - c) Vigilância massiva dos cidadãos, sem suspeita concreta

IV. Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência

I. Introdução¹

1. A “História Negra” do Direito Penal do Inimigo

Pela voz autorizada de CESARE BECCARIA², no iluminismo oitocentista, o Direito Penal liberal³ alicerçou-se nos fins da reintegração do criminoso e da proteção social, em detrimento das correntes historicamente dominantes do retribucionismo. O abandono desta conceção representou um avanço histórico notável. Mais tarde, os Estados de Direito democráticos optaram por uma visão otimista da natureza humana, que seria capaz de redenção, como um dos pináculos fundacionais do seu edifício axiológico. Daqui resulta que o agente que perpetrar o crime mantém inalteradas as suas características de pessoa humana, nomeadamente a sua dignidade, continuando detentor de direitos, liberdades e garantias inalienáveis, ainda que, naturalmente, comprimíveis. Todavia, o Direito Penal moderno tem amiúde sido confrontado com uma corrente doutrinária que nega as premissas próprias do Direito Penal liberal, nomeadamente antecipando a tutela penal para fases muito precoces. Em suma, «é o direito como forma de renúncia ao Direito para alguns, os inimigos»⁴.

1 Abreviaturas: AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas; CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos; CP – Código Penal; CRP – Constituição da República Portuguesa; TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; TIDH – Tribunal Interamericano de Direitos Humanos; STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

2 O autor sintetizou o seu contributo para o desenvolvimento de um Direito Penal humanista na conclusão da sua *Magnum opus*, *Dos delitos e das Penas*: «De quanto se viu até agora pode deduzir-se um teorema geral muito útil, mas pouco conforme ao uso, que é o mais vulgar legislador das nações: para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis». in BECCARIA (1998), p. 163.

3 Para efeitos do presente estudo, adotamos o conceito de direito penal liberal ou comum, por oposição ao conceito de Direito Penal do Inimigo ou de exceção.

4 LAZERGES, e HENRION-STOFFEL (2016), p. 649.

O Direito Penal do Inimigo, ainda que não necessariamente com esta designação, remonta aos primórdios da História. As sociedades viveram desde sempre sob a ameaça de inimigos que atentavam contra os seus fundamentos matriciais – para os autores contratualistas, contra o contrato social. Uma vez que estes não eram apenas cidadãos desavindos ou incumpridores, mas autênticos inimigos da comunidade, não deveriam ser tratados como criminosos comuns. Destarte, a repressão contra os inimigos da sociedade teria de ser brutal e implacável, sob pena de colapso da própria comunidade. É esta conceção que resplandece cristalina na obra de JEAN-JACQUES ROUSSEAU: «todo o malfeitor, atacando a lei social, torna-se pelos seus crimes rebelde e traidor à Pátria; deixa de ser membro violando as suas leis, e até lhe faz a guerra. Então a preservação do Estado é incompatível com a sua; um dos dois deve perecer; e quando o culpado é morto, é menos como cidadão do que como inimigo»⁵. Também HOBBS⁶ considerava que a insubmissão à lei consubstanciava uma rutura com o Estado e um regresso ao estado de natureza, passando o Homem a ser um inimigo do Estado.

A doutrina do Direito Penal do Inimigo foi formulada conceptualmente na década de trinta do sec. xx, sendo associada aos movimentos autoritários que assumiam um protagonismo galopante. CARL SCHMITT propôs a distinção entre «*freund*» (amigo) e «*feind*» (inimigo) como «critério simples de político». Para SCHMITT o «inimigo político não precisa de ser moralmente mau (...) para a sua essência, basta que ele seja (...) existencialmente diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele (...)»⁷, com a relevante nuance de que este conceito tanto poderia ser aplicado às relações entre Estados como ao «inimigo interno»⁸. O regime Nazi recorreu a estes conceitos para distinguir a raça ariana das “raças inferiores”, classificando como “inimigos” todos os que não pertenciam à «*Volksgemeinschaft*» (comunidade do povo). Como consequência deste estatuto legal, os “inimigos” foram privados da sua cidadania e dos seus direitos. Uma vez despidos de qualquer proteção legal, EDMUND MEZGER⁹ advogou o extermínio dos inimigos, convolvando o Direito Penal num instrumento de luta contra certas categorias de não-pessoas. A sua missão seria o *Ausmerzung* (extermínio) de «elementos parasitas» prejudiciais ao povo alemão, justificado pelo contexto de «luta racial (...) no espaço vital

5 ROUSSEAU (2002), capítulo 2.5.

6 HOBBS (2002), p. 78.

7 SCHMITT (2008), p. 28.

8 SCHMITT (2008), p. 49 e SCHMITT (2005), p. xlvii.

9 MEZGER (1934), citado em MUNOZ CONDE (2003), p. 77.

alemão (...) entre duas frentes opostas, em que para a dureza é necessário responder com dureza»¹⁰.

Os inimigos eram desprovidos da dignidade atribuída aos membros da comunidade. A diabolização dos perpetradores de determinados ilícitos criminais passava por afirmar que estes não são merecedores dos mesmos direitos, liberdades e garantias que os restantes cidadãos, mesmo os restantes delinquentes, devendo aplicar-se-lhes uma legislação penal excecional.

Em função da pertença da pessoa a um dos grupos proscritos, esta seria tratada penalmente como um «inimigo estranho à comunidade» (*gemeinschaftsfremde Feind*). Como descreve EDMUND MEZGER, «[n]o futuro, haverá dois (ou mais) direitos penais: um Direito Penal para a generalidade (em que essencialmente os princípios aplicados até agora serão mantidos) e um Direito Penal (completamente diferente) para grupos especiais de pessoas específicas, como aqueles que tendem à delinquência. O aspeto decisivo será estabelecer em que grupo a pessoa em questão será incluída»¹¹.

Ao abrigo deste Direito Penal excecional para o tratamento dos «inimigos da comunidade» foram propostas, entre outras medidas, a esterilização de pessoas associadas, a castração de homossexuais e o internamento indefinido de incorrigíveis¹².

2. O moderno Direito Penal do Inimigo segundo Günther Jakobs

Dos escombros da Segunda Guerra Mundial brotou uma nova ordem jurídica. A proliferação das democracias liberais – «o constitucionalismo estadual triunfante»¹³ – acarretou o triunfo jurídico do princípio universal da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, do Direito Penal liberal. Contudo, a multiplicação do terrorismo internacional em larga escala na transição do milénio reabriu feridas que se julgavam já saradas. Os Direitos Humanos universais, cruciais após o término da Segunda Guerra Mundial para evitar o massacre dos vencidos pelos vencedores, foram menosprezados no combate ao terrorismo, assistindo-se ao regresso musculado das correntes retribuicionistas, em geral, e do Direito Penal do Inimigo, em particular.

Um dos principais precursores deste regresso foi o professor de Direito Penal da Escola de Bona e autor da expressão “Direito Penal do Inimigo”, GÜNTHER

10 *Ibidem*.

11 MUÑOZ CONDE (2003), p. 236.

12 ALBUQUERQUE (2019), p. 78-81.

13 MEDEIROS (2015) p. 20.

JAKOBS¹⁴. Após décadas de paulatina ascensão no meio acadêmico, o Direito Penal do Inimigo foi recuperado para as políticas criminais sobretudo após os ataques de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América. A “Guerra Mundial ao Terror” (*Global War on Terror*)¹⁵ que a administração Bush iniciou nesse dia foi decisiva para implementar na prática, em nome da segurança mundial, ideias e conceitos que até então apenas tinham sido recuperados no plano teórico. A intensificação do belicismo do dealbar do século serviu como terreno fértil para que o Direito Penal do Inimigo saltasse dos bancos das universidades para as políticas criminais, uma vez que, como aponta CORNACCHIA, trata-se de um direito que «assume, cada vez mais, as conotações de “guerra global”, de conflito continuado, endêmico, contra inimigos que operam tanto no interior como no exterior dos Estados»¹⁶. Nas palavras de JAKOBS, trata-se de «[u]ma guerra dentro de certos limites» para fazer «o que se tem de fazer para não perecer»¹⁷.

A moderna teoria do Direito Penal do Inimigo aproxima-se da sua formulação originária em muitos aspetos, mas afasta-se daquela noutros tantos. Esta versão moderna aparta-se agora das influências racistas, xenófobas e genocidas de outrora, mas mantém a lógica binária entre o inimigo e o cidadão comum, reservando ao inimigo a aplicação de um Direito Penal excecional justificado pelo ideal de segurança da sociedade. JAKOBS admite sem dificuldade a aversão que o conceito de lei penal do inimigo pode provocar. Também BASTIDA FREIXEDO aponta para um preconceito umbilicalmente ligado ao conceito de inimigo: «[s]e, em vez de mencionar o *inimigo*, se falasse de Direito Penal agravado, ou de Direito Penal em defesa da Constituição, ou se, o que produziria as mesmas consequências, se mantivesse o termo *inimigo*, mas se convencesse Habermas a defender a construção doutrinal, então veríamos como os dedos terminológicos da crítica se tornariam anfitriões ávidos da teoria»¹⁸. Independentemente das limitações terminológicas, JAKOBS defende a sua necessidade em nome do interesse geral, desenhando uma distinção entre as “pessoas” e os “inimigos”: «é possível propor um critério de distinção: o conceito “pessoa”

14 A expressão foi utilizada pela primeira vez por JAKOBS no Congresso de Professores de Direito Penal ocorrido em Frankfurt/Main em maio de 1985. Sobre a evolução do pensamento do autor ver PRITZWITZ, (2004).

15 Plano sobretudo militar, mas também diplomático, jurídico e financeiro para perseguir terroristas e evitar novos ataques. Nas palavras de George W. Bush: «*The attack took place on American soil, but it was an attack on the heart and soul of the civilized world. And the world has come together to fight a new and different war, the first, and we hope the only one, of the 21st century. A war against all those who seek to export terror, and a war against those governments that support or shelter them*».

16 CORNACCHIA (2005), p. 431.

17 JAKOBS (2004), p. 92.

18 BASTIDA FREIXEDO (2005), p. 278.

recua e o conceito “inimigo” avança quando os direitos humanos são reduzidos, porque não se pode esperar que a pessoa tenha um comportamento de acordo com a lei no futuro, e este comportamento não conforme é duradouro»¹⁹. Os autores dos ataques mais graves à sociedade cairiam assim nessa categoria e, por conseguinte, seriam excluídos da lei geral e das garantias que esta oferece para serem sujeitos a um direito excecional que é muito menos protetor.

II. Quem é o inimigo? A “não-pessoa”

Para a compreensão do Direito Penal do Inimigo é essencial analisar o conceito de inimigo. Inimigo é aquele que abandona de forma irreversível o Direito, porque atenta com particular gravidade contra os fundamentos do contrato social. Ao afastar-se irremediavelmente da sociedade, o inimigo deixa de ser merecedor das regras que a regem, passando a ser uma “não-pessoa” e, conseqüentemente, objeto de normas penais excecionais para esta categoria. Para JAKOBS, «ser uma pessoa na sociedade significa que se é reconhecido diariamente nesta sociedade como portador de direitos e obrigações, e isso não de forma forçada, mas reconhecido de forma óbvia»²⁰. O inimigo está nos antípodas da pessoa.

Esta doutrina não se aplica à generalidade dos criminosos. Ainda que aqueles que perpetram crimes coloquem em causa os fundamentos sociais ao lesarem bens jurídicos, nem todos os crimes apresentam uma gravidade que empurre os criminosos para lá da fronteira da sociedade. Pelo contrário, os inimigos declaram guerra à sociedade e às suas regras, perdendo a condição de sujeitos de direitos. Em suma, dá-se uma “despersonalização” do indivíduo que encarna então o inimigo. Ao contrário do criminoso de direito comum, que se vê temporariamente privado de parte dos seus direitos, mas que a comunidade pretende reintroduzir na sociedade por via do sistema penal e prisional, o inimigo coloca-se irremediavelmente fora do Direito. O ponto de viragem do inimigo é permanente, na medida em que a sociedade antecipa a perpetuação das suas ações criminosas no futuro, sem qualquer expectativa de reinserção social ou retorno ao Direito. Ele já não é «cognitivamente fiável» nas palavras de JAKOBS²¹.

Como explicam CHRISTINE LAZERGES e HERVÉ HENRION-STOFFEL,

19 JAKOBS (2009), p. 7.

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*.

«a lei penal do inimigo já não acredita no Homem, sela a queda do Homem. Na verdade, o inimigo (*Feind*) é aquele que não oferece garantias quanto à sua futura conduta; quer destruir a ordem legal e vive num permanente estado de guerra. A lei penal do inimigo, ao distinguir cidadãos e inimigos, pronuncia a pena de morte para a universalidade dos direitos e liberdades fundamentais, excluindo inimigos da comunidade dos Homens. É um direito de rejeição e sem qualquer esperança para aqueles que prejudicaram seriamente a Nação por atos terroristas ou crimes considerados muito graves»²².

A lei penal do inimigo opera então uma dissociação crucial, consoante a natureza do crime em questão, fundando a repressão penal na perigosidade permanente do agente. Quem são então os inimigos? Vejamos as principais categorias de criminosos que o legislador tem tratado como inimigos.

1. Terrorismo

Os terroristas encarnam na perfeição o conceito de inimigo da sociedade, uma vez que representam o expoente máximo a que tal animosidade pode conduzir, ao atacarem a sociedade indiscriminadamente, sem atender à condição das vítimas, pretendendo maximizar o dano que provocam. Os seus ataques visam não só provocar o dano que ocorre aquando da sua execução, mas, sobretudo, pelo seu carácter indiscriminado e imprevisível, espalhar o terror e instaurar um medo permanente. A oposição estrutural e odiosa do terrorista à sociedade que ataca, aliada ao choque social que os seus ataques geram, colocam-no na posição de inimigo da sociedade.

Naturalmente que não está em causa a necessidade de adoção de políticas racionais e eficazes de combate ao terrorismo e a crimes semelhantes, mas esta necessidade não pode justificar a adoção de quaisquer medidas. Os direitos humanos devem continuar a ser linhas vermelhas intransponíveis, cabendo ao legislador adotar as medidas mais efetivas de acordo com este padrão que deve caracterizar o Estado de Direito Democrático.

Se o terrorista constitui o arquétipo desta «não-pessoa» nos termos da lei e é a categoria que esteve na origem do conceito, é importante notar que a ideia de um Direito Penal excecional face à lei penal ordinária, para os atos considerados mais graves, infiltra-se insidiosamente em muitos aspetos da repressão de crimes e delitos, alargando-se a outras categorias de criminosos.

22 LAZERGES, e HENRION-STOFFEL (2016), p. 649.

2. Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores

A segunda categoria de crimes tipicamente associada ao inimigo são os criminosos que atentam contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, que entre nós estão tipificados como abuso sexual de crianças (artigo 171.º do CP); abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável (artigo 172.º do CP); atos sexuais com adolescentes (artigo 173.º do CP); recurso à prostituição de menores (artigo 174.º do CP); lenocínio de menores (artigo 175.º do CP); pornografia de menores (artigo 176.º do CP); aliciamento de menores para fins sexuais (artigo 176.º-A do CP); organização de viagens para fins de turismo sexual com menores (artigo 176.º-B do CP)²³. Ao pôr em risco a sustentabilidade da sociedade, atacando as crianças que representam o seu futuro, o agente mina as fundações sociais. O ataque àqueles que são simultaneamente o futuro da sociedade e o seu elo mais frágil – as crianças – consubstancia um crime de tal modo hediondo que suscita da parte da sociedade uma reação musculada e, tendencialmente, impiedosa. Esta tem sido, de resto, uma das principais bandeiras desfraldadas pelos movimentos políticos e jurídicos do populismo penal.

São conhecidas propostas em diversas partes do globo, incluindo entre nós, que visam disponibilizar à generalidade dos cidadãos o acesso à lista de pessoas condenadas por crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores. Em 2015, foi criado em Portugal o Registo de Condenados por Crimes Sexuais contra Crianças, que contava em 2022 com 6500 nomes²⁴. Este é acessível a magistrados para fins de investigação criminal, de instrução de processos criminais, de execução de penas e de decisão sobre adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de crianças ou regulação do exercício das responsabilidades parentais. Tem igualmente acesso quem coopere internacionalmente na prevenção e repressão da criminalidade, a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais e as Comissões de Proteção das Crianças e Jovens. O nome dos condenados consta desta lista por um período que pode chegar a 20 anos.

Este mecanismo é um reflexo de uma tendência transversal a diversos ordenamentos jurídicos surgida nos EUA em 1994, na sequência do trágico assassinato de uma criança, Megan Kanka, de 7 anos, por um vizinho que já fora condenado por agressões sexuais, encontrando-se em liberdade condicional. A Lei de Megan, aprovada na sequência deste crime, obriga à divulgação pública

23 Sobre a ideologia imanente à tipificação criminal destas condutas no CP, ver a nota prévia ao artigo 171.º em ALBUQUERQUE (2024), pp. 784-789.

24 <https://observador.pt/2023/02/18/pedidos-de-consulta-ao-registo-de-pedofilos-atingem-recorde-em-2022/>

do perfil e da morada dos abusadores e vigora em todos os Estados Unidos, variando apenas nos requisitos de acesso à lista. Fenômenos idênticos em Inglaterra e em França deram origem a mecanismos semelhantes. A lei britânica foi implementada na sequência do homicídio de duas crianças de dez anos por um homem condenado por vários crimes sexuais na escola onde trabalhava, tendo consagrado uma base de dados online, o *Visor – Violent and Sex Offender Register*, com acesso limitado à polícia e aos serviços prisionais. Em França, por sua vez, foi um caso de criminalidade sexual transfronteiriça que esteve na origem da criação de um Registo Nacional de Agressores Sexuais denominado *Fijais – Fichier des auteurs d’infractions sexuelles ou violentes*.

Este mecanismo a que os Estados recorrem para combater e prevenir os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores é um exemplo eloquente da forma diferenciada como tratam os crimes perpetrados pelos inimigos da sociedade, quando comparados com outros crimes. Sobretudo, esta prática vinca o julgamento de condenação social permanente do criminoso. Ainda que já tenha cumprido a pena, impende sobre ele o peso social da censura e da desconfiança permanentes, temendo-se que a qualquer momento possa repetir as mesmas ações. Em suma, o inimigo, ainda que adormecido, pode voltar a atacar a qualquer momento. Já não se trata de punir e reintegrar socialmente os criminosos. Trata-se de neutralizar os inimigos.

3. Criminalidade económica

Os criminosos económicos são também identificados por algumas legislações penais como inimigos, porque atacam os alicerces da economia de mercado e colocam em causa o erário público, os bens de que os cidadãos prescindem a título individual para benefício coletivo. Por conseguinte, o criminoso económico representa hoje um exemplo significativo deste inimigo, para quem as garantias fundamentais do direito e do processo penal são reduzidas, ou mesmo pura e simplesmente excluídas.

A jurisprudência do TEDH dá-nos vários exemplos significativos do tratamento excecional que é conferido à criminalidade económica. No caso *Grande Stevens c. Itália*²⁵, referente a infrações no mercado bolsista, os recorrentes foram condenados a sanções administrativas pecuniárias muito elevadas e ainda enfrentaram penas de prisão severas. Os seus julgamentos revelaram também um considerável desprezo pelas garantias de um julgamento justo, nomeadamente em termos de segredo das audiências, da falta de imparcialidade

25 TEDH, *Grande Stevens c. Itália*, n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, 7 de setembro de 2014.

e independência dos serviços de investigação e de acusação, do desrespeito pelo princípio do contraditório e da alteração da acusação sem o conhecimento prévio do arguido. Além disso, o montante das sanções impostas foi claramente desproporcionado, revelando uma reação punitiva muito excessiva quando comparada com a lei ordinária aplicável a qualquer cidadão.

O mesmo se aplica às infrações no âmbito do direito da concorrência em *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*²⁶. Neste caso é de notar que a gravidade do montante da sanção administrativa determinada pelos tribunais nacionais era tal que o Tribunal considerou que as garantias penais resultantes do artigo 6.º, n.º 2 e 3 da CEDH deveriam ter sido respeitadas.

No que se refere às infrações aduaneiras, o paradigmático caso *Kapetanios c. Grécia*²⁷ revela o mesmo tipo de tratamento altamente repressivo dos criminosos económicos nas sociedades europeias contemporâneas. Os recorrentes foram submetidos a processos sancionatórios penais e administrativos, sem quaisquer garantias de proporcionalidade e violando o princípio *ne bis in idem*. Além disso, foram condenados a sanções administrativas de natureza financeira consideráveis, apesar de os tribunais penais terem pronunciado a sua absolvição.

III. As especificidades do Direito Penal do Inimigo em relação ao Direito Penal e Processual comum

O Direito Penal do Inimigo caracteriza-se por apresentar um regime dualista, que distingue entre o direito aplicável à generalidade dos cidadãos e o direito aplicável aos inimigos. Se aquele permanece leal aos princípios do Direito penal liberal, neste último abre-se um campo de exceção à aplicação regular das normas penais substantivas e processuais. Apontámos as características estruturantes do Direito Penal aplicável ao inimigo, que se afirma por oposição ao Direito Penal liberal, dando corpo a um complexo jurídico assente na característica *jakobiana* de que o inimigo é uma não-pessoa. Doravante, analisaremos algumas das principais consequências deste conceito no âmbito do princípio da legalidade e da subsidiariedade, da antecipação da tutela penal, das derrogações às regras processuais, da perpetuação da repressão penal e da utilização de sanções como meio de eliminação.

26 TEDH, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*, n.º 43509/08, 27 de setembro de 2011

27 TEDH, *Kapetanios e outros c. Grécia*, n.º 3453/12, 42941/12 e 9028/13, 30 de abril de 2015

1. Ataques ao princípio da legalidade

Entre os efeitos mais nefastos da doutrina do Direito Penal do Inimigo está a flagrante violação do princípio da legalidade. Este pressupõe que nenhum crime pode ser imputado e nenhuma punição atribuída sem uma lei que explicitamente os preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). O princípio da legalidade implica destarte que a aplicação de uma pena se funde em lei pré-existente à data da infração. Ademais, a infração deve ser claramente tipificada e previsível para que o cidadão possa antecipar as consequências do seu comportamento. Este princípio fundamental do Estado de Direito democrático está consagrado no artigo 29.º da CRP e no artigo 7.º da CEDH, sendo um dos direitos inderrogáveis nos termos do artigo 15º da CEDH – ilustrando assim o seu papel de liderança na proteção dos direitos das pessoas e na organização da justiça, mesmo em tempos de crise constitucional.

O Direito Penal do Inimigo coloca em crise o princípio da legalidade, na sua vertente de princípio da tipicidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), ao definir vagamente as condutas penalmente relevantes. A título de exemplo, no direito internacional constata-se uma tendência para a tipificação de condutas tendo por base conceitos definidos em termos vagos e imprecisos, suscetíveis de alargar consideravelmente o seu âmbito de aplicação em claro prejuízo da certeza jurídica exigida pelo princípio da legalidade.

Veremos doravante exemplos da violação destes princípio estruturante do direito penal liberal.

a) Convenção do Conselho da Europa sobre a proteção das crianças

A Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual (Convenção de Lanzarote)²⁸ constitui um bom exemplo deste fenómeno. Destinado a reforçar a repressão de abusos sexuais cometidos contra menores, toca diretamente num dos fundamentos da lei penal do inimigo os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores. O artigo 20.º, n.º 2, define a pornografia infantil como «qualquer material que retrate visualmente uma criança que se envolva em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins essencialmente sexuais».

Embora a definição de pornografia infantil seja o elemento central das infrações que o n.º 1 do artigo 20.º pune, ela apresenta-se em termos vagos. Quer o conceito de “material visualmente representativo”, quer o de “representação de órgãos sexuais” não permitem definir o tipo de reprodução que está em causa.

²⁸ Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Criança contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, Lanzarote, 25.10.2007, Série de Tratados do Conselho da Europa – N.º 201.

Tendo em conta as consequências penais graves que este tipo de infração pode implicar, é essencial que o comportamento condenável seja claramente especificado, de modo que as suas consequências sejam previsíveis.

Em simultâneo, o texto não visa a tutela de bens jurídicos concretos, tais como a integridade física e a liberdade sexual dos menores, pois inclui condutas em que estes bens não são sequer potencialmente visados. A norma prevê que a mera representação gráfica de menores imaginados seja suficiente para consubstanciar a prática do crime, ainda que não represente nenhum menor existente e, portanto, não lese nenhum bem jurídico concreto²⁹.

Este laxismo na definição da Convenção de Lanzarote é propositado e tem por fim a adoção de uma definição com a máxima extensão, em flagrante desrespeito pelo princípio da legalidade. Todavia, este desprezo é “aceitável” precisamente devido à categoria de indivíduos em causa. Como se o facto de o texto se destinar a reprimir os autores de atos particularmente hediondos isentasse o legislador de todas as precauções que normalmente rodeiam a criação de um novo tipo penal.

b) Convenção europeia sobre a prevenção do terrorismo

A repressão dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores não é, naturalmente, a única em causa com este fenómeno e a punição das infrações relacionadas com o terrorismo tem características semelhantes. A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo³⁰ inclui um exemplo flagrante disso no artigo 5º, n.º 1. Este prevê que,

«[p]ara os efeitos da presente Convenção, entende-se por “incitamento público à prática de uma infração terrorista” a difusão ou qualquer outra forma de disponibilização ao público de uma mensagem, com a intenção de incitar à prática de uma infração terrorista, sempre que tal conduta, quer preconize diretamente ou não a prática de infrações terroristas, crie o perigo de que uma ou várias destas infrações possam ser cometidas».

Aqui, mais uma vez, a classificação da infração não satisfaz as condições necessárias para o cumprimento do princípio da legalidade. O que é que

29 Também MARIA JOÃO ANTUNES e CLAUDIA SANTOS (2012), anotações 3.ª e 14.ª ao Artigo 176.º, criticam a latitude destes conceitos que permitem uma tutela penal “demasiada longínqua” e indeterminada em relação ao bem jurídica da autodeterminação sexual do menor “de carne e osso”, concluindo mesmo pela inconstitucionalidade da incriminação da posse do material pedopornográfico com representação realista de uma pessoa não existente. Ver sobre esta opção de política criminal a discussão retratada em Albuquerque (2024), p. 813.

30 Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, adotada em Varsóvia, a 16 de maio de 2005, Série de Tratados do Conselho da Europa – N.º 196.

«qualquer outra forma de disponibilização» cobre exatamente? Que conteúdo deve ter a mensagem que preconize indiretamente o terrorismo? Estarão incluídas mensagens (indiretas) num contexto de uma discussão académica, política ou religiosa? Como determinar a intenção de incitar a prática de um crime terrorista? E, acima de tudo, como podemos identificar, através da conduta de provocação, o perigo de que um crime terrorista será efetivamente cometido se não tiver sido praticado? A formulação da infração pretendia ser tão abrangente que perde o seu significado e torna-se impossível determinar qual a conduta que se enquadra ou não no seu âmbito.

c) Diretiva 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo

O Conselho da Decisão-Quadro 2008/919/JAI da União Europeia, que alterou a Decisão-Quadro 2002/475/JAI sobre a luta contra o terrorismo³¹, seguiu o mesmo caminho, definindo

«[i]ncitamento público à prática de infracções terroristas» como «a distribuição, ou a difusão por qualquer outro modo, de uma mensagem ao público destinada a incitar à prática de qualquer das infracções enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º, sempre que tal conduta, ainda que não promova directamente a prática de infracções terroristas, provoque o perigo de uma ou mais dessas infracções poderem ser cometidas».

Como podemos determinar, com precisão, que a conduta, não promovendo directamente a prática da infração, cria, no entanto, o risco de que ela seja cometida? Acima de tudo, como podemos caracterizar aqui a responsabilidade do autor que não teve a intenção de incitar à prática de um crime terrorista, ao mesmo tempo que inspirou o autor de tais atos? Em nome da liberdade inerente à pessoa humana, a severa repressão deste tipo de atos não pode basear-se em tais fundamentos tão aleatórios.

A explicação para esta técnica legislativa é dada pelo próprio legislador europeu, nomeadamente no preâmbulo da própria decisão-quadro, que recorda no seu primeiro parágrafo que «[o] terrorismo constitui uma das mais graves violações dos valores universais em que a União Europeia se funda: dignidade humana, liberdade, igualdade, solidariedade, respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais. Representa também um dos ataques mais

31 Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008, que alterou a Decisão-Quadro 2002/475/JAI relativa à luta contra o terrorismo, OJ L 330, 9.12.2008, p. 21–23, vindo a ser posteriormente substituída pela Diretiva 017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo.

graves à democracia e ao Estado de Direito, princípios comuns aos Estados-Membros e nos quais a União Europeia assenta»³². A lógica da lei penal do inimigo resplandece aqui, ao justificar as debilidades da construção dogmática com a perigosidade que se pretende evitar.

Posteriormente, a Diretiva 017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra o terrorismo substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho e alterou a Decisão 2005/671/JAI do Conselho, mantendo as mesmas opções de fundo, mas explicitando o modo de difusão e as condutas adequadas a provocar o perigo. O novo texto passa a incluir expressamente a difusão «em linha» e as condutas de «glorificação de atos de terrorismo».

2. Diluição dos princípios da subsidiariedade e da ofensividade

De acordo com o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal só deve tutelar bens jurídicos com dignidade constitucional quando da ausência desse nível de tutela resulte uma insuportável violação dos mesmos. Deste modo, o legislador não poderá tutelar por via de uma incriminação bens jurídicos que não tenham consagração constitucional, nem deverá punir criminalmente as suas violações quando estas possam ser evitadas por recurso a meios menos lesivos para a liberdade dos cidadãos, tais como os resultantes do direito contraordenacional ou do direito disciplinar. Em suma, o Direito Penal é a última instância de tutela de bens jurídicos com dignidade constitucional³³.

O Direito Penal do Inimigo provoca uma diluição do princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), que postula a punibilidade apenas das condutas que violem ou coloquem em perigo um bem jurídico penalmente tutelado³⁴. Da mencionada diluição resulta uma inadmissível antecipação da tutela criminal (*Vorfeldkriminalisierung*).

O Direito Penal comum consagra o princípio de que sem o início da execução não há lugar à punição, uma vez que o Direito Penal não pune as meras intenções. Todavia, no domínio do Direito Penal do Inimigo esta lógica inverte-se. Estando perante um inimigo do ordenamento jurídico, é antecipável e tido como provável que venha a reincidir na prática criminosa, pelo que o Direito Penal se torna assim “prospetivo”, nas palavras do próprio JAKOBS. O elemento material da infração, em primeiro lugar, deixa de ser a lesão que o indivíduo provoca a

32 Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008, que altera a Decisão-Quadro 2002/475/JAI relativa à luta contra o terrorismo.

33 Ver a este propósito a síntese da doutrina portuguesa NUNES (2023), pp. 117-229.

34 Ver a este propósito COSTA (2017), p. 183.

determinado bem jurídico, mas o mero perigo de cometer um ato criminoso no futuro, mais ou menos distante.

Desta forma, a punição é antecipada, multiplicando-se as tipificações de condutas de perigo abstrato³⁵ (*abstrakte Gefährdungsdelikte*) e os crimes de empreendimento³⁶ e criminalizando-se mesmo os atos preparatórios muito longínquos do início da execução. Um exemplo desta tendência é a criminalização da realização de viagens ou até da mera organização de viagens ao estrangeiro (mesmo que não realizadas) para efeitos de participação em ato, organização ou treino terrorista, como consta dos artigos 4 a 6 do Protocolo adicional à Convenção do Conselho da Europa para a prevenção do terrorismo³⁷.

a) Punição de condutas socialmente neutras

Ademais, todas as condutas socialmente neutras que estejam minimamente conexas com o crime passam a ser alvo do Direito Penal, ainda que não se estabeleça nenhum nexo de causalidade com a consumação daquele. O Direito Penal do Inimigo pune o mero risco abstrato da ocorrência da lesão. O elemento moral da ofensa torna-se, então, o ponto central da repressão criminal, ao invés da ação. Saímos do âmbito do Direito Penal do facto e passamos para o Direito Penal do agente. Discordamos, por isso do entendimento de PEDRO JACOB MORAIS, que afirma ainda estarmos no domínio do Direito Penal do facto, uma vez que «(...) o Direito Penal do Inimigo se estrutura em torno de específicos tipos legais assentes numa base fáctica, numa concreta factualidade que o impede de resvalar para o campo do Direito Penal agente»³⁸. O que prevalece no quadro da lei penal do inimigo é o *animus auctoris*, mesmo sem qualquer conduta perigosa em si que coloque em causa o bem jurídico tutelado pela incriminação.

Exemplo cabal é a criminalização da ocultação do rosto no espaço público em França, em nome da segurança pública, uma vez que a lei presume que este comportamento poderá indiciar um radicalismo religioso propício a atividades terroristas. Claro está que da utilização da burca não resulta qualquer perigo para a sociedade, nem sequer a lesão putativa de qualquer bem jurídico.

35 Nos crimes de perigo abstrato o tipo não inclui a colocação em perigo do bem jurídico constituindo este perigo apenas um motivo da incriminação. Deste modo a tipificação assenta na presunção inilidível de perigo associada à conduta típica. Esta doutrina clássica é contestada por alguns autores que entendem que deve ser admitida a prova negativa do perigo nos crimes de perigo abstrato por força do princípio da culpa.

36 No crime de empreendimento verifica-se uma equiparação típica entre a tentativa e a consumação, constituindo a prática de qualquer ato de execução já uma consumação do crime punível com a mesma moldura penal. A doutrina discute se é possível a tentativa do crime de empreendimento.

37 Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, aberto a assinatura em Riga, em 22 de outubro de 2015, Série de Tratados do Conselho da Europa – N.º 217.

38 MORAIS (2020), p. 360.

Todavia, a lógica do inimigo prevalece sobre os fundamentos históricos do sistema penal. Subscrevemos, por isso, o entendimento de CANCIO MELIÁ, segundo qual «o Direito Penal do Inimigo não estabelece normas (prevenção geral positiva), mas demoniza (=exclui) certos grupos de infratores; conseqüentemente, o Direito Penal do Inimigo não é uma lei penal do ato, mas sim do autor»³⁹.

b) Subjetivação da legítima defesa putativa

Como decorrência da exponenciação do valor da segurança da sociedade, quando confrontada com os crimes perpetrados pelos inimigos da sociedade, assistimos a um crescente poder atribuído às forças policiais. O caso da legítima defesa é paradigmático, verificando-se um movimento jurisprudencial de subjetivação da legítima defesa putativa, mesmo quando um *bonus pater familiae* colocado na mesma situação de facto teria concluído que não havia perigo ou agressão em curso. A mesma subjetivação é encontrada nos casos de tentativa impossível, no que concerne ao juízo de exequibilidade do crime evitado.

Este entendimento resulta claro no caso de *Armani Da Silva c. Reino Unido*⁴⁰. No rescaldo dos atentados terroristas de 2005 em Londres, as autoridades policiais britânicas confundiram um cidadão residente numa das zonas sob vigilância, o Sr. Menezes, com um indivíduo suspeito de ter participado na preparação dos referidos crimes. Este saiu de casa sem que as forças policiais se organizassem para intercetá-lo, como podiam ter feito, sem necessidade de o matar. Tendo ele seguido até ao metro, foi alvejado mortalmente pela polícia, quando acabava de se sentar. Veio a confirmar-se que o Sr. Menezes não tinha qualquer arma nem tampouco qualquer ligação aos crimes perpetrados. Todavia, a ação policial o foi justificada ao abrigo da legítima defesa putativa, pois os tribunais entenderam que esta deveria ser aferida exclusivamente em função da representação mental dos agentes policiais e não de um *bonus pater familiae*, quando colocado na mesma situação. Foi o contexto do combate sem tréguas ao terrorismo que conduziu a que uma solução imponderada fosse admitida pelos tribunais britânicos, que consideraram que o uso da força por estes agentes se justificava, atribuindo às forças de segurança um poder cada vez menos fiscalizável de decidir quando é que a situação acarreta perigo suficiente para justificar o recurso à legítima defesa. O TEDH confirmou esta interpretação subjetiva da legítima defesa putativa, consagrando como padrão europeu o entendimento dos tribunais britânicos⁴¹.

39 CANCIO MELIÁ (2005), p. 369.

40 TEDH, *Armani Da Silva c. Reino Unido*, n.º 5878/08, 30 de março de 2016.

41 TEDH, *Armani Da Silva*, citado acima, §249 a 256.

c) Punição da tentativa de cumplicidade/instigação frustrada

A flexibilização dos princípios da dogmática penal a nível internacional, como temos vindo a analisar, também entre nós se denota, como é exemplo cabal o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ 11/2009⁴².

No caso em apreço, um sujeito havia contactado uma oficina de carros, estando em crer que se tratava de um negócio de fachada de um grupo de crime organizado e pretendendo recrutar um assassino para matar a sua mulher. Acontece que a oficina de automóveis não passava efetivamente disso mesmo, pelo que o cidadão que recebeu a proposta criminosa aprontou-se a denunciá-la aos órgãos de polícia criminal. Com o fito de aumentar as provas contra o instigador, o pretense instigado recebeu uma primeira tranche do pagamento, que manifestou aceitar, vindo inclusive o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efetivação. Todavia, o mandatado não veio a praticar qualquer ato de execução do facto, pelo que o bem jurídico tutelado pela incriminação nunca foi efetivamente colocado em risco.

Para estupefação geral, o STJ considerou tratar-se de um crime de homicídio na forma tentada na forma de autoria mediata, previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), 23.º, 26.º e 131.º, todos do CP. A sentença é extremamente deficitária porque, como aponta SOUTO DE MOURA no seu voto de vencido, «[d]e todo o exposto se conclui que o agente, na situação em apreço, não pode ser punido. Porque a tentativa de instigação não é punível entre nós, porque não pode ser considerado autor mediato, porque não ocorreu qualquer co-autoria, porque não praticou actos de execução para poder ser condenado como autor individual de um crime tentado»⁴³.

O STJ sucumbiu às exigências retribucionistas que a encomenda da morte da mulher espoleta na generalidade dos cidadãos. Para tutelar esta convicção social preteriu os princípios fundacionais do edifício penal português, desfigurando por completo os institutos da instigação e da autoria mediata. Esta cédência espelha claramente a tendência de flexibilização de regras da dogmática penal tendo por fim a punição reclamada em coro na praça pública⁴⁴.

42 Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ de 18.06.2009 (António Pires Henriques da Graça), in www.dgsi.pt.

43 *Ibidem*, voto de vencido de Souto de Moura.

44 Em decisão posterior o STJ, no acórdão 20.09.2018 (Carlos Almeida), in Coletânea de jurisprudência acórdãos do STJ, Vol. XXVI (3), p. 161. modificou o seu entendimento considerando em caso análogo que se estava diante uma tentativa fracassada de instigação, pelo que não punível. Sobre esta discussão ver anotação 20 ao artigo 26 in ALBUQUERQUE (2024), p. 234.

3. Agravamento das sanções

No contexto do direito Penal de exceção, o inimigo assume a sua condição de crónico opositor à sociedade, pelo que os seus crimes são antecipáveis e a sua reincidência previsível. Ademais, a sua reinserção social é tida por utópica, uma vez que a oposição matricial aos valores da sociedade e do Direito é de tal modo fratricida que não admite recuo. Nestes termos, assistimos a uma natural perpetuação das sanções, dado que a perigosidade social do agente se mantém inalterada e independente da pena cumprida. Passamos a analisar as manifestações mais frequentemente decorrentes desta tendência.

a) A multiplicação dos crimes imprescritíveis

Quando as circunstâncias dão origem a uma luta genuína contra um inimigo designado não é incomum que os tribunais nacionais modifiquem ou até manipulem os prazos de prescrição do procedimento criminal, levando *de facto* a uma extensão *ad aeternum* da repressão criminal. No caso *Mocanu e outros c. Roménia*⁴⁵, o TEDH entendeu que o estado de alteração psicológica da vítima de crimes graves cometidos num contexto de “terrorismo de Estado” é motivo suficiente para a extensão dos prazos para queixa e de prescrição:

«as consequências psicológicas dos maus-tratos por agentes do Estado também podem afetar a capacidade das vítimas se queixarem do tratamento sofrido, e podem constituir um impedimento significativo para o direito de intentar um processo das vítimas de tortura e outros maus-tratos. Esses fatores podem tornar a vítima incapaz de tomar as medidas necessárias para intentar sem demora um processo contra o agressor. Assim, [...] estes fatores são cada vez mais tidos em conta a nível nacional, conduzindo a uma certa flexibilidade no que respeita aos prazos de prescrição aplicáveis»⁴⁶.

Além disso, existe um movimento a favor da imprescritibilidade de certos crimes graves, iniciado com a adoção da Convenção sobre a Não Aplicabilidade das Limitações Estatutárias aos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade em 1970⁴⁷. Desde então, o desejo de responsabilizar os autores de crimes considerados particularmente hediondos, em detrimento de quaisquer prazos de prescrição, tornou-se generalizado.

45 TEDH, *Mocanu e outros c. Romania*, n.º 10865/09, 45886/07 e 32431/08, 17 de setembro de 2014.

46 *Ibidem*, §274.

47 A Resolução 2391 (XXIII) de 26 de novembro de 1968 da AGNU entrou em vigor em 11 de novembro de 1970.

O TIDH deu um impulso crucial a este movimento, considerando, por ocasião do acórdão no caso *Barrios Altos c. Peru*⁴⁸, que as disposições sobre prescrição e amnistia destinadas a impedir a investigação e a punição dos responsáveis por violações graves dos direitos humanos, tais como o terrorismo, a tortura, as execuções extrajudiciais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, são proibidas pela lei internacional dos direitos humanos.

O TEDH seguiu uma abordagem semelhante em *Marguš c. Croácia*⁴⁹, recorrendo em primeiro lugar a sua anterior jurisprudência segundo a qual «quando um funcionário público é acusado de crimes relacionados com atos de tortura ou maus-tratos, é da maior importância que o processo e a condenação não sejam limitados pelo regime da prescrição e que a aplicação de medidas como amnistia ou perdão não seja permitida»⁵⁰. Por conseguinte, inferiu, no âmbito do combate às formas mais graves de criminalidade, que «a concessão de amnistia aos autores de homicídio ou de maus-tratos de civis seria contrária às obrigações dos Estados nos termos dos artigos 2.º e 3.º da Convenção, uma vez que tal medida impediria as investigações sobre tais atos e conduziria necessariamente à concessão de impunidade aos seus autores»⁵¹.

b) Desconsideração do princípio *ne bis in idem*

Outra ilustração deste fenómeno é o abandono, nestes casos, do clássico princípio do *ne bis in idem* do Direito Penal e o princípio da unidade da ação repressiva do Estado. No caso *A. e B. c. Noruega*,⁵² o TEDH tratou da aplicação das sobretaxas aos infratores fiscais já condenados pelos mesmos atos. Este sistema relativamente difundido na Europa, segundo o qual os autores deste tipo de infrações incorrem em sanções administrativas e penais com um efeito cumulativo muito gravoso, foi validado pelo TEDH. A articulação dos dois mecanismos de punição é muitas vezes insatisfatória e põe em causa o princípio fundamental do *ne bis in idem* no Direito Penal, ou seja, o direito de não ser condenado duas vezes pelo mesmo delito. No entanto, a luta contra as infrações fiscais representa um interesse central nas sociedades modernas, dando origem a situações extraordinárias como este caso em que os recorrentes sofreram uma dupla penalização manifestamente excessiva e desproporcional, sem que pudessem gozar das devidas garantias processuais em cada um dos processos (administrativo e penal) em que tiveram de se defender. Ao voltar as

48 TIDH, *Bairros Altos c. Peru*, julgamento de 14 de março de 2001 (mérito), Série C-75 § 41.

49 TEDH, *Marguš c. Croácia*, n.º 4455/10, 27 de maio de 2014.

50 *Ibidem*, §126.

51 *Ibidem*, §127.

52 TEDH, *A e B c. Noruega*, n.º 24130/11 e 29758/11, 15 de novembro de 2016.

costas a um princípio fundamental do Direito Penal, a política criminal norueguesa ilustra a forma drástica de restrição dos direitos dos acusados. A circunstância de vários outros Estados europeus se terem junto como *amicus curiae* neste processo, defendendo a posição do Estado respondente, demonstra que esta política criminal tem uma importância transversal no contexto europeu.

c) Maximizar o efeito vexatório da pena

Como efeito direto da despersonalização do inimigo assistimos à erosão do seu direito ao bom nome, honra e imagem. As medidas de vexame público foram desde sempre uma constante do poder punitivo do Estado. Desde as penas em pelourinhos à exibição pública dos condenados, o direito sancionatório recorreu com frequência ao vexame público como forma de repressão e dissuasão. O Direito Penal comum, na senda da reintegração social do agente, procurou salvaguardar o criminoso, abolindo as execuções de penas em praça pública e consagrando a salvaguarda da imagem dos arguidos e dos condenados.

Todavia, este paradigma é hoje fortemente questionado. Em relação a determinados crimes, que podemos associar aos inimigos, acentua-se o efeito de vexame público como demonstração do triunfo da sociedade sobre os seus opositores. Esta maximização do efeito difamatório das penas (*name and shame policy*) é exponenciada pela comunicação social, que se limita a dar voz à exigência popular de, tal qual como nas sociedades tribais, ver exposto o inimigo que enfrentou a comunidade. As listas de criminosos sexuais publicadas na internet nos Estados anglo-saxónicos visam precisamente esse efeito, tendo por isso sido rejeitadas pelo legislador português. Também a criminalidade económica gera tal rancor social, como a ampla divulgação das imagens da detenção do ex-banqueiro João Rendeiro em pijama o comprova. Para além da pena, o Direito Penal do Inimigo exige que o criminoso seja exibido nos pelourinhos dos nossos dias, isto é, nos media, para que seja vexado todo aquele que tenha colocado em causa os valores matriciais da sociedade.

4. Derrogações às regras do processo penal

O processo penal é, historicamente, o campo das garantias individuais, fruto de uma evolução histórica lenta, mas edificante, que culminou no princípio de que os fins não justificam os meios para a obtenção da verdade material. No contexto de guerra em que se move o Direito Penal do Inimigo não há espaço a conceções, pelo que esta é, naturalmente, uma das áreas em que esta doutrina se tem repercutido com maior intensidade. As regras processuais destinam-se

a assegurar que os direitos, liberdades e garantias dos suspeitos e arguidos são respeitados, independentemente da infração em causa. Em face desta nova doutrina, determinados sujeitos processuais representam uma ameaça que necessita de ser debelada urgentemente. Nestes termos, as garantias processuais são entropias à eficaz tutela da segurança e paz sociais, pelo que se tende a minimizar ou mesmo excluir determinadas regras processuais no interesse da eficácia e da rapidez das investigações e processos judiciais. Uma vez que o inimigo, ao atentar contra a sociedade, renunciou permanentemente à Lei, não pode invocar agora a sua faceta garantística. JAKOBS apresenta explicitamente a «lei penal do inimigo processual», para os casos em que o arguido representa uma ameaça para a condução normal do processo. Chega inclusivamente a propor que as medidas coercivas de natureza jurídico-criminal, como a busca, a detenção e a prisão preventiva, sejam dirigidas «contra o indivíduo que, com os seus impulsos e medos, se torna perigoso para o curso ordenado do Direito e luta, portanto, como inimigo»⁵³.

A aplicação de regimes decorrentes do direito ordinário, sem ter em conta as garantias mínimas dos arguidos, na doutrina do Direito Penal do Inimigo, tem consequências mais vastas para a própria natureza da repressão penal. Quando os processos penais são tradicionalmente limitados no tempo e nos seus efeitos a inversão dos valores induzidos pela lógica do inimigo dá origem a um novo Estado Leviatã em detrimento das liberdades individuais.

Como aponta GERMANO MARQUES DA SILVA, em entendimento que subscrevemos, «[h]á que ponderar que a ordem pública é mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e da rectidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, pois são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos, por não descobertos, sejam quais forem os métodos de investigação utilizados»⁵⁴.

São vários os aspetos processuais em que a doutrina do Direito Penal do Inimigo se tem manifestado, entre os quais as medidas excepcionais de vigilância, o enfraquecimento do controlo judicial das medidas de investigação, a limitação do acesso ao advogado, a atribuição de prerrogativas especiais às autoridades de polícia e uma inversão preocupante dos valores do processo, incluindo do princípio da presunção da inocência. Debruçar-nos-emos agora sobre três: a) o enfraquecimento do papel dos advogados, b) o uso ilimitado de técnicas especiais de investigação e c) a vigilância eletrónica massiva de cidadãos.

53 JAKOBS (2004), p. 93.

54 SILVA (2005), p. 76.

a) O enfraquecimento do papel do advogado

Num contexto de Direito Penal do Inimigo, o advogado é um obstáculo à eficiência do processo que visa a vingança social. O desempenho do seu múnus profissional pode acarretar a impossibilidade de punir aquele que atentou contra a sociedade ou até perpetuar um estado de insegurança social que o arguido representa.

Assim, temos assistido a uma crescente restrição ao direito a um advogado, como sucede no caso paradigmático dos julgamentos contra suspeitos de terrorismo. O direito comparado empresta-nos bons exemplos destas práticas, como por exemplo o n.º 31 da Lei de Introdução à Organização Judiciária Alemã e as “entrevistas de segurança” do *Terrorism Act* britânico, que permitem a um alto funcionário, entre outras coisas, atrasar a consulta a um advogado quando poderia prejudicar a investigação ou a prevenção de outros atos terroristas⁵⁵. Quando o TEDH foi chamado a pronunciar-se sobre estas práticas e a sua compatibilidade com o artigo 6.º da CEDH, em *Ibrahim e outros c. Reino Unido*⁵⁶, legitimou-as à luz do contexto do combate ao terrorismo, sustentando que «ficou provado que, na altura das entrevistas policiais impugnadas, havia uma ameaça excecionalmente grave e iminente à segurança pública e que esta ameaça proporcionava razões imperiosas que justificavam o atraso temporário do acesso dos quatro candidatos aos advogados»⁵⁷.

b) O uso ilimitado de técnicas especiais de investigação

Entre as liberdades individuais sacrificadas em nome da lei penal do inimigo, a privacidade surge quase sempre como um alvo privilegiado da política criminal antiterrorista. Neste contexto, assistimos a um enfraquecimento considerável dos aspetos mais básicos deste direito fundamental. O caso de *Szabo e Vissy c. Hungria*⁵⁸ é uma ilustração relevante deste facto. Perante a legislação antiterrorismo húngara que confere poderes acrescidos às autoridades policiais para a realização de vigilâncias, escutas e buscas domiciliárias, o TEDH considerou que «é uma consequência natural das formas tomadas pelo terrorismo atual que os governos recorram a tecnologias de ponta para antecipar tais ataques, incluindo o controlo massivo de comunicações suscetíveis de conter indícios de incidentes iminentes»⁵⁹. Concluiu, no entanto, no caso em apreço, que a legislação húngara não forneceu garantias suficientes para proteger o direito à

55 *United Kingdom Terrorism Act 2000*.

56 TEDH, *Ibrahim e outros c. Reino Unido*, n.º 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, 13 de setembro de 2016.

57 *Ibidem*, §203.

58 TEDH, *Szabó e Vissy c. Hungria*, n.º 37138/14, 12 de janeiro de 2016.

59 *Ibidem*, §68.

privacidade nos termos do artigo 8.º da CEDH, demonstrando a sua vontade em manter a eficácia dos direitos humanos na luta contra o terrorismo, apesar das medidas excepcionais que esta justificaria⁶⁰.

O ataque mais grave à privacidade dos cidadãos provém da utilização indiscriminada das técnicas especiais de investigação, tais como o uso de agentes infiltrados, agentes provocadores e outros “bufos”. Elas são medidas excepcionais que comprometem gravemente os direitos processuais dos arguidos e põem em causa a democracia, como sustenta GERMANO MARQUES DA SILVA⁶¹. O TEDH limitou severamente a utilização destas técnicas no fundamental caso *Lagutin c. Rússia*⁶², precisamente para evitar a sua manipulação processual pelas autoridades policiais, muitas vezes com a conivência do Ministério Público.

c) Vigilância massiva dos cidadãos, sem suspeita concreta

Num contexto de repressão a todo o custo da criminalidade perpetrada pelo inimigo, os Estados adotaram mecanismos altamente intrusivos na vida dos cidadãos comuns. Tendo por premissa a ideia de que os cidadãos honestos não têm nada a dever, logo, não se devem importar com a vigilância massiva, o Estado tem gradualmente caminhado para a compressão do direito à reserva da intimidade da vida privada ou o direito à privacidade na internet.

O acórdão do TEDH *Big Brother Watch e outros c. Reino Unido*⁶³ é um exemplo eloquente destas práticas. Numa decisão histórica sobre a vigilância em massa (*mass surveillance*), o TEDH considerou que o regime de interceção de comunicações e dados em massa do Reino Unido violou o direito à privacidade pela sua falta de supervisão judicial e omissão de salvaguardas processuais suficientes. Em causa estava a adoção de um programa de vigilância por parte do Reino Unido que permitia ao Estado adquirir enormes quantidades de informação pessoal sem o consentimento ou conhecimento dos cidadãos, tal como fora exposto por Edward Snowden.

Este programa, denominado TEMPORA, permite que os serviços secretos acessem a comunicações em massa que passam por cabos de fibra ótica que ligam o Reino Unido ao resto do mundo. O Reino Unido não só utiliza estes dados para os seus próprios fins, como também fornece aos serviços secretos americanos acesso a estes mesmos dados. Os dados recolhidos incluem comunicações de internet e telefone – como o conteúdo de e-mails, entradas no

60 *Ibidem*, §89.

61 A este propósito ver SILVA (1994) p. 27 a 34.

62 TEDH, *Lagutin e outros c. Rússia*, n.º 6228/09, 19678/07, 52340/08, 7451/09 e 19123/09, 24 de abril de 2014.

63 TEDH, *Big Brother Watch e outros c. Reino Unido*, n.º 58170/13, 62322/14 e 24960/15, 25 de maio de 2021.

Facebook e histórias de websites – bem como os metadados, isto é, os dados sobre comunicações – como o dia, hora e duração da comunicação ou a rede informática onde os dados foram criados e para onde foram transferidos.

IV. Conclusão

A qualidade de pessoa decorre da natureza humana e não da adesão, voluntária ou involuntária, a um pretense contrato social. Ao romper com o contrato social, positivado na lei redigida pelos representantes da comunidade, o cidadão deve ser corrigido para saber viver na sociedade a que pertence. Todavia, não é por lesar esse mesmo contrato social, ainda que gravemente, que o ser humano é despedido desta sua condição. Ao legislador cumpre apenas reconhecer a sua dignidade, que lhe é anterior, e legislar partindo dessa premissa.

Assim, os princípios do Direito Penal liberal não são um prémio pela maior ou menor ligação da pessoa à sociedade, mas antes decorrências que resultam diretamente da dignidade da pessoa. A justificação da sua existência está a montante dos seus fins. Por isso, não podemos concordar com JAKOBS quando afirma que «o Direito Penal do Inimigo otimiza a proteção dos bens jurídicos; o Direito Penal do cidadão otimiza a esfera de liberdade»⁶⁴. A nosso ver, a proteção dos bens jurídicos só tem sentido e validade quando se realiza com respeito pela esfera da liberdade. Como sabiamente sentenciou Benjamin Franklin, «[a] queles que abrem mão da liberdade essencial por um pouco de segurança temporária não merecem nem liberdade nem segurança».

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2019, *Em defesa dos direitos fundamentais*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2024, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da república e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a edição, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ANTUNES, Maria João e CLAUDIA SANTOS, 2012, «Anotações ao Artigo 176.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Jorge Figueiredo Dias (Coord.), Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.
- BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, 2005, «Los Bárbaros en el umbral fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo» in *Derecho Penal del Enemigo*, El

64 Jakobs (1985), p. 751.

- discurso penal de la exclusión*, Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez (coords), Vol. I, Madrid: Edisofer, pp. 277-304.
- BECCARIA, Cesare, 1998, *Dos delitos e das penas*, tradução de José Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, 2005, «De nuevo: ¿Derecho Penal del Enemigo?» in *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez (coords), Vol. I, Madrid: Edisofer, pp. 341-382.
- CORNACCHIA, Luigi, 2005, «La Moderna Hostis Iudicatio entre norma y estado de excepción», in *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez (coords), Vol. I, Madrid: Edisofer, pp. 415-456.
- COSTA, Faria, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017.
- GROSSO GARCIA, MANUEL SALVADOR, 2006, «Qué es y qué puede ser el “derecho penal del enemigo”? Una aproximación crítica al concepto» in *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez (coords), Vol. II, Madrid: Edisofer, pp. 1-50.
- HOBBS, Thomas, 2002, *Léviathan*, tradução de M. Philippe Foliot, in <http://perso.wanadoo.fr/philotra/>.
- LAZERGES, CHRISTINE, ET HERVÉ HENRION-STOFFEL, 2016, «The decline of criminal law and the rise of the concept of enemy criminal law», in *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*; vol. 3, no. 3, pp. 649-662.
- JAKOBS, Günther, 1997, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» en *Estudios de Derecho penal*, tradução de Enrique Peñaranda Ramos, Civitas, Madrid, pp. 293-324.
- JAKOBS, Günther, 1999, *La ciência del Derecho penal ante las exigencias del presente*, tradução de Teresa Manso Porto, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- JAKOBS, Günther, 2003, *Derecho penal del enemigo*, tradução de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid.
- JAKOBS, Günther, 2009, «Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi», *Revue de science criminelle*, pp. 7-18.
- MEDEIROS, Rui, 2015, *A Constituição portuguesa num contexto global*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MEZGER, Edmund, 1934, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*.
- MORAIS, PEDRO JACOB, 2020, *Em torno do Direito Penal do Inimigo, uma análise crítica a partir de Günther Jakobs*, Lisboa: Gestlegal.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, 2003, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, *Estudios sobre el Derecho penal en el Nacional Socialism*, 4.ª edição, Valencia: Tirant lo blanch.

- NEUMANN, Ulfried, 2005, «Derecho Penal del Enemigo», in *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión* Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez (coords), Vol. II, Madrid: Edisofer, p. 391 a 409.
- NUNES, Duarte Rodrigues, 2023, *Curso de Direito Penal, Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Gestlegal.
- PRITTWITZ, Cornelius, 2004, «Derecho Penal de enemigo ¿análisis crítico o programa de Derecho penal?», in *La política criminal en Europa*, Santiago Mir Puig/Mirentxu Corcoy Bidasolo, Atelier, Barcelona, 2004, p. 107 a 119.
- SCHMITT, Carl, 2005, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, traduzido por George Schwab, The University of Chicago Press, publicado originalmente como *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranitat*, 1922.
- SCHMITT, Carl, 2008, *O Conceito do Político/ Teoria do Partisan*, traduzido por Geraldo de Carvalho, Editora Del Rey, publicado originalmente em dois volumes distintos como *I: Der Begriff des Politischen* e *II: Theorie des partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, 1932.
- SILVA, Germano Marques da, 2005, «Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?)», in *Lusíada. Direito.*, Edição n.º 3 (2005), <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/719>
- SILVA, Germano Marques da, 1994: «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos», in *Direito e Justiça*, 8 (2), pp. 27-34.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, 2002, *Le Contrat Social*, tradução por Jean-Marie Tremblay, in <http://www.lyc-vinci-st-witz.ac-versailles.fr/spip.php?article256&artpage=6-6>.

Jurisprudência

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

- A and B c. Noruega*, n.º 24130/11 e 29758/11, 15 de novembro de 2016
- A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*, n.º 43509/08, 27 de setembro de 2011
- Armani Da Silva c. Reino Unido*, n.º 5878/08, 30 de março de 2016
- Big Brother Watch e outros c. Reino Unido*, n.º 58170/13, 62322/14 e 24960/15, 25 de maio de 2021
- Grande Stevens c. Itália*, n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, 7 de setembro de 2014
- Ibrahim e outros c. Reino Unido*, n.º 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, 13 de setembro de 2016

Lagutin e outros c. Rússia, n.º 6228/09, 19678/07, 52340/08, 7451/09 e 19123/09, 24 de abril de 2014

Kapetanios e outros c. Grécia, n.º 3453/12, 42941/12 e 9028/13, 30 de abril de 2015

Margus vs. Croácia

Mocanu e outros c. România, n.º 10865/09, 45886/07 e 32431/08, 17 de setembro de 2014

Szabó e Vissy c. Hungria, n.º 37138/14, 12 de janeiro de 2016

Tribunal Interamericano de direitos humanos

Bairros Altos c. Peru, julgamento de 14 de março de 2001 (mérito), Série C-75

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ de 18.06.2009 (António Pires Henriques da Graça), in www.dgsi.pt

Acórdão 20.09.2018 (Carlos Almeida), in Coletânea de jurisprudência acórdãos do STJ, Vol. XXVI (3)

