



CATOLICA
FACULDADE
DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO

DIREITO PENAL DO INIMIGO

TERRORISMO - (INIMIGO) DO DIREITO PENAL

Flávio Santana de Matos

Orientadora: Prof.^a Doutora Paula Ribeiro de Faria

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola do Porto
Mestrado em Direito/ Direito Criminal

Porto, Outubro de 2017

Resumo

Foi apresentado em 1985 um novo conceito jurídico-penal, pelo penalista alemão Günther Jakobs: o designado Direito Penal do Inimigo. Na altura foi apresentado como mais uma teoria, que não teve qualquer acolhimento por conflitar com os elementares princípios fundamentais.

Porém, logo após os atentados de 11 de setembro de 2001, esta teoria ganha protagonismo, sendo para alguns um remédio de combate ao terrorismo.

Muitos são aqueles que manifestam dúvidas com o nosso atual quadro jurídico, apesar de já terem sido feitos progressos significativos de adoção de medidas de combate ao terrorismo, porém insuficientes no que diz respeito ao estado de preparação de eventuais ataques.

A tentativa de encontrar desenfreadamente instrumentos de combate a potenciais atos terroristas, sem que sejam respeitados certos limites, arrasta consigo um retrocesso civilizacional ao *ius puniendi*, típico em estados absolutos, que em nada se assemelha ao mundo de hoje.

É, portanto, afirmado que a aplicação integral da teoria de Jakobs, Direito Penal do Inimigo é inconstitucional. Existe no nosso ordenamento jurídico, alguns institutos que podem responder à atual crise do terrorismo, como por exemplo, a aplicação da pena relativamente indeterminada - seguindo-se a própria teoria na questão das medidas de segurança - com o objetivo de bloquear a perigosidade do agente, impondo-lhe um regime de desradicalização e de ressocialização.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo, Terrorismo, lobo solitário

Abstract

In 1985, a new criminal law concept was presented by the criminal Gunther Jacobs: the criminal law of the enemy. By then, it was presented as one more theory that didn't have any reception because it conflicted with the basic fundamental principles. However, right after the September 11 attacks, this theory rises up, being for some a solution for the combat of terrorism.

There are a lot of people who have doubts concerning our current legal framework.

In spite of significant progress concerning the adoption of measures has already been made, it is insignificant when it comes to the state of preparation of eventual attacks.

The wildly attempt to find instruments of combat to potential terrorist acts, not respecting certain limits, drags with it a civilizational set back in *ius puniendi*, typical of absolute states, which have nothing to do with our world nowadays.

Therefore, it is said that the total application of Jackobs' theory: the criminal law of the enemy is unconstitutional.

In our legal order there are some institutes that can answer the current crisis of terrorism, for example, the application of a penalty more or less determinated, which is followed by the theory related to the issue of security measures, whose goal is to block the danger of the agent, giving it a process of de-radicalization and resocialization.

Keywords: Criminal Law of the Enemy, Terrorism, lone wolf

Agradecimentos

Em especial à minha mulher, pelo esforço que todos os dias faz para que possamos alcançar os nossos objetivos, ao meu pai, o meu conselheiro, ao corpo docente da Universidade Católica Portuguesa, pela oportunidade que me deu, mas sobretudo por ajudar-me a ser o homem que hoje sou, e finalmente aos meus amigos, que nos momentos mais difíceis da minha vida nunca me abandonaram.

Como não poderia deixar de ser, este esforço é dedicado principalmente ao meu filho Guilherme Emanuel.

“A esperança tem duas filhas lindas, a indignação e a coragem; a indignação nos ensina a não aceitar as coisas como estão; a coragem, a mudá-las”

- Santo Agostinho -

1. Introdução

O tema proposto, pela sua importância prática, impõe uma abordagem responsável, profícua e consentânea com o Direito Penal.

Portugal é apelidado de ser um país de brandos costumes, mas pela sua história e localização pode ser confrontado com novos problemas, que se relacionam com casos de terrorismo.

Por esse motivo, e dado os mais recentes atentados terroristas, é premente delimitar campos de atuação, de modo a detetar e prevenir potenciais focus de conflito.

Diferentemente dos atentados ocorrido nos EUA em 2001, têm surgido com alguma frequência, casos de agentes isolados, muitos deles “desorganizados”, que tentam impor uma ideologia radical suportada no terror e no medo, provocando na sociedade, um forte sentimento de insegurança e de desconfiança generalizada. Em alguns dos mais recentes acontecimentos os estados têm demonstrado várias falhas e vulnerabilidades, que acabam por comprometer a própria liberdade individual dos seus cidadãos.

A questão que se coloca é a seguinte: este novo fenómeno de ilícito criminal deve ou não ter o mesmo tratamento jurídico que os restantes casos?

Em 1985, foi apresentado um novo conceito jurídico-penal, pelo penalista alemão Günther Jakobs: o designado Direito Penal do Inimigo. Na altura foi apresentado como mais uma teoria, que não teve qualquer acolhimento por conflitar com os elementares princípios fundamentais, designadamente os princípios do Estado de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

Porém, esta ganha protagonismo logo após os atentados de 11 de setembro de 2001, querendo afirmar-se como um remédio para o terrorismo.

Apesar das sucessivas críticas a esta teoria, certo é que em vários países da América Latina, esta foi adotada, transformando os Estados em verdadeiros Estados de Polícia.

Também os EUA, foi tentada a adoção desta teoria nas prisões de Guantánamo, ainda que sob forte protesto da comunidade internacional.

Em jeito de conclusão e antecipando parte da nossa posição, cremos que esta teoria só será compatível com o nosso sistema jurídico, se conseguir respeitar determinados limites e consignados na Constituição.

Contudo, será sempre inaceitável defender, sustentada nesta teoria, a distinção jurídica de dois sujeitos: um cidadão e um inimigo, sem garantias e/ou direitos. Este último destituído do seu estado de pessoa, em perfeito estado de natureza. Para nós seria um regresso ao *ius puniendi*, próprio de estados de polícia e absolutos.

Pretende-se com este estudo apresentar soluções no campo jurídico-penal, que não entrem em conflito com aqueles princípios e elementares de um Estado de Direito Democrático, *prima facie* na defesa da justiça, da segurança e da liberdade do homem, que é imutável, único, irrepetível e bom.

2. Teoria de Günther Jakobs¹ - Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*)

2.1. Caracterização:

Esta é uma teoria que tem arrastado consigo uma profunda discussão em torno do Direito Penal. Foi apresentada pela primeira vez em 1985, pela mão do penalista **Günther Jakobs**. Desde então o tema vem causando impacto sobre o pensamento contemporâneo, gerando infinitudes de trabalhos académicos e obras.²

Nas jornadas de professores de direito penal, que tiveram lugar em *Frankfurt am Main*, naquele ano, Jakobs utiliza o conceito de direito penal do inimigo como um *topos* para a análise crítico-descritiva do direito penal alemão vigente. Este compreendia disposições que transformavam o autor punível numa mera «fonte de perigo», num «inimigo jurídico», privando-lhe assim de uma esfera privada e de seu *status* como cidadão.³

O destinatário das denominadas regras do direito penal do inimigo (que se caracterizam por uma antecipação da intervenção jurídico-penal, uma legislação de luta no lugar de uma legislação penal e pela supressão de garantias processuais) muda para um inimigo que não goza de *status* de cidadão.⁴

Na sua mais recente obra⁵ este abandonou claramente a sua postura descritiva do denominado Direito Penal do inimigo⁶ passando a utilizar desde

¹ Não é um político destemperado, nem um magistrado encarniçado na luta contra o crime a qualquer preço, mas sim um dos mais respeitados penalistas alemães, a quem se deve uma conceção original da função da lei penal e da construção do facto punível, que obteve largo acolhimento em todo o mundo. Vide in: Caeiro, Pedro, III Congresso Investigação Criminal, Novas perspetivas e desafios; Livro de atas, 2012, op., cit., p. 127.

² Caetano, Matheus Almeida, “ O autofágico Direito Penal do Inimigo: Por uma resistência Garantista, op., Cit., p. 215.

³ Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. op., cit., p. 11, também o título original Jakobs, ZStW 97 (1985), p. 753.

⁴ Idem, ibidem p.1-2 (nota 86-87)

⁵ *Derecho penal del enemigo*, Jakobs Gunter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, Primera edición, 2003.

⁶ Postura divulgada primeiramente em 1985, na Revista de Ciência Penal – ZStW, n.º 97, 1985, p.753.

1999⁷, à tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.⁸

Para este penalista inimigo é quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma, isto é, que não presta a garantia mínima que é imprescindível para ser tratado como pessoa em direito⁹.

Em 2003 esta tese ganhou maior consistência com os sucessivos atentados terroristas. Este penalista cita o fatídico atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos EUA, que para ele é um inequívoco ato típico de um inimigo.

Este penalista cria um quadro distinto e diferenciador entre inimigo e cidadão.¹⁰

A sua teoria é justificada e alicerçada por vários filósofos, especialmente aqueles que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, que entendem o delito no sentido em que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste. A partir desse momento, já não vive com os demais dentro da relação jurídica (*Rosseau*)¹¹. Também existe uma teoria similar em *Fichte*¹² segundo a qual quem abandona o contrato cidadão, que contava com a sua prudência, (de modo voluntário ou por imprevisão), em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos. Este faz, contudo, um pequeno reparo, e não segue na sua

⁷ Este nível puramente analítico-descritivo foi abandonado posteriormente por Jakobs especialmente com o seu discurso nas jornadas berlinenses organizadas em Eser Hassemer e Burckhardt “sob o título A ciência do direito penal ante a virada do milénio”, vide Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. op., cit., p. 12

⁸ Gomes, Luiz Flávio (*Direito Penal do Inimigo ou Inimigo do Direito Penal*, op., cit., p.1.

⁹ Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. op., cit., p. 13

¹⁰ Jakobs, Gunther, Meliá, Manuel Cancia, *Direito Penal do Inimigo, “Noções e Críticas”*, segunda edição, organização e tradução por André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado Editora, op., cit., p. 21.

¹¹ Qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. Rosseau, *Staat und Gesellschaft*. «contrat social», traduzido e comentado por Weigend, 1959, p.33 (segundo livro, cap. V)

¹² FICHTE, *Grudlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, em: *Samtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. Fichte, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts – und Sittenlehre, tomo primeiro, s. f., p. 260.

plenitude a concepção de *Rosseau* e de *Fichte*, pois na separação radical entre o cidadão e o Direito, por um lado, e o injusto inimigo, por outro, é demasiado abstrato. Este defende que o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, ou seja em todo o caso, a sua situação dentro do Direito. Por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade. Dito de outro modo, o delinquente não pode despir-se arbitrariamente da sociedade através de um ato¹³.

Em *Hobbes*¹⁴, com o fundamento de que, em princípio o delinquente mantém a sua função de cidadão, este não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: *Pois, a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza (...)*. E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos¹⁵.

Sintetizando, para *Rousseau e Fichte*, todo o delinquente é, *de per si*, um inimigo; para *Hobbes*, pelo menos o réu de alta traição assim o seria¹⁶.

Na mesma senda temos a teoria de *Kant*, que situa o problema na passagem do estado natureza ao estado estatal. Este expõe expondo o seguinte: *entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em mero estado de natureza, priva [da] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (statu iniusto), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo num estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança.*¹⁷

Consequentemente, quem não participa na vida num estado comunitário-legal, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou

¹³ Jakobs, Gunther, Meliá, Manuel Cancia, *Direito Penal do Inimigo*, “Noções e Criticas”, segunda edição, organização e tradução por André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado Editora, op., cit., p. 27.

¹⁴ HOBBS, *Leviathan* order Stroff, *Form und Gewalt eines kirchlichen und burgerlichen Staates*, ed. a cargo de FETSCHER, tradução de EUCHNER, 1984 p. 237 e ss (cap. 28).

¹⁵ HOBBS, *Leviathan* (nota 13), p. 242 (cap. 28); idem, *Vom Burger*, em: GAWLICK (ed.) *Hobbes. Vom Meschen. Vom Burger*, 1959, p. 233 (cp. 14 parágrafo 22)

¹⁶ Jakobs, Gunther, Meliá, Manuel Cancia, *Direito Penal do Inimigo*, “Noções e Criticas”, op., cit., p. 28.

¹⁷ KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophisher. Entwurf*, em: *Werk* nota 5, t.8 p.341 e ss. 349 (2º apartado, nota)

impedido à custódia de segurança). Em todo o caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado como anota expressamente *Kant*, como um inimigo.¹⁸

Para *Jakobs* o Direito penal do cidadão é o Direito de todos enquanto que o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo. Frente ao inimigo¹⁹, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada num duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E em segundo lugar, o Estado não tem que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se especialmente para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o facto de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, não só coage. Enquanto que o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos. Com toda a certeza existem múltiplas formas intermediárias.²⁰

Para explicar esta tese, *Jakobs* socorre-se da expressão - *sit venia verbo* – o caso normal da sequência de delito e pena. Não existem delitos em circunstâncias caóticas, mas só como violação das normas de uma ordem

¹⁸Jakobs, Gunther, Meliá, Manuel Cancia, *Direito Penal do Inimigo*, “Noções e Críticas” op., cit., p. 29

¹⁹ Aristóteles exige que as suas cidades de preparem para tempos de guerra e para tempo de paz. Deve-se evitar que os inimigos conquistem a cidade e isso através de mecanismos reforçados e zonas e formas de construção de difícil acesso. In: Aristoteles, *PolitiK*, n.m. 1330 b-1331 a, p.260; em *Digesto* se distingue entre inimigos externos e internos: inimigos são aqueles com os quais entramos em guerra; via de regra, ladrões e piratas. É inimigo aquele que, com má intenção e espírito traiçoeiro, abandona a pátria; mas não o é, no entanto, aquele com o qual existe uma relação de amizade, hospitalidade ou análogas. In: Parte central do *Corpus Iuris Civiles*, compêndio dos escritos dos juristas clássicos a respeito do Direito romano, conforme Wesel, 1997, p. 157 s. 16 Pomponius, *Dig. L*, 16, 118 (citado segundo a edição de Mommsen, *Corpus Iuris Civiles*, n.m. 943, 18): “Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedores sunt”; Cfe. Ulpianus, *Dig. XLIX*, 15, 24 (ibidem, n.m. 892, 5); Gaius, *Dig. L*, 16, 234 (ibid., n.m. 954, 28): “Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adiectionem iudicantes, cum quibus bellum esset.” 17 Paulus, *Dig. XLIX*, 15, 19 (segundo Mommsen, *CIC*, n.m. 890, 18): “qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est.” 18 Pomponius, *Dig. XLIX*, 15, 5 (según Mommsen, *CIC*, n.m. 886, 10): “In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt.” Também em Ambos, Kai, *Direito penal do inimigo*, *Criminal Law For The Enemy*, op. cit. p. 3-4.

²⁰ Idem, ibidem, p. 30.

praticada. Ninguém tem desenvolvido estas ideias com a clareza de Hobbes²¹, que atribui a todos os seres humanos, no estado de natureza, um *ius naturale* a tudo, o que quer dizer na terminologia moderna, só um *ius* assim denominado, que não encontra correspondência numa *obligatio*, num dever do outro, mas que só é uma denominação da liberdade normativa ilimitada, unicamente circunscrita pela violência física de cada indivíduo de fazer e deixar de fazer o que se queira, contanto que se possa.²²

Tal nada tem em comum com um delito, já que no estado de natureza, na falta de uma ordem definida de maneira vinculante, não podem ser violadas as normas de tal ordem. Portanto, os delitos só acontecem numa comunidade ordenada, no Estado. E o delito não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável.²³

Por isso, o Estado moderno vê no autor de um facto normal (diferentemente do que ocorre nos teóricos estritos do contratualismo de Rosseau e de Fichte), não um inimigo, que há-de ser destruído, mas um cidadão. Uma pessoa que, mediante sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado de modo coativo, (como cidadão e não como inimigo) a equilibrar o dano, na vigência da norma.²⁴

Jakobs inúmera um conjunto de potenciais inimigos, isto é, destituídos da sua qualidade de pessoa e de cidadão. Como são exemplos os crimes de foro económico, o terrorismo, a criminalidade organizada e os casos de «delitos sexuais e outras infrações penais perigosas». Pretendendo-se combater o indivíduo que apresenta um comportamento que se afasta, de maneira duradoura, do Direito que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.

A reação do ordenamento jurídico frente a esta criminalidade caracteriza-se de modo paralelo à diferenciação de *Kant* entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pelo facto de que não se trata em primeira linha da compensação de um dano à vigência da norma, mas da

²¹ Leviathan (nota 13), p. 99 e ss (cap. 14).

²² *Jakobs*, Gunther, Meliá, Manuel Cancia, *Direito Penal do Inimigo*, “Noções e Críticas” op., cit., p. 31

²³ *Idem*, *ibidem*. p. 32

²⁴ *Idem*, *ibidem*. p. 33

eliminação de um perigo. A punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena dirige-se à segurança, frente a factos futuros e não à sanção de factos cometidos.²⁵

Para este penalista um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Para ele o estado de natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade e luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde terá de submeter-se a esta determinação.²⁶

A sua teoria ganha relevo com os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, adotando uma nova formulação: quem não quer privar do Direito penal do cidadão e das suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito terá de controlar as paixões. Esta é uma reação exclusivamente feita frente a atos exteriorizados e não frente a meros atos preparatórios.²⁷ A respeito da personalidade do delinquente no processo penal, esta deveria chamar-se de outra forma. A aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, (se não quer sucumbir) deveria chamar-se Direito penal do inimigo, guerra contida.²⁸

Portanto, o Direito penal conhece dois polos ou tendências nas suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão (esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade) e por outro, o tratamento com o inimigo, que é intercetado já no estado prévio, a quem se combate a periculosidade.²⁹

3. SINOPSE DO DOGMA DIREITO PENAL DO INIMIGO

O debate tem proporcionado uma acesa discussão, ganhando maior protagonismo quando traz a lume os sucessivos atentados terroristas. Há em toda a comunidade uma crescente preocupação em encontrar soluções preventivas e sancionatórias. Surgiu inclusivamente uma corrente que vem defendendo a incapacidade do sistema em combater estes sucessivos

²⁵ Idem, ibidem p. 35-36

²⁶ Idem, ibidem p. 36.

²⁷ JAKOBS, ZStW, 97 (1985), p. 751 e ss.

²⁸ Jakobs, Gunther, Meliá, Manuel Cancia, Direito Penal do Inimigo, “Noções e Críticas” op., cit., p. 37

²⁹ Idem, ibidem p. 37-38

acontecimentos, que para além de atemorizar os Estados, modifica o rosto da sociedade ocidental.

O Direito penal do inimigo tem uma vocação intrínseca de *arena romana*, de lugar ideal para o confronto entre as mais diversas concepções e idiossincrasias político-criminais e jurídico-penais, nas várias matrizes que vão do humanismo penal ao punitivismo.³⁰

É certo que em Direito, e a despeito da política-criminal, existe uma especial preocupação em acompanhar todas as mutações sociais, designadamente no que diz respeito à segurança dos Estados (e comunidade). Mas este argumento não pode sobrepor-se aos elementares valores fundamentais. Sendo para nós, o princípio da dignidade da pessoa humana (princípio orientador, absoluto e limitativo de qualquer modificação legal) o mais *beliscado* com a teoria.

Parece-nos que a teoria apresentada por *Jakobs* é violadora desse princípio, isto é, contende com o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, há aspetos nela ínsitos que não devemos abandonar ou menosprezar.

Porque não podemos esquecer que atravessamos tempos de grandes conflitos ideológicos, e de tenebrosos acontecimentos, agudiza o tom em torno desta temática, aguardando-se por antídoto para o mal.

No seu texto, o penalista defende que o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de comunicar com advogado constituído.

As características do Direito penal do inimigo são: o inimigo não pode ser punido com pena, mas antes ser-lhe aplicada medida de segurança; não deve ser punido de acordo com a sua punibilidade, senão consoante a periculosidade. as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente para o passado (o que ele fez) mas sim para o futuro: o que ele representa de perigo futuro. Não é um Direito penal retrospectivo, mas prospetivo. O inimigo não é sujeito de direito, objeto de coação (o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa). O inimigo perde esse *status* sendo somente

³⁰ Vide in: Caeiro, Pedro, III Congresso Investigação Criminal, Novas perspetivas e desafios; Livro de atas, 2012, op., cit., p. 127.

importante a sua periculosidade. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, enquanto que o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos. O Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma – antecipação da tutela penal – para alcançar os atos preparatórios, mesmo que a pena seja intensa e desproporcional. Ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal. Quanto ao cidadão, espera-se que ele exteriorize um facto para que incida a reação, que vem confirmar a vigência da norma. Em relação ao inimigo (por exemplo, terrorista) este deve ser interceptado prontamente, no estado prévio, em razão da periculosidade.³¹

De acordo com a tese de *Jakobs*, o Estado pode proceder de dois modos contra os denominados delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Portanto, seriam dois os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; valenda na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito Penal de todos, o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado, é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia³².

Para Zafaroni³³ quando o poder não conta com limites, transforma-se em estado de polícia, que se opõe ao estado de direito. Trata-se principalmente de uma defesa frente a perigos, isto é, de um direito preventivo e não de um direito penal repressivo, na sua forma extrema (em particular na aplicação contra “terroristas”) não se trata nem sequer de direito, mas de pura força (militar ou policial)³⁴.

³¹ Gomes, Luíz Flávio, um pequeno resumo sobre o texto de *Jakobs* – Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal) op., cit., p 2

³² *Idem.*, *ibidem.*, p. 2

³³ Em conferência pronunciada na sede IELÉ em São Paulo, no dia 14 de agosto de 2004, também em Gomes, Luíz Flávio, um pequeno resumo sobre o texto de *Jakobs* – Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)

³⁴ Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. op., cit., p. 28 (vide nota 206-207)

Não segue o processo democrático (devido processo legal), mas segue um procedimento de guerra, que não se coaduna com o estado de direito, perdendo garantias penais e processuais, constituindo um tipo de direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais, tratando um criminoso como um inimigo de guerra.³⁵

A pena e a medida de segurança deixam de ser realidades distintas. Essa postulação entra em conflito diametralmente com as leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis ou semi-imputáveis, que necessitam de especial tratamento curativo e tem o seu assento tónico na periculosidade do indivíduo e não na culpabilidade do agente, o que deixa de ser o limite da pena.

É um Direito Penal prospectivo, em vez do retrospectivo Direito Penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de *Lombroso, Ferri e Garófalo* que propugnavam inclusive pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança).³⁶

*Manuel Meliá*³⁷, apresenta duas diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) entre «Direito penal» do inimigo e Direito penal: a) Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, o Direito penal do inimigo não é um Direito penal do facto, mas do autor.

Sendo, portanto, como afirma este autor³⁸, no que tange à manifestação técnico-jurídica mais destacada da função divergente da pena do Direito penal do inimigo: a incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com o princípio do direito penal do facto.

Como é sabido, o Direito penal do inimigo jurídico positivo vulnera (assim se afirma habitualmente na discussão) em diversos pontos, o princípio do direito penal do facto. Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do facto entende como princípio genuinamente liberal (de acordo com o qual

³⁵ Gomes, Luíz Flávio, um pequeno resumo sobre o texto de Jokobs – Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal) op., cit., p. 3-4

³⁶ Idem, ibidem p. 4

³⁷ Jakobs, Gunter, Meliá, Manuel Cancio “Derecho Penal del enemigo” primera edición, 2003 publicações Civitas Ediciones, S.L. op., cit., p. 93-94

³⁸ Idem, ibidem, p. 100

devem ser excluídos das responsabilidades jurídico-penal), os meros pensamentos, isto é, rechaçando um Direito penal orientado na «atitude interno» do autor.³⁹

Quando se argumenta que os fenómenos frente aos quais reage o «Direito penal do inimigo», são perigos que põem em xeque a existência da sociedade, ou que é a auto-exclusão da condição de pessoa o que gera uma necessidade de proporcionar uma especial segurança cognitiva frente a tais sujeitos.⁴⁰

Fica claro que numa sociedade moderna, com boas razões funcionais, a esfera da intimidade atribuída ao cidadão não pode ficar limitada aos impulsos dos neurónios – algo mais que a liberdade de pensamento. Isto cristaliza na necessidade estrutural de um “facto” como conteúdo central do tipo (Direito penal do facto em lugar do Direito Penal do autor).⁴¹

4. ANTAGONISMO - À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em relação à tese de *Jakobs* podemos afirmar que esta se tem propagado como um incêndio pelo mundo penal de língua espanhola, portuguesa e italiana, de tal maneira que, hoje em dia, sobretudo na América Latina, a discussão sobre o direito penal do inimigo possui o mesmo carácter que as questões fundamentais da teoria do direito e do sistema jurídico-penal. O carácter programático da tese de *Jakobs* pode conter um potencial político-criminal que independentemente da posição material que provoque a alguém pode resultar em consequências político-criminais de grande alcance, no plano judicial e legislativo.⁴²

Para este penalista pessoa/cidadão é diferente da figura de inimigo, como o próprio afirma “a personalidade só é real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa sejam confirmadas, no essencial, no plano cognitivo, quer dizer quando ele ofereça garantias mínimas de conduzir a sua vida globalmente de acordo com o Direito. [Inimigos] são os indivíduos que não

³⁹ *Ibem*, p. 100

⁴⁰ *Idem*, *ibidem* p. 94.

⁴¹ *Idem*, *ibidem* p. 100-101

⁴² Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. *op.*, *cit.*, p. 21-22

permitem a qualificação de pessoas, nem a sua inclusão numa constituição de cidadão”.

O fundamental é que o direito penal do inimigo se baseia na distinção entre o ser humano, isto é, o indivíduo, como conceito pré-jurídico, e a pessoa como construção normativa da imputação jurídico-penal. Somente quando se constrói «normativamente» a pessoa neste sentido, como destinatário das normas penais (mais concretamente quando a aplicação do direito penal do cidadão se faz depender do reconhecimento como pessoa) só resta ao mero indivíduo, como «não-pessoa», o direito penal do inimigo. Estas premissas separam o direito penal do inimigo de um direito penal orientado pelo ser humano e fundamentado na dignidade humana. A distinção entre homens “bons” e “maus”, cidadãos e inimigos, constitui uma simplificação, cujas consequências não são compatíveis com a dignidade humana; destrói o núcleo do Estado de direito.⁴³

Ao direito penal do inimigo deve opor-se um direito penal para todos os seres humanos, isto é, uma conceção humanitária do direito penal que parta do indivíduo e sua inalienável dignidade humana, no sentido da relação de reconhecimento kantiana, que era livre, igualitária, recíproca e se baseava na dignidade humana: a auto-finalidade do ser humano. Um direito penal adequado ao ser humano percebe o homem real «de carne e osso» como um sujeito de imputação. Dispõe de fundamentos jurídico-estatais e jurídico-constitucionais; sobretudo a dignidade e a liberdade de personalidade.⁴⁴

Os membros de um sistema de direito penal baseado na dignidade humana são sempre sistemas com o *status* de cidadão, em virtude de sua própria existência humana. O direito penal desse sistema jurídico não conhece inimigos e não tem lugar algum para a exclusão de alguns seres humanos. A ciência jurídico-penal desse sistema não tem nada a ver com as «regras do direito penal do inimigo», senão «mediante a investigação dogmática e a co-participação da política criminal, pode realizar uma prestação à liberdade no seio de uma segurança humanitária». A ciência do direito penal deve ser,

⁴³ Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. op., cit., p. 26-27

⁴⁴ Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. op., cit., p. 29.

neste sentido, também ciência prática que oriente suas teses e teorias às consequências externas do sistema.⁴⁵

Seria desastroso que as conquistas jurídico-estatais que no marco de um liberal direito penal do cidadão se têm conseguido com muito esforço desde a Ilustração, fossem sacrificadas no altar de um neo-punitivismo humanitário que não pode distinguir os princípios do direito penal dos princípios programáticos humanitários e exige a punição a qualquer preço.⁴⁶⁴⁷

No entanto, ainda que se compartilhe com *Jakobs* a ideia de que o homem é um animal perigoso e incontrolável, tratá-lo como um inimigo pressupõe que já não é um ser humano, mas somente um animal (precisamente uma “não-pessoa”), e como tal não merece tratamento jurídico algum. No entanto, esta consequência não pode deduzir-se do conceito jakobsiano de pessoa, pois este não pode fundamentar por que a não-pessoa deve receber um tratamento que não seria admissível contra pessoas. Se alguém quer chegar a esta consequência, abandonando o nível puramente filosófico de análise, tem que levar em conta as valorações constitucionais – a perspectiva de um direito penal dos direitos fundamentais – e este ponto choca com os princípios que aqui se defendem. A medida no direito sempre resulta válida para o ser humano, cuja dignidade não é uma construção normativa, senão deriva de sua existência humana em si mesma.⁴⁸

A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa como Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à segunda guerra mundial, e não é por acaso. Surge em resposta aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana «preâmbulo da

⁴⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 29

⁴⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 29-30

⁴⁷ Daniel Pastor afirma que “... o poder penal internacional é o protótipo do direito penal do inimigo... é o direito penal do inimigo em sua versão mais pura”. “Quem não cair na hipocrisia de acreditar que existem valores comuns a toda a humanidade... deverá aprovar as palavras precedentes de *Jakobs*” in: Pastor, Cancio Meliá/Gómez-Jara, *Derecho penal del enemigo*, p 489-517

⁴⁸ Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. *op.*, cit., p. 21, também Neumann, in Uwer, Ruhe, 309, 313; Demetrio Crespo *ZiS* 9/2006, p. 432; Garcia Martín, in: Cancio Meliá/Gómez-Jara, *Derecho Penal del enemigo*, p. 1060, *cfr.* Gracia Martín, *RECPC* 07-02 (2005), 34 ss.; Gössel, *FS Schroeder*, 39 ss.; Brunkhorst, in Uwer, Ruhe, 110 ss.; Ramírez, *Derecho penal del enemigo*, p. 22; Urquizo, in: Cancio Meliá/Gómez-Jara, *Derecho penal del enemigo*, p. 1044 ss

Constituição francesa de 1946); quando se proclama que a dignidade da pessoa humana é sagrada (art.º 1 da Constituição alemã de 1949); e, ao afirmar-se que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem tinham conduzido a atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (preâmbulo da Declaração Universal).⁴⁹

Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais (...) têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas.⁵⁰

A pessoa constitui uma entidade pré-jurídica, trans-jurídica, que sendo criadora do direito, não pode, por impossibilidade lógica, ser um seu produto. A este propósito podemos referir a formulação de rigor inexecutável de Barbosa de Melo que caracteriza a dignidade da pessoa humana como um “*axioma antropológico*”, algo que se impõe ao direito e lhe resiste, não permitindo destituições ou modulações. Foi aquela alucinação que permitiu ao poder público, em contextos históricos não muito longínquos e a que ninguém quer regressar, definir certos homens e mulheres como não-pessoas.⁵¹

A dignidade da pessoa é da pessoa concreta⁵². É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e

⁴⁹ Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional Tomo IV, Direitos fundamentais, 4ª edição Coimbra editora, ob., cit., p.195. Em Portugal, a constituição de 1933, após a revisão de 1951, já falava em «dignidade humana». Mas seria a Constituição de 1976 a declarar a República, a comunidade política dos Portugueses, baseada na dignidade da pessoa humana (art.º 1), e a reiterá-lo em áreas particularmente sensíveis (art.º 26º n.º 2 e 67º, nº 2 al. e) e, por outra forma o art.º 13º n.º 1, idem, ibidem p. 196-197, veja-se de igual modo o que diz o art.º 1 da Declaração Universal, com influência de filosofia de corrente jusnaturalista: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

⁵⁰ Idem, ibidem p.197.

⁵¹ Vide in: Caeiro, Pedro, III Congresso Investigação Criminal, Novas perspetivas e desafios; Livro de atas, 2012, op., cit., p. 129.

⁵² A partir daqui, da consciência jurídica portuguesa e de diferentes princípios e regras constitucionais podem enunciar-se os seguintes pontos: a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma pessoa e é a dignidade individual e concreta; a dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento; cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas; a dignidade da pessoa permanece independentemente dos comportamentos sociais; o primado da pessoa é o ser, não o de ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; a dignidade de cada pessoa é um *prius* em relação à vontade popular. In Miranda, Jorge op., cit., p. 199.

irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.⁵³ A dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, pela sua autonomia.⁵⁴

A dignidade da pessoa é permanente, independentemente dos seus comportamentos, mesmo quando ilícitos e sancionados pela ordem jurídica.

Por isso, nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos (art.º 30º n.º 4 da CRP), nenhuma tem carácter infamante, e os condenados a quem sejam aplicadas penas ou medidas de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução (art.º 30º n.º 5).⁵⁵

No que concerne ao combate do terrorismo, os valores jurídicos que constituem a base e fundamento do Estado de Direito – em especial o princípio da dignidade da pessoa humana – servirão sempre de referência e limite inultrapassável na aplicação de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias. Nesse sentido, o Direito Penal deverá funcionar como garante constitucional do sistema de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.⁵⁶

Em respeito da estreita ligação entre o Direito penal e a Constituição, o *ius puniendi* terá como derradeiro limite a Constituição, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor jurídico que constitui a base e fundamento do Estado.⁵⁷

Como é afirmado pelo professor Jorge Miranda⁵⁸: “Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é

⁵³ Miranda, Jorge, que também defende, assim como nós, “O valor eminente reconhecido a cada pessoa conduz, antes de mais, à inexistência, em caso algum, da pena de morte (art.º 24º n.º 2 CRP) op., cit., p. 200-201

⁵⁴ Idem, ibidem, op., cit., p. 209. A força da autonomia patenteia-se sobretudo no direito ao desenvolvimento da personalidade (art.º 26º n.º 1 da CRP), na inviolabilidade da liberdade de consciência, de religião e de culto (art.º 41º n.º 5), na liberdade de expressão e informação (art.º 37º) cit. p. 209.

⁵⁵ Idem, ibidem p. 210.

⁵⁶ Vázquez, J.A.R.- Terrorismo e intervención penal: la Lo 7/2000 y los limites del ius puniendi, [s.n.], [2002] – p. 89-126 – sep. De: Revista de Ciencias Penales, vol. 4, 2001-2002, também em Fernandes, Hélène Marine Serra, teses de mestrado: Direito penal do inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito? Julho de 2011, op., cit., p. 32-33

⁵⁷ Idem, ibidem p. 122 e p. 34.

⁵⁸ Manual de Direito Constitucional, Tomo IV 4ª edição, op., cit., p. 216.

necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e a sua proteção”.

Por esse motivo, é que o Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁵⁹

Transcrevendo de novo uma fórmula lapidar da Declaração Universal (do seu preâmbulo): *«É essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direitos para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão»*.⁶⁰

Podemos, portanto, afirmar que são de conteúdo do Estado do Direito: a proibição da lei retroativa – para lá de lei restritiva de Direitos, liberdades e garantias (art.º 18º n.º 3, de lei penal incriminadora (art.º 29º n.º 2) e de lei definidora de competência do tribunal (art.º 32º n.º 9) – que viole de forma intolerável a segurança jurídica e a confiança das pessoas.⁶¹

Acreditamos que a teoria apresentada por *Jakobs*, nos moldes em que está formalizada, é violadora dos mais elementares direitos fundamentais.

5. DISCURSO LEGITIMADOR - RESTRIÇÃO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

Temos de ponderar um conjunto de normativos, só devendo falar de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos. A primeira tarefa metódica deve consistir, por conseguinte, na análise da estrutura de uma norma constitucional concretamente garantidora de direitos. Pretende-se determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – âmbito de proteção da norma – e verificar se os bens jurídicos

⁵⁹ Idem, ibidem, p. 217.

⁶⁰ Idem, ibidem, p.217.

⁶¹ O art.º 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão identificaria os direitos individuais e a separação dos poderes como o cerne da Constituição e seria a partir daí que se desenvolve o Estado de Direito ao longo do século XIX: a segurança como base da Constituição a par da liberdade e da propriedade (assim, entre nós, logo o art.º 1 do texto de 1822), as garantias de liberdade e de segurança pessoal, a não retroatividade das leis, ou, pelo menos, das leis não incriminadoras, o primado da lei e o princípio da legalidade da Administração(...). Idem, ibidem p.218-219 e 225.

protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição – restrição constitucional expressa - ou se a constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção – reserva de lei restritiva.⁶²

No que tange às restrições de direitos, liberdade e garantias, diz a Constituição, no seu art.º 18º n.º 2, “ A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Os direitos, liberdades e garantias referem-se tanto a formas de realização e de defesa das pessoas como a padrões objetivos da ordem jurídica. Não subsistindo, isolados, têm de ser apreciados também em conexão com interesses, princípios e valores ali ínsitos e que sobre eles, verificados determinados pressupostos e balizadas prevalecem. Donde, as restrições enquanto reduções de conteúdo e de âmbito de proteção desses direitos.⁶³

Como é ditado por Jorge Miranda, é forçoso e natural, aceitar a existência de restrições implícitas, derivadas outrossim da necessidade de salvaguardar outros “interesses constitucionalmente protegidos”, e fundadas não em preceitos avulsos, mas sim em princípios constitucionais paralelos aos que alicerçam as restrições expressas.⁶⁴

Importa, em qualquer caso, enfatizar que todas as restrições – sejam explícitas ou, por maioria de razão implícitas – apenas podem ser desenhadas a partir de uma correta interpretação objetiva e sistemática da Constituição: pressupõem reserva de constituição: e é dentro, e não fora dela, que têm de se legitimar.⁶⁵

Conforme já anteriormente foi referido, as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades

⁶² Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, op., cit., p. 1275.

⁶³ Manual de Direito Constitucional, Tomo IV 4ª edição, ob., cit., p. 366-367.

⁶⁴ Idem, ibidem p. 372.

⁶⁵ Idem, ibidem p.373

e garantias (art.º 18º n.º 3, 2ª parte), sendo, portanto, a dignidade da pessoa humana o núcleo essencial e o limite⁶⁶.

Em face de certas circunstâncias ou ocorrências, verificados os pressupostos constantes da Constituição e da lei, os cidadãos podem sofrer restrições, suspensão ou mesmo privação de algum ou alguns dos seus direitos, liberdades e garantias. Na maior parte das vezes, trata-se de medidas conexas com comportamentos ilícitos; outras vezes, de medidas de proteção; outras, ainda, de medidas ditadas pelo interesse público.⁶⁷

Como medidas conexas com comportamentos ilícitos, a Constituição prescreve: privação de liberdade em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou aplicação judicial de medida de segurança (art.º 27º n.º 2); ainda privação de liberdade noutros casos pelo tempo e nas condições que a lei prescrever (art.º 27º n.º 3 al. a) b) f) e g); entrada no domicílio dos cidadãos (art.º 34º n.º 2 e 3); ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação (art.º 34º n.º 4). Estas restrições, habitualmente tratadas com o nome de intervenções restritivas, distinguem-se bem das restrições. Porquanto, embora necessariamente previstas em normais gerais e abstratas, atingem apenas certas e determinadas pessoas e por causas que, individualmente respeitam.⁶⁸

Mas por outro lado, num Estado que se quer de direito, existe o conteúdo garantístico a essas restrições, exigindo-se que se estabeleça adequados meios de proteção não só da salvaguarda da constitucionalidade, mas sobretudo, da verdade e das pessoas contra quaisquer formas de arbítrio de poder. Uma das garantias fundamentais, desde logo é: em caso algum, pode alguém perder ou ser privado, definitiva ou temporariamente, de todos os direitos, liberdades e garantias. Em caso algum, pode haver restrição, suspensão ou privação individual de pelo menos os direitos insuscetíveis de

⁶⁶ Jorge Miranda no seu manual de Direito Constitucional Tomo IV, enumera um conjunto de pressupostos para que se possa verificar uma restrição, e que por limitação de número de páginas, para lá remetemos. vide p. 376-379, (apenas damos foco àquela que para o nosso temos nos interessa sublinhar).

⁶⁷ Idem, ibidem p. 379-380.

⁶⁸ Idem, ibidem p.380-381

suspensão em estado de sítio (art.º 19º n.º 6)⁶⁹; tão pouco é admissível a privação com carácter perpétuo ou com duração ilimitada ou indefinida de qualquer direito, liberdade e garantia (30º n.º 1, quanto à liberdade física). Essas medidas estão sujeitas ao princípio da proporcionalidade (art.º 18º n.º 2) e a aplicação de reações criminais é da competência dos tribunais (art.º 29º n.º 1 e 5 e 202º n.º 2). De notar ainda que em caso de decisão judicial que afete direitos, liberdade e garantias, cabe sempre o direito a um segundo grau de jurisdição.⁷⁰

As medidas de polícia são de natureza preventiva, sejam tomadas com um alcance abrangente de quaisquer atuações policiais, sejam tomadas só como ações de conteúdo individual e concreto, limitativas ou “agressivas”, da liberdade individual. Justificadas pela defesa da legalidade democrática, da segurança interna e dos direitos dos cidadãos, elas são as previstas na lei e não podem ser utilizadas para além do estritamente necessário (art.º 272º n.º 2). Sobre elas impendem, pois, os imperativos de tipicidade legal e de proporcionalidade.⁷¹

Nenhuma medida de polícia pode afetar o conteúdo dos direitos, liberdades e garantias a não ser em estado de sítio ou em estado de emergência (art.º 2º n.º 2, da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro); apenas pode traduzir em condicionamentos de alguns deles (art.º 16º n.º 2, da Lei n.º 20/87, e art 4º n.º 2 da Lei 5/99, de 27 de janeiro, lei orgânica da Polícia de Segurança Pública).⁷²

Porém, podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade. Não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Exige-se, pois, um objeto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado como digno de proteção jurídica e constitucionalmente garantido. O bem «segurança pública» legitima certas restrições ao direito à liberdade e à segurança

⁶⁹ De notar que no art.º 19 n.º 6, postula que “A declaração do estado de sítio ou de estado de emergência em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e religião.

⁷⁰ Manual de Direito Constitucional, Tomo IV 4ª edição, op., cit., p. 381-382

⁷¹ Idem, ibidem p. 383.

⁷² Manual de Direito Constitucional, Tomo IV 4ª edição, op., cit., p. 383

pessoal, designadamente através da instituição de medidas preventivas de liberdade (art.º 27 e 28º da CRP).⁷³⁷⁴

Todavia, entendemos que qualquer alteração legislativa terá necessariamente de respeitar os limites impostos e de ordem constitucional, tendo como imposição e salvaguarda a dignidade da pessoa humana como vértice dessa alteração.

6. TIPOLOGIA DA TEORIA: TERRORISMO

O excesso da teoria de *Jakobs*, teve o seu impacto devido aos vários atentados terroristas que se tem vindo a verificar em todo o mundo, e por outro lado, por ser um penalista, como refere Pedro Caeiro “*um dos mais respeitados penalistas alemães*”.

A sua teoria torna-se em certa medida suficiente para determinados delitos, como é o caso do terrorismo. Porém é desproporcional quando nos referimos a outros delitos, como é o caso dos crimes económicos, ou em casos de delinquentes organizados, porquanto os agentes destes crimes (contrariamente àqueles que são denominados de “terroristas-fundamentalistas) não só não pretendem novas instituições políticas e jurídicas, como querem, precisamente, que as instituições existentes se mantenham. Isto é claríssimo no caso de tráfico de estupefacientes, cuja capacidade lucrativa depende absolutamente da manutenção do paradigma proibicionista. Os traficantes não se auto-excluem das regras fundamentais que presidem ao sistema socioeconómico vigente, nomeadamente, a proteção da propriedade e da vida privada e a maximização da liberdade económica. Nem os seus crimes visam negá-las. Ao contrário, trata-se de fenómenos de

⁷³ Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, op., cit., p. 1271-1272.

⁷⁴ Veja-se o que diz Gomes Canotilho, relativamente aos limites imanentes: E quanto aos limites imanentes? Nestes, não existe uma norma (constitucional ou legal) de restrição, e, por isso, a doutrina tem procurado a sua justificação de outras formas. Os limites imanentes justificar-se-iam em virtude da existência de «limites originários ou primitivos» que se imporiam a todos os direitos: i) «limites constituídos por direitos dos outros»; ii) limites imanentes da ordem social; iii) limites eticamente imanentes. Haveria, pois, uma «cláusula da comunidade» nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre «limitados» desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade (...). Vide Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, op., cit., p. 1279-1283.

mero parasitismo do sistema legal e todo o parasita deseja que o hospedeiro viva tanto tempo e com tanta saúde quanto possível.⁷⁵

Concordando com as palavras do professor *Pedro Caeiro*, que nos próprios termos delineados por *Jakobs*: a noção só poderia aplicar-se aos crimes de terrorismo, porque só aí faz algum sentido dizer-se que quem pretende alterar determinadas estruturas política à custa do terror está, *ipso facto*, a negar qualquer plataforma de comunicação com a comunidade legal.

Traçaremos genericamente o conceito de terrorismo, tendo em conta que não é aqui nosso objetivo abordar e explorar as várias *(in)definições* do conceito. Encontrar um conceito de terrorismo sempre foi tarefa complicada para os especialistas, assim como saber quem são os terroristas, ou potenciais, as suas características fundamentais e os problemas do ponto de vista geopolítico de falarmos ou atuarmos perante uma determinada definição.

Evocar a questão do terrorismo sem qualquer condenação, incorre numa série de riscos. Nas diversas legislações o terrorismo é sempre considerado um crime, ou se não o é, existe sempre essa intenção. Neste momento podemos verificar uma aglomeração de várias convenções internacionais e regionais. O problema advém do facto das suas definições serem extremamente variadas e, em alguns casos, até contraditórias. O terrorismo é um conceito formado a partir do senso comum e tem-se afirmado como fenómeno social, mas a sua definição é obscura. Isto é, é muito difícil fazer definições do ponto de vista social, que sejam operacionalizáveis em termos do que é um terrorista, do ponto de vista da identidade de uma pessoa ou do que é o terrorismo enquanto fenómeno ou definição universal.⁷⁶

A palavra terror ou terrorista surge pela primeira vez com a Revolução Francesa, para falar nos atos do Estado. Ou seja, um pouco como a palavra fundamentalista, que foi utilizada pela primeira vez, em meados do Século XIX, para se referenciar aos protestantes na América. No entanto, a ideia que temos hoje de fundamentalismo é quase exclusivamente associada ao

⁷⁵ Pedro Caeiro, III Congresso de Investigação Criminal, “Investigação Criminal – Novas Perspetivas e Desafios” Livro de atas 2012, op., cit., p. 128

⁷⁶ Constantino, Pedro Miguel Moreira, União Europeia e Terrorismo, “Uma co-construção do sector privado da segurança?”, Julho de 2016, Universidade de Coimbra, ob., cit., p 17. Também em Laurens-, Henry; Delmas-Marty (2010) *Terrorismes: Historie et Droit*. Paris:CNRS Éditiones p. 9-11.

fundamentalismo islâmico. O que quer dizer que determinadas palavras são complicadas de definir, uma vez que têm histórias por detrás que nos fazem pensar um pouco sobre a forma como as utilizamos hoje.⁷⁷

A palavra terrorismo vem do latim *terrere* que significa terror, terrorismo é o uso do terror de forma sistemática e como forma de coação.⁷⁸

Algumas propostas de definições foram apresentadas, por exemplo por Carsten Bocksette, que sublinha os aspetos psicológicos e táticos do terrorismo, definindo terrorismo como uma violência política num conflito assimétrico ou desigual, concebida por induzir terror e receio físicos através da violência vitimização e destruição de alvos não combatentes ou cívicos, o que leva a uma despersonalização da vítima no seu extremo. Por outro lado, Bruce Hoffman⁷⁹ crê que é possível identificar algumas características chave do terrorismo, propondo para uma distinção entre terroristas e criminosos de outros crime. Considerar-se que o terrorismo é, incontornavelmente, político nos seus fins e motivos, violento e importante gerador de violência e terror, concebido para provocar graves e longas repercussões nos alvos, dominado por uma organização de cadeia de comando ou estrutura bem identificada e definida, cujos membros podem ou não usar uniformes ou insígnias, que podem ser relevantes para o tema do trabalho, e que seja perpetrado por um grupo infranacional, transnacional ou até entidade não estatal.

O terrorismo é uma “ferramenta” que atrai organizações e indivíduos devido ao seu “forte impacto psicológico e grandes danos físicos por um custo muito mais baixo, quando comparado ao custo da ação militar organizada pelos exércitos estatais”. Naturalmente, qualquer ataque terrorista constitui um ato de violência, sendo que quanto mais impreciso e inesperado for, maior

⁷⁷ Constantino, Pedro Miguel Moreira, União Europeia e Terrorismo, “Uma co-construção do sector privado de segurança?”, julho de 2016 Universidade de Coimbra ob cit. p. 17, também Laurens-, Henry; Delmas-Marty (2010) *Terrorismes: Historie et Droit*. Paris:CNRS Éditiones p. 9-11.

⁷⁸ Meireis, Manuel Augusto, Segurança e prevenção: Terrorismo 2012.

⁷⁹ George C. Marshall Center for European Security Studies, cuja missão desde a sua criação em 1993, é encontrar mecanismos para instituições democráticas e de diálogo para fomentarem a sua participação em matéria de defsa. Bruce Hoffman, in *Inside de Terrorism*, Columbia University Press, New York, 2006, onde o autor analisa as táticas, motivações do terrorismo global e emergente focando-se na Al-Qaeda e nos ataques de 11 de setembro. Sobre o tema in: “*Terrorismo: Um crime Autónomo para o Tribunal Penal Internacional*”, também foi abordado por Micael Pacheco no curso de mestrado, em maio de 2016, na UCP, Porto, op., cit., p.8.

vai ser o seu êxito, produzindo uma sensação de medo e angústia. Por outro lado, existe uma mediatização crescente e uma amplificação social da ameaça e do risco. O risco da ameaça terrorista é objetivamente baixo, mas o impacto é real. Consequentemente, o que os terroristas tentam fazer é manipular a nossa sensação de risco, entrando connosco num “jogo de xadrez”, onde todos nós acabamos por aceitar as regras do “tabuleiro”, e deste modo, torna-se muito difícil controlar o que o “outro jogador” vai fazer a seguir. Sobrepondo-se o medo à razão, emergem na sociedade determinados agentes públicos e privados, que em nome da “segurança dos cidadãos” encontram aqui um espaço de manobra e sentido de oportunidade para definir e defender determinados interesses, que não são os interesses dos cidadãos, nem de uma sociedade que se afirma democrática.⁸⁰

O crime de terrorismo é considerado em todos ou quase todos os países do mundo nos seus ordenamentos jurídico-penais, isto no que diz respeito a ordens internas. Assim, também em Portugal com o Código Penal Português de 1982, criminalizava o crime de terrorismo nos seus art.º 300º e 301º.

Após os ataques de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, as ameaças que assolavam a Europa Ocidental em relação aos ataques terroristas, faziam suscitar muitas questões: como poderia a Europa evitar atos terroristas e que mecanismos deveriam ser utilizados? É com a Decisão-Quadro 2002/215/JAI do Conselho, de 13 de junho, que o Conselho da Europa veio recomendar a criminalização do terrorismo, bem como as estruturas e organizações e seu financiamento. Esta decisão influenciou Portugal, a criar uma nova legislação mais apertada no que concerne a esta problemática, e que foi reproduzida na Lei n.º 52/2003 de 22 de agosto⁸¹, sendo o sistema penal português reformulado no que diz respeito ao

⁸⁰ Constantino, Pedro Miguel Moreira, União Europeia e Terrorismo, “*Uma co-construção do sector privado de segurança?*”, julho de 2016 Universidade de Coimbra op., cit., p. 18.

⁸¹ Posteriormente retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/2003 de 29 de outubro, e alterada pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, pela lei n.º 25/2008 de 05 de junho, pela Lei n.º 17/2011 de 03 de maio, criminaliza o incitamento público à prática de infrações terroristas, o recrutamento para o terrorismo e o treino para o terrorismo, dano cumprimento à Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI do Conselho de 28 de novembro, que altera a Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, relativa à luta contra o terrorismo, e mais recentemente pela Lei n.º 60/2015, de 24 de junho.

terrorismo, produzindo o poder legislativo uma lei de combate ao terrorismo, que até então apenas referido no código penal em dois artigos.⁸²

Entretanto vários diplomas foram publicados, no sentido de combater e punir atos e organizações terroristas, por exemplo com a Lei n.º 25/2008 de 05 de junho foi estabelecido o Regime de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Vantagens de Proveniência Ilícita e do Financiamento do Terrorismo, resolução da Assembleia da República n.º 128/2011, 17 outubro, que foi firmado acordo entre Portugal e os Estados Unidos, no sentido de cooperar mais eficazmente prevenir e combater o crime, em particular o terrorismo, ou pela resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2015, 20 de fevereiro, que aprovou a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo.

Não sendo o tema do terrorismo o epicentro deste trabalho, é imposto abordar alguns dos aspetos de maior relevo para podermos relacionar este com o denominado terrorista lobo solitário.

6.1. O surgimento de um novo fenómeno: O Lobo Solitário - radicalização

Quem é este indivíduo, por muitos apelidado de “lobo solitário”? Qual relação com o terrorismo?

Vários estudos foram feitos sobre este fenómeno, e com eles surgiram várias definições, e com o objetivo de identificar estes potenciais perpetradores, que em alguns casos não estão inseridos em nenhuma organização terrorista, mas que defendem a apologia do ódio e do terror, radicalizando-se. São inúmeros os casos de radicais “*solitários*”, que a cada dia vão surgindo.⁸³

⁸² Um tema abordado por Micael Pacheco no curso de mestrado, em maio de 2016, na UCP, Porto, op., cit., p.10.

⁸³ Segundo alguns estudiosos da psicologia, tendem a traçar um perfil destes “terroristas”, em geral, apresentam tendências a sentir-se irritados, alienados ou marginalizados; acreditar que o seu atual envolvimento político não lhes permite realizar mudanças reais; identificar-se com as vítimas da injustiça social que eles combatem; sentir a necessidade de tomar medidas em vez de só falar do problema; acreditar que a violência contra o Estado não é contrária à moral; ter amigos ou parentes simpáticos à causa; acreditar que a adesão a um movimento traz recompensas sociais e psicológicas como a aventura, a camaradagem e um senso reforçado de identidade. Um tema amplamente desenvolvido por John Horgan, in “The Psychology of Terrorism”, também em Andrew Silke, autor do “*Research on Terrorism: Trends, Achievements na Failures*”.

Um lobo solitário ou terrorista lobo solitário é alguém que prepara e comete atos violentos sozinho, fora de qualquer estrutura de comando e sem assistência material de qualquer grupo. No entanto, ele ou ela podem ser influenciados ou motivados pela ideologia e crenças de um grupo externo, e pode agir em apoio a um grupo.⁸⁴

O termo "lobo solitário" foi popularizado por defensores da supremacia branca Alex Curtis e Tom Metzger na década de 1990. Metzger preferia atividades escondidas por indivíduos ou pequenas células em oposição a organizações expostas, visando "guerreiros agindo isoladamente ou em pequenos grupos que atacam o governo ou outros alvos em "atos diários", anónimos.⁸⁵

O termo "lobo solitário" é usado pelas agências americanas de aplicação da lei e os media para se referir a indivíduos que executam violentos atos de terrorismo fora de uma estrutura de comando.⁸⁶

O lobo solitário atua para o avanço de crenças ideológicas ou filosóficas de um grupo extremista. Eles agem por conta própria, sem qualquer forma de comando ou direção. As táticas e métodos do lobo solitário são criados e direcionados por ele sozinho em muitos casos. Nas táticas descritas por Curtis, o lobo solitário nunca tem contato pessoal com o grupo com o qual se identifica. Assim, é muito mais difícil para os funcionários de antiterrorismo coletarem inteligência sobre os lobos solitários, uma vez que eles podem não entrar em contato com a rotina de vigilância a terroristas.

Nos Estados Unidos, os lobos solitários podem representar uma ameaça maior do que grupos organizados e os terroristas não têm sido limitado aos Muçulmanos. De acordo com o *Christian Science Monitor*, "Com exceção dos ataques ao World Trade Center, os especialistas dizem que os principais ataques terroristas nos Estados Unidos têm sido

⁸⁴ Esta primeira definição, retirada do Wikipédia, pode ser consultada em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Lobo_solit%C3%A1rio_\(terrorismo\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lobo_solit%C3%A1rio_(terrorismo)).

⁸⁵ Tom Metzger and White Aryan Resistance (WAR) – Extremism in America. Adl.org. Consultado em 10 de dezembro de 2012 [S.l.: s.n.] ISBN 1568585136.

⁸⁶ A investigação do FBI e da polícia de San Diego sobre as atividades de Curtis foi chamado de Operação de Lobo Solitário, "em grande parte devido ao encorajamento de Curtis para outros defensores da supremacia branca para seguir o que Curtis chama de "ativismo" dos 'lobos solitários'. In: «*Operation Lone Wolf*» (Nota de imprensa). FBI; <https://www.fbi.gov/sandiego/about-us/history/operation-lone-wolf>

cometidos por indivíduos perturbados que eram simpáticos a uma causa maior do bombardeiro de Oklahoma City, Timothy McVeigh, ao sniper da área de Washington, John Allen Muhammad," ambos nascidos nos EUA.⁸⁷

Nos últimos anos têm surgido nos países da UE células formadas através de auto-radicalização e treino auto-didata, com base, por exemplo, em lições na internet.⁸⁸

Atualmente o terrorismo jihadista na UE não é ainda dominado por lobo solitários, pessoas que passam despercebidas, relativamente inseridas na sociedade, e que atuam completamente sozinhas, recorrendo na maior parte das vezes aos ensinamentos obtidos na internet.⁸⁹

Citando as palavras de José Augusto Vale Faria⁹⁰ “se adicionarmos a estas razões e/ou motivações o aparecimento e a difusão de projetos políticos regionais e mesmo globais, com base na interpretação radical de textos religiosos, que santificam o martírio ofensivo e incentivam à prática de atentados terroristas suicidas, temos delineado o panorama atual para podermos compreender a importância do terrorismo como arma estratégica privilegiada, dos fracos contra os fortes, nos conflitos de natureza assimétrica”.

Marc Sageman realizou um estudo em 2004, baseado numa amostra de 172 terroristas condenados pelos tribunais. Este concluiu que a adesão à jihad é um processo e não apenas uma decisão pessoal. Nesta perspectiva, ele considera que a radicalização é um processo coletivo e não uma mera decisão individual, em que a amizade e o parentesco são as componentes fundamentais para transformar um muçulmano alienado num dedicado operacional do movimento jihadista global. Neste processo, a ligação à jihad

⁸⁷ [«Lone wolves pose explosive terror threat»](#). Csmonitor.com. 27 de maio de 2003. Consultado em 10 de dezembro de 2012.

⁸⁸ Gomes, Andreia Filipa Nogueira, Dissertação para obtenção do grau de mestre em Relações Internacionais, com o tema “Terrorismo Jihadista e Contra-terrorismo: Estudo comparado entre a União Europeia e Indonésia. ISCSP, op., cit., p.55,

⁸⁹ Idem, ibidem, p 56, vide também em Marques Guedes, “*Al-Qaeda, Ligações Perigosas*”.

⁹⁰ Vide em Jornal de Defesa e Relações Internacionais, sob o tema “*Como se forma um terrorista jihadista no Ocidente: o processo de radicalização*”, ob. cit., p. 1-28, para José Augusto Vale Faria, onde analisa o processo de radicalização e recrutamento das organizações jihadistas no Ocidente, defende existir 4 fases deste processo: pré-radicalização, passando pela auto-identificação, o doutrinamento e a jihadização. Também em: http://database.jornaldefesa.pt/ameacas/terrorismo/JDRI_070_090913_terrorismo.pdf.

é o elemento comum aglutinador, que constitui um ponto-chave na dinâmica dos grupos e redes terroristas.⁹¹ Para *Ongering*, a radicalização é um processo de desenvolvimento pessoal através do qual um indivíduo adota ideias e objetivos políticos ou político-religiosos cada vez mais extremos, acreditando que a concretização destes objetivos se justifica através de métodos extremos.⁹²

6.2.Principais focos de radicalização

A radicalização pode iniciar-se a qualquer momento e em qualquer sítio. Contudo mesquitas, prisões, organizações não governamentais, associações islâmicas, universidades e associações de estudantes, livrarias, cafés, albergues e locais de trabalho, são locais propícios e críticos para este processo se desenvolva. Estes espaços que *Silber e Bhatt* designaram como “incubadoras da radicalização”, funcionam como agentes de radicalização, sendo geralmente locais de paragem, encontro e de reunião destes militantes, gerando o ambiente propício ao desenvolvimento de uma comunidade com uma subcultura radical, onde se difunde a retórica e a narrativa extremista e jihadista.⁹³

Peter Neumann classifica vários potenciais locais de radicalização e recrutamento. Em primeiro, coloca os locais de congregação (places of congregation), que são os pontos de encontro ou reunião dos Muçulmanos, como as mesquitas. Na segunda categoria, inclui os locais de vulnerabilidade (places of vulnerability), onde os Muçulmanos podem ser submetidos a

⁹¹ Sageman, Marc, 2004. *Understanding Terror Networks*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 91, 178, 99; também em: Faria, José Augusto Vale, *Jornal de Defesa e Relações Internacionais*, sob o tema “*Como se forma um terrorista jihadista no Ocidente: o processo de radicalização*”, op. cit., p. 8., em: http://database.jornaldefesa.pt/ameacas/terrorismo/JDRI_070_090913_terrorismo.pdf.

⁹² Faria, José Augusto Vale, *Jornal de Defesa e Relações Internacionais*, sob o tema “*Como se forma um terrorista jihadista no Ocidente: o processo de radicalização*”, op. cit., p. 8., em: http://database.jornaldefesa.pt/ameacas/terrorismo/JDRI_070_090913_terrorismo.pdf.

⁹³ Idem, ibidem p. 9, Silber, Mitchell D.; Arvin Bhatt. 2007, p. 8-9 e 20. *Radicalization in the West: The Homegrown Threat*. New York Police Department Intelligence Division, disponível em http://www.nypdshield.org/public/SiteFiles/documents/NYPD_Report-Radicalization_in_the_West.pdf.

situações de stress e alienação e, neste sentido, são potencialmente vulneráveis a abordagens extremistas, como no ambiente prisional.⁹⁴

É importante salientar que os locais de destaque de radicalização e recrutamento, pela sua importância, são as mesquitas⁹⁵ e as prisões.

Relativamente à situação nos estabelecimentos prisionais (para nós, realçamos estas em detrimento das mesquitas, por razões óbvias) pela sua natureza específica, também são ambientes propícios ao recrutamento, apesar de serem intrinsecamente muito diferentes das mesquitas.⁹⁶

As mesquitas têm um ambiente menos controlado, em contraste com as prisões que pela sua própria natureza, são espaços confinados com acesso e circulação muito restrita. Contudo, devido ao aumento de Muçulmanos entre a população prisional, passaram a ser locais excecionalmente propícios para a radicalização e o recrutamento, porquanto os reclusos são confrontados com várias questões, especialmente as do foro pessoal e existencial, o que incrementa e facilita a sua conversão à religião, ou até o seu renascimento religioso, muito mais do que noutros ambientes, pois a religião oferece-lhes segurança e dá respostas a algumas das suas questões fundamentais, provocando rupturas inevitáveis com o passado.⁹⁷

No meio ambiente prisional de alguns países europeus, sobretudo em França e na Grã-Bretanha, têm-se formado grupos de radicais e extremistas islâmicos, que geralmente adotam uma retórica agressiva e impõem códigos rígidos de comportamento aos militantes islâmicos, destacando-se dois elementos essenciais para quem pretende integrar e participar nestes grupos. O primeiro advém do apoio prestado pelo grupo aos novos reclusos que, sozinhos e confrontados com um universo novo, diferente e geralmente

⁹⁴ Idem, ibidem p. 9. Neumann, Peter R. 2008. *Joining Al-Qaeda: Jihadist Recruitment in Europe*. Abingdon, Oxon: Routledge, p. 21.

⁹⁵ Realidade corroborada pelo facto de pelo menos 35 reclusos do “Estabelecimento Prisional” de Guantánamo, terem passado pela mesquita de Finsbury Park, e por uma rede de centros usados pelos extremistas na Grã-Bretanha, onde se incluem a mesquita de Regent Park, a mesquita de East London e um quarto alugado por cima do clube Four Feathers Youth, situado nas imediações de Baker Street; Faria, José Augusto Vale, *Jornal de Defesa e Relações Internacionais*, sob o tema “*Como se forma um terrorista jihadista no Ocidente: o processo de radicalização*”, op. cit., p. 11.

⁹⁶ Idem, ibidem p. 12. Neumann, Peter R. 2008. *Joining Al-Qaeda: Jihadist Recruitment in Europe*. Abingdon, Oxon: Routledge, p. 25.

⁹⁷ Idem, ibidem p. 12. Neumann, Peter R. 2008. *Joining Al-Qaeda: Jihadist Recruitment in Europe*. Abingdon, Oxon: Routledge, p. 25.

adverso, são reconfortados pela inserção no grupo, o que é de primordial importância vital para a vida social em ambiente prisional, pois permite-lhes evitar o isolamento e garante proteção física contra outros reclusos.⁹⁸

Por outro lado, a adesão a um grupo islâmico jihadista, por oposição a outros grupos de reclusos que, na sua maioria estão ligados ao crime comum que caracteriza o ambiente prisional, dá aos membros uma sensação única de força e até superioridade, porquanto, o comportamento dos grupos jihadistas neste ambiente oscila entre uma calma aparente e momentos de agressividade, o que naturalmente produz uma sensação de medo e respeito entre os restantes reclusos, incluindo até o corpo dos guardas e funcionários do sistema prisional.⁹⁹

Parece-nos por ora pertinente parafrasear uma expressão de *Sageman* “ninguém nasce terrorista, as pessoas tornam-se terroristas”.¹⁰⁰

7. INSTRUMENTOS E MANIFESTAÇÕES DA TEORIA DE JAKOBS NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como foi referido por Maria João Antunes¹⁰¹ enquanto instrumento descritivo-analítico e crítico-denunciador do direito positivo temos de reconhecer que o conceito de direito penal do inimigo não deixa de mostrar alguma utilidade e aptidão, ainda que possamos chegar aos mesmos resultados através de outros instrumentos”.

A questão que nos apraz responder é: e quais são esses outros possíveis instrumentos?

É consabido que entre nós existem vários instrumentos que refletem, em certa medida a teoria de *Jakobs*, como é certo que atualmente o nosso regime jurídico-penal para este tipo de criminalidade é garantista. Contudo, desde 2001, significativos avanços foram conhecidos.

Não podemos afirmar que neste tipo de criminalidade o agente perpetrador deveria ter igual tratamento que os restantes. Tendo em conta que

⁹⁸ Idem, ibidem p. 12; Neumann 2008 p. 26.

⁹⁹ Idem, ibidem p.12

¹⁰⁰Sageman, Marc. 2004. Understanding Terror Networks. Philadelphia: University of Pennsylvania Press; vide: Faria, José Augusto Vale, *Jornal de Defesa e Relações Internacionais*, p.13.

¹⁰¹Vide in: Antunes, Maria João, III Congresso Investigação Criminal, *Novas perspetivas e desafios*; Livro de atas, 2012, op., cit., p. 117-124.

o fim que o agente quer obter também é diferente de qualquer outro tipo incriminador, bem como o bem jurídico será outro. Sendo, portanto, o elemento volitivo diferente, parece-nos óbvio que o tratamento também deve ser proporcional ao fim que o agente pretende obter.

Creio que aqui a tese de *Jakobs*, parece vingar, não como foi concebido, mas pode ser legitimado desde que tenha como limite o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo inevitável a alteração quer no domínio do direito penal como processual, no sentido de o tornar “*mais musculado*”.

A tarefa da ciência do direito penal neste contexto é “identificar as regras do direito penal do inimigo”, “e separá-las daquele que funciona sob a denominação de direito penal, isto é, trazer à colação o complemento do direito penal através de um direito penal de luta contra o inimigo”. Caso contrário, a ciência do direito penal “se verá marginalizada por uma sociedade dominada pela economia, como consequência de sua falta de efetividade. Tudo isso é o *programa político-criminal do direito penal do inimigo* e o pedido à ciência do direito penal de que contribua ativamente a dar forma a este programa. É a passagem de um conceito descritivo e crítico-denunciador a um *conceito afirmativo-legitimador* do direito penal do inimigo.¹⁰²

É portanto, permitido dizer que inimigo é aquele que quer atacar o «bem-jurídico». Por isso é seu inimigo, não aquele que conhecemos nas concepções abordadas (inimigo em estado de guerra), mas aquele que intimamente atua sob uma influência de *malvadez* ou confluído por fatores exógenos à sua pessoa.

7.1. Consequência jurídicas do crime: pena (finalidades)

Quando confrontados com casos concretos, é indissociável não abordar o seu regime sancionatório: penas e/ou medidas de segurança.

Relativamente às finalidades das penas e das medidas de segurança o n.º 1 do art.º 40º do CP, preceitua que a aplicação daquelas visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente; o n.º 2 que em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa, mas o n.º 3 prescreve que a medida de

¹⁰²Ambos, Kai, em *Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy*, tradução por Pablo Rodrigo Alflen. op., cit., p. 19, também *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt, Strafrechtswissenschaft*, p.53 e ss.

segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Para aplicação da pena e da medida de segurança deve o julgador atender as suas finalidades, assim como, na determinação da medida da pena (art.s 40º e 71º do CP) tornado esta fase a mais importante em qualquer decisão judicial.

Segundo o art.º 40 as finalidades da pena (e da medida de segurança) são exclusivamente preventivas, desempenhando a culpa somente um papel de pressuposto (*conditio sine qua non*) e de limite máximo da pena.¹⁰³

Resulta, pois, do atual art.º 40º n.ºs 1 e 2, que o fundamento legitimador da aplicação de uma pena é a prevenção, geral e especial, e que a culpa do infrator apenas desempenha o (importante) papel de pressuposto e de limite máximo da pena a aplicar, por maiores que sejam as exigências sociais de prevenção. Assim sendo, é correta a afirmação de que está subjacente ao art.º 40º uma conceção preventivo-ética da pena: preventiva, na medida em que o fim legitimador da pena é a prevenção; ética, uma vez que tal fim preventivo está condicionado e limitado pela exigência da culpa.¹⁰⁴

Todavia, para Américo Taipa de Carvalho, o fim do direito criminal-penal (ou pura e simplesmente direito penal) é o de proteção dos bens jurídicos-penais. As penas (tal como as medidas de segurança) são os meios indispensáveis à realização desse fim de tutela dos bens jurídicos.¹⁰⁵

A pena tem como função-meio o de prevenir a prática de crimes, ela há-de atender ao presente com olhos no futuro.¹⁰⁶ Sendo *prima facie* a reintegração do agente na sociedade e a proteção do bem jurídico.

Daqui se retira dois vetores, um direcionado ao agente/infrator condenado do crime e outro à comunidade.

Em relação ao próprio condenado, a função preventiva da pena designa-se por prevenção especial ou individual, tendo um duplo sentido:

¹⁰³ Carvalho, Américo Taipa, in Direito Penal, Parte Geral, “Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime”, 2ª ed. Coimbra editora, op. cit., p. 60.

¹⁰⁴ Idem, p. 60.

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 62. O professor Taipa de Carvalho fala em «fins-meios» e não como um «fim-último».

¹⁰⁶ Diferente seria a função ético-retributiva da pena, sendo de rejeitar que a pena deva, sempre e necessariamente, ser determinada pela gravidade da culpa do agente no caso concreto. Idem, ibidem p.63

ressocialização do delinquente, traduzida pela designação prevenção especial positiva, e dissuasão da prática de futuros crimes, traduzida pela designação prevenção especial negativa.¹⁰⁷

O segundo sentido da prevenção, e denominada de prevenção geral, que tem como destinatário toda a comunidade social e cada um dos seus membros, os cidadãos em geral, desdobrando-se em: prevenção geral positiva ou de integração e prevenção geral negativa ou de dissuasão.

Tal significa que a pena é um meio de interpelar a sociedade e cada um dos seus membros, para a relevância social e individual do respetivo bem jurídico tutelado penalmente. Por outras palavras, a pena serve a função positiva de interiorização ou aprofundamento dessa interiorização dos bens jurídicos-penais.¹⁰⁸

Mas a prevenção geral positiva tem ainda a dimensão ou objetivo da pacificação social, ou por outras palavras, do restabelecimento ou revigoração da confiança da comunidade na efetiva tutela penal estatal dos bens jurídicos fundamentais à vida coletiva e individual. Esta mensagem de confiança e de pacificação social é dada especialmente através da condenação penal, enquanto reafirmação efetiva da importância do bem jurídico.¹⁰⁹

Antevê-se, com o percurso trilhado, que na teoria de *Jakobs* o acento tónico é colocado na periculosidade do agente, o que para nós deve ser conjugado com a ressocialização do mesmo.

Para nós são estes, para nós os contributos fundamentais desta teoria e aqueles que acompanhamos. Tentaremos aplicá-los no caso de atos terrorista perpetrados pelo denominado lobo solitário, para que desta forma se possa adotar uma solução dogmática.

Para *Jakobs*, ao agente perpetrador de um ato terrorista, deve-se-lhe aplicar uma medida de segurança em função da sua perigosidade. Ora, sobre este ponto de vista, também estamos de acordo quando falamos de um sujeito cuja doutrina assenta num único e principal objetivo: provocar terror, espalhar

¹⁰⁷ Idem, p 63.

¹⁰⁸ Idem, ibidem p. 65.

¹⁰⁹ Para o professor Taipa de Carvalho “a pena também tem uma função de prevenção geral negativa ou de dissuasão. Idem, ibidem p. 66.

o medo, impor as suas crenças, destruir o “infiel”, através de atos bárbaros sobre a vida humana, coartando as suas liberdades.

Por esse motivo, defendemos que por um lado, a máxima deve ser a sua periculosidade, e que por outro lado a sua ressocialização através da sua pela *desradicalização*.

Somos a favor da tese segundo a qual todo o ser humano é recuperável, desde que seja traçado uma efetiva recuperação e acompanhamento, levada a cabo pela sociedade, através dos seus mecanismos e órgãos.

No caso dos denominados lobos solitários a sua radicalização, faz-se nos estabelecimentos prisionais sendo, portanto, um foco de apoio e influência à comunidade prisional. Porquanto, o terrorista-fundamentalista encontra ali um forte apoio, o que permite que os seus ideais e objetivos, se solidifiquem, ou melhor se consolidem. Neste caso a finalidade das penas, especialmente a da ressocialização do agente, pode não ser definitivamente alcançada, visto que os comportamentos e as crenças podem não ser controladas e pelo contrário podem sair reforçadas.

Com base nestes argumentos e sendo a função do Estado prevenir futuros atentados, evitar a reincidência, bem como evitar e prever que o agente-terrorista consiga alcançar os seus intentos (isto no caso de estarmos por exemplo perante atos preparatórios) devem ser estabelecidas formas de *desradicalização* do agente-terrorista, através de mecanismos e formas de apoio, designadamente o acompanhamento diário de consultas de psicologia, psiquiatria, sociologia, ou outras ciência sociais e humanas, com a insígnia de educar o agente-terrorista para o direito.

Quando nos referimos à prevenção, falamos da criação de formas de interceptar, prontamente o estado prévio em razão da perigosidade, sendo somente alcançado com a expansão do campo da investigação e da reformulação da definição de atos de preparação de futuros ataques.

Destarte, somos imperativamente forçados a defender a aplicação da medida de segurança talqualmente apresentada por Jacobs porém, substancialmente diferente, contanto que deve ser sempre primado o princípio da dignidade da pessoa humana, como objetivo primeiro, como limite e como fim-último. Poder-se-á invocar a pena relativamente indeterminada (art.º 83º

e seguintes do CP). Apesar dos vários constrangimentos na sua aplicação ao caso concreto, deve ser ponderada a sua eventual solução futura, quer pelo legislador, como pelo julgador.

O seu maior problema reside no preenchimento dos seus pressupostos. No caso da delinquência por tendência grave pressupõe por um lado, o cometimento prévio de dois ou mais crimes dolosos a que tenha sido aplicada pena de prisão efetiva por mais de 2 anos e por outro a prática de crime dolosos a que deva ser aplicada pena concreta de prisão efetiva por mais de 2 anos.¹¹⁰

A interpretação literal do preceito à primeira vista, ensina-nos que a sua aplicação está limitada e dependente de anterior condenação. Porém, Paulo Pinto de Albuquerque, refere que a lei não exige a existência de uma ou mais condenações prévias, mas apenas o cometimento prévio de dois ou mais crimes, pelo que a pena relativamente indeterminada pode ser aplicada num processo em que se verifique concurso de crimes, como resulta claramente da expressão “ou seja aplicada”. Dito de outro modo, a pena relativamente indeterminada pode ser aplicada no mesmo processo em que o arguido seja punido pelo cometimento prévio dos outros crimes, sendo suficiente que se verifique o concurso real de crimes no mesmo processo. Portanto, a pena relativamente indeterminada pode ser aplicada a agente sem antecedentes no registo criminal.¹¹¹

É pressuposto material desta pena o da prova da manutenção da acentuada inclinação para o crime. Sendo suficiente que o tribunal constate uma predisposição séria do agente para cometer o crime – é timbre na sua aplicação a perigosidade do agente-terrorista.¹¹²

A título de exemplo da sua aplicação prática, se o agente terrorista for condenado pelo crime de homicídio e verificando-se os pressupostos para o considerar delinquente por tendência, pode sofrer pena relativamente indeterminada a fixar entre o limite mínimo de 8 anos (dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido) e o limite máximo 18

¹¹⁰ Albuquerque, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal “à luz da Constituição da república Portuguesa e da Convenção Europeia dos DH”, 3ª ed. UCP op. cit p. 395, nota 2.

¹¹¹ Idem, nota 3.

¹¹² Idem, ibidem p. 396 nota 8.

anos (a pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido acrescido de 6 anos). O limite mínimo é justificado por considerações de prevenção geral de integração e o limite máximo é fixado em virtude de considerações de proporcionalidade com a gravidade do facto e a perigosidade do agente.¹¹³

Assim, a parte da pena relativamente indeterminada que exceda a pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido é uma medida de segurança, cuja medida concreta é função exclusiva da perigosidade do agente (para Figueiredo Dias, 1993: 561). Mas diferentemente Taipa de Carvalho, 2003 a:101, considera que a parte da privação da liberdade correspondente à medida de segurança desempenha uma função de prevenção especial na dimensão de recuperação social e neutralização da perigosidade e uma função de prevenção geral no sentido da pacificação e do revigoramento da confiança da comunidade na eficácia da norma.¹¹⁴

A teoria de *Jakobs* tem na nossa opinião influenciado o surgimento de um direito penal a “*duas velocidades*”: um direito penal comum, clássico ou do cidadão, e outro direito penal, digamos contemporâneo onde se inclui o direito penal do inimigo.

7.2. Contaminação do ordenamento jurídico e judicial Português

É para nós oportuno falar em *sinais* desta teoria no nosso ordenamento jurídico. Uns a beliscar direitos fundamentais e outros que beliscando, são em certa medida necessários.

Falo na necessidade de constranger determinados direitos individuais em detrimento dos direitos da comunidade. Logicamente que nos referimos à dicotomia entre a segurança e liberdade, e quando um deve prevalecer sobre o outro (a este propósito ponto 5 supra).

Não podemos deixar de sublinhar, que esta contração dos direitos e garantias individuais, deve ser acompanhada de limites de ordem constitucional, como o princípio da Dignidade Humana e o princípio do Estado de Direito, conjugado com os consignados no art.º 18º n.º 2 e 3 da

¹¹³ Idem, ibidem nota 12.

¹¹⁴ Idem, ibidem nota 13.

CRP, evitando-se o estabelecimento de um estado de polícia, como, aliás, refere *Zafaroni*.¹¹⁵

Para os seguidores fieis da teoria do Direito penal do inimigo, é seguramente aceite a aplicação da prisão perpétua, da pena de morte, bem como a ausência total e desenfreada de garantias processuais, e que passa, por exemplo, na recusa de defensor. Após a vaga de acontecimentos existem cada vez mais adeptos desta teoria.

Mais recentemente foi criado o “Sistema de Registo de Identificação Criminal de Condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menores” com a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, anexo a que se refere o art.º 4, a par do existente Registo Criminal, não sendo mais do que uma fiel influência dos primórdios da teoria do Direito penal do inimigo, ainda que em pleno século XXI.

Não temos qualquer dúvida que este diploma enferma de inconstitucionalidade por vários motivos, flagrantemente no que diz respeito ao art.º 13º (deveres do agente), e, conseqüentemente o art.º 14º (incumprimento pelo agente) daquele diploma.

Para nós é violador dos princípios segundo o qual: não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida; nenhuma pena envolve como efeitos necessários a perda de quaisquer direitos civis, profissional ou político (art.º 30 n.º 1 e 4 da CRP);

Por outro lado, somos também do entendimento que este registo constitui uma medida acessória, enquanto consequência da condenação por crimes contra a autodeterminação e a liberdade sexual de menor e neste sentido, a inscrição de condenações anteriores à entrada em vigor da presente lei é violadora do princípio da não retroatividade da lei penal, corolário do princípio da legalidade.¹¹⁶

Na parte em que se prevê o acesso aos “cidadãos que exerçam responsabilidades parentais sobre menor até 16 anos”, viola-se gravemente o

¹¹⁵ Vide nota 33 supra.

¹¹⁶ Nunes, Ariana Barros Trévidic, “O sistema de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual do menor”, UCP – Escola de Lisboa, 2015 op., cit., p. 51.

direito à reserva da vida privada e ofende-se o princípio da dignidade humana.¹¹⁷

Nem a Diretiva 2011/93/UE, nem a Convenção de Lanzarote impunham a criação de um sistema de registo de condenados pelos crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menores. Na parte em que se inspirou nas “experiências consolidadas do Reino Unido e da França”, esqueceu-se o legislador que nesses ordenamentos jurídicos, o acesso é limitado às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal.¹¹⁸

Nos moldes em que está estabelecido, com forte probabilidade que não passará do crivo do Tribunal Constitucional.

A partir de 2001, foram introduzidas várias alterações legislativas, com o objetivo de combater o terrorismo, associado aos atentados de 11 de setembro. Damos destaque a uma importante alteração do Código de Processo Penal, pela Lei 48/2007 de 29 de agosto e a Lei n.º 26/2010 de 30 de agosto, este último com o alargamento dos prazos de duração máxima do inquérito, quando em causa esteja casos de terrorismo, bem assim, a despeito de revistas, buscas domiciliárias e escutas telefónicas (arts 276º n.º 1 e 2, 174º n.º 1, 2, 5, 177º n.º 1, 2 e 3, e/ou 187 n.º 2), que manifesta a necessidade de combater, ainda que *a jusante*, casos de terrorismo.

Estes são pequenos exemplos de como o Direito penal do inimigo foi ganhando o seu lugar na sociedade ocidental aliado primeiro ao Terrorismo, mas com tendência para expandir para outros tipos legais de crimes e que acaba indubitavelmente por constranger de forma significativa outros direitos.

Este direito penal de duas velocidades (clássico e o Direito penal do inimigo) tem-se verificado em várias decisões judiciais. Falamos no caso da aplicação da prisão preventiva, quando efetivamente se denota, com mediana certeza, que não estando preenchidos os pressupostos consignados nos art.º 204º, concomitantemente o art.º 202º do CPP, é aliada e confirmada com a delonga do encerramento dos inquéritos, acabando por coartar a liberdade do

¹¹⁷ Idem, ibidem p. 51.

¹¹⁸ Idem ibidem. p. 51

arguido, para no final se investigar, mais parecendo um castigo, entretanto, julgado, sem demora, em praça pública.

Por vezes, a subversão do sistema põe de parte as reais preocupações da comunidade. Estes novos fenómenos de atos terroristas isolados, desorganizados, têm modificado o rosto da sociedade, de uma forma pouco perceptível, mas a pouco-e-pouco, tornaram a sociedade mais insegura, mais injusta e sem respostas que consigam satisfazer os anseios da comunidade, evitando o (re)surgimento destes movimentos.

Com a vaga de acontecimentos terroristas, com cada vez mais vítimas mortais, vão surgindo vozes dissonantes, em certa medida populistas, preocupadas com o atual limite máxima da pena de prisão de 25 anos (no caso de cúmulo jurídico e nos casos de homicídio qualificados, art.º 41º n.º 1 e 2 do CP), por não ir ao encontro das finalidades da pena, suportadas na teoria do Direito penal do inimigo de *Günther Jakobs*.

8. Conclusão

Começam a surgir cada vez mais vozes a pugnar por respostas de combate ao terrorismo, que agora é perpetrado dentro de “portas”; por sujeitos da mesma nacionalidade, que aparentemente estão inseridos na sociedade, mas são radicalizados.

Muitos são aqueles que manifestam dúvidas com o nosso atual quadro jurídico. Apesar de já terem sido feitos progressos nesta matéria, embora estes são insuficientes no que diz respeito ao estado de preparação de eventuais ataques.

A tentativa de encontrar desenfreadamente instrumentos de combate a potenciais atos terroristas, sem que sejam respeitados certos limites, arrasta consigo um retrocesso civilizacional ao *ius puniendi*, típico em estados absolutos, que em nada se assemelha ao mundo de hoje, onde impera a solidariedade, a fraternidade e a liberdade, e onde o homem é o timbre, pedra toque, o fim-último de qualquer Estado de Direito Democrático.

No entanto, a teoria apresentada por Jakobs, faz renascer as perguntas: como devem ser vistos e tratados os casos de Terrorismo; em que fase devem ser aplicados os *remédios* de forma a evitar males maiores?

Como é óbvio, as respostas não se coadunam com a existência, ou distinção entre dois seres humanos: um cidadão e outro inimigo, que perde o seu *status* (este numa vertente bélica). A punibilidade não pode estar dependente da periculosidade do agente ao qual não podem ser retiradas garantias processuais como o direito fundamental de ser assistido por advogado, mas tão-somente em função da prevenção e a culpa do agente (art.º 40º e 71º do CP).

Aqui chegados, podemos com alguma certeza afirmar que a aplicação integral da teoria de Jakobs, Direito Penal do Inimigo é hodiernamente inconstitucional, por violação dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, princípio do Estado de Direito, princípio da Igualdade, ao Contraditório, o de ter um processo justo e equitativo, bem como o princípio ao acusatório.

Contudo, devidamente limadas algumas arestas, acreditamos que existem campos onde se sente a influência da teoria no nosso ordenamento jurídico, em alguns casos em decisões judiciais (que são objeto de coação, castigo).

Encontramos ainda, no nosso ordenamento jurídico, institutos que podem responder à atual crise do terrorismo, como por exemplo, a aplicação da pena relativamente indeterminada - seguindo-se a própria teoria na questão das medidas de segurança - com o objetivo de bloquear a perigosidade do agente, impondo-lhe um regime de desradicalização e de ressocialização.

É também comumente aceite que o estado prévio do agente tem de ser previsto, evitado e intercetado. Isso só é possível quando este se encontre em estado preparatório, antecipando-se a tutela penal, sem que contenda com direitos, liberdades e garantias, esta é talvez a tarefa mais difícil.

Creemos que os objetivos e o combate ao terrorismo serão ponderadamente alcançados, mas para isso é fundamental que seja acompanhado de um regime sancionatório paralelo de responsabilização a quem investigue, acuse e julgue, agravado e exemplar, nomeadamente por violação culposa e grosseira dos deveres que, por lei, lhes sejam reforçadamente conferidos.

9. Bibliografia

AMBOS, Kai, em Direito Penal do Inimigo, Criminal Law For The Enemy, tradução por Pablo Rodrigo Alflen.

ARISTOTELES, PolitiK, n.m. 1330 b-1331 a, p.260;

ANDREW Silke, autor do “Research on Terrorism: Trends, Achievements na Failures”.

ANTUNES, Maria João, III Congresso Investigação Criminal, Novas perspectivas e desafios; Livro de atas, 2012

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal “à luz da Constituição da república Portuguesa e da Convenção Europeia dos DH”, 3ª ed. UCP

BRUNKHORST, in Uwer, Ruhe, 110 ss.;

CARVALHO, Américo Taipa, in Direito Penal, Parte Geral, “Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime”, 2ª ed. Coimbra editora, ob. cit., p. 60.

Caeiro, Pedro, III Congresso Investigação Criminal, Novas perspectivas e desafios; Livro de atas, 2012

CAETANO, Matheus Almeida, “O autofágico Direito Penal do Inimigo: Por uma resistência Garantista.

CANCIO Meliá/Gómez-Jara, Derecho Penal del enemigo, p. 1060,

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, ob., cit., p. 1275.

CONSTANTINO, Pedro Miguel Moreira, União Europeia e Terrorismo, “Uma co-construção do sector privado da segurança?”, Julho de 2016, Universidade de Coimbra,

DIAS, Jorge Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral Tomo I, 2ª ed. Coimbra Editora.

DEMETRIO Crespo Zis 9/2006, p. 432;

FICHTE, Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, em: *Samtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. Fichte, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts – und Sittenlehre, tomo primeiro, s. f., p. 260.

FERNANDES, Hélène Marine Serra, *Direito penal do inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito?* Julho de 2011.

FARIA, José Augusto Vale, *Jornal de Defesa e Relações Internacionais*, sob o tema “Como se forma um terrorista jihadista no Ocidente: o processo de radicalização”, ob. cit., p. 8., em: http://database.jornaldefesa.pt/ameacas/terrorismo/JDRI_070_090913_terrorismo.pdf.

GOMES, Luiz Flávio (*Direito Penal do Inimigo ou Inimigo do Direito Penal*) disponível em:

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

GARCIA Martín, *RECPC 07-02 (2005)*, 34 ss.;

GöSSEL, FS Schroeder, 39 ss.;

GOMES, Andreia Filipa Nogueira, “Terrorismo Jihadista e Contraterrorismo: Estudo comparado entre a União Europeia e Indonésia. ISCSP, HOBBS, *Leviathan order* Stroff, *Form und Gewalt eines kirchlichen und burgerlichen Staates*, ed. a cargo de FETSCHER, tradução de EUCHNER, 1984.

JAKOBS, *ZStW 97 (1985)*,

JAKOBS Gunter e Cancio Meliá, Manuel, *Madrid Derecho penal del enemigo*,: Civitas, Primera edición, 2003.

JAKOBS, Gunther, Meliá, Manuel Cancia, *Direito Penal do Inimigo*, “Noções e Criticas”, segunda edição, organização e tradução por André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado Editora,

JOHN Horgan, in “The Psychology of Terrorism”

Jornal de Defesa e Relações Internacionais, sob o tema “Como se forma um terrorista jihadista no Ocidente: o processo de radicalização”

JOSÉ Augusto Vale Faria, disponível em:

http://database.jornaldefesa.pt/ameacas/terrorismo/JDRI_070_090913_terrorismo.pdf.

KANT, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, em: Werk nota 5, t.8 p.341 e ss. 349 (2º apartado, nota)

LAURENS, Henry; Delmas-Marty (2010) Terrorismes: Historie et Droit. Paris:CNRS Éditiones p. 9-11.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional Tomo IV, Direitos fundamentais, 4ª edição Coimbra editora,

MEIREIS, Manuel Augusto, Segurança e prevenção: Terrorismo 2012.

MARQUES Guedes, “Al-Qaeda, Ligações Perigosas”.

NUNES, Ariana Barros Trévidic, “O sistema de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual do menor”, UCP – Escola de Lisboa, 2015

NEUMANN, in Uwer, Ruhe, 309, 313;

NEUMANN, Peter R. 2008. Joining Al-Qaeda: Jihadist Recruitment in Europe. Abingdon, Oxon: Routledge.

PASTOR, Cancio Meliá/Gómez-Jara, Derecho penal del enemigo, p 489-517

PACHECO, Micael, “Terrorismo: Um crime Autónomo para o Tribunal Penal Internacional” de 2016, na Universidade Católica Portuguesa, trabalho elaborado no âmbito do Direito Internacional Criminal.

Revista de Ciência Penal – ZStW, n.º 97, 1985, p.753.

RAMIREZ, Derecho penal del enemigo, p. 22; Urquizo,

ROSSEAU, Staat und Gesellschaft. «contrat social», traduzido e comentado por Weigend, 1959, p.33 (segundo livro, cap. V)

SAGEMAN, Marc, 2004. Understanding Terror Networks. Philadelphia: University of Pennsylvania Press;

SILBER, Mitchell D.; Arvin Bhatt. 2007, Radicalization in the West: The Homegrown Threat. New York Police Department Intelligence Division, disponível em:

http://www.nypdshield.org/public/SiteFiles/documents/NYPD_Report-Radicalization_in_the_West.pdf.

TOM Metzger and White Aryan Resistance (WAR) – Extremism in America. Adl.org. Consultado em 10 de dezembro de 2012 [S.l.: s.n.] ISBN 1568585136.

V BURGER, em: GAWLICK (ed.) Hobbes. Vom Menschen. Vom Burger, 1959,

VAZQUEZ, J.A.R.- Terrorismo e intervención penal: la Lo 7/2000 y los limites del ius puniendi, [s.n.], [2002] – sep. De: Revista de Ciencias Penales, vol. 4, 2001-2002.

Webgrafia

https://pt.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCnther_Jakobs)

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Lobo_solit%C3%A1rio_\(terrorismo\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lobo_solit%C3%A1rio_(terrorismo)).

<https://www.fbi.gov/sandiego/about-us/history/operation-lone-wolf>

<http://www.asjp.pt/2016/04/09/direito-penal-do-inimigo/>

http://www.nypdshield.org/public/SiteFiles/documents/NYPD_Report-Radicalization_in_the_West.pdf

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

10. Abreviaturas

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DPI – Direito Penal do Inimigo

Índice

1. Introdução.....	6
2. Teoria de Günther Jakobs - Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht)	
2.1.Caraterização.....	8
3. Sinopse do dogma direito penal do inimigo.....	13
4. Antagonismo – à luz dos direitos fundamentais.....	17
5. Discurso legitimador - restrição dos direitos liberdades e garantias.....	22
6. Tipologia da teoria: terrorismo.....	26
6.1.O surgimento de um novo fenómeno: O lobo solitário – radicalização.....	30
6.2.Principais focos da radicalização.....	33
7. Instrumentos e manifestações da teoria de Jakobs no nosso ordenamento jurídico-penal.....	35
7.1.Consequências jurídicas do crime: pena (finalidades).....	36
7.2.Contaminação do ordenamento jurídico e judicial Português.....	41
8. Conclusão.....	45
9. Bibliografia.....	47
10. Abreviaturas.....	52