

*Conhecer não é demonstrar
nem explicar. É aceder
à visão. A. Saint-Exupéry*

2017, ANO V, N.º 7

AB INSTANTIA

REVISTA DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

DIRECTOR Ricardo Costa

CONSELHO EDITORIAL

Ana Manuela Barbosa, Miguel Teixeira de Abreu,
Paulo de Tarso Domingues, Paulo Teixeira Pinto

REGULAMENTO GERAL DE PROTECÇÃO DE DADOS

Direitos de personalidade e responsabilidade civil; Direito ao esquecimento; Privacidade; § PRIVADO Dupla descrição predial – STJ, 23.02.2016; Resolução de contrato de agência e interesse contratual positivo – Relação de Lisboa, 20.12.2017; PERSI e pagamento de dívida; § INSOLVÊNCIA Isenção de IMT e transmissão de imóveis – STA, 29.03.2017; Empresas locais; Direito de retenção e consumidor; § PROPRIEDADE INDUSTRIAL Marcas sensoriais; Confusão entre marcas; § ARBITRAGEM Estatuto de partes não signatárias; § CONCORRÊNCIA Corrupção no sector privado; § ESTUDO Mercado de valores mobiliários em Angola; § RECENSÃO Direito penal e o terrorismo.

1. O autor reflecte sobre o conceito de “Direito Penal do inimigo”, cunhado por GÜNTHER JAKOBS em 1985 e que, desde essa data, foi objecto de sucessivos aprimoramentos pelo professor alemão, tendo suscitado um coro de críticas, mas também alguns defensores no nosso entorno jurídico-cultural. De facto, em 1999, no que se pode designar por “fase de concretização e radicalização”, o termo “inimigo” é densificado como todo aquele que não garante a “segurança cognitiva mínima” (*kognitive Mindestsicherheit*), sendo que tal “não-pessoa” (*Unperson*) pode afastar-se do Direito através da sua atitude (*v. g.*, criminosos sexuais), da sua “vida aquisitiva” (*v. g.*, criminalidade económico-financeira, organizada, ligada às drogas); ou da pertença a uma organização (*v. g.*, terrorismo e a mais grave criminalidade organizada). A partir de 2002 a 2005, entra-se na fase de depressão e esclarecimento, em que “cidadão” e “inimigo” aparecem como tipos ideais: o cidadão como indivíduo competente para participar na vida social e o Direito Penal do inimigo não faz parte da função de estabilização da norma¹.

Parte-se do princípio de que o leitor se encontra familiarizado com o conceito e, por isso, o autor da obra cuja recensão agora se apresenta não dedica grande espaço no seu opúsculo ao debate do mesmo. Em extrema súpula, dizendo-o agora nós, ao passo que o “Direito Penal do cidadão” se baseia no conceito de facto punível, o do inimigo parte da noção de perigo; o primeiro encara o crime como “deslize reparável”, ao passo que o segundo como uma rebeldia insanável; o agente, no *Bürgerstrafrecht* ainda está dentro do Direito, por possuir uma suficiente “garantia cognitiva”, ao passo que no *Feindstrafrecht* se encontra de costas voltadas para esta região normativa, dada a insuficiência de tal garantia; no primeiro, o crime representa um dano actual à vigência da norma e no segundo um perigo de danos futuros a tal vigência; em conclusão: o do cidadão terá de respeitar os direitos humanos, ao invés do segundo, o que também resulta numa optimização da protecção de bens jurídicos nos agentes que ainda são pessoas e uma simples optimização de esferas de liberdade no das “não-pessoas”.

Da obra agora recenseada já se não poderá afirmar que não indica os traços essenciais do pensamento de filósofos – e penalistas como, *inter alia*, *v. LISZT*, o que se percebe, visto ser o fundador da designada “moderna escola alemã” do Positivismo, em que o criminoso era encarado como um doente, um enfermo,

¹ Seguimos a periodização sugerida por FRANK SALIGER, «Feindstrafrecht: kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?», in: THOMAS VORMBAUM (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster: Lit Verlag, 2009, pp. 203-219.

um portador de patologia que importava segregar do convívio comunitário – tão reputados como HOBBS, KANT, HEGEL, para citar apenas alguns que, desde há vários séculos (na Filosofia grega também existiram pensadores que para tal propenderam, no séc. V a.C.²), vêm considerando como “inimigos”, *hostes*, ou mesmo não-pessoas todos quantos praticam crimes graves e que repugnam à escala axiológica socialmente vigente num dado tempo e espaço. É certo que, como regra, estamos perante autores que podemos inscrever nos movimentos ético-retributivos, preventivos-gerais e especiais negativos. Todavia, porventura o que mais impressiona em JAKOBS – dizemo-lo nós – é a circunstância de ele ser apontado como um dos maiores doutrinadores da prevenção geral positiva ou de integração, sendo sua a já estafada fórmula de inspiração hegeliana, de a pena constituir a “reafirmção contrafáctica da norma”. Ao que o penalista responde que o “inimigo” já não participa desse desiderato. *Ergo*, se a sanção criminal segue, no essencial, finalidades pedagógicas e emblemáticas, partindo de um Direito Penal da culpa e sendo esta entendida na sua forma unívoca, mais dificilmente se compreende a proposta de JAKOBS.

Por rectas contas, *nihil sub sole novum*: a diabolização do *alienus* andou sempre de mão dada com o Direito Penal, bastando recordar a era da *faida*³ e, muito mais recentemente, a escola lombrosiana, retrocedendo, de novo, ao inimigo no Direito Romano: *hostis rei publicae* (medida do Senado em situações de emergência política, com assunção de poderes ditatoriais, cuja primeira aplicação data de 121 a. C.⁴). Nas nossas Ordenações e diplomas coevos, o traidor à Pátria era punido como inimigo e, já no século passado, nos regimes totalitários fascistas e comunistas todos aqueles que pensavam diferentemente do *diktat* estatal eram verdadeiros inimigos.

É essencial assinalar, ao que cremos – o que não é feito por GUEDES VALENTE –, que o *Feindstrafrecht* não é, *de per se*, um sistema de construção dogmática do facto punível, ou seja, não se encontra na obra de JAKOBS uma nova dogmática para os “inimigos”. O que se pretende é que instrumentos mais “musculados” do nosso ramo de Direito (nas suas feições substantiva e adjectiva) sejam aplicados se não apenas, pelo menos sobretudo àqueles que, por praticarem crimes como o terrorismo, se colocam voluntariamente à margem de toda a vida societária possível, existindo legitimação constitucional e filosófica para os tratar como verdadeiras

² *On voit que l'histoire est une galerie de tableaux où il y a peu d'originaux et beaucoup de copies.* – ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 54, disponível em <http://philosoc.ulb.be/scpo/sites/default/files/Contenu/Cours/ancien-regime-et-revolution1.pdf>.

³ Ainda hoje central sobre o tema, a clássica obra de WILHELM EDUARD WILDA, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Halle: C. Schwetschke und Sohn, 1842, pp. 193-195.

⁴ WOLFGANG WALDSTEIN/J. MICHAEL RAINER *et al.*, *Römische Rechtsgeschichte: ein Studienbuch*, 10. Auflage, München: Beck, 2005, p. 23.

bestas. Daí a ampliação dos crimes de perigo abstracto, a punição da tentativa em todos os tipos legais, o mesmo se passando para os actos preparatórios (cuja punição com pena de prisão até cinco anos JAKOBS defende⁵, para os “inimigos”, à semelhança do que já foi Direito positivo germânico) e, do prisma processual penal, a diminuição – ou mesmo eliminação – dos direitos de defesa do arguido e a introdução, se não explícita, ao menos implícita de uma espécie de *onus probandi* impendente sobre o arguido. O professor emérito de Direito Penal alemão não hesita em referir, em um artigo que acaba por ser um bom resumo do seu pensamento, que a sua proposta é “politicamente incorrecta”⁶, mas que tal é uma nota de rodapé quando comparada com a realidade. Como quem diz à população que aquilo que defende pode não ser agradável de ouvir, mas é a mais pura verdade – os factos “entram-nos pelos olhos dentro”.

Na verdade, nada que não tenha feito o seu curso aqui ao lado, em Espanha. É de todos conhecida a posição de SILVA SÁNCHEZ ao propender para um “Direito Penal a (pelo menos) duas velocidades”⁷: uma para os crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo e outra para a criminalidade grave, transnacional, particularmente violenta e/ou altamente organizada. Embora esta tese tenha a vantagem de tentar afivelar o nosso ramo de Direito ainda ao facto e não ao agente (crítica que GUEDES VALENTE certamente aponta, a pp. 32 e 34-35), a sua base de partida tem vários pontos de contacto com o argumentário jakobsiano. Assinale-se ainda o “Direito Penal do risco”, de CORNELIUS PRITTWITZ⁸.

É também amplamente conhecida a firme oposição dos penalistas alemães – a começar por ROXIN – a tal pensamento. Permito-me destacar, pela sua difusão e profundidade, a chamada “Escola de Frankfurt”⁹, que teve em HASSEMER o seu *caput scholae*. Para estes, o Direito Penal vive uma nova época de hipertrofia – que todos nós reconhecemos, também em Portugal, por inabilidade política de criar e implementar efectivas políticas públicas de combate a novos fenómenos sociais ou a antigos que ganharam dimensões inimagináveis à altura do seu surgimento –, pelo que se impõe retomar um “Direito Penal liberal”, “mínimo”, reduzido a bens jurídicos individuais, rejeitando-se a própria figura dos de natureza supra-individual, no que é uma concepção mais exacerbada e inaceitável na crismada

⁵ GÜNTHER JAKOBS, «Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit», in: *HRRS*, 8-9/2006, p. 297.

⁶ *Ibidem*, p. 289.

⁷ Central, do autor, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Madrid: Edisofer, 2011.

⁸ Para uma sua caracterização, MICHAEL WAGNER-KERN, *Präventive Sicherheitsordnung: zur Historisierung der Sicherungsverwahrung*, Berlin: BWV Verlag, 2016, pp. 23-29.

⁹ Para um seu conspecto, cf. MATTHIAS JAHN/SASCHA ZIEMANN, «Die Frankfurter Schule des Strafrechts: Versuch einer Zwischenbilanz», in: *JZ*, 19/2014, pp. 943-947.

Risikogesellschaft de BECK ou na *modernidade líquida* de BAUMAN. Os menos ortodoxos de Frankfurt propendem para o reconhecimento de bens jurídicos colectivos ligados à defesa das condições de manutenção do Estado e pouco mais. Trata-se, se bem vemos as coisas, de um outro extremo de evitar, por também – parafraseando JAKOBS – não corresponder à realidade vivida. Pensamento este que encontra em FERRAJOLI um outro destacado defensor, apelando a um “Direito Penal da razão”, colado à *Aufklärung* e que, por exemplo, rejeita até a pena de multa como sanção principal, sob o pretexto de se tratar de um instrumento de desigualdade, por prejudicar os pobres e beneficiar os ricos. Este, um discurso eventualmente já “politicamente correcto”, mas sem adesão à realidade, bastando lembrar o Código Penal português e as inúmeras formas de liquidação da multa – interpretadas pela nossa jurisprudência, em alguns particulares, em termos que, em alguns pontos, até contrariam as normas positivadas – que não passam pela entrega ao Estado de um quantitativo monetário, para já não falar no mecanismo do art. 49.º, n.º 3, daquele diploma, verdadeiro “escape” a qualquer dúvida de (in)constitucionalidade sobre o instituto da pena pecuniária como sanção criminal.

GUEDES VALENTE afirma, de modo peremptório, neste livro que assume um estilo marcadamente ensaístico, a sua firme oposição a que qualquer ser humano seja tratado como “inimigo” pelo sistema penal e não encontra vantagens na concepção de JAKOBS no campo específico do terrorismo. Qualquer *Bürgerstrafrecht* é, assim, um “pleonasma” (pp. 71-75). Mesmo em um momento de “demanda pela punição, tornada obsessiva” (p. 36, pedindo emprestado o verbo a KLAUS GÜNTHER) ou, se preferirmos, de verdadeiro *punitive turn*, o qual soprou dos EUA a parir de meados da década de Sessenta da passada centúria, com a falência da ressocialização e a aposta na pura e simples *deterrence*, no *law and order* e na *war on drugs* ou na *war on crime*, fenómenos sobre os quais já tivemos o ensejo de escrever¹⁰, assinalando que tais ventos já estão na Europa continental em países tão insuspeitos como a França ou a Espanha e de recepção mais compreensível no Reino Unido. No essencial, a linha argumentativa de GUEDES VALENTE parte da própria contradição jusconstitucional que sempre existiria entre *cives* e *hostes*, esteada em uma filosofia marcadamente humanista – e até em uma mundividência cristã e uma concepção societária contratualista, de sabor rousseauiano (cf. p. 23) – e apostada na ressocialização do condenado que, entre nós, tem foros de consagração constitucional (artigos 1.º, 2.º, 29.º e 32.º) e infra-constitucional (art. 40.º, n.º 1, do CP, inspirado no *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*).

¹⁰ ANDRÉ LAMAS LEITE, «Nova penologia, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna», in: MANUEL DA COSTA ANDRADE *et al.* (org.), *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 395-376.

2. Acompanhando JOCHEN BUNG¹¹, cremos ser exacto que a perspectiva de JAKOBS teve a vantagem de permitir uma certa “restauração” da *relatio* incindível entre o Direito Penal e a Filosofia do Direito, por ter colocado os académicos a discutir os fundamentos últimos do ramo que estudam. Acresce que a categoria jakobsiana pode funcionar como “categoria analítica” e descritora da evolução histórica do Direito Penal. Por outro lado, parece também hoje inequívoco que para a criminalidade mais grave que pode fazer ruir os alicerces do próprio Estado de Direito e a vida humana como um valor *a se*, o Direito Penal substantivo e adjectivo tem de prever, sobretudo do prisma processual – creio –, instrumentos de maior compressão dos direitos de defesa, desde que se não afecte o seu núcleo essencial (art. 18.º, n.º 2, da CRP). Seria farisaico negá-lo. Como o seria não verificar que, em alguma medida, esse instrumentário já se acha positivado. Vejamos somente alguns exemplos: a ideia de uma “custódia de segurança” que subjaz ao delito de associação criminosa (art. 299.º, n.º 1, do CP, e art. 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro); a Lei de Segurança Interna (Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto), em que se estabelecem competências do Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna no caso de “situações extraordinárias” como “ataques terroristas ou de acidentes graves ou catástrofes” – art. 19.º, n.º 1; a vulgarização de expressões belicistas como “medidas *de combate* à corrupção e criminalidade económica e financeira” – Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, a Lei de Combate ao Terrorismo – Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, a mais recente Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, que reforça o combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo, introduzindo, quanto às entidades financeiras e não financeiras abrangidas verdadeiros sistemas de *compliance* criminal¹²; em certo sentido, o “princípio da universalidade” na aplicação no espaço da lei penal e sua concretização na Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho (violações do Direito Internacional Humanitário). Especificamente no processo criminal – alguns meios de obtenção da prova: escutas telefónicas, telemáticas, interceptações ambientais, acções encobertas (“agente infiltrado”: Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto); a regulação da criminalidade organizada e económico-financeira: Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (regime especial de recolha da prova, quebra do segredo profissional e perda de bens); a criação da base de dados de perfis de ADN para efeitos de identificação e investigação criminal – Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro (mesmo contra a vontade do arguido ou condenado e obrigatória em decisões condenatórias iguais ou superiores a três anos de prisão, ainda que apli-

¹¹ «Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person», in: *HRRS*, 7, 2/2006, p. 63.

¹² Para uma primeira abordagem, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Direito penal económico – Fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa», in: *RMP*, 151, Julho/Setembro de 2017, pp. 11-34.

cada pena de substituição – art. 8.º, n.º 2); a comunicação da data de libertação do recluso: art. 23.º, n.º 3, do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade (cf., também, art. 480.º, n.º 3, do Código de Processo Penal); as medidas de polícia, em particular as “especiais”, constantes, na citada Lei de Segurança Interna, do art. 29.º, sujeitas ao princípio da necessidade (art. 30.º) e reserva (de princípio) de juiz (art. 32.º), com regime de proibição de prova (art. 33.º, n.º 4). Finalmente, neste périplo exemplificativo, para além da já assinalada linguagem de pendor bélico, ainda a linguagem dos “danos colaterais”, cujo diploma emblemático é o *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* (2001, alterado em 2006), com o alargamento dos métodos ocultos de investigação, alguns deles sem despacho judicial autorizador, ou o controlo de moradas, deslocações e movimentos bancários. GUEDES VALENTE, com razão, acrescenta os artigos 6.º e 67.º, n.º 1, do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), ao remeter para as “tradições de cada povo”, como uma “tábua de salvação” para o combate a uma “Europa fortaleza” (p. 115), também ela constante do mesmo instrumento de Direito Internacional Público (artigos 67.º, n.º 3, e 83.º, n.º 1 – pp. 118-120).

3. *Über eine Idealwelt kann man sich leicht verständigen, aber für das Leben in der wirklichen Welt hat man dadurch nichts gewonnen* (É fácil chegar a um acordo quanto a um mundo ideal, mas com ele nada se terá ganhado para a vida no mundo real)¹³.

Estas palavras de JAKOBS, escritas em 2005, em um importante artigo de resposta a muitas das críticas que lhe vão sendo dirigidas e de densificação e esclarecimento de alguns conceitos, o autor “toca na ferida”. Por muito que rejeitemos a designação de “inimigo”, certo é que existem – e sempre existiram – indivíduos que, *maxime* no terrorismo, não cumprem a sua parte do contrato social, por não terem as designadas condições cognitivas de que o autor faz depender a condição de pessoa. Em relação a esses, é esclarecido que se não defende a pena de morte, mas uma privação de liberdade que pode ir até à prisão perpétua, com clara diminuição de garantias processuais. JAKOBS, como fizemos neste pequeno apontamento, dá exemplos de institutos de Direito positivo germânico em que já se surpreendem estas categorias¹⁴.

É ainda pouco claro em várias passagens, ao defender que nunca defendeu a categoria de *hostes* do Direito Romano para os “inimigos” e que estes não têm necessariamente de ser segregados do convívio social *in totum*, podendo tal ocorreu de jeito parcial (com a faculdade de regressarem à vida societária se e

¹³ GÜNTHER JAKOBS, «Feindstrafrecht?...», p. 297.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 295-296.

na medida em que estiverem preparados para não reincidir), em obediência ao princípio fulcral em todo o Direito Penal, qual seja o da proporcionalidade¹⁵. O que não importa que se deixem de aplicar medidas preventivas ao invés de somente sanções criminais após o trânsito em julgado (e, claro está, as medidas coactivas, mas essas com meras finalidades endoprocessuais que nunca se devem confundir com uma espécie de “início antecipado de cumprimento da pena”)¹⁶.

Não assiste razão a JAKOBS, no nosso entender, quando defende que os direitos humanos não comportam a virtualidade suficiente para caracterizar a prestação jurídica que o Estado deve oferecer a todos os cidadãos em sede de segurança, por não ser apto a lidar com os direitos das vítimas¹⁷. Apenas uma exacerbada visão retributiva, ou melhor, de “vingança privada”, pode sustentar tal afirmação. Os direitos humanos, usando uma expressão cara ao autor, são “sinalagmáticos” e, por isso, vislumbram os dois lados da equação criminal: o do arguido e o do ofendido, num equilíbrio sempre periclitante, mas possível. E, se assim não for, então o que deixar no lugar dos direitos humanos? Não encontramos resposta directa em JAKOBS, mas tudo parece apontar para as exigências cognitivas mínimas aptas ao convívio comunitário. Como aferi-las, com que legitimidade o fazemos? Na prática, como se operacionaliza o conceito? Tudo questões que ficam sem resposta, numa excessiva normatização que o autor procura a todo o custo evitar.

Já concordamos com o jurista quando, a propósito do conceito do “contrafáctico” (*Das Kontrafaktische*)¹⁸, verifica que uma norma que é constantemente violada e em que as sanções não são efectivas e sentidas pelo condenado como um mal, a que se junta a percepção comunitária de que, afinal, em face de tão baixo *quantum* da medida concreta punitiva, o bem jurídico não há-de sempre de tão elevada relevância como o sistema pretende fazer crer, é toda a função estabilizadora da norma que se perde. Tal não significa que propugnemos por um aumento exponencial de penas para os delitos mais graves, à cabeça dos quais se encontra o terrorismo. Melhor: a resposta à questão da severidade punitiva, mesmo nestes casos, como há séculos o sabemos e a Criminologia cada vez mais nos vai demonstrando, continua a repousar sobretudo na eficácia e certeza de aplicação das penas, o que não significa que, em certos locais ou tempos históricos não possa ser necessário elevar o limite máximo de privação de liberdade admitido. Conhecendo-se os efeitos deletérios da prisão, mesmo assim, quando o “ponto óptimo” de equilíbrio entre as finalidades de culpa e de prevenção que qualquer

¹⁵ *Ibidem*, pp. 293-294.

¹⁶ *Ibidem*, p. 290.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ GÜNTHER JAKOBS, «Feindstrafrecht?...», pp. 291-292.

pena cumpre (art. 71.º, n.º 1, do CP) não estão a ser atingidas, não devemos qualificar como postulado “inscrito em pedras sagradas” que se não pode ultrapassar, no nosso caso, os 25 anos de prisão.

4. Como é habitual em um tema tão fracturante do pensamento juscriminal, gostaríamos de deixar, neste espaço, algumas interrogações que o conceito jakobsiano nos coloca.

Primo, surge evidente que a vinculação do Estado de Direito aos direitos fundamentais não se esgota em si, mas também no primado da auto-responsabilidade social, ou seja, cada um dos sujeitos, pela circunstância de viver em comunidade, assume uma parcela de responsabilidade pelo modo como se comporta e pelas consequências que as suas acções e omissões têm sobre o colectivo. Donde, poder-se-ia afirmar que JAKOBS nada mais faz que assinalar a traço mais grosso esta vertente em uma relação biunívoca ou sinalagmática entre o individual e o societal, ponto é, claro está, que se abdique da dignidade da pessoa como um valor em si mesmo. Tanto mais que os contactos sociais são, quase sempre, egoísticos – quebra do “mito” da “sociedade civil” –, o que poderia ser uma outra forma de legitimar o conceito que nos ocupa.

Por outro lado, não há como duvidar que, ao menos em hipótese – se não vera certeza – a qualidade (ou falta dela) da política assume-se como caldo favorável ao Direito Penal do inimigo, bastando relembrar as inúmeras e – ao que parece – inultrapassáveis dificuldades de os Estados encontrarem uma estratégia comum para debelar fenómenos tão perniciosos como o terrorismo, concentrados que estão nos seus interesses individuais. A tragédia na Síria, de entre tantas infelizes páginas da História, é apenas um dos mais recentes exemplos.

Acresce a interrogação sobre se não poderemos afirmar, ao menos em sentido translato, que todos os criminosos são “inimigos”, no sentido de se oporem à manutenção das condições mínimas para um convívio societal adequadamente seguro. A isto há que juntar o restabelecimento da *Rechtsfähigkeit* (semelhante à personalidade jurídica) da vítima e do ordenamento jurídico, que há algumas décadas parecer ter “redescoberto” a urgência em substituir o binómio Estado-arguido pela relação triangular Estado-arguido-ofendido, de que a atribuição de mais direitos processuais às vítimas é um exemplo, com a edificação, entre nós, de um novo sujeito processual com previsão no art. 67.º-A do CPP e no Estatuto da Vítima, publicado em anexo à Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro. Até que ponto este alargamento não tem, na mesma medida, imposto a privação de direitos do agente do crime, deixando espaço para aproveitamentos – alguns populistas – de redução de um Direito que muitos têm por excessivamente garantista para aqueles sobre os quais recaem fortes suspeitas de terem perpetrado um delito?

Apesar da elaboração teórica de JAKOBS, certo é – e talvez este seja uma das pechas que vem impedindo que a sua construção encontre uma consagração legislativa positivada mais expansiva – que os critérios operatórios para a declaração de um agente como “inimigo” têm conhecido fraca concretização: incumprimento permanente das leis do Estado que protegem os bens jurídicos mais essenciais, diz o autor – o que, convenhamos, deixa ainda um amplo espaço de discricionariedade hermenêutica que só é mais aclarado quando se aborda a criminalidade associada ao terrorismo. Na mesma linha, assistem-se a algumas tergiversações quanto a saber se o “inimigo” deve ou não ser tratado dentro do sistema penal. Na verdade, por um lado, entender o Direito Penal do inimigo como realidade externa ao Direito Penal do cidadão permitiria não “contaminar” este último, mas, por outro, importaria uma clara eliminação do *status* pessoal do criminoso, no que não deixa de ser uma perspectiva determinista, não muito apartada da classificação dos delinquentes pela Escola Positivista. Numa palavra, o pessimismo antropológico que ressoa da noção jakobsiana de “inimigo” é incompatível com a defesa, pelo autor, da prevenção geral de integração, por muito que este afirme que as não-pessoas não participam da função de estabilização das expectativas da norma resultantes da aplicação de uma sanção criminal.

Per summa capita, tudo se reduz a determinar o “criminoso nato”/“inimigo”, a um retrocesso em direcção ao já assinalado Direito Penal do agente, punindo este último por uma dada “atitude interna”/opinião (*Gesinnung*)? Não se resumirá tudo à clássica oposição entre o Estado de Direito e o “Estado de Segurança”? Estaremos, nas palavras do próprio JAKOBS, a “matar o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa”¹⁹, ao recusarmo-nos a aceitar a politicamente incorrecta chamada de atenção que aquele Professor nos vem trazendo?

ANDRÉ LAMAS LEITE*

¹⁹ Citado em RENATA FURTADO DE BARROS (org.), *Desafios do Direito Penal na pós-modernidade*, Raleigh: Lulu Publishing, 2012, p. 104.

* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa)
Consultor AB (2016-2017)