

O Direito Penal, os direitos, liberdades e garantias e o combate ao terrorismo. *Requiem por um direito penal humanista?*

Paula Ribeiro de Faria*

Resumo. Parece-nos importante refletir – mais uma vez – sobre a relação entre o respeito pelos direitos, liberdades e garantias da pessoa e por outros princípios estruturantes do Direito Penal, e a necessidade de garantir a segurança da coletividade e das pessoas singulares perante formas particularmente graves de criminalidade, como o terrorismo praticado por grupos extremistas, através de ataques bombistas, armas de fogo, ou veículos conduzidos em direção às vítimas como em Nice, e na feira de Natal de Berlim. Recusando a teoria do Direito Penal do inimigo, uma vez que equivale a combater o crime fora de quaisquer limites de legitimidade, a articulação entre as necessidades de defesa e de prevenção e o respeito pelos valores fundamentais que orientam o Direito Penal, tem de ser pensada à luz dos critérios constitucionais de dignidade e necessidade de tutela penal, tendo em conta os valores a preservar e a magnitude dos riscos que o terrorismo envolve, ou pelo recurso às regras do Direito Internacional de Guerra, que não representando o vazio de direito, se adequam porventura à investigação e punição destes crimes, designadamente quando cometidos por unidades militares (como é o caso da Al-Qaeda).

1. Introdução

Trata-se de prestar homenagem ao Senhor Professor Germano Marques da Silva a quem nos ligam profundos laços de estima pessoal e consideração profissional, e o tema que escolhemos tratar: *O Direito penal, os direitos, liberdades e garantias e o combate ao terrorismo* pareceu-nos adequado, tendo em conta que por várias vezes se debruçou sobre as questões colocadas pelo crime organizado, a atuação dos agentes infiltrados e provocadores, e os meios de obtenção de prova, que suscitam problemas conexos de compatibilização entre os direitos e as liberdades das pessoas e as necessidades de segurança e tutela

* Professora Associada da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

de bens jurídicos fundamentais, que não podem ser resolvidos em termos absolutos a favor de um dos interesses em confronto.

2. O terrorismo e a proteção dos direitos, liberdades e garantias

Quando pensamos nos crimes de terrorismo e em direitos, liberdades e garantias, dirigimos o nosso pensamento em direções opostas. O terrorismo não se limita a comprometer de forma isolada ou pontual valores fundamentais das pessoas e da sociedade, mas traduz-se num ataque maciço a esses bens jurídicos, ao mesmo tempo que se dirige à destruição dos fundamentos da sociedade, entre os quais o próprio sistema dos direitos fundamentais¹. Estando em causa formas de criminalidade insidiosas, em que os ataques são detalhadamente preparados, envolvendo atuações em rede e em vários países e o uso de técnicas e meios extremamente complexos, e atendendo ainda à intenção dos agentes que se dirige à negação dos próprios direitos e liberdades instituídos², justifica-se uma maior compressão dos direitos dos infratores no combate a estes crimes, sem perder de vista o que define a nossa tradição constitucional, o que parece a concretização de um equilíbrio particularmente difícil e instável³.

¹ O efeito do terrorismo sobre o sistema de direitos fundamentais é profundo e desenvolve-se a vários níveis. Em primeiro lugar, é afetado de forma direta o direito das pessoas à vida, à liberdade e dignidade, através da prática de crimes como o homicídio e ofensas corporais, o rapto, as ameaças; ao mesmo tempo, são atingidos fundamentos da sociedade democrática, através da criação de uma atmosfera de medo e insegurança que destrói a paz e a ordem pública. A partir daqui, a necessidade de combater o terror e adotar medidas de vigilância e precaução impedem que a vida social se desenvolva normalmente, o que conduz à ineficiência, à diminuição da qualidade de vida, à desconfiança mútua, o que gera um estilo de vida alterado por parte dos cidadãos. Veja-se sobre o efeito que o terrorismo pode ter sobre os direitos fundamentais das pessoas, KIELSGARD, Mark D., «A Human Rights Approach to Counter-Terrorism», *California Western International Law Journal*, Vol. 36, pp. 249 e ss. e p. 259.

² Não nos referimos apenas à ameaça ou lesão dos direitos e liberdades dos titulares dos bens jurídicos uma vez que isso caracteriza qualquer ação ou omissão criminosa.

³ Alerta para a tensão entre a necessidade de aumentar a eficácia da lei penal no combate a estas formas de criminalidade e a proteção dos direitos fundamentais, o que pode conduzir as legislações a pecar por excesso ou por defeito, CANCIO MELIA, Manuel, «Terrorism and Criminal Law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law», in *New Criminal Law Review*, 2011, pp. 108-109.

O apelo a este equilíbrio é feito pela Decisão-Quadro do Conselho, n.º 2002/475/JAI, de 13 de junho de 2002, que refere a necessidade da investigação e incriminação eficaz destas infrações, ao mesmo tempo que afirma o respeito pelo sistema de valores e direitos fundamentais das pessoas, e pela Diretiva 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, que sublinha a gravidade dos atos terroristas, a preocupação crescente com este tipo de ataques, e a necessidade de adotar uma resposta firme e eficaz contra eles, lembrando todavia que a utilização dos instrumentos de investigação deve respeitar princípios de proporcionalidade, e que devem ser salvaguardados os princípios e direitos fundamentais das pessoas, designadamente os que resultam das Convenções Europeias e Internacionais nesta matéria. É à luz desta tentativa de equilíbrio que iremos analisar a evolução que têm sofrido os sistemas penais ocidentais em busca de uma solução eficaz de combate ao terrorismo, as soluções consagradas pela Decisão-Quadro de 2002, e pela Lei de combate ao terrorismo, Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (alterada pela Lei n.º 60/2015, de 24 de junho), e pela Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, e o que se diz sobre a matéria.

3. O Iluminismo Criminal e os princípios estruturantes de um direito penal humanista

Antes, porém, de referirmos os enormes desafios que enfrenta o Direito Penal no combate ao terrorismo, e as dúvidas de legitimidade (e mesmo de eficácia) colocadas em relação ao caminho que muitos ordenamentos jurídico-penais têm tomado neste domínio, apenas um parêntesis para lembrar o pensamento de *Cesare Beccaria* e o nome, improvável neste contexto, de *Cristóvão Colombo*.

Cristóvão Colombo, o navegador e explorador de Génova, do século XV, ficou conhecido por ter sido o primeiro explorador português a chegar à América Central, e por ter aberto as portas à colonização europeia deste continente, embora o seu propósito inicial fosse consabidamente outro, o de traçar o caminho marítimo para a Índia. *Beccaria*, por seu turno, nasceu em Milão, em meados do século XVIII, e é considerado um dos expoentes máximos do Iluminismo Criminal. Ainda jovem, terá constituído com dois amigos, *Pietro* e *Alessandro Verri* uma espécie de sociedade literária, onde debatiam o estado do mundo e da justiça criminal, até que em 1764, incentivado por *Pietro* que se encontrava a escrever sobre o uso da tortura pelo sistema penal, pela leitura de autores como *Hobbes*, *Voltaire*, *Montesquieu* e *Diderot*, e pelo conhecimento

da realidade das prisões que lhe era transmitido por *Alessandro* que era guarda prisional, *Beccaria* publica, aos 29 anos, um pequeno tratado sobre os crimes e as penas (*Dei delitti e delle pene*) que teve sucesso imediato na Europa e nos Estados Unidos da América, e que assumiu uma importância fundamental na formulação dos princípios estruturantes do Direito Penal moderno⁴.

Antes da Época das Luzes, o Direito Penal era cruel, utilizava a pena de morte para punir centenas de crimes, incluindo crimes de natureza religiosa como a bruxaria, empregava a tortura como forma legítima de obter provas (muitas vezes a tortura só cessava quando a morte estava iminente, e distinguia-se entre a tortura preliminar e a tortura suplementar que se destinava a obter o nome dos cúmplices), era desigual consoante as classes sociais e a origem do infrator, o rei podia castigar ou perdoar quem e o que bem entendesse, em suma, não se encontrava vinculado a qualquer legalidade, regra ou garantia. Esta foi a realidade do sistema penal durante séculos, e é neste contexto que *Beccaria* levanta a sua voz em defesa da abolição da pena de morte, salvo em certas condições e para certo tipo de crimes, a favor de uma reforma do sistema prisional, e da consagração de uma série de princípios totalmente desconhecidos: o princípio da legalidade, a ideia de que crimes e penas devem encontrar-se previamente descritos na lei de tal forma a que o julgador se encontre vinculado na justiça que exerce e o infrator possa fazer contas perante a tentação do mal, o princípio da igualdade, a impor que todos sejam tratados como iguais perante a lei, e que não seja o género, a raça ou o credo a influenciar a justiça penal, o princípio da proporcionalidade entre a gravidade do crime e a pena aplicável, e a aceitação de que a pena deve servir para a prevenção do crime, e não para perseguir ou retribuir pelo mal do crime. À luz do contexto histórico em que se insere, é imprescindível reconhecer que o livro *Dos Delitos e das Penas* constituiu uma verdadeira

⁴ Acerca do sentido e dos princípios fundamentais do movimento do iluminismo criminal, veja-se, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, p. 66. Sobre a importância da obra de *Beccaria* na evolução do Direito Penal moderno, FARIA COSTA, José, «Ler Beccaria hoje», in *Cesare Beccaria, Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998 (tradução de Faria Costa). Para uma breve reflexão sobre a atualidade do pensamento de *Beccaria* e dos princípios por ele enunciados no contexto do Direito Penal dos nossos dias, e sobre a forma como influenciou o sistema de justiça criminal norte-americano que se foi progressivamente afastando dele, RIBEIRO DE FARIA, Paula, «Cesare Beccaria: A influência do seu pensamento no sistema de justiça penal norte-americano», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona*, Vol. 7, n.º 7 (2015), pp. 162 e ss.

revolução, podendo ser designado ainda hoje como um Código de Humanidade do direito de punir.

Nada parece aproximar *Beccaria* de *Cristóvão Colombo*, e todavia existe entre eles um ponto de encontro ou traço de união. Reza a história, se bem que nunca podemos saber se estes episódios que nos chegam dos confins da história são verdadeiros, que *Cristóvão Colombo* terá sido convidado para um banquete onde um cortesão, invejoso pela descoberta da América, lhe disse o seguinte: mas se não tivesse sido *Cristóvão Colombo* a chegar à América, outro lá teria chegado seguramente em seu lugar. *Cristóvão Colombo*, agastado, pediu então um ovo de galinha e convidou os presentes, entre os quais aquele que o desafiava, a colocá-lo de pé numa das extremidades. Um convidado terá tentado, depois outro, todos à sua vez foram tentando, mas ninguém conseguiu. Até que *Colombo* se levantou, pegou no ovo, bateu com ele na superfície da mesa de tal forma que se quebrou ligeiramente a casca do fundo, e o ovo ficou de pé. Bem, terá dito aquele que o confrontara, mas assim qualquer um conseguiria. Ao que lhe respondeu *Colombo*, em jeito de conclusão: pois, na verdade qualquer um o podia fazer se lhe tivesse ocorrido, mas não foi o que se passou. Sucedeu o mesmo com a descoberta da América. Depois de estabelecida a rota para o Novo Mundo todos a podem seguir, mas para que isso sucedesse alguém teve de ir à frente, ter a ideia, chegar lá.

E é aqui que a história de *Colombo* e a obra de *Beccaria* se cruzam, ou tomam alguma coisa de comum. Um e outro abriram novos caminhos à humanidade, foram pioneiros no seu tempo. Antes de *Beccaria*, muitos tinham tomado conhecimento da barbárie do Direito Penal do Antigo Regime, e a ninguém ocorrera denunciá-la, menos ainda converter essa crítica nos princípios estruturantes de um novo sistema que fosse capaz de garantir os direitos e igualdades fundamentais do autor de ilícitos criminais. Com isso não estamos fechar os olhos às perversões que representa o funcionamento de um modelo penal assente numa finalidade de prevenção geral e relativamente alheado do poder ético limitador do princípio da culpa, que só chega à doutrina penal através da Escola Clássica⁵, mas a reconhecer a importância do pensamento de *Beccaria* na defesa do princípio da proporcionalidade entre a pena e a gravidade

⁵ TAIPA DE CARVALHO, «Condicionalidade sócio-cultural do direito penal – análise histórica. Sentido e limites», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Separata n.º especial: Estudos em Homenagem aos Professores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz (1985), pp. 5 e ss., e o mesmo autor, em *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª ed., Porto, UCEditora, 2016, pp. 44 e 46.

do crime, do princípio da legalidade, e de uma forma geral, na recriação dos sistemas penais ocidentais no que diz respeito à relação entre o sistema punitivo (processo penal e sanções penais) e os direitos fundamentais das pessoas, incluindo o sistema penal norte-americano onde as suas ideias encontraram um acolhimento triunfal (influenciou a Constituição de 1776, o *Bill of Rights*, o próprio movimento abolicionista e evidentemente a lei penal).

4. Os princípios constitucionais relativos ao direito e ao processo penal. A legislação penal

A nossa Constituição toma como princípios fundamentais de direito penal, o direito à vida, proibindo a pena de morte (artigo 24.º), o direito à integridade física e moral das pessoas, estabelecendo o artigo 25.º, n.º 2, que ninguém pode ser submetido a tortura, maus-tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, e o direito à liberdade e à segurança, que só pode ser afetado através de decisão judicial condenatória pela prática de facto punido por lei mediante a aplicação de pena de prisão ou medida de segurança. Paralelamente, consagra o princípio da legalidade das penas e das medidas de segurança (artigo 29.º), proíbe as penas e medidas de segurança restritivas da liberdade de duração perpétua e indefinida (artigo 30.º), garante a possibilidade de *habeas corpus*, como direito a reagir contra o abuso de poder através de prisão ou detenção ilegal (artigo 31.º), e estabelece, no artigo 32.º, as garantias de processo penal, entre as quais o direito ao recurso, a presunção de inocência do arguido, o direito a defensor, a proibição de todas as provas obtidas por tortura, coação, ofensa da integridade física e moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações⁶, a estrutura acusatória do processo, e a criação de uma fase instrutória no processo da competência de um juiz de instrução que não pode delegar a prática de atos que se prendam com direitos fundamentais.

Em sede de expulsão, extradição e direito de asilo, a Constituição e a Lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal (Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, atualizada pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro), também estabelecem uma série de garantias, embora algumas delas se mostrem de difícil conciliação com obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado português, designadamente no âmbito do Tratado de Roma e em face à

⁶ Tenha-se aqui em conta também a proteção da inviolabilidade do domicílio e da correspondência dos cidadãos garantida pelo artigo 34.º da Constituição.

jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Estamos a referir-nos à proibição de extradição de nacionais que admite derrogações em relação a certos crimes (embora sob condições), e ao problema da compatibilização entre a proibição da aplicação da pena de prisão perpétua ou de duração indefinida consagrada pela Constituição, e o Tratado de Roma que a prevê. Como esta questão se prende de perto com as nossas preocupações, e embora o crime de terrorismo não integre o catálogo de crimes previsto pelo Tratado de Roma, parece fazer sentido referir o artigo 2.º, da Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 20 de dezembro de 2001 (ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, de 18 de janeiro), e a posição de Taipa de Carvalho⁷, que considera que sempre que o pedido de extradição se refira a cidadão nacional, e diga respeito à prática de crime a que corresponda segundo o Tratado de Roma pena de prisão perpétua, ela não deve ser concedida, atendendo à natureza subsidiária da jurisdição do Tribunal Penal Internacional face às jurisdições penais nacionais, e à intenção manifestada pelo nosso país de exercer o poder de jurisdição sobre pessoas encontradas em território nacional indiciadas pelos crimes previstos no n.º 1, do artigo 5.º, do Estatuto, «com observância da sua tradição penal, de acordo com as suas regras constitucionais e demais legislação penal interna», pelo que ele deverá ser julgado em Portugal. O mesmo devendo valer tratando-se de cidadão estrangeiro, não só porque a declaração interpretativa a que nos referimos não procede à distinção entre cidadãos nacionais e estrangeiros, mas também porque o artigo 33.º, n.º 5, da Constituição apenas admite a extradição onde o Estado requisitante dê garantias de que a pena de prisão perpétua não vai ser aplicada. Ora, uma vez que o artigo 120.º do Estatuto de Roma não admite reservas às suas regras, não havendo dúvidas de que a pena de prisão perpétua irá ser aplicada, o cidadão estrangeiro não deve ser entregue^{8/9}.

Por sua vez, o Código Penal retoma, no plano da legislação ordinária, o programa garantístico que a Constituição assegura em primeira linha,

⁷ TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*, ob. cit., pp. 234-235.

⁸ Seguimos aqui integralmente, mais uma vez, a posição de TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*, ob. cit., p. 235.

⁹ Pensamos que não se discute, pelo que nem lhe fazemos referência em texto, a entrega de um cidadão nacional ou estrangeiro a países como a Espanha, ou o Reino Unido, que preveem a possibilidade da aplicação da pena de prisão perpétua, independentemente de estar, ou não, em causa, a prática de crimes de terrorismo e de criminalidade organizada abrangidos por convenção internacional, uma vez que essa extradição, ou entrega, violaria o n.º 4 do artigo 33.º da Constituição.

e consagra o princípio da legalidade dos crimes e das penas, nas suas vertentes de lei escrita e formal, abrangendo ainda a proibição da analogia e da interpretação extensiva em *malam partem*, o princípio da tipicidade e determinabilidade da lei penal, e a proibição da aplicação retroativa da lei penal desfavorável. Em relação à intencionalidade e ao critério limitador da pena aplicável ao agente, estabelece o artigo 42.º do Código Penal que a aplicação de penas serve a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, acrescentando o n.º 2 que a pena nunca poderá ultrapassar o limite ético da culpa. Tudo isto sem esquecer evidentemente a dimensão processual penal que é conferida às garantias constitucionais que visam assegurar os direitos dos participantes no processo penal, e que é fundamental para a nossa discussão, uma vez que grande parte das restrições impostas aos direitos individuais no âmbito da prevenção e combate ao terrorismo ocorrem neste plano.

Toda esta exposição, ainda que sumária, acerca das normas que tutelam no nosso ordenamento jurídico os direitos fundamentais do cidadão face à justiça penal, ficaria incompleta sem a referência ao artigo 18.º da Constituição que assume uma relevância determinante nesta matéria, como regra fundamental à qual se encontra subordinada toda a intervenção restritiva de direitos, liberdades e garantias¹⁰. A criminalização de condutas pelo legislador penal, ou a previsão da afetação de direitos que ocorra no processo penal, tem de se legitimar pela identificação de um valor ou interesse com relevância constitucional ou, pelo menos, com consistência social suficiente que permita falar de um consenso axiológico alargado em relação a ele, e que lhe permita perfilar-se como contra ponto valorativo suficiente em relação aos direitos e liberdades fundamentais sacrificados pela norma restritiva. Assim o impõe a construção do contrato social, a regra do Estado de Direito democrático segundo a qual o Estado apenas deve sacrificar direitos fundamentais das pessoas na medida do necessário para a salvaguarda dos direitos de outros cidadãos e da comunidade, e o carácter pluralista e laico do Estado de Direito contemporâneo¹¹. E é isso que diz o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, ao dispor que as «restrições dos direitos, liberdades e garantias devem limitar-se

¹⁰ Acerca dos pressupostos de legitimidade constitucional das restrições legislativas aos direitos, liberdades e garantias, veja-se, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra Almedina, pp. 288 e ss.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 123.

ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos»¹².

Não oferece reserva a afirmação de que a danosidade social gerada pelos ataques terroristas é extremamente elevada tendo em conta que se dirigem à destruição dos bens jurídicos que ocupam o *ranking* mais alto da escala de valores constitucionais, a vida, a integridade física e a liberdade de circulação das pessoas, uma vez que revelam premeditação e uma intenção particularmente perversa da parte do agente e ainda, o que torna todas as molduras penais previstas no Código Penal desadequadas à gravidade do ilícito e da culpa que aqui estão presentes (incluindo o limite máximo da punição por concurso de crimes), porque os crimes que são cometidos funcionam como veículos de comprometimento da estabilidade da sociedade e da própria Constituição.

A restrição dos direitos e liberdades fundamentais tem também que obedecer a critérios pragmáticos, que são aqueles que integram uma ideia de proporcionalidade em sentido amplo. A restrição de direitos tem de mostrar-se adequada a atingir o desiderato a que se propõe, o que no caso concreto significa que a intervenção penal terá de ser eficaz no combate ao terrorismo o que é extremamente difícil de determinar. Estamos a falar de leis que intervêm em fases muito recuadas do *iter criminis*, em relação a atos preparatórios, cuja relação com o crime é muito pouco consistente, pelo que a sua legitimidade constitucional deverá decorrer da sua potencial adequação a atingir os objetivos de política criminal propostos¹³. Em segundo lugar, a restrição

¹² CUNHA, *Constituição e Crime, uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, UCEditora, 1995, p. 217: «Vimos até aqui, que, para uma conduta poder ser criminalizada, teria de ofender valores fundamentais, causando um grau de danosidade social que justificasse a intervenção penal. Sabemos já como a Constituição deverá servir de parâmetro para a determinação desta dignidade penal dos bens e dos valores a proteger e como impõe que se criminalizem apenas condutas que ponham em causa esses bens, causando reais danos sociais.»

¹³ De acordo com NEUMANN, Ulfrid, «El principio de proporcionalidad como principio limitador del Derecho Penal material», in *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Mir Puig*, Buenos Aires, Euros Editores, p. 351, o Tribunal Constitucional alemão avalia a idoneidade em função da capacidade do meio, aqui a ameaça penal, de atingir a sua finalidade. A decisão sobre a adequação é mais uma questão de natureza social relativa ao estado geral de conhecimento do que um problema que caiba a um órgão judicial resolver. Para o Tribunal torna-se muito difícil contrariar o legislador relativamente a este ponto, a não ser quando anteriores intervenções legislativas revelaram ser problemáticas – por exemplo, no domínio da criminalização das drogas.

de direitos terá de mostrar-se *subsidiária*, o que depende de não ser possível proteger adequadamente os bens jurídicos ameaçados através da aplicação de sanções ou meios de restrição menos gravosos, e de não ser excessiva a aplicação dos meios de direito penal, o que também é uma avaliação sobre a qual não existe consenso. Desde logo, porque o que é uma medida mais ou menos gravosa depende da sensibilidade moral do sujeito, e porque diferentes reações podem apresentar diferente níveis de adequação a atingir o resultado visado. Por último, a intervenção restritiva dos direitos e liberdades dos cidadãos não pode comprometer o cerne do direito, o que o define na essência, o que deixa relacionar-se com exigências colocadas pelo princípio da dignidade fundamental da pessoa. De acordo com Conceição Cunha, está aqui em causa uma relação de adequação valorativa entre a dignidade do bem jurídico e a danosidade social da conduta e a importância do direito restringido e o grau da sua restrição penal¹⁴.

5. O terrorismo na Europa e nos Estados Unidos

O panorama legislativo e constitucional dos vários países da Europa em sede de prevenção e combate ao crime era relativamente uniforme no dia 11 de setembro de 2001. A maior parte dos países movia-se no quadro de um direito penal garantista, orientado por opções de direito constitucional, e em linha com os ensinamentos de *Beccaria*, sem esquecer a consideração do princípio da culpa e as preocupações com a ressocialização e a recuperação do delinquente, e os ataques às torres gémeas e os que se lhe seguiram, obrigaram a repensar a sua intencionalidade, a sua função e os seus limites.

No dia 11 de setembro de 2001 morreram quase três mil pessoas. Nos ataques bombistas às estações de Madrid em 2004, morreram 193 pessoas, e ficaram feridas 2000 pessoas. Em 2005, morreram 52 pessoas, em Londres. Entre janeiro de 2015 e julho de 2016, a França sofreu oito ataques terroristas, incluindo os ataques à Île de France, a Paris e a Nice. Em 2017, o Reino Unido foi alvo de três grandes ataques que tiveram lugar no período de quatro meses em Westminster, na Manchester Arena e na ponte de Londres. A Bélgica, a Rússia, a Alemanha e a Espanha também foram vítimas de ataques terroristas, e Istambul foi palco de tiroteios e bombardeamentos em 2016 e 2017. O coordenador da luta contra o terrorismo na Europa, Gilles

de Kerchove declarou em 2017, durante uma entrevista¹⁵, que se encontravam mais de 50 000 radicais e jihadistas na Europa, e os números oficiais do Conselho da Europa dão nota de 205 ataques terroristas neutralizados, frustrados ou consumados, durante 2017, com 1219 pessoas presas por crimes de terrorismo no mesmo ano¹⁶. Por sua vez, o último relatório TE-SAT (2018) da Europol, que é elaborado anualmente em ordem a informar o Parlamento Europeu, todos os Governos nacionais e a polícia, sobre os dados do terrorismo na União Europeia, dá conta de que houve um alargamento do âmbito de atuação dos terroristas e uma diversificação dos meios utilizados, ao mesmo tempo que se mantém a preferência pelo uso de explosivos, comprovando que a Internet tem um papel fundamental na radicalização de alguns agentes¹⁷.

6. O crime de terrorismo e o seu enquadramento legislativo

O terrorismo não se deixa definir apenas pelo número de vítimas que sacrifica, ou pela violência que envolve, mas pela imprevisibilidade do ataque e pela premeditação que o antecede, e pela forma como compromete o direito à segurança e a uma vida pacífica por parte da coletividade¹⁸. Não existe uma definição totalmente estabilizada de terrorismo enquanto forma de crime¹⁹, até porque há quem conteste a sua autonomia de tratamento e

¹⁵ <https://www.thenational.ae/world/europe/50-000-militant-islamists-in-europe-warns-top-security-chief-1.624849>, consultado pela última vez em 30 de janeiro de 2019.

¹⁶ <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/fight-against-terrorism/>, consultado pela última vez em 30 de janeiro de 2019.

¹⁷ <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2018-tesat-2018>, consultado pela última vez em 30 de janeiro de 2019.

¹⁸ Quando falamos de coletividade, não nos referimos a uma coletividade com contornos nacionais, podendo tratar-se da prática de um ato de terror contra outro Estado, ou organização internacional. Diferentemente, até à entrada em vigor da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto), o bem jurídico protegido pelos artigos 300.º e 301.º do Código Penal, Organizações Terroristas e Terrorismo, era tutelado numa dimensão estritamente nacional, enquanto paz pública. Assim, em relação ao crime de terrorismo, FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, anotação ao artigo 301.º, § 2, p. 1183.

¹⁹ Veja-se, de forma bastante detalhada, acerca da dificuldade de estabelecer uma definição de terrorismo, KIELSGARD, Mark D., *A Human Rights Approach to Counter-Terrorism*, ob. cit., pp. 280 e ss., onde se assinalam as vantagens e os inconvenientes de um conceito

¹⁴ CUNHA, Conceição, *Constituição e Crime*, ob. cit., p. 236.

justificação político-criminal²⁰, mas a doutrina maioritária inclina-se para a sua caracterização como um crime de natureza complexa que, como dissemos, não se limita a afetar a vida ou a integridade física das vítimas, mas atinge também a segurança da coletividade e a paz jurídica, ao gerar o medo e ao comprometer o dia a dia dos cidadãos, sendo praticado com uma motivação específica, normalmente de natureza política, ao representar a tentativa de subversão do Estado de Direito e um ataque às vias de decisão democráticas^{21/22}.

De acordo com o artigo 2.º da Lei de combate ao terrorismo, a Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, constitui grupo, organização ou associação terrorista, «todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, atuando

desta natureza. Por um lado, a existência de uma definição comum é útil, uma vez que é determinante da cooperação internacional que supõe que o facto seja considerado crime à luz dos vários ordenamentos, permite estabelecer um foco de ação ao delimitar o espectro das respostas legais que lhe podem ser dadas, leva a unificar esforços em torno de um objetivo definido, e evita que o uso do termo terrorista possa designar todos os grupos e mais alguns, como estrangeiros, imigrantes, beneficiários da segurança social, e membros de determinados partidos. Ao mesmo tempo, não só é difícil de encontrar um denominador comum que não seja tão geral que se torne inútil, como muitas das definições de terrorismo abrangem também atos de luta contra o terrorismo, o que dificulta o tratamento da questão. Veja-se também CUNHA, Conceição, «Uso da tortura e impedimento de atos terroristas», in *Multiculturalismo e Direito Penal*, Lisboa, Almedina, 2014, pp. 33 e ss.

²⁰ PAREDES CASTAÑON, José Manuel, «Terrorismo e princípio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», in *Anatomía do Crime*, n.º 4, julho-dezembro de 2016, pp. 31 e ss. De acordo com este autor, o terrorismo não traduz uma realidade unitária e evidente, mas é uma construção cultural decorrente de um ato de poder dos agentes com capacidade para a impor dentro do discurso hegemónico e normalizado. Ao não reconhecer autonomia à estabilidade do sistema político como bem jurídico, considerando que os bens afetados são bens estritamente individuais, a não ser onde o terrorismo possa deixar caracterizar-se como guerrilha ou operação militar, defende este autor uma reforma garantista dos crimes de terrorismo, abolindo a criação de novas incriminações e fazendo desaparecer todas as disposições que segundo a sua perspectiva carecem de justificação político-criminal.

²¹ CANCIO MELIA, Manuel, *Terrorism and Criminal Law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law*, ob. cit., pp. 108 e ss., afirma que o terrorismo normalmente envolve uma organização que potencia os perigos criados pela atuação dos agentes individuais, a tendência para provocar um dano maciço contra vítimas selecionadas de forma aleatória, e tem uma dimensão política que está ausente nos crimes comuns.

²² FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, anotação ao artigo 301.º, § 3, p. 1183, acentua a importância dos motivos na estruturação do crime, que tornam a afetação dos bens jurídicos individuais, a raça, as convicções religiosas e políticas das vítimas, secundárias ou instrumentais.

concertadamente, visem prejudicar a integridade e independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, força a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral», mediante a prática de crimes contra a vida, a integridade física e a liberdade das pessoas, contra a segurança das comunicações, crimes de produção dolosa de perigo comum, que envolvam o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, entre outros.

No mesmo sentido, o artigo 3.º da Diretiva 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo, que vem substituir a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, do Conselho, e modificar a Decisão 2005/671/JAI do Conselho, e alterar a Lei de combate ao terrorismo que referimos (transposta pela Lei n.º 16/2019, de 14 de fevereiro), define como infração terrorista a prática dos atos dolosos elencados no n.º 1 do mesmo artigo, e tipificados na lei penal interna de cada Estado²³, que pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, sejam suscetíveis de afetar gravemente um país ou uma organização internacional, e sejam praticados com um dos objetivos referidos no n.º 2, em concreto: «intimidar gravemente uma população, compelir de forma indevida os poderes públicos ou uma organização internacional a praticarem ou a absterem-se de praticar um ato, desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas políticas, constitucionais, económicas ou sociais fundamentais de um país ou de uma organização internacional^{24/25}.

²³ Veja-se a definição paralela do artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, atualizada sucessivamente pela Lei n.º 60/2015, de 24 de junho, e Lei n.º 16/2019, de 14 de fevereiro.

²⁴ A falta de uma definição fechada de terrorismo, de infrações relacionadas com um grupo terrorista, e de infrações relacionadas com a atividade terrorista, se se mostra compreensível uma vez que se trata de uma realidade de contornos difusos, repercute-se no alcance e na materialidade do princípio da legalidade, uma vez que a definição do que constitui crime passa a depender da valoração do aplicador do direito, que sobrepõe o seu juízo à formulação fechada e acabada da lei, e é suscetível de colocar problemas sob o ponto de vista da legitimidade da restrição de direitos e liberdades fundamentais a que pode conduzir.

²⁵ Acerca do crime de organizações terroristas e os crimes cometidos em realização do programa da organização terrorista, ver MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2012, p. 381.

Este artigo 3.º, n.º 2, estabelece uma cláusula de densificação normativa que, na verdade, constitui um limite interpretativo dirigido ao aplicador do direito, a impor que o crime fundamental se mostre suscetível de afetar gravemente um país ou uma organização internacional, ou seja, a impor uma certa intensidade ou gravidade do facto destinada a preservar o cumprimento do princípio da ofensividade aproximando o perigo do objeto de tutela²⁶. Essa exigência resulta também do § 8 do Preâmbulo da Diretiva de 2017 que se refere não só à dimensão do perigo em causa, como à intenção do agente dirigida à criação dessa ameaça ou perigo, mas ela não deixa de colocar problemas de densificação quando se trata de decidir da realização das infrações relacionadas com um grupo terrorista e das infrações relacionadas com atividades terroristas. O § 10 do mesmo Preâmbulo, em relação aos crimes de incitamento público à prática de infrações terroristas e à difusão de mensagens *on line* ou *off line* destinadas a obter apoio para causas terroristas ou a intimidar a população, diz que a ponderação no caso concreto acerca da existência do risco obriga a ter «em conta as circunstâncias específicas do caso, como o autor e o destinatário da mensagem, bem como o contexto no qual o ato é cometido», o que sendo razoável, não deixa de abrir a porta a uma valoração dos factos que podemos considerar excessiva por parte do julgador, permitindo mesmo duvidar se não conduz a uma aplicação do direito segundo tipos de autor. Coloca-se o mesmo problema em relação à Lei n.º 60/2015, de 24 de junho, que veio alterar a Lei n.º 53/2003, e que criou os tipos legais de crime de apologia pública ao crime de terrorismo (artigo 4.º, n.º 8) e o crime de acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo (artigo 4.º, n.º 5). Também aqui se prevê uma cláusula de idoneidade ou aptidão do crime em relação à criação do perigo da prática de outro crime da mesma espécie que obriga a ajuizar da perigosidade concreta da conduta do agente em face da finalidade última visada, a prática do ato terrorista, que não só abre igualmente a porta a uma aplicação subjetiva das

²⁶ Referem-se expressamente a esta cláusula, FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO, «A Lei de combate ao terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto) – sobre a transposição para o direito português, da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 135, n.º 3935 (2005), pp. 70 e ss., que também se encontra prevista pelo artigo 1.º, n.º 1, da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de junho de 2002, e pelo artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta ao terrorismo, que exige que esteja em causa a prática de crime que «pela sua natureza ou pelo contexto em que foram cometidos, sejam suscetíveis de afetar gravemente um país ou organização internacional».

incriminações em causa, como leva a duvidar mesmo da sua utilidade dado o conceito amplo de autoria que utilizado pelo nosso legislador que permite tratar estas situações como exemplos de instigação.

Regressando às soluções preconizadas pela Diretiva de 2017, tomemos como exemplo da indefinição que rege a aplicação dos tipos legais que consagra, o artigo 9.º (*deslocações para fins de terrorismo*), que estabelece que será punível a «deslocação para outros países que não o Estado-membro [...] com o objetivo de participar nas atividades de um grupo terrorista com conhecimento de facto de que tal participação contribuirá para as atividades criminosas desse grupo», e que prescinde da cláusula de densificação do perigo abstrato expressamente previsto nas restantes incriminações (que pode, apesar de tudo, ser aplicável como princípio interpretativo geral). Além da pouca precisão conceitual no plano da descrição dos factos, o legislador estabeleceu ainda no plano subjetivo e da intenção do agente, uma presunção de dolo, prevista pelo parágrafo 17.º do Preâmbulo, dificilmente compatível com o princípio da culpa («o carácter doloso de uma ação ou omissão pode ser inferido a partir de circunstâncias objetivas e factuais»), o que torna toda a construção típica muito pouco congruente com os princípios do direito penal.

Estas dificuldades sobem de tom onde se trata da punição da cumplicidade e da tentativa. Se se reconhece no quadro do direito penal tradicional que estas são formas de crime que impõem uma amplitude interpretativa que não existe em relação à forma normal de surgimento do crime²⁷, o problema redobra de intensidade onde a própria forma comum do crime, a infração terrorista, se rodeia de imprecisões conceituais de tomo. Estabelece o § 15 do Preâmbulo da Diretiva, que deve ser punível como cumplicidade,

²⁷ No sentido do reconhecimento da maior amplitude da atividade interpretativa em relação às formas especiais do crime do que em relação à forma fundamental de surgimento do crime, doloso, por ação e de resultado de dano, RIBEIRO DE FARIA, Paula, *Formas especiais do crime*, UCEditores, Porto, 2017, pp. 29-30: «todas as formas especiais do crime estão profundamente dependentes, mais do que a forma geral ou comum do surgimento do crime, de uma definição de sentido da norma a aplicar, e da valoração social e global da conduta praticada [...] impõe-se perguntar das circunstâncias do caso concreto em ordem a apurar se [...] o agente tem o domínio do facto de tal forma que possa ser considerado seu autor, se os atos de execução que praticou são, ou não, idóneos à produção do resultado típico, ou se mesmo sendo inidóneos ele é apesar de tudo de punir dada a aparência de idoneidade que os rodeia e que é capaz de causar abalo e perturbação sociais e comprometer a pretensão de paz e segurança jurídica dos cidadãos».

e abstermo-nos da transcrição integral do parágrafo relativo a esta forma de participação, «o fornecimento de apoio material ao terrorismo através de pessoas que participem ou ajam como intermediários no fornecimento ou circulação de serviços, bens ou mercadorias, incluindo as transações comerciais que pressuponham a entrada ou a saída do território da União, como a venda, a aquisição ou intercâmbio de objetos culturais de interesse arqueológico, artístico, histórico ou científico retirados ilegalmente de uma zona que, no momento da retirada, é controlada por um grupo terrorista, com conhecimento de que essas operações ou as respetivas receitas se destinam a ser utilizadas, total ou parcialmente, para fins de terrorismo, ou de que trarão benefícios aos grupos terroristas». Ao mesmo tempo, admite-se a punição do apoio à deslocação ao estrangeiro, a tentativa de deslocação ao estrangeiro para fins de terrorismo e a tentativa de dar treino para o terrorismo ou de recrutar para o terrorismo, o que não só representa a aceitação da cumplicidade no ato preparatório, como estende o conceito de tentativa à prática de atos preparatórios que não se encontram autonomamente previstos como crimes.

Ao nível do processo penal, admite-se o recurso a instrumentos de investigação eficazes que são os utilizados para combater a criminalidade organizada ou outros crimes muito graves, como a quebra de sigilo, controlo de contas bancárias, registo de som e de voz, entre outros, revelando-se, apesar de tudo, a preocupação com a preservação dos direitos e liberdades das pessoas sujeitas a investigação, na medida em que é expressamente referida a necessidade da obediência a princípios de máxima restrição, de proporcionalidade, e à proteção dos dados pessoais²⁸.

²⁸ Não nos vamos debruçar especificamente sobre a problemática da restrição dos direitos do arguido no processo penal, mas nota-se, por exemplo, em relação ao uso de agentes informadores e infiltrados no âmbito da investigação, a preocupação do nosso homenageado com o cumprimento de limites éticos e de lealdade processual. Assim, pode ler-se em MARQUES DA SILVA, Germano, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, ISCPSI, Lisboa, 2001, p. 69, o seguinte: «a lealdade pretende imprimir na investigação criminal toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da justiça. Nessa perspectiva, parece-me que o recurso a agentes informadores e a agentes infiltrados viola o princípio da lealdade e pode acarretar como consequência a proibição de provas obtidas por essa via». Todavia, no limite, ou seja, em casos excepcionais, poder-se-á recorrer a estes meios de investigação, designadamente onde «a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso os criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à justiça cabe tutelar». Conferir, também, do mesmo autor, «Bufos, infiltrados e arrependidos», *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo II, 1994, pp. 27 e ss.

De uma forma geral, encontramos nestes diplomas indisfarçáveis entorses aos princípios garantísticos do direito penal «clássico», como a renúncia ao *princípio da ofensividade* tão caro à doutrina italiana^{29/30}, e à legitimação da intervenção da lei penal condicionada ao comprometimento efetivo do bem jurídico, bastando-se a lei com presunções de perigo bastante amplas associadas a comportamentos que podem comportar vários significados ou interpretações (o *download* de um manual de fabrico de explosivos pode ser considerado treino para terrorismo). Esta necessidade de definir valorativamente o que constitui, ou não, uma conduta perigosa, sem o limite que representa uma descrição legal fechada, compromete obviamente o *princípio da legalidade*, o que associado à perceção de que se trata em muitos locais da admissibilidade de um direito penal de autor, uma vez que o intérprete procura determinar se está, ou não, perante um terrorista (e não perante um cientista ou um investigador tratando-se do *download* de materiais da Internet, por exemplo) não se limitando a analisar as características do facto, pode conduzir ainda a violações do *princípio da igualdade* da aplicação da lei penal (uma vez que o terrorista é normalmente associado a indivíduos com determinadas características étnicas e religiosas). Tudo isto associado à admissibilidade de *presunções de dolo*, que equivalem a abrir a porta a formas de responsabilidade «quase» objetiva no direito penal, e ao uso de meios de investigação «eficazes» e extremamente restritivos dos direitos e liberdades

²⁹ RIBEIRO DE FARIA, Paula, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal, ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto, UC Editora, 2005, pp. 104 e ss. Particularmente crítico do uso de tipos legais de crime de perigo abstrato pelo efeito que produz sobre a legitimidade do Direito Penal clássico, FERRAJOLI, LUIGI, «Criminalidad y globalización», in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 115, 2006.

³⁰ Acerca das dúvidas de legitimidade constitucional que coloca a superantecipação da tutela penal através da formulação de tipos legais de perigo abstrato, por falta de afetação do bem jurídico, mesmo que se considere que o bem jurídico tutelado é a segurança da coletividade ou a ordem pública, veja-se, por exemplo, a posição de FIORE, «Il principio di offensività», in *Indice Penale*, 1994 (28), pp. 275 e ss., considerando que uma vez que o princípio da ofensividade constitui um critério de legitimidade da criminalização de condutas, não pode existir tipicidade sem aptidão da conduta a lesar, ou a colocar em perigo concreto, o bem jurídico tutelado. Isto teria por consequência, relativamente à incriminação do terrorismo que seria sempre necessário provar a concreta aptidão lesiva de um determinado comportamento, não podendo existir presunções inilidíveis de perigo. Atente-se, de igual forma, na doutrina nacional, na posição de FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992, p. 621, que se refere à descoberta da motivação do legislador que tem de se justificar no caso concreto.

das pessoas, como a busca de bens pessoais, a vigilância eletrónica, as gravações de som em lugares privados ou públicos, e investigações financeiras³¹.

7. O Direito Penal do Inimigo e o pensamento de Günther Jakobs

Justifica-se falar aqui do Direito Penal do inimigo, diríamos antes que se impõe, dada a importância que tem sido dada a esta teoria no enquadramento das formas de criminalidade particularmente violenta. O Direito Penal do inimigo, que pouco tem de Direito, se entendermos que faz parte da norma jurídica uma pretensão de validade e de normatividade que este Direito não tem, designa o conjunto de regras que se dirigem a combater os perigos gerados por aqueles que cometem crimes tão graves que colocam em risco a própria subsistência da sociedade e o seu sistema de normas³². De acordo com esta definição, o terrorista é um «fora da lei», representando para o Estado moderno o que o bárbaro e a sua violência significaram para a sociedade estabilizada do Império Romano, ou pelo medo e insegurança geradas, as lutas medievais e de consolidação do território para as sociedades mais desagregadas da Alta Idade Média. Se transpusermos o plano de análise em que nos encontramos, para o século V, facilmente chegamos à conclusão que a invasão do Império Romano pelos povos bárbaros, designadamente germânicos, apresenta características de atos terroristas, porventura numa outra escala, mas afetando os mesmos bens jurídicos, disseminando o terror, abalando as estruturas de um poder estatal que era, de resto desconhecido na altura pela maioria destes povos. E o mesmo podemos dizer, *mutatis mutandis*, da Alta Idade Média, em que a ausência de um poder central estabilizado deixava as populações entregues a si próprias, tendo que defender-se dos ataques violentos de outros senhores feudais, ou dos exércitos com objetivos de alargamento e de consolidação do poder, como vemos no filme *Braveheart* que retrata a

luta sangrenta entre a Escócia e o rei Eduardo I da Inglaterra. O terrorista que dirigiu o camião em direção aos homens, mulheres e crianças que passeavam à noite na marginal de Nice, ou os que entraram no teatro Bataclan em Paris e dispararam de forma sistemática sobre a assistência, fazendo reféns e semeando o terror, não se distinguem com facilidade dos guerreiros que entravam nas aldeias, lançavam fogo às casas, matavam e saqueavam, espalhando o medo à sua volta, para expandir o território.

O Direito Penal do inimigo de *Günther Jakobs* obedece ao reconhecimento de que a prática de certos crimes traduz um tal desrespeito pelas regras básicas da civilização que quem os pratica coloca-se fora da lei, fora do próprio sistema de direitos fundamentais que não pode invocar em seu favor onde se trata de investigar os seus crimes, de o julgar, e punir. No fundo, o que alicerça e ancora o Direito Penal do inimigo, é uma lógica de abuso de direito, a regra segundo a qual não pode fazer-se valer das garantias e regras da civilização aquele que as negou através da prática de crimes extremamente violentos. Estão em causa crimes como o terrorismo, a criminalidade económica, a criminalidade organizada, crimes sexuais, ou os delinquentes por tendência, que justificam a esta luz a criação de um outro ramo de Direito Penal que otimiza a proteção dos bens jurídicos em relação ao inimigo a quem só se reconhece uma personalidade limitada porque o verdadeiro inimigo é uma não pessoa.

Este Direito Penal do inimigo deixa-se justificar pela necessidade da prevenção do crime, e representa a passagem de uma legislação penal «normal», a legislação penal do cidadão, para uma legislação de combate, em que a pena tem por finalidade confirmar o direito e a existência de regras na sociedade, sendo o inimigo encarado como fonte de perigos, e a sua punição como um meio para intimidar outros da prática do facto. Legitima-se a punição necessária para afastar o perigo associado a certas formas de crime, pelo que se antecipa a fronteira da punibilidade, passando o Direito Penal a servir a prevenção da prática de factos futuros (sem que ocorra a consequente diminuição da pena que mereceria a mera criação do perigo), compromete-se o princípio da legalidade, e diminuem-se de forma acentuada as garantias processuais como o controlo da correspondência a inviolabilidade do domicílio (repare-se que *Jakobs* não chega a condenar o inimigo à perda absoluta da paz, pelo que ele mantém uma personalidade limitada que ainda admite a invocação de certos direitos e que não legitima a pena de morte).

Embora sem antecipar em toda a linha o que queremos vir a dizer adiante, parece-nos que é possível afirmar que a nossa legislação penal contra o terrorismo (e outros tipos de criminalidade organizada), e a Diretiva do Parlamento

³¹ Sobre estas questões, de forma detalhada, confira-se com a colaboração de vários autores, o *Seminário Internacional sobre Criminalidade Organizada e Criminalidade de massas* (livro de atas), Coimbra, Almedina, 2009.

³² JAKOBS, Günther, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „ältereuropäischem“ Prinzipdenken», in *ZStW* 107, 1995, pp. 843 e ss., e JAKOBS, Günther, MELIA, Cancio, «Que protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?», in *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Peru, 2000, pp. 97 e ss. Acerca do significado do Direito Penal do inimigo, e da forma como se estrutura, veja-se RIBEIRO DE FARIA, Paula, *A Adequação Social da conduta*, ob. cit., pp. 764 e ss., e SOUSA BRITO, José de, «O inimigo no direito penal», *Revista Lusíada. Direito*, 4/5 (2007), pp. 1 e ss.

Europeu e do Conselho de 2017, não constituem verdadeiro Direito Penal do inimigo, pela preocupação que revelam, apesar de tudo, com a manutenção dos direitos fundamentais dos autores de crimes de terror. O Direito Penal do inimigo traduz o predomínio absoluto da necessidade de manter a segurança face aos direitos e liberdades, o que facilmente pode desembocar numa guerra sem lei e sem legitimidade, mas o que não coincide com a ideia de ponderação de direitos que informa estas normas que podemos afirmar que são criações híbridas, ora mais perto do Direito Penal tradicional ora mais próximas da doutrina do Direito Penal do inimigo. Com o que não ignoramos duas realidades: que há legislações que já pisam o risco relativamente a essa legitimidade, e que o Direito Penal tradicional tem dificuldades em adequar-se ao combate a estas novas formas de ameaça e de terror³³.

8. A legislação antiterrorismo de George W. Bush

Não podemos encontrar melhor exemplo de direito penal do inimigo, do que a forma como o Presidente George Bush e os Estados Unidos da América lidaram com a ameaça terrorista na sequência do ataque às torres gémeas de 11 de setembro de 2001. Os principais diplomas legislativos que serviram esta linha de reação foram a autorização para o uso da força militar de 18 de setembro de 2001, o Ato Patriótico dos Estados Unidos de 24 de outubro de 2001, a Ordem Militar n.º 1 de 13 de novembro de 2001 e a Estratégia de Segurança Nacional de 2002. Em 2001, um mês depois do ataque às Torres Gémeas, Bush ordenou operações de combate no Afeganistão, e em 2002 começaram a ser levados prisioneiros para Guantánamo, os «piores dos piores» como foram descritos pela Administração Bush. Em 2003, encontravam-se 680 prisioneiros em Guantánamo uma base militar que foi escolhida deliberadamente como forma de evitar que os tribunais norte-americanos tivessem qualquer jurisdição sobre os factos lá praticados, como foi

³³ Coloca-se aqui uma questão interessante, e que é a seguinte: o pensamento de Jakobs, ao desproteger o «pária social», ou o selvagem, que se autoexcluiu do sistema ao regressar ao estado de natureza, não admite desvios em relação às garantias fundamentais que reconhece ao cidadão, o que significa que mantém maior legitimidade e validade em relação à punição deste último do que as soluções que admitem a transição de regras de necessidade para o domínio do Direito Penal clássico. Aceitando que muitos ordenamentos jurídicos já deixaram integrar nos seus sistemas normativos técnicas legislativas e conceitos de «guerra», podemos admitir que paradoxalmente foram mais longe que Jakobs, ao permitir lutar contra o próprio cidadão com as armas que este autor reserva ao inimigo.

admitido posteriormente. Efetivamente, a autoridade sobre os prisioneiros e a condução dos interrogatórios era da responsabilidade de comissões militares especiais que decidiam também dos pedidos de *Habeas Corpus*, de acordo com o *Detainee Treatment Act*, e foi autorizado o uso de técnicas de interrogatório agressivas que envolviam o uso da tortura e de técnicas como o «submarino» que consiste numa simulação de afogamento como forma de obrigar o prisioneiro a revelar o que se quer saber.

Contrariando a prática militar dos Estados Unidos no sentido da aplicação da Convenção de Genebra de uma forma relativamente geral nestas situações, o Secretário da Defesa norte-americano Rumsfeld considerou que os prisioneiros da Al-Qaeda não podiam beneficiar do estatuto de prisioneiro de guerra, porque eram combatentes ilegais, fora da lei, ou não cidadãos, para usar a terminologia de Günther, pelo que não podiam beneficiar dos direitos previstos pela Convenção de Genebra³⁴. É certo que a Convenção de Genebra poderia ter sido aplicada aos soldados Talibã uma vez que eles abriram fogo contra um Estado parte da Convenção, o que não sucedeu, e em relação aos prisioneiros da Al-Qaeda, a aplicabilidade da Convenção de Genebra deixava-se justificar pela existência de regras nela previstas que abrangem, para além dos prisioneiros de guerra, aqueles que são detidos num conflito armado mesmo não tendo direito ao estatuto de prisioneiro de guerra. Interrogado sobre esta situação, Rumsfeld declarou que os Estados Unidos tinham cumprido com as suas obrigações de direito internacional na medida em que na maior parte dos casos os prisioneiros tinham sido tratados de uma forma razoavelmente consistente com a Convenção de Genebra.

Quer em Abu-Graib, que se tornou palco de inúmeras humilhações e abusos cometidos sobre prisioneiros como revelam vários relatos da imprensa internacional, quer em Guantánamo, multiplicaram-se as violações contra o Direito Internacional, incluindo a violação da própria Convenção contra a tortura. Quando em 2009, Obama assinou o decreto a ordenar o encerramento de Guantánamo, foi divulgado um documentário do National Geographic Channel – *Inside: Guantanamo*, em que foram dados a conhecer vários

³⁴ Este foi o conselho que foi dado ao Presidente dos Estados Unidos pelo Departamento de Justiça norte-americano em dois memorandos que ficaram conhecidos como *The Torture Papers*, publicados pela Cambridge University Press. De acordo com a opinião do Departamento de Justiça, a colocação dos prisioneiros em Guantánamo tornaria a administração imune às regras relativas ao *Habeas Corpus* e os tribunais não teriam competência para avaliar as condições da detenção. CHASKALSON, Arthur, «The Widening Gire: Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law», *Cambridge Law Journal*, Vol 67 (2008), p. 80.

crimes cometidos nessa prisão, incluindo o transporte dos prisioneiros em jaulas, abusos sexuais, o encerramento em celas às escuras, o uso de vários tipos de torturas, espancamentos brutais, violações da liberdade religiosa (fazer o detido comer carne de porco ou assistir a profanações do Alcorão), detenção de crianças e alimentação forçada.

A «guerra ao terror» traduziu-se ainda na detenção arbitrária de cidadãos, na possibilidade de manter o suspeito detido até sete dias sem formulação de acusação, na realização de interrogatórios secretos para fins de deportação de pessoas suspeitas de ligação ao terrorismo, na detenção por ordem militar sem possibilidade de recurso ao tribunal, na facilitação de buscas e escutas telefónicas, entre outras medidas que significaram um passo atrás na tutela dos direitos humanos por este país. Além disso, e no plano internacional, é bem conhecido o aumento dos gastos com despesa militar, tendo sido prestada ajuda e fornecidas armas a países como o Uzbequistão, as Filipinas ou o Tajiquistão, com registos altamente duvidosos e comprometedores em sede de direitos humanos.

Muito embora se imponha admitir que os Estados Unidos têm vindo a aproximar o seu discurso e a sua atuação neste domínio do que é prescrito pelos catálogos dos direitos humanos, deixando de parte a análise do direito e processo penal pelos quais se regem, uma vez que se afastam substancialmente do europeu, não restam dúvidas que as medidas que foram adotadas pela Administração Bush na sequência dos ataques terroristas de 2001 constituem expressão acabada de um direito penal do inimigo, em que aquele que pretende perverter a ordem legal de um Estado, que desrespeita a sociedade e a agride de forma violenta, pode ser perseguido por qualquer forma, sem regra, e sem a possibilidade de invocar os seus direitos como cidadão. O confronto entre a segurança e a liberdade é aqui entendido como um confronto de tudo ou nada³⁵, decidido integralmente a favor da segurança, o que não sucede sequer no âmbito do direito da guerra que supõe a aplicação das regras que devem presidir ao condicionamento e à restrição de direitos. E se parece compreensível que durante os tempos imediatamente a seguir ao ataque de 11 de setembro tivessem sido adotadas medidas excecionais e extremas correspondentes ao estado de sítio ou de emergência, procedendo, por exemplo,

³⁵ FARIA COSTA, José, «A criminalidade em um mundo globalizado: ou playdoyer por um Direito Penal não securitário», in *Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra, 2009, pp. 113 e ss., fala na necessidade paradoxal de limitar a liberdade para salvar a liberdade.

à identificação e detenção de estrangeiros que se encontravam irregularmente em solo norte-americano, ou à sua expulsão, já não se conseguem justificar, anos depois, as violações dos direitos humanos que tiveram lugar em prisões de alta segurança, ou relativamente a outros suspeitos, à margem de qualquer princípio de proporcionalidade em sentido amplo e em pleno desrespeito pelo princípio da dignidade humana.

9. O terrorismo e o Direito Internacional Penal

A definição de infração terrorista de acordo com o artigo 3.º da Diretiva 2017/541, de 15 de março, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o terrorismo da União Europeia, não abrange apenas os crimes praticados contra o Estado que os pretende punir, mas as infrações terroristas «capazes de afetar gravemente um país ou organização internacional», o que significa que o bem jurídico não tem um carácter interno ou estadual³⁶. Esta Diretiva, como a Decisão-Quadro que a antecedeu, segue as Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, nomeadamente o apelo que é feito aos Estados na Resolução 42/159, de 7 de dezembro de 1987, para que não tolem atividades terroristas nos seus territórios, e tomem medidas para prevenir a preparação e organização de crimes terroristas contra os outros Estados. No entanto, e apesar da dimensão universal e transfronteiriça do valor a tutelar, o crime de terrorismo não faz parte do elenco dos crimes que integram a jurisdição do Tribunal Penal Internacional que são apenas os que constam do artigo 5.º do Tratado de Roma: a agressão, o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Uma vez que o crime de terrorismo não se adequa a nenhum destes tipos legais, pese embora se pudesse defender a sua consideração como crime de guerra ou crime contra a humanidade, o que coloca inúmeras dificuldades, a nosso ver quase intransponíveis, relativamente ao cumprimento do princípio da legalidade, não existe a possibilidade de entregar os autores destes factos ao Tribunal Penal Internacional.

10. O terrorismo como um problema de direitos fundamentais

O terrorismo não legitima o uso do direito penal do inimigo. Esta afirmação não envolve a tentativa da justificação da prática de atos terroristas ou a aceitação da redução da ilicitude da conduta do agressor com base na

³⁶ Assim, FIGUEIREDO DIAS, CAEIRO, Pedro, *A Lei de combate ao terrorismo*, ob. cit., p. 71.

consideração do seu direito à manifestação de convicções políticas ou ideológicas, ou a sua desculpação pela prática de atos de consciência, mas quer dizer que a luta contra o terrorismo tem de ser simultaneamente eficaz e obedecer a limites de legitimidade. Fechar os olhos à realidade terrível que tem assolado a Europa, e não só, nos últimos anos, à morte de crianças e de pessoas inocentes, em lugares de trabalho, de diversão e de paz, e manter um discurso cegamente fundado em princípios e humanismo perante o inimigo, é um absurdo, mas também é absurdo, e paradoxalmente ineficaz, querer destruir a ferros, quem usa ferros para matar. O terrorismo tem inúmeras motivações e origens e a força não basta para resolver um problema que tem as suas raízes em países com profundas debilidades económicas, sociais e culturais, que tem como agentes do crime pessoas cujos filhos morrem à fome, cujas casas são bombardeadas, que sofrem tiranias políticas e ideológicas, e que têm convicções religiosas inabaláveis que as conduzem ao autossacrifício.

Admitindo como ponto de partida genérico que a liberdade não deve ceder ilimitadamente perante exigências de segurança³⁷, e que o combate ao terrorismo apenas pode ser feito de forma integrada associando esforços diplomáticos, económicos, e promovendo uma cultura de defesa dos direitos humanos nos países que espalham o terror da forma mais violenta, fica por resolver o problema essencial que resulta da leitura do Prefácio da Decisão-Quadro do Conselho Europeu para a luta contra o terrorismo de 2002, e da Diretiva 2017/541 relativa à luta contra o terrorismo na União Europeia, e que consiste em saber como é possível preservar a democracia, os direitos

³⁷ Recusa o modelo da ponderação entre segurança e liberdade, considerando que este confronto só pode ser decidido a favor da segurança, BRONITT, Simon, «Balancing Security and Liberty: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform», in *Fresh Perspectives on the war on Terror*, Miriam Gani Press (2008), pp. 65 e ss. De acordo com esta autora, a segurança é sempre considerada mais importante que as liberdades, uma vez que a segurança não está confinada a fronteiras ou a interesses nacionais mas tem uma abrangência global e, por outro lado, a nossa capacidade de beneficiar da liberdade depende da segurança. Interessante, considerando que as limitações da liberdade introduzidas pelo Direito Penal já não são temidas pela maior parte das pessoas dado que elas entendem que a perda da liberdade associada às penas será sempre para a minoria desviante, e que a liberdade tem vindo a ser desvalorizada como valor desde o surgimento da sociedade de risco até à necessidade de reagir perante o terrorismo internacional, na linha da sua própria desvalorização pelo indivíduo que permite a sua exposição às mais variadas restrições impostas pela tecnologia, GÜNTHER, Klaus, «Da liberdade à segurança – os fundamentos normativos do Direito Penal em mudança» (revisão de SILVA DIAS, Augusto), in *Anatomia do Crime*, n.º 4, julho-dezembro de 2016, pp. 10 e ss.

humanos, o desenvolvimento económico e social, em suma, a nossa forma de vida, perante o terror, sem minar os próprios fundamentos do sistema legal democrático e os seus valores, e se estas regulações cumprem com essas exigências de respeito.

O ponto de partida que nos parece mais acertado para resolver estas interrogações, e que encontra o seu paralelo na decisão de criminalização de condutas no âmbito do direito penal «tradicional», corresponde à tentativa de um equilíbrio entre os direitos e liberdades do agressor, e a importância e a necessidade de tutela dos bens jurídicos ameaçados ou ofendidos pela prática dos seus crimes, o que obriga a fazer transitar o nosso discurso para o âmbito do direito constitucional, e da legitimidade da restrição dos direitos, liberdades e garantias.

11. O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade constitui um princípio fundamental em várias áreas do direito. Fala-se de princípio da proporcionalidade no âmbito dos conflitos armados uma vez que apenas é legítimo recorrer à guerra depois de esgotados todos os esforços para manter a paz e no direito internacional humanitário. Também no direito interno, o princípio da proporcionalidade tem importância a vários níveis. Desde logo, no direito penal, o princípio da proporcionalidade está presente ao nível da criminalização de condutas, ao nível da relação entre a pena e a gravidade do facto e, no plano da justificação, quer onde se trata de averiguar os pressupostos da legítima defesa, quer onde se fala de direito de necessidade defensivo. Também o direito administrativo se socorre de uma regra de proporcionalidade como critério de boa governação e de boa política pública. A Administração apenas consegue realizar o interesse público através da afetação de direitos individuais, mas a legitimidade dessa intervenção só existe se a mesma finalidade não puder ser realizada por meios menos gravosos. Se existe a possibilidade de realizar o interesse público através de um meio menos restritivo para o interesse individual, mas igualmente eficaz sob o ponto de vista do interesse público, a interferência é ilegítima e desproporcionada. No sistema de direitos internacionais o princípio da proporcionalidade assume um papel fundamental, quer ao nível da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, quer na Convenção sobre Direitos Cíveis e Políticos, que referem a exigência da proporcionalidade em várias das suas normas. Por exemplo, as normas que consagram o direito à vida privada e familiar, a liberdade de

expressão, consciência e religião, entre outras, não tutelam estes direitos de forma absoluta, mas qualquer restrição a que sejam sujeitos deve limitar-se ao necessário para garantir a proteção da ordem pública, saúde ou moral, ou a proteção de direitos alheios.

De uma forma geral, parece adequado afirmar que corresponde a uma opção valorativa essencial da maior parte dos ordenamentos jurídicos, a exigência de que a restrição dos direitos e liberdades essenciais apenas tenha lugar quando se destine à preservação de um outro interesse ou valor fundamental, o que decorre do artigo 18.º da nossa Constituição. Só num momento posterior, se coloca a questão da proporcionalidade em sentido amplo que, como vimos acima, significa que apenas devem ser adotadas medidas de restrição de direitos onde elas se mostrem adequadas a cumprir os objetivos propostos, e ainda necessárias, não sendo possível atingir a finalidade pretendida sem a intervenção restritiva ou por meios menos gravosos. Se a medida não se mostrar adequada ou necessária, a restrição é desproporcional. A terceira dimensão do princípio da proporcionalidade designa-se como proporcionalidade em sentido estrito, e a análise acerca do seu cumprimento é mais complexa. De acordo com a doutrina constitucional a restrição é desproporcional neste sentido quando afete o conteúdo essencial do direito que é restringido³⁸.

A análise que é feita acerca do cumprimento do princípio da proporcionalidade pelo nosso Tribunal Constitucional³⁹ parece acompanhar em toda a linha a que resulta da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que foi chamado a tomar posição nesta matéria a propósito da constitucionalidade das medidas de combate ao terrorismo adotadas nos anos setenta para reagir contra os ataques terroristas da *Red Army Faction*, e das células revolucionárias. Numa decisão de 1978, o Tribunal Constitucional alemão

³⁸ Acerca do sentido do princípio da proporcionalidade em direito penal, confira-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, ob. cit.*, p. 127, e em «O sistema sancionatório no direito penal português», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, Vol. I, *Boletim da Faculdade de Direito*, número especial, Coimbra, 1984, p. 823, PALMA, Fernanda, *Constituição e Direito Penal, as questões inevitáveis, perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, Cunha, Conceição, *Constituição e Crime, ob. cit.*, p. 236. Acerca do significado do mesmo princípio do direito constitucional, GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 266.

³⁹ A título meramente exemplificativo, confira-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/02 de 27 de fevereiro de 2002, e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008 de 23 de dezembro de 2008.

apreciou a constitucionalidade da *Kontaktsperregesetz* relativa à proibição de contactos entre os detidos e os advogados de defesa, e já depois do 11 de setembro, debruçou-se sobre a constitucionalidade do mandato de detenção europeu, e sobre a legitimidade da ordem de abate de aviões desviados da rota como forma de evitar o seu uso como armas suicidas⁴⁰. Mais recentemente, este Tribunal colocou limites à recolha e cruzamento de dados pela polícia para finalidades de combate ao terrorismo no caso *Data Mining*, decidido em 2 de maio de 2010^{41/42}.

A recolha e o cruzamento de dados pessoais é uma técnica de localização de terroristas bastante utilizada pelas autoridades neste domínio. A polícia adquire bases de dados pessoais a entidades privadas ou públicas, que foram recolhidos para finalidades completamente distintas, que são filtrados automaticamente de acordo com certos critérios e comparados. O objetivo consiste em detetar um grupo de pessoas a quem pode ser aplicado um determinado perfil. O caso *Data Mining* foi levado ao Tribunal Constitucional Federal alemão por um estudante marroquino e muçulmano da Universidade de Duisburg, alegando que o processamento e cruzamento de dados para identificação de potenciais terroristas pela polícia violava os seus direitos fundamentais. O uso destes elementos era permitido pela lei na medida do necessário para a sobrevivência ou segurança dos Estados federados, ou do Estado ou para garantir a vida ou liberdade de uma pessoa. Encontrava-se limitado aos elementos exigidos para um caso determinado, e não estava sujeito a segredo profissional ou oficial. Os elementos seriam destruídos se conseguisse realizar o objetivo da recolha, ou se ele não fosse atingido. A medida tinha de ser ordenada por um juiz do tribunal de 1.ª instância.

⁴⁰ Refere-se a esta decisão, PALMA, Fernanda, «Dos fundamentos da normatividade na filosofia ao enquadramento pelo direito do terrorismo», in *Anatomia do Crime*, n.º 4, julho-dezembro de 2016, pp. 23 e ss.

⁴¹ MICHAELSON, Christopher, *The Proportionality Principle, Counter Terrorism Laws and Human Rights: a German-Australian Comparison*, City University of Hong-Kong law Review, Vol. 2 (2010), pp. 19 e ss., pp. 32 e ss.

⁴² Procede à análise das decisões n.º 2016-611 QPC e 2017-625 QPC do Conselho Constitucional francês sob o ponto de vista da constitucionalidade das restrições impostas pelo Direito Penal aos direitos e liberdades dos cidadãos, ABRANCHES, António Manuel, «Limites constitucionais à (excessiva) antecipação da tutela penal nos crimes de terrorismo», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 27, n.º 2, maio-agosto de 2017, pp. 413 e ss.

Em outubro de 2001, o Tribunal de Düsseldorf, a pedido da polícia, autorizou uma recolha de dados que impunha às autoridades responsáveis pelos registos de residentes e estrangeiros, e às instituições de ensino, que entregassem os dados referentes a homens entre determinadas idades. Foram entregues cerca de cinco milhões de dados, estreitados por comparação de elementos, e ficaram apenas oito pessoas sujeitas a medidas adicionais, embora nenhuma delas tivesse sido sujeita a um processo-crime. O Tribunal Constitucional Federal concluiu que o Tribunal Administrativo de 1.^a instância tinha violado o direito fundamental dos estudantes a controlar a informação que lhes pertencia, conjugado com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana. O Tribunal considerou que a lei em causa (*NRW Police Act of the Federal State of North Rhine Westphalia*) facilitava a invasão dos direitos fundamentais dos indivíduos a controlar quando, e em que medida, eram revelados os dados pessoais sobre a sua vida privada, e que a autorização do Tribunal consubstanciava essa invasão. Aplicando a análise de proporcionalidade, o Tribunal considerou todavia que a lei era proporcional. Em primeiro lugar, entendeu que a prevenção do perigo para interesses individuais ou públicos constituía um interesse ou finalidade legítima. Em segundo lugar, considerou que o método de cruzamento de dados era adequado. Em terceiro lugar, admitiu que a interferência era necessária para cumprir os objetivos da lei que não podiam ser atingidos de forma menos gravosa. E em quarto lugar, também entendeu que a interferência era proporcional em sentido estrito, uma vez que a gravidade da intrusão era proporcional à seriedade das razões que a tinham justificado. Era necessário que a lei indicasse um motivo para a intervenção, o que fazia, uma vez que exigia a existência de um perigo atual para o interesse ameaçado.

O Tribunal Constitucional alemão, no entanto, entendeu que o perigo atual devia ser interpretado como perigo concreto, exigindo a comprovação da existência de um perigo de violação dos interesses ameaçados num futuro previsível. O Tribunal aceitou que este podia ser um período prolongado, desde que a probabilidade decorresse de factos, isto é, que existissem fundamentos para acreditar que se encontravam em preparação atos terroristas, ou pessoas preparadas para os praticar, num futuro próximo, na Alemanha, ou noutro lugar qualquer. O estado geral de ameaça terrorista existente no mundo desde o 9 de setembro de 2001, não se mostrava suficiente. Além disso, o Tribunal entendeu que a interpretação do perigo concreto era necessário para preencher as exigências de certeza constitucional e precisão

relativamente à violação de direitos fundamentais. A lei satisfazia essas exigências. A lei tinha identificado a finalidade a que se dirigia a colheita de dados de forma específica e precisa para a área de atividade. As autoridades que receberam a informação e a sua esfera de preocupações também eram claramente identificáveis. Além disso, a certeza também existia relativamente aos dados solicitados que não eram dados protegidos de forma específica. O Tribunal apenas sublinhou que se o objetivo fosse apenas um objetivo genérico de combate à ameaça terrorista os poderes concedidos à polícia tinham sido excessivamente amplos. Esta decisão do Tribunal Constitucional mostra como a Lei Constitucional alemã admite interferências bastantes amplas nos direitos fundamentais dos cidadãos perante a existência de um perigo concreto para a sobrevivência ou segurança da federação ou do Estado ou de uma pessoa, ou para a vida, ou liberdade de um indivíduo. O caso também demonstra que o princípio da proporcionalidade exige uma interpretação restritiva do *NRW Police Act* para que se mantenha constitucionalmente válido.

O Tribunal admitiu uma ampla margem de apreciação do legislador acerca da necessidade e adequação de leis de segurança específicas. No entanto, relativamente à adoção de medidas concretas pela polícia (atos administrativos) considerou que elas devem ser interpretadas em ordem a saber se estão de acordo com os princípios básicos de direito constitucional. No caso do cruzamento de dados o tribunal estabeleceu limites funcionais ao cruzamento de dados pelas autoridades, capazes de proteger ao mesmo tempo o direito individual fundamental a controlar a informação que diz respeito a cada um⁴³.

Partindo do princípio que estamos perante um bem jurídico com dignidade penal reforçada, se entendermos que o que se pretende tutelar é a vida e a integridade física das pessoas num contexto de extrema insegurança em que são colocadas em perigo as instituições da própria sociedade e os seus

⁴³ Mostra-se particularmente interessante a comparação feita por SCHWARTZ, Paul, *Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State, and New Technology*, in *William & Mary Law Review*, Vol. 53, Issue 2, pp. 377 e ss., entre o envolvimento demonstrado neste caso pelo Tribunal Federal alemão, que procedeu à análise cautelosa da lei contestada, da sua interpretação pelos tribunais inferiores, tendo formulado depois de forma extremamente conscienciosa uma série de critérios constitucionais a que deve obedecer o cruzamento de dados pelas autoridades e a posição do Supremo Tribunal norte-americano que o mesmo autor designa como «*hands-off*» e que está de acordo com o desenvolvimento jurisprudencial da quarta emenda.

valores (se quisermos um bem jurídico complexo), parece-nos que se deixa cumprir o princípio da proporcionalidade quando se reforça a punição do agente, e se antecipa a tutela penal (com o sacrifício correspondente da esfera de tutela que se lhe contrapõe, ou seja, os direitos e liberdades dos agentes do crime). Parece-nos todavia que os crimes de perigo abstrato não só têm de ser limitados ao necessário, como a sua aplicação deve ficar sempre dependente da confirmação da existência de um perigo concreto para os bens jurídicos em perigo no sentido admitido pelo Tribunal Constitucional alemão, logo, podendo referir-se a um «futuro previsível», pois que de outra forma se põe em causa o princípio constitucional da proporcionalidade.

12. Situação de emergência ou direito de guerra

Será legítimo ir mais longe do que isto sem resvalar para a aceitação do adágio romano, *salus populi primus lex*, a ideia de que a segurança das pessoas é a primeira regra, o equivalente à aceitação do direito penal do inimigo? Coloquemos a hipótese da intensificação de ataques bombistas na Europa com sacrifício de um número elevado de vítimas inocentes, comprovada a inadequação dos meios existentes a conter o terror. Identificado um risco desta natureza, de tal forma intenso que se pudesse qualificar como o correspondente a um estado de guerra (ultrapassado o problema da identificação do risco e da definição da sua intensidade) poder-se-ia ter de adequar ainda mais o princípio da proporcionalidade às circunstâncias, aceitando um estado de emergência ou de guerra, o que não significa o mesmo que um vazio de direito, ou a legitimação de qualquer remédio como no direito penal do inimigo.

Se estamos em guerra contra o terrorismo pela simples razão de que os terroristas se encontram em guerra connosco, a questão passa a ser a de saber se se aplicam ao conflito as regras sobre a restrição de direitos fundamentais ou as regras dos conflitos armados. A questão faz sentido uma vez que alguns grupos terroristas, como a Al-Qaeda, têm as características de uma célula ou unidade criminosa, mas também de uma unidade militar. Em certos casos, os dois sistemas funcionam de forma convergente como sucede em relação ao tratamento dos prisioneiros de guerra, que não podem ser sujeitos a tortura de acordo com as regras da Convenção de Genebra, e de acordo com o sistema de direitos fundamentais, mas há situações em que as soluções permitidas por um, e por outro, sistema normativo, são substancialmente diferentes. Por exemplo, em operações de combate, em que se defrontam as unidades militares de dois países é possível disparar a matar, mas se se

trata de uma operação policial o uso da arma de fogo é extremamente limitado porque nos encontramos vinculados a um direito de paz. Não tendo a pretensão de aprofundar a distinção entre estes âmbitos normativos, parece-nos que ela pode merecer alguma atenção neste contexto, uma vez que pode representar novos «meios-termos» entre a reação sem regras e utilitária do Direito Penal do inimigo, e a visão garantista e tradicional amarrada à consideração dos meios de intervenção criminal como formas de restrição dos direitos, liberdades e garantias do agressor, que têm de ser constitucionalmente enquadrados⁴⁴.

13. Conclusões

Recusamos o discurso do direito penal do inimigo mesmo onde se trata de lutar contra o terror. Convém ter presente, em primeiro lugar, que a escalada da resposta criminal contra o terrorismo vai ao encontro dos objetivos prosseguidos pelos terroristas uma vez que pretendem reconhecimento pelos seus atos, atuam como mártires de uma causa, e têm a consciência de que a adoção de medidas extremas contra os seus ataques contraria o nosso sistema de garantias, conduzindo à erosão que pretendem da estrutura de valores ocidental.

Por outro lado, é possível duvidar da eficácia de leis muito repressivas no combate ao terrorismo, já que estamos a falar de crimes religiosamente motivados, praticados por agentes suicidas, em que os agressores atuam muitas vezes por sua própria iniciativa, não existindo uma hierarquia definida de responsabilidades. De resto, um olhar atento sobre a história, e sobre a dificuldade em conter, mesmo com leis muito severas, os movimentos extremistas alemães dos anos 70 do século passado, ou os movimentos independentistas bascos e da Irlanda do Norte, deixa ficar sérias dúvidas acerca da eficácia de medidas extremadas neste domínio. Uma outra interrogação a colocar, e podemos usar o exemplo da legislação antiterrorista da Espanha que reintroduziu a pena de prisão perpétua relativamente a estes crimes, é a de saber se o aumento da severidade da resposta ao terror não pode conduzir a mais terror, e se não existe manipulação política do terror como forma de gerar medo e perpetuar o

⁴⁴ Sobre o regime constitucional aplicável às situações de necessidade ou de emergência, confira-se GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 1089, admitindo expressamente que «as situações de necessidade constitucional pressupõem a possibilidade de restrições mais intensas dos direitos fundamentais do que aquelas que constitucionalmente são admitidas em situações de normalidade».

poder e o controlo sobre as populações^{45/46}. A regra de direito acaba por não ser comprometida pela emergência, mas pela construção política da emergência a justificar medidas que verdadeiramente não são necessárias. Assumem uma importância fundamental no controlo da legitimidade das medidas restritivas das liberdades das pessoas as instituições que integram uma sociedade livre e democrática, como a imprensa, a sociedade civil, e o poder judicial como forma de manter as decisões legislativas e administrativas sob controlo.

Em lugar do direito penal do inimigo, deve privilegiar-se um discurso de legitimidade, assente numa lógica de princípios, entre os quais o princípio da legalidade, da ofensividade, da necessidade e da adequação da intervenção penal, e o princípio da culpa, a que devem estar vinculados quer o legislador quer o juiz. A maior parte dos instrumentos legislativos de combate ao terrorismo chegam-nos por via da legislação comunitária através de Decisões-Quadro e Diretivas. A análise de algumas das normas e soluções destes diplomas revela que elas se afastam substancialmente dos princípios de direito penal tradicional atendendo às incompletudes das incriminações, à sua configuração como crimes de perigo abstrato, à admissibilidade de presunções de dolo e à possibilidade da leitura do tipo legal segundo o prisma dos tipos de autor. No entanto, também sabemos que a danosidade social presente neste tipo de crimes é de tal forma elevada, e o bem jurídico protegido de tal forma complexo, abrangendo bens jurídicos individuais, mas revelando uma dimensão coletiva capaz de abranger os próprios fundamentos do Estado de Direito democrático, que não pode haver dúvidas acerca da dignidade penal do interesse a tutelar, justificando-se sob o ponto de vista pragmático a adequação e a necessidade de uma maior restrição de direitos e liberdades do que aquela que se deixa legitimar em face

⁴⁵ O exemplo de Espanha, não é único, como se sabe. Por quase toda a Europa tem ocorrido a expansão de um Direito Penal securitário. Em Inglaterra, o *Regulation of Investigatory Powers Act*, de 2000, veio permitir às autoridades encarregadas da investigação penal a captura de imagens através de câmaras escondidas, e o livre acesso ao histórico das chamadas telefónicas e da navegação na Internet. Também em Itália admite-se a detenção em custódia preventiva por cinco dias sem que seja feita acusação ao detido, podendo ser-lhe vedada a assistência judicial. Acerca desta evolução, confira-se BARGADO, Gonçalo, IGREJA MATOS, Nuno, «Entre o cidadão e o inimigo – Novas tendências de combate ao inimigo», in *Anatomia do Crime*, n.º 1, janeiro-junho de 2015, pp. 45 e ss.

⁴⁶ Fala do conceito de «pânico moral» associado a estes crimes, suscetível de afetar a reação criminal contra eles, VENTURA, André, «Terrorism, Organised Crime and the Criminal Justice System – a theoretical framework», in *Revista de Direito Público*, janeiro-junho de 2012, 7, pp. 9 e ss.

do catálogo tradicional de condutas criminosas⁴⁷. O ponto de equilíbrio que se deixa estabelecer a este nível entre os direitos, liberdades e garantias a proteger e os que são afetados pela restrição é diferente, e é outro, em relação ao direito penal clássico, permitindo uma maior intensidade da reação punitiva do que em relação a outros crimes (ponto de equilíbrio que voltará a ser diferente, justificando uma maior medida de restrição se se transitar para a situação de emergência ou de caos que vimos no parágrafo anterior).

Pensamos que a única forma de travar o excesso de criminalização a este nível passa por exigir a interpretação de todos os crimes de perigo abstrato, designadamente os que se encontram previstos pela Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto atualizada em função da Diretiva 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, mesmo onde não integrem qualquer cláusula de densificação normativa, como crimes de perigo concreto, não sendo legítima, em caso algum, a sua aplicação como tipos de autor (quanto mais recuada a punição, e menos completo o ato criminoso, menos legítimo nos parece o uso de presunções de perigo). A punição antecipada de uma determinada conduta só se deixa justificar onde represente um perigo consistente de lesão do bem jurídico sob pena de se introduzir no discurso jurídico um grau intolerável de incerteza relativamente à aplicação da lei. Por outro lado, manifestamos reservas acerca do funcionamento de presunções de dolo, porque embora ainda se possam deixar inscrever dentro da lógica de proporcionalidade imposta pela tutela de um bem jurídico complexo ameaçado por formas subtis e extremamente violentas de ataque, ameaçam o princípio da culpa e a ideia da responsabilidade ética da pessoa que pode inclusivamente não querer levar o processo criminoso até ao fim, ou ter praticado o ato com uma intenção diferente daquela que é presumida. Em relação à adequação da punição à gravidade das condutas praticadas, apesar de não existir uma imposição concreta por parte das normas comunitárias relativamente à adoção de molduras penais ou sanções aplicáveis, parece-nos correta a previsão do artigo 15.º, da Diretiva (que corresponde ao artigo 5.º da Decisão-Quadro de 13 de junho de 2002), designadamente o seu n.º 2, que estabelece que «os Estados-membros tomam as medidas necessárias para assegurar que as infrações terroristas referidas no artigo 3.º e as infrações referidas no artigo 14.º, na medida em que estejam relacionadas com infrações

⁴⁷ A questão não se deixa restringir ao combate ao terrorismo, ganhando contornos gerais em relação às formas mais graves de criminalidade moderna e organizada. Repete-se em face ao combate ao tráfico de armas e de droga, em face ao enriquecimento ilícito e do tráfico de pessoas, entre outros.

terroristas, sejam passíveis de penas privativas da liberdade *mais severas* do que as previstas no direito nacional para essas mesmas infrações quando cometidas sem o dolo exigido por força do artigo 3.º, exceto caso as penas previstas sejam já as penas máximas aplicáveis ao abrigo do direito nacional». Pensamos que se deve manter a proibição absoluta da pena de prisão perpétua mesmo que disfarçada sob a capa da revisibilidade como no país vizinho, até porque a sua aplicação não se deixa restringir aos crimes de terrorismo ou relacionados com ele, abrangendo um número muito maior de hipóteses de aplicação.

Pela natureza radical das soluções que consagram, é aconselhável que estas normas permaneçam «longe» das restantes normas do ordenamento jurídico-penal, em diplomas avulsos, como tem sido a prática até aqui⁴⁸. Não obstante espelharem uma realidade diferente, elas colocam um sério risco de contaminação do Direito Penal clássico, comprometendo a sua legitimidade, uma vez que é sempre mais fácil abandonar as garantias e os direitos fundamentais, mais a mais onde se joga a segurança da coletividade e a defesa dos nossos valores essenciais, do que manter a fidelidade a um edifício conceitual menos ágil, e que sofre o peso dos valores e do respeito pelo outro⁴⁹. É óbvio que há outras soluções, como a que defende Schünemann, entendendo que o Direito Penal tem de se modernizar e adaptar aos novos tempos sob pena de se colocar a ele próprio em risco e deixar de conseguir cumprir a sua função, o que conduz a uma inversão de parâmetros passando a ser a norma menos garantista a constituir a regra geral no combate ao crime, mas esse não nos parece ser o caminho correto, sendo-nos difícil admitir que a preocupação com a vigência da norma possa permitir ultrapassar exigências de humanidade e validade essenciais, sob pena de um retorno ao Direito Penal anterior a *Beccaria*, ou à sua formulação como um verdadeiro Direito Penal do inimigo.

⁴⁸ Curiosamente também se poderia defender a solução inversa, isto é, a inclusão destas normas no Código Penal, como forma de garantir a sua adequação aos princípios jurídicos fundamentais que rege aí a criminalização e a punição de condutas. No entanto, não parecendo viável esta forma de resolução do problema, pela expansão e desorganização que introduziria no direito penal codificado, pensamos que será mais adequada a sua previsão autónoma.

⁴⁹ Adverte para este risco de contaminação, e para a ideia errada transmitida por estes diplomas, de que só se aplicam a situações excecionais, quando têm tendência para fazer alastrar as suas soluções a muitas áreas do Direito Penal, MELIA, Cancio, *Terrorism and Criminal Law*, *ob. cit.*, p. 120. No mesmo sentido HASSEMER, Winfried, *Crisis y características del moderno derecho penal*, Actualidad Penal, Madrid, n.º 43/22 de 1993, que defende a criação de um novo Direito de intervenção subordinado a novos princípios e justificado pela necessidade do combate a todas estas novas formas de criminalidade, embora colocado sistematicamente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.

Valor supralegal do processo leal da admissão no julgamento penal de prova pessoal sem qualquer contraditório na respetiva produção¹

Paulo Dá Mesquita*

§ 1 Cânones sobre processo equitativo e dimensão constitucional do problema da admissão em processo penal de prova pessoal produzida sem qualquer contraditório

O texto constitucional português ao reconhecer de forma expressa, no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição², o direito fundamental de que as *causas* sejam objeto de *decisão mediante processo equitativo* adotou um valor jurídico-processual importado.

Por essa via, o *processo equitativo* exigido pelo artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) integra, também no plano formal, um padrão constitucionalmente imposto. Solução em sintonia com jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) que precedeu a introdução (com a revisão de 1997) do n.º 4 do artigo 20.º, pois no Acórdão n.º 223/1995 já se apontava no sentido de que «o direito a um julgamento equitativo e o princípio da igualdade de armas, que se extraem» do artigo 6.º da Convenção

* Doutor em Direito pela Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ O contexto que determinou a elaboração do presente texto, impõe uma nota pessoal de testemunho sobre o contributo singular e decisivo do Professor GERMANO MARQUES DA SILVA na doutrina jurídico nacional, nomeadamente, para o aprofundamento dos estudos sobre a prova penal no último meio século. Nota formulada por quem teve o privilégio de beneficiar, ao longo de mais de vinte anos, do permanente apoio e disponibilidade do jurista, académico, conselheiro ponderado e amigo solidário GERMANO MARQUES DA SILVA. A reflexão sobre o princípio da lealdade e o processo leal constitui também uma forma de homenagem a preocupações pioneiras (no âmbito nacional) e perenes na obra de GERMANO MARQUES DA SILVA, *v.g.* (1994) e (2020), p. 85, em que num *post scriptum* o texto de 2009 sublinha «a questão que mais nos preocupa nesta problemática é a potencial violação do princípio da lealdade».

² O qual foi introduzido na revisão de 1997.