

# ANATOMIA DO CRIME

ANATOMY OF CRIME Journal of Law and Crime Sciences

Revista de Ciências  
Jurídico-Criminais

Nº11 | Janeiro - Junho 2020 | Semestral | 20€

---

## PRINCÍPIOS E SISTEMA PENAL

Rui Pereira - Dos crimes cometidos por agentes das forças de segurança no exercício de funções

Nuno Ricardo Pica dos Santos - O facto no direito penal securitário: em especial, as incriminações de atos preparatórios no terrorismo

---

## JUSTIÇA PENAL E DIREITO MÉDICO

Rita Alexandre do Rosário - Internamento compulsivo: entre psiquiatria e direito

Nuno Igreja Matos - Breves notas sobre o crime e a (propagação de) doença em tempos de pandemia

---

## DIREITO PENAL E RELAÇÃO PESSOA-MUNDO

Teresa Quintela de Brito - Estereótipos prejudiciais de género na prática jurídica: denegação de acesso ao direito e aos tribunais

---

## COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

António Brito Neves - Comentário às decisões do caso Bragaparques

---

# ANATOMIA DO CRIME

## REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

DIRETORA

MARIA FERNANDA PALMA

N.º 11

JANEIRO-JUNHO/2020



AA FDL  
EDITORA

Apoio:

**FCT**  
Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

Indexado por:

latindex

DIRETORA  
Maria Fernanda Palma

SUBDIRETORES  
Augusto Silva Dias† • Paulo de Sousa Mendes • Helena Morão

ASSESSOR CIENTÍFICO  
António Brito Neves

COMISSÃO CIENTÍFICA  
Diego-Manuel Luzón Peña • Eduardo Demetrio Crespo • José Luis Díez Ripollés Kai Ambos • Miguel Díaz y García Conlledo • Wolfgang Frisch

CONSELHO EDITORIAL  
Alexandra Vilela (CIDPCC; Fac. de Direito e Ciência Política da Univ. Lusófona do Porto) • António Brito Neves (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Carlota Pizarro de Almeida (CIDPCC) • Catarina Abegão Alves (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Helena Morão (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Inês Ferreira Leite (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Isabel Pinto Ribeiro (CIDPCC; Fac. de Medicina da Univ. de Lisboa) • João Curado Neves† (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • João Gouveia de Caires (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • João Matos Viana (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Mafalda Moura Melim (CIDPCC/Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Maria do Céu Rueff Negrão (CIDPCC; Fac. de Medicina da Univ. de Lisboa) • Miguel Martins (CIDPCC) • Miguel Prata Roque (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Paulo Dá Mesquita (CIDPCC) • Ricardo Tavares da Silva (CIDPCC; Fac. de Letras da Univ. de Lisboa) • Rita do Rosário (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Rui Carlos Pereira (Inst. Superior de Ciências Sociais e Políticas; Inst. Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna) • Sónia Moreira Reis (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa) • Teresa Quintela de Brito (CIDPCC; Fac. de Direito da Univ. de Lisboa; Fac. de Direito da Univ. Nova de Lisboa) • Tiago de Sousa Mendes (CIDPCC) • Vânia Costa Ramos (CIDPCC; Carlos Pinto de Abreu e Associados) • Wagner Marteleto Filho (CIDPCC; Ministério Público de Minas Gerais)

PROPRIETÁRIO  
Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais  
NIF 508 316 596

SEDE E REDAÇÃO  
Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

EDITORA  
AAFDL Editora – AAFDL, Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal  
Telef.: 210 998 711 – Fax: 21 793 94 09 – [livraria@aafdl.pt](mailto:livraria@aafdl.pt)

ESTATUTO EDITORIAL  
[http://www.idpcc.pt/xms/files/Revistas/Estatuto\\_editorial\\_7.12.2014.pdf](http://www.idpcc.pt/xms/files/Revistas/Estatuto_editorial_7.12.2014.pdf)

TIRAGEM  
100 exemplares

CAPA  
IDEOMA Design, Lda.

IMAGEM DA CAPA  
Mistero e malinconia di una strada, fanciulla con cerchio (Giorgio de Chirico – Museo Carlo Bilotti)

ASSINATURA ANUAL: € 35,00  
NÚMERO AVULSO: € 20,00

EXECUÇÃO GRÁFICA  
AAFDL Editora

DEPÓSITO LEGAL: 385419/14  
N.º DE REGISTO NA ERC:126598

## ÍNDICE

EDITORIAL .....	7
PRINCÍPIOS E SISTEMA PENAL	
<i>Dos crimes cometidos por agentes das forças de segurança no exercício de funções</i> .....	11
RUI PEREIRA	
<i>O facto no Direito Penal securitário: em especial, as incriminações de atos preparatórios no terrorismo</i> .....	23
NUNO RICARDO PICA DOS SANTOS	
JUSTIÇA PENAL E DIREITO MÉDICO	
<i>Internamento compulsivo: entre Psiquiatria e Direito</i> .....	83
RITA ALEXANDRE DO ROSÁRIO	
<i>Breves notas sobre o crime e a (propagação de) doença em tempos de pandemia</i> .....	143
NUNO IGREJA MATOS	
DIREITO PENAL E RELAÇÃO PESSOA-MUNDO	
<i>Estereótipos prejudiciais de género na prática jurídica: denegação do acesso ao Direito e aos tribunais</i> .....	167
TERESA QUINTELA DE BRITO	
COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA	
<i>“Emprestai-me os vossos ouvidos” – Comentário às decisões do caso Bragaparques</i> .....	221
ANTÓNIO BRITO NEVES	

- PALMA, Maria Fernanda (2017), "A legítima defesa da autoridade policial", in: Faria Costa, José de/Rodrigues, Anabela Miranda/Antunes, Maria João/Moniz, Helena/Brandão, Nuno/Fidalgo, Sónia (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, pp. 903-918.
- PALMA, Maria Fernanda (2019), *Direito Penal, Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL editora, 4ª ed., pp. 15-24.
- PEREIRA, Rui (1995), "Justificação do facto e erro em Direito Penal", in: *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*, Separata da *Revista da F.D.U.L.*, Lisboa: ed. F.D.U.L., p. 25 e ss.
- SILVA, Germano Marques da (2008), *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa/São Paulo: Verbo, 5ª ed., pp. 83-4.
- SOUSA E BRITO, José de (1978), "A lei penal na Constituição", in: Miranda/Jorge (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, Volume II, Lisboa: Petrony, pp. 197-254.

### Jurisprudência citada

- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 479/94, de 7 de julho, relator Conselheiro Monteiro Diniz, in DR I, 195, de 24 de Agosto de 1994.

## O FACTO NO DIREITO PENAL SECURITÁRIO: EM ESPECIAL, AS INCRIMINAÇÕES DE ATOS PREPARATÓRIOS NO TERRORISMO\*

*The fact in security Criminal Law: in particular, the criminalisation of preparatory acts concerning terrorism\*\**

Nuno Ricardo Pica dos Santos\*\*\*

Palavras-chave: Direito Penal preventivo; Direito Penal securitário; terrorismo; atos preparatórios.

Resumo: No presente trabalho é analisada a evolução securitária e preventiva do Direito Penal, no âmbito da repressão do terrorismo. Nesta sede, tem-se verificado um aumento das incriminações, consistindo estas na seleção de atos preparatórios transformados formalmente em crimes autónomos. Após uma breve análise, em geral, às características das incriminações autónomas de atos preparatórios, são estudados os tipos legais de recrutamento, treino e viagens para fins de terrorismo, realçando-se os aspetos mais problemáticos em termos de tipicidade objetiva e subjetiva. A sensibilidade de tais incriminações exige ainda uma reflexão sobre o seu quadro justificador e legitimador, com assento na excecionalidade. Por fim, é defendida a ideia de que o facto jurídico-penal ínsito naquelas incriminações é, na substância, um facto policial ou de segurança, cuja legitimidade penal (fraca) residirá na inexistência e na intolerância do orde-

\* Recebido a 24/4/2020. Aprovado a 1/9/2020.

\*\* O presente artigo corresponde ao relatório apresentado na unidade curricular de Direito Penal I do doutoramento em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais (FDUL), sob regência da Exma. Sra. Prof.ª Doutora Maria Fernanda Palma e assistência da Exma. Sra. Prof.ª Doutora Helena Morão, depositado nos serviços da FDUL em outubro de 2019.

\*\*\* Doutorando em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Assistente convidado no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) e assistente de investigação no Centro de Investigação do ISCPSI (ICPOL).

namento jurídico a meios administrativos – *e.g.*, detenção e escutas administrativas – correspondentes a certas medidas de processo penal que, então, e já neste âmbito, passam a estar acessíveis.

**Keywords:** Preventive Criminal Law; Security Criminal Law; terrorism; preparatory acts.

**Abstract:** The present study analyses the safeguarding and preventive evolution of criminal law in the context of fight against terrorism.

There has been an increase of crimes due to the fact that preparatory acts are now considered as autonomous crimes.

Following a short analysis of the above, we studied the legal types of recruitment, training and travelling linked to terrorism, focusing on the most problematic aspects of objective and subjective crime dimensions.

The gravity of such crimes requires a deeper reflection in the framework of legal assessment, especially considering the exceptionality.

Finally, the defended idea is that the fact in those incriminations is, in substance, a police or security fact, whose (weak) criminal legitimacy will reside in the non-existence and intolerance of the legal system to administrative means – *e.g.*, detention and administrative tapping – corresponding to certain measures of criminal procedure that, then, become accessible.

## Introdução

A expansão do Direito Penal, no sentido aqui analisado, é um fenómeno que surge no final do século XX, com causas de natureza diversa (Silva Sánchez 2011). A diversidade de causas, bem como a intrínseca inter-relação entre elas, suportaram e têm impulsionado, num mundo complexo, a expansão ou alargamento do Direito Penal, como fenómeno e processo dinâmicos e permanentemente evolutivos.

Essa expansão tem-se materializado, entre o mais, na definição de novos tipos legais de crime, assentes em diversas orientações: quer em novos direitos quer em direitos vistos de outros prismas; em fins de melhoria do Estado de um ponto de vista político-organizatório e económico; e, numa antecipação da proteção de certos bens jurídicos, através da incriminação de comportamentos não enquadráveis ou dificilmente enquadráveis num Direito Penal clássico (Palma 2014, 12).

Neste caminho, o conceito de facto jurídico-penal deverá ganhar uma centralidade na reflexão que se exige.

Assim o é, no limite, “quando estilos de vida ou comportamentos sem apetência para lesar bens jurídicos são configurados como crimes”, interpelando, deste modo, a

própria “base da incriminação”, no sentido de uma “estrutura comportamental objetiva mínima, com alguma referência causal à lesão de bens jurídicos” (Palma 2014, 20).

Não obstante este referencial causal se configurar como um atributo qualitativo, no sentido da sua averiguação em termos dicotómicos de verificação ou não verificação, é também um género com espécies diversas, de intensidades distintas: atente-se nos crimes de perigo face aos crimes de dano, nos crimes de perigo abstrato face aos crimes de perigo concreto, na forma consumada face à forma tentada, nos atos preparatórios (puníveis) face aos atos de execução. Aquele referencial causal, nas suas diversas espécies e intensidades, está traduzido, pois, na dogmática do Direito Penal.

Ora, a expansão do Direito Penal e as suas novas incriminações têm fragilizado aquela base característica da incriminação, quer no que respeita à conduta em si mesma quer na sua referência causal à lesão de bens jurídicos.

Obedecendo a expansão do Direito Penal a causas e lógicas diversas, identifica-se no seu seio “uma evolução de tipo securitário” (Palma 2018b, 71), constituindo esta vertente o objeto do presente estudo.

Neste contexto, o terrorismo e a criminalidade altamente organizada são campos férteis para o alargamento do Direito Penal, criando-se novos crimes de perigo abstrato, sendo-se menos exigente na censurabilidade dos comportamentos incriminados ou, até mesmo, tendo-se exclusivamente em consideração critérios de perigosidade dos comportamentos e dos respetivos agentes (Silva 2010, 209-13).

Ilustrativo e exemplar, neste âmbito, é o art. 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, designada por Lei de Combate ao Terrorismo. Na realidade, as alterações ocorridas naquele artigo, com epígrafe “Terrorismo”, são um roteiro das características elencadas, bastando comparar a disposição normativa na sua versão original com as versões resultantes da Lei n.º 17/2011, de 3 de maio, da Lei n.º 60/2015, de 24 de junho, e, na sua redação atual, da Lei n.º 16/2019, de 14 de fevereiro.

O facto jurídico-penal materializador e resultante deste percurso securitário apresenta-se com características próprias e distintas do clássico facto jurídico-penal, no mínimo, convertendo em normal aquilo que era excecional ou de previsão menos frequente e, quando não, transformando formalmente a natureza do facto.

Em algumas destas incriminações, a conduta resume-se a uma mera ação naturalística a que se acrescenta uma certa vontade ou intenção, sendo desta última que se extrai a referência à lesão de bens jurídicos. Tal aparenta ser idóneo a colocar em causa o *direito penal do facto*, podendo promover a sua erosão ou reconfiguração.

Assim, o presente trabalho tem como objetivos: (i) elencar as causas da expansão do Direito Penal e identificar a sua vertente securitária, em concreto, no âmbito do terrorismo; (ii) estudar o facto jurídico-penal ínsito nas incriminações

autónomas de atos preparatórios, em concreto, a sua tipicidade; (iii) definir a morfologia desse facto e identificar as funções que desempenha e os problemas que coloca; e, (iv) analisar o quadro justificador de tais incriminações, bem como a sua legitimação.

Formulamos o seguinte problema de investigação: As incriminações autónomas de atos preparatórios no terrorismo encontram-se em tensão com uma noção de *direito penal do facto*, legitimando-se pela necessidade de atuação estatal, com vista à prevenção de futuros atos terroristas, e por inexistência de poderes administrativos para esse fim?

## I. A expansão do Direito Penal no âmbito securitário

### 1. Perspetiva geral

A expansão do Direito Penal é um fenómeno que se tem manifestado nos diversos ordenamentos jurídicos, consistindo numa tendência geral de criação de novos tipos legais de crime e da agravação das incriminações existentes, num quadro de “restrição” ou “reinterpretação” das garantias tradicionais do direito penal substantivo e adjetivo (Silva Sánchez 2011, 4-5 e 75). Trata-se de uma tendência nacional e europeia ou regional, mas também internacional. Apresenta semelhanças com o fenómeno designado, nos sistemas de *common law*, em especial nos EUA (Silva Sánchez 2011, 192-93), por *overcriminalization*, mas tendo este uma tónica especial na multiplicação de factos tidos discutivelmente como crime (Husak 2013, 41). Ora, esta é só uma perspetiva da designada expansão do Direito Penal, pois o conceito é global, abarcando não só uma componente substantiva – entre o mais, concretizada na proliferação de crimes – mas também adjetiva.

Silva Sánchez (2011, 11-74) elenca diversas causas para essa expansão, devendo ser vistas em concorrência e relação entre si, nomeadamente: (i) o surgimento de novos bens jurídicos, materializados em novos interesses ou em valorações qualitativamente diversas de interesses já existentes, ou valorações quantitativamente diversas dos mesmos, que os podem colocar na órbita do Direito Penal; (ii) a existência de novos riscos, imbrincados na noção de sociedade do risco de Ulrich Beck, e associados quer ao desenvolvimento tecnológico, por si, quer às novas possibilidades que este trouxe para a criminalidade organizada<sup>1</sup>; (iii) a “institucionalização da in-

segurança”, que, a crescer ao atributo do risco, é característica das sociedades atuais, podendo dizer-se que estamos perante uma “sociedade de objetiva insegurança” e de “de enorme complexidade”, na qual a necessária interação e relacionamento entre indivíduos faz aumentar a possibilidade de eventos lesivos; (iv) a “sensação social de insegurança”, ou melhor, a perceção de insegurança pelos cidadãos, criadora de um sentimento de insegurança que alastra na comunidade; (v) uma transformação social que cimentou uma “sociedade de sujeitos ou classes passivos”, que exigem prestações públicas estatais e que sobrevalorizam a segurança face à liberdade, no sentido de uma menor tolerância a riscos, com a consequente diminuição do risco permitido; (vi) a identificação dos cidadãos com as vítimas de delitos, criando-se uma ideia social influenciadora do legislador, intérprete e aplicador no sentido de uma maior proteção da vítima, pela via do Direito Penal, à custa das garantias do suspeito (substantivas e adjetivas)<sup>2</sup>; (vii) o “descrédito de outras instâncias de proteção”, quer informais, como as normas sociais e morais, quer formais, como outros ramos do Direito (administrativo sancionatório e civil), que leva à procura de soluções no Direito Penal que aqui não podem ser obtidas sem um desvirtuamento das suas garantias clássicas e do seu próprio traço genético, o que ocorre quando passa a ser visto como “único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização” e de enfrentamento de “grandes questões sociopolíticas”; e, por fim, (viii) a atuação dos “gestores atípicos da moral”, onde se incluem associações da mais variada ordem (ambientais, de consumidores, feministas, pacifistas), nomeadamente organizações não-governamentais, que prosseguem interesses definidos, não se eximindo a reclamar a utilização do Direito Penal na defesa e prossecução desses fins, mas também partidos políticos, que com a sua maior ou menor expressividade nos parlamentos e nas soluções governativas podem usar o Direito Penal na prossecução das suas agendas e bandeiras políticas.

Uma das características desta expansão é a crescente tipificação de crimes de perigo<sup>3</sup>, por os crimes de lesão surgirem como inadequados às novas realidades, sendo aqueles formulados, amiúde, como perigo abstrato, por contraposição ao perigo concreto (Silva Sánchez 2011, 17 e 45-46; Schünemann 2005, 27; Günther 2016, 16).

A referida expansão do Direito Penal obedece, pois, a determinantes diversas, entre as quais, políticas, sociais, económicas, financeiras, fiscais e ambientais (Palma 2018b, 69), constituindo-se, em parte – quer em algumas das suas causas quer na

<sup>2</sup> Também sobre este aspeto, *vide* Klaus Günther (2016, 18).

<sup>3</sup> Mas a relevância e alastramento dos crimes de perigo ocorreu logo após a Segunda Grande Guerra, cf. Rui Pereira (1995, 22-23).

<sup>1</sup> Sobre este aspeto, *vide* também Klaus Günther (2016, 16-17).

sua tendencial tradução, a jusante e em certas áreas, em crimes de perigo abstrato – como o acompanhamento do Direito Penal à evolução da sociedade, no seu desiderato de proteção de bens jurídicos, isto é, como “uma necessária modernização do direito penal” (Schünemann 2005, 31)<sup>4</sup>.

Referimos, “em parte”, pois a expansão do Direito Penal também é resultado de uma sua criticável instrumentalização pelo poder político. Como salienta FERNANDA PALMA, “o modelo de fundamentação passa a referir-se, assim, aos fins do Estado e aos bens coletivos, à utilidade social e ao bem-estar geral”, sendo que “é a amplitude de intervenção do Estado na sociedade que delimita o Direito Penal, mas não há nenhuma razão fora desta estruturação do Estado e da definição do interesse político que fundamente a legitimidade da intervenção expansionista penal” (Palma 2018b, 70)<sup>5</sup>. Neste quadro, continua a A. “tudo é criminalizável, toda a política social é objeto possível do Direito Penal. Não há espaço livre do Direito Penal e da pena estatal e não há limites constitucionais para o âmbito das normas incriminadoras”; trata-se, então, de um modelo que apresenta como atributo o seu carácter “utilitarista”, sendo usado com, e servindo, “diferentes intencionalidades políticas pela sua instrumentalidade social” (Palma 2018b, 70).

## 2. O Direito Penal securitário

Da diversidade de causas expansionistas elencadas por SILVA SÁNCHEZ, apenas duas radicam diretamente em questões de segurança, sendo tratadas juntamente com todas as outras. Estas não constituem, no pensamento do A., segundo se vislumbra, um fenómeno de género diverso ou espécie com relevo para uma sua

maior particularização, *i.e.*, direta e originariamente fundada naquelas causas<sup>6</sup>. Mas essa diferenciação é já conferida pelo A. através de uma dupla via: (i) por um lado, acrescentando àquelas causas de expansão do Direito Penal a própria globalização económica e a integração supranacional, nomeadamente no âmbito específico da sua criminalidade típica; e, (ii) por outro, apresentando-se na própria configuração ou constatação de uma designada terceira velocidade do Direito Penal, tributária da problemática do terrorismo.

Quanto ao primeiro aspeto, a globalização económica e a integração supranacional trouxeram consigo uma criminalidade típica, de carácter organizado, económico e global (Ferrajoli 2003, 7-9), para a qual se buscam, a nível supranacional, respostas “práticas, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade”, através, por exemplo, de uma harmonização da legislação penal dos diversos Estados (Silva Sánchez 2011, 83 e ss.). Aquela harmonização, entendida de um modo amplo, englobando a “aproximação das legislações penais” e o estabelecimento de “normas mínimas”, verifica-se quer no âmbito substantivo quer processual (Ambos 2017, 16)<sup>7</sup>. Tal harmonização, defende KAI AMBOS, exige o recurso ao direito comparado no estudo dos sistemas jurídicos dos Estados da União Europeia (UE), de modo a vislumbrar-se aonde necessária e adequada.

Especificamente no âmbito substantivo, a UE, através das suas instituições com função legislativa – Parlamento Europeu e Conselho (arts. 13.º, 14.º e 16.º do Tratado da União Europeia – TUE) – pode, por meio de diretivas, “estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns”, conforme art. 83.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Os domínios expressamente previstos são o terrorismo, o tráfico de seres humanos e a exploração sexual de mulheres e crianças, o tráfico de droga e de armas, o branqueamento de capitais, a corrupção, a contrafação de meios de pagamento, a criminalidade informática

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ (2011, 182-83) refere-se, a este propósito, a “um espaço de expansão razoável do Direito penal” em dois âmbitos, isto é, nas suas “duas velocidades”; mas naquele que respeita a uma sua expansão através dos crimes de perigo abstrato, que traga consigo a flexibilização de regras de imputação e diminuição de garantias, a sua razoabilidade estaria dependente da não cominação com penas de prisão: a “segunda velocidade”. Acerca dos novos desafios que se colocam ao Direito Penal e as questões dogmáticas que levantam, naquilo que o Autor designa como “ramos emergentes”, *vide* Augusto Silva Dias (2008a) e, em específico, sobre o campo legítimo de expansão do Direito Penal (Dias 2008b, 253-83).

<sup>5</sup> Sobre a evolução do Direito Penal ao nível da sua esfera de proteção: desde os direitos individuais até à inclusão de bens coletivos, e a função daquele ramo do Direito no contexto de um Estado de Bem-Estar, *vide* Klaus Günther (2016, 9-15).

<sup>6</sup> Chamando a atenção para a necessidade da distinção entre diferentes âmbitos de expansão, particularizando, de modo crítico, a expansão securitária face à expansão modernizadora, nomeadamente económica, por aquela se aproveitar desta *vide* Díez Ripollés (2005, 13-17).

<sup>7</sup> A este respeito, sobre a “aproximação das legislações penais”, *vide* arts. 67.º, n.º 3, 82.º, n.º 1, e 83.º, n.º 2 do TFUE e, relativamente ao estabelecimento de “normas penais mínimas”, *vide* arts. 82.º, n.º 2 e 83.º, n.º 1, do TFUE, cf. Ambos (2017, 16), com outras referências.

e, em geral, a criminalidade organizada, podendo ser reconhecidos outros domínios de criminalidade, atenta a evolução desta (art. 83.º do TFUE). Como se vê, muitas destas áreas estão relacionadas diretamente com questões de segurança.

Quanto ao segundo aspeto – o desenvolvimento de uma terceira velocidade do Direito Penal – terá alguma correspondência com o direito penal do inimigo de JAKOBS, enquadrando-se a primeira e segunda velocidades no âmbito do direito penal dos cidadãos: constituiria a concorrência dos aspetos determinantes da primeira velocidade (aplicação de penas de prisão) com aspetos da segunda velocidade (flexibilização de garantias penais e processuais-penais) – (Silva Sánchez 2011, 183-84; Jakobs e Cancio Meliá 2003, 79 e ss.). Seria, para SILVA SÁNCHEZ (2011, 185-87), um Direito Penal que só poderia encontrar legitimidade num “quadro de emergência”, para fazer face a “fenómenos excecionalmente graves”<sup>8</sup>.

Quer a conceção de JAKOBS quer a conceção de SILVA SÁNCHEZ são agrupadas, por DÍES RIPOLLÉS (2005, 22-26), num designado “derecho penal de la seguridad ciudadana”.

Estudos doutrinários mais recentes anotam claramente a segurança como reitora da legislação penal, identificando o início desse fenómeno e relacionando-o com a sociedade de risco<sup>9</sup>.

Neste sentido, FERNANDA PALMA (2018b, 71) autonomiza, colocando assim em relevo, uma “evolução do tipo securitário” na expansão do Direito Penal, com raízes na sociedade de risco, de ULRICH BECK, e no direito penal do inimigo, de JAKOBS. Para a A., o Direito Penal configura-se aqui como “um sistema de prevenção de danos sociais e de controle de riscos em nome do valor da segurança e dos direitos dos cidadãos à mesma segurança”, num contexto em que no confronto entre “o peso do risco e perigo para bens jurídicos” e os direitos individuais, aqueles tendem a ter primazia. Acrescenta a A. que “a segurança como valor objetivo e, por vezes, simbólico passa a ser condição fundamental da intervenção penal”, materializando-se esta através da formulação de crimes de perigo abstrato – “paradigma das normas incriminadoras” – também neste setor expansionista.

De modo também incisivo, KLAUS GÜNTHER (2016, 9 e 17), numa realidade que designa como “Direito Penal securitário” ou “Direito Penal da Segurança”, adverte

que esta “torna-se o mais importante bem protegido também pelo Direito Penal” – “Segurança é idêntica a Direito Penal estatal (e a Direito de prevenção policial de perigos)”.

A segurança, no sentido de “segurança pública” ou “ordem pública de polícia”, é o campo fértil na “deriva inflacionista do direito penal”, responsável pela sua “crise de sobreprodução” e concorrendo ao “direito penal máximo” de FERRAJOLI (2003, 13-15).

Procura-se, pois, uma solução para a insegurança no seio do Direito Penal, ao invés da sua procura através do Direito de polícia (Silva Sánchez 2011, 32). A segurança surge no Direito Penal como bem a proteger, por si só, mas não é esta a função do Direito Penal, que tradicionalmente protegia a segurança de modo indireto, através da proteção dos diversos bens jurídicos (individuais e supraindividuais) e não de modo autónomo (Paredes Castañón 2016, 41). Segurança, Direito Penal e Direito de polícia passam a estar umbilicalmente ligados, em sentidos de relação nem sempre coerentes, alterando-se um para os fins do outro<sup>10</sup> e para um alargamento dos meios ao dispor do Estado, do Governo e dos órgãos de persecução penal e policiais.

Como identificou AGAMBEN (2018, 29-30), trata-se de “uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo”, tendência que se verifica nos Estados democráticos ocidentais.

Nesta evolução securitária, e agora a aprofundá-la mais recentemente, é possível destacar, pela sua especificidade, o fenómeno do terrorismo internacional<sup>11</sup>, em especial, após (o 11 de setembro de) 2001 (Al-Qaeda), e, muito em concreto, após 2011 (ascensão do *Daesh*)<sup>12</sup>. O terrorismo vem a constituir-se e destacar-se, no quadro de uma sistematização abrangente dos riscos globais, como uma sua tipologia própria, que se diferencia da generalidade de outros tipos de riscos (*e.g.*, económico-financeiros e ambientais) por naquele “o acaso ser substituído pela intenção” (Beck 2016, 39-41).

Neste contexto, 2001 e 2011 figuram como marcos temporais e com consequências diversas no Direito: após 2001, a resposta foi essencialmente processual, para além do nível puramente de Direito Internacional (Martins 2003, 589-96), verificando-se um incremento ao nível dos poderes de investigação com uma diminuição

<sup>8</sup> Neste âmbito, mas dando agora o relevo à constatação de JAKOBS, o direito penal do inimigo apresentar-se-ia com características de foro material e processual: por um lado, a antecipação da tutela penal, mas sem diminuição da pena; por outro, a diminuição de garantias processuais no quadro de legislação de “combate” (Jakobs e Cancio Meliá 2003, 33-55).

<sup>9</sup> *Vide*, por exemplo, Fernanda Palma (2018b, 71), Klaus Günther (2016, 17) e Böhm (2016, 173 e ss.).

<sup>10</sup> Saliendo a instrumentalização do Direito Penal para fins de Direito Policial e a indiferenciação desses ramos, outrora bem distintos, como causas da expansão do Direito Penal, *vide* Lesch *cit. in* Silva Sánchez (2011, 122, n. 282).

<sup>11</sup> Cf. Fernanda Palma (2018b, 71), Klaus Günther (2016, 19) e Böhm (2016, 193-95).

<sup>12</sup> Relativamente às datas referidas *vide* Tomé (2016, 10-11).

de garantias processuais, ao mesmo passo que foram aumentados os poderes ao nível de polícia administrativa, os critérios de segurança ou preventivos, em legislação administrativa ou de foro policial<sup>13</sup>; estabilizado esse âmbito alargado de poderes, após 2011 a resposta tem sido essencialmente no plano material – ao nível da multiplicação da incriminação de atos, com um enfoque na antecipação da tutela penal, o que permite, por si, acionar os seus meios processuais em momento muito anterior ao que seria normal.

É precisamente face a esta última realidade da ameaça terrorista, associada diretamente ao *Daesh*, que pretendemos definir a evolução do Direito Penal e dos tipos legais de crime criados. Trata-se de uma realidade específica e que terá provocado impactos muito concretos nas legislações penais, nomeadamente na definição de tipos legais de crime em tensão com os princípios do Direito Penal liberal e, de modo direto, com direitos, liberdades e garantias (*e.g.*, liberdade de locomoção e expressão), restringindo-os num momento em que a lesão de bens jurídicos se apresenta muito distante.

Vejamos como em Portugal se processou esta evolução expansionista até chegarmos ao quadro legal atual.

### 3. Evolução legislativa do terrorismo em Portugal

A previsão e punição dos atos e organizações terroristas consta da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, nomeada Lei de Combate ao Terrorismo e alvo de diversas alterações<sup>14/15</sup>.

O art. 11.º da Lei n.º 52/2003 veio revogar expressamente os arts. 300.º e 301.º do CP/95, que previam e sancionavam os crimes de “Organizações terroristas”

e de “Terrorismo”, respetivamente<sup>16</sup>. Aquelas normas permaneceram inalteráveis desde a sua versão originária, na reforma de 1995 ao Código Penal (CP/95), até serem revogadas em 2003, tendo resistido a diversas alterações e a algumas reformas do CP. Se recuarmos ao período entre 1982 e 1995, aqueles crimes surgiam previstos nos arts. 288.º e 289.º (CP/82), sendo que naquele período não sofreram quaisquer alterações. E se compararmos os arts. 300.º e 301.º do CP/95 com os arts. 288.º e 289.º do CP/82 verificamos que as normas não sofreram alterações relevantes, quer em termos de previsão quer de punição<sup>17</sup>.

Podemos pois dizer que no período em que os crimes de “Organizações terroristas” e de “Terrorismo” estiveram previstos no atual Código Penal – entre 1982 e 2003 – as condutas puníveis mantiveram-se constantes.

O cenário durante esses 20 anos não tem correspondência alguma com as duas décadas seguintes. Vejamos.

A Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto – em cumprimento da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho, relativa à luta contra o terrorismo – previu, logo na sua versão originária, para além dos crimes de “Organização terrorista” (art. 2.º) e de “Terrorismo” (art. 4.º), os tipos legais de “Outras organizações terroristas” (art. 3.º) e de “Terrorismo internacional” (art. 5.º)<sup>18</sup>. Face ao CP/95, mantendo na essência o alcance dos crimes de “Organização terrorista” e de “Terrorismo”, verifica-se um assinalável aumento da punibilidade, por uma tripla via: (i) previsão de novos tipos legais de crime; (ii) agravamento da punibilidade de certos crimes (furto qualificado, roubo, extorsão ou falsificação de documento administrativo) quando cometidos com vista à prática de terrorismo (art. 4.º, n.º 2), constituindo-se, também, como um indicador da tendência para antecipar a intervenção da tutela penal relacionada com este âmbito; e, (iii) previsão expressa da responsabilidade criminal das pessoas coletivas e equiparadas (art. 6.º).

Após a primeira alteração à Lei n.º 52/2003, operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro<sup>19</sup>, sem relevo para o âmbito de punibilidade daquela, a Lei n.º 25/2008,

<sup>13</sup> Por exemplo, controlos aeroportuários, fronteiriços e de identificação mais exigentes, medidas de vigilância sobre cidadãos, quebra de sigilo bancário, cf. Jorge Miranda (2003, 659).

<sup>14</sup> A Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, retificada pela Declaração de retificação n.º 16/2003, de 29 de outubro, foi alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 25/2008, de 5 de junho, 17/2011, de 3 de maio, 60/2015, de 24 de junho, e 16/2019, de 14 de fevereiro.

<sup>15</sup> A relação imediata do terrorismo com a Segurança surge sintomaticamente na obra organizada por Pinto de Albuquerque e José Branco (2010, 5 e 193-232), na qual os organizadores, sistematizando a obra atendendo à “ordem constitucional dos bens jurídicos protegidos pelas incriminações”, colocaram o comentário à Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, no capítulo II – Direito à segurança, do título III – Direitos, liberdades e garantias pessoais.

<sup>16</sup> Sobre a opção da previsão em legislação extravagante, *vide* Figueiredo Dias e Pedro Caeiro (2009, 200).

<sup>17</sup> A grande diferença que se vislumbra foi a supressão do que se dizia no art. 289.º, n.º 2, do CP/82: “A cumplicidade e a tentativa são, respetivamente, equiparadas à autoria e à consumação”.

<sup>18</sup> *Vide* Rui Pereira (2003, 495-97; 2004, 94-99).

<sup>19</sup> A Lei n.º 52/2007, que reformou o Código Penal, apenas alterou o art. 6.º da Lei n.º 52/2003, tendo remetido o regime de responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas para os termos gerais, que então passaram a estar previstos no art.º 11.º do CP.

de 5 de junho<sup>20</sup>, viria a aditar o art. 5.º-A, tipificando o crime de “Financiamento do terrorismo”<sup>21</sup>. Com relevo, alterou ainda o art. 4.º, aumentando o leque de crimes que sofrem agravação de pena quando cometidos em vista do terrorismo<sup>22</sup>.

Com esta segunda alteração, ficaram previstos os crimes (epígrafes) que ainda hoje dão forma ao quadro criminal aplicável à fenomenologia do terrorismo – Organizações terroristas, outras organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo – tendo os posteriores alargamentos da matéria punível ocorrido no âmbito destes crimes (artigos). Tratou-se de um quadro fixado em consonância com a Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho, e com a Diretiva n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro.

Em 2011, a Lei n.º 17/2011, de 3 de maio, dando cumprimento à Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI, do Conselho<sup>23</sup>, viria a introduzir a terceira alteração à Lei n.º 52/2003, criminalizando o incitamento público à prática de infrações terroristas, o recrutamento e o treino para o terrorismo. Estas tipificações ocorreram no âmbito do crime de terrorismo (art. 4.º, n.ºs 3, 4 e 5, na redação de 2011) e, por remissão para aquela norma, de terrorismo internacional (art. 5.º, n.º 2).

A quarta alteração à Lei n.º 52/2003 ocorreu em 2015, através da Lei n.º 60/2015, de 24 de junho, sendo de realçar a criminalização da apologia pública de terrorismo e das deslocações para a prática de terrorismo, no âmbito do crime de “Terrorismo” (art. 4.º) e, por remissão para aquele, de terrorismo internacional (art. 5.º). Estas incriminações foram introduzidas antes da sua criminalização ser uma exigência do Direito da União Europeia.

Já no ano de 2019, ocorreu a quinta alteração à Lei n.º 52/2003, operada pela Lei n.º 16/2019, de 14 de fevereiro, que transpôs a Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à luta contra o ter-

rorismo<sup>24</sup>. Nesta última alteração, sem que tenha havido aditamento de novos números, entre outros aspetos, alargou-se a matéria punível à receção de treino e autotreino para o terrorismo (n.º 7 do art. 4.º) bem como as deslocações com vista a esses treinos (n.º 10 do art. 4.º), dando cumprimento à citada Diretiva.

É um cenário de multiplicação de crimes e incriminações: após um período de estabilidade (quantitativa e qualitativa), no ano de 2003 o conjunto dos crimes tipificados na Lei de Combate ao Terrorismo mais que duplicou face ao Código Penal; em 2011, no que concerne especificamente aos crimes de terrorismo e de terrorismo internacional ocorreu um aumento maior que a duplicação quanto às condutas incriminadas; e, em 2015, de novo mais que duplicaram as condutas proibidas e tidas por terrorismo ou terrorismo internacional; em 2019, voltou a aumentar-se o âmbito da matéria punível.

Este cenário não é, como seria de esperar, diferente do existente na generalidade dos países da UE. Muitas destas normas configuram as tais regras penais mínimas previstas em Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>25</sup>. Mas, deve dizer-se, algumas dessas “regras mínimas” já estavam previstas e consagradas nos ordenamentos dos Estados, nomeadamente em Portugal, antes da sua previsão nas Diretivas (e.g., viagens ou deslocações para o terrorismo).

É uma manifestação da expansão do Direito Penal, na área securitária, concretizando-se na multiplicação de tipos legais de crime, num fenómeno que para além de *expansão*, poderia ser apelidado, porventura de modo mais preciso, utilizando a já referida expressão “overcriminalization” (Husak 2013, 41 e ss.)<sup>26</sup>.

É sob a designação de “Terrorismo” (art. 4.º) e, por remissão para aquela norma, de “Terrorismo internacional” (art. 5.º), que tem ocorrido esse fenómeno, pois os crimes de “Organizações terroristas”, de “Outras organizações terroristas” e de “Financiamento do terrorismo”, desde a sua consagração, têm-se mantido relativamente constantes.

Antes de procedermos ao estudo desse leque de novas incriminações, importa estabelecer as bases de reflexão e análise.

<sup>20</sup> Transpôs para a ordem jurídica interna as Diretivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

<sup>21</sup> Ao mesmo tempo que alterou o art. 2.º, n.º 2, tendo suprimido a parte “ou através de qualquer forma de financiamento das suas atividades”.

<sup>22</sup> Aos crimes de furto qualificado, roubo, extorsão ou falsificação de documento administrativo, acrescentou os crimes de crime de burla informática e nas comunicações e de falsidade informática.

<sup>23</sup> Que alterou a Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho.

<sup>24</sup> Que substituiu a Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI e alterou a Decisão n.º 2005/671/JAI do Conselho.

<sup>25</sup> Para além do nível europeu, devem também ser referidos os instrumentos produzidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a repressão do terrorismo (e.g., Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança). Para uma explanação exaustiva dos diversos instrumentos jurídicos internacionais e regionais relevantes no âmbito do terrorismo *vide* Abrantes (2017, 445-46, n.s 15 e 16).

<sup>26</sup> Sendo certo que o A. referido não realiza o seu estudo a partir dos crimes de terrorismo.

## II. A incriminação autónoma de atos preparatórios (e tipos de tipicidade)

### 1. Crimes de perigo abstrato

Como já se viu, a expansão do Direito Penal – em concreto, no seu vetor de novas incriminações ou, na expressão de FERNANDA PALMA, o seu movimento neo-criminalizador – tem-se materializado na definição de novos tipos legais de crime como reflexo de três orientações: (i) a relação do Direito Penal quer com novos direitos quer com direitos vistos de outros prismas; (ii) o uso do Direito Penal para fins de melhoria do Estado de um ponto de vista político-organizatório e económico; e, por fim, (iii) uma antecipação da proteção de certos bens jurídicos, através da incriminação de comportamentos não enquadráveis ou dificilmente enquadráveis num Direito Penal clássico (Palma 2014, 11-15). Se até 2014 as novas incriminações no âmbito do terrorismo enquadrar-se-iam naquela segunda orientação (Palma 2014, 14), após 2015, as alterações à Lei n.º 52/2003 (de 2015 e de 2019, acentuando a tendência iniciada em 2011) mostram uma fusão entre a segunda e a terceira orientações, ocorrendo uma proliferação de crimes de perigo abstrato.

Esta é uma característica genérica e transversal à expansão do Direito Penal, isto é, a modificação da estrutura do delito – de um paradigma de crimes de lesão passou-se para um paradigma de crimes de perigo (Silva Sánchez 2011, 132). Mas em rigor, no âmbito do terrorismo, o paradigma foi sempre o do perigo e não o da lesão efetiva<sup>27</sup>.

Ora, sendo o modelo tradicional construído na base de crimes de lesão de bens jurídicos, a passagem para um modelo em que imperam crimes de perigo, nas suas diversas modalidades – perigo concreto, perigo abstrato-concreto e perigo abstrato<sup>28</sup> – antecipando-se, por essa via, a tutela penal, reclama uma “especial

<sup>27</sup> Cf. Conde Fernandes (2010, 208-209 e 220) em anotação aos arts. 2.º e 4.º, na redação da Lei n.º 25/2008.

<sup>28</sup> É dominante o entendimento de que o critério identificador dos crimes de perigo é a “não exigência típica de efetiva lesão do bem jurídico tutelado pela norma – serão crimes de perigo aqueles cuja consumação se basta com o risco (efetivo ou presumido) de lesão do bem jurídico”, cf. Rui Pereira (1995, 23), com amplas referências bibliográficas, nacionais e estrangeiras. Mas existem diversas espécies de crimes de perigo: nos crimes de perigo abstrato, o perigo é somente motivo da incriminação, não constando do tipo; nos crimes de perigo abstrato-concreto, o perigo assenta na aptidão (que a norma prevê) da ação típica para a produção de resultado danoso, tendo de haver comprovação dessa aptidão no caso; nos crimes de perigo concreto, o perigo é elemento típico, formulado como efeito da ação (Pereira 1995, 24-26).

legitimação” (Schünemann 2005, 27). A intensidade desta legitimação é ainda superior nos crimes de perigo abstrato, pois nestes o comportamento proibido está ainda mais distante do “ato verdadeiramente lesivo” (Schünemann 2005, 28-29)<sup>29</sup>. Esta legitimação assentará, na perspetiva de SCHÜNEMANN (2005, 27-28), em razões de “eficiência político-criminal”, isto é, razões atinentes a “uma eficiente proteção de bens jurídicos”.

GRECO (2004, 126 e 135) sustentando-se em doutrina conceituada, entende que a legitimação de crimes de perigo abstrato deve buscar-se diretamente na estrutura do delito, negando o A. a viabilidade de “soluções globais”, que, por exemplo, afirmem logo a inconstitucionalidade<sup>30</sup>, em bloco, de todos os crimes de perigo abstrato – a solução há de ser “diferenciada”, passando pela análise de “grupos de casos” e desenvolvimento de “critérios específicos de legitimidade”.

Uma construção alicerçada em grupos de casos foi a desenvolvida por WOHLERS, distinguindo o A. três grupos ou espécies de crimes de perigo abstrato, que obedecerão a diversos critérios de legitimação: os crimes “de ação concretamente perigosa”; os crimes “de acumulação”; e, os crimes “de preparação”<sup>31</sup>.

No âmbito deste trabalho, o objeto de estudo situa-se especificamente neste último grupo, isto é, nas incriminações autónomas de atos preparatórios, que se configuram como crimes de mera atividade e de perigo (Pereira 1982, 24-25)<sup>32</sup> e, no âmbito da repressão do terrorismo, por regra, como perigo abstrato<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Face aos crimes de perigo abstrato, o A. manifesta a sua preferência pelos crimes de perigo abstrato-concreto.

<sup>30</sup> Existe doutrina que defende a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, em bloco, com fundamento em violação do princípio da ofensividade. Sobre isto, *vide* as extensas referências bibliográficas constantes em Greco (2004, 90-92 e 119-126). Este A., que afasta tal conclusão, ainda assinala que o extremismo daquela posição é atenuado por entendimentos daquela mesma doutrina que acaba por considerar como perigo concreto muitos crimes que serão de perigo abstrato ou através da consideração de falsos bens jurídicos coletivos.

<sup>31</sup> Cf. Wohlers *cit. in* Greco (2004, 127).

<sup>32</sup> Mas entre estas classificações, em geral, não há uma correspondência exata, podendo haver crimes de mera atividade de perigo ou de dano e crimes de perigo que sejam de resultado ou de mera atividade, cf. Fernanda Palma (2018a, 95-96).

<sup>33</sup> Uma exceção a esta regra é a configuração do crime de “apologia pública do terrorismo”, introduzido em 2015, como crime de perigo abstrato-concreto, que se concretiza na expressão legal “de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie” (art. 4.º, n.º 8, da Lei n.º 52/2003).

## 2. *À luz de um conceito material de crime*

Como critério de legitimidade – e “função de controlo” – dessas novas incriminações impor-se-á, também, o respeito a um conceito material de crime, radicando este em dois aspetos: no bem jurídico, com reporte à Constituição, quer ao nível da sua consagração quer no que respeita às dimensões da proporcionalidade na sua proteção penal (art. 18.º, n.º 2, da CRP); e, na estrutura do comportamento suscetível de ser perseguido penalmente (Palma 2014, 15-19)<sup>34</sup>.

Esta conceção limita o poder do legislador numa dupla vertente (estática), mas que relacionando-se destaca autonomamente um terceiro aspeto (dinâmico). Assim, a limitação é dada: (i) pelo próprio conceito de bem jurídico<sup>35</sup>, por um lado; e, por outro, (ii) pelo comportamento suscetível de figurar no tipo; (iii) a inter-relação resulta da capacidade do comportamento para ofender o bem jurídico (ofensividade ou lesividade), *i.e.*, da projeção e incidência do comportamento no bem jurídico.

No que respeita ao primeiro aspeto – o bem jurídico – GRECO (2004, 117 e 119) entende que a legitimação dos crimes de perigo abstrato “pouco tem a ver com a questão do bem jurídico”, não devendo aquela ser discutida com base neste, uma vez que, diz o A. “o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão, a respeito de cuja legitimidade muitas vezes não se pode duvidar”. Na definição de WOHLERS (*cit. in* Greco 2004, 128-129), os crimes “de preparação” são “proibições de comportamentos que não se mostram diretamente lesivos a um bem jurídico, mas se limitam a criar um perigo de que o próprio agente ou um terceiro futuramente cometam uma ação lesiva”. Nestes casos, no entendimento de WOHLERS, “tais proibições só são legitimáveis, se existirem especiais fundamentos que justifiquem o dever antecipado de responsabilizar-se pela integridade do bem jurídico ou pelo com-

portamento de terceiros” ou, o que aqui mais importa, nos casos “de existência de sentido delitivo unívoco da contribuição”.

Não basta, pois, que o bem jurídico presente nos crimes de perigo abstrato seja visto de modo formal, isto é, por projeção feita a partir dos crimes de lesão, a cuja antecipação aqueles servem. De facto, quando inexista um sentido inequívoco do comportamento que o aproxime, por si, a uma noção material de crime, se não se vislumbrar uma ligação mínima entre o comportamento tipificado e o bem jurídico que se pretenderá proteger, tratar-se-á, entre o mais, de um problema de falta de bem jurídico. E a inexistência de bem jurídico tutelado acarreta a inconstitucionalidade, tendo como parâmetro constitucional o art. 18.º, n.º 2 (Pereira 1995, 146). Neste contexto, importa também não branquear fenómenos de antecipação da tutela penal através da construção de “falsos bens jurídicos coletivos” (Greco 2004, 111-16)<sup>36</sup>, com o intuito de aproveitar uma sua suposta maior legitimidade, residente na afirmação de que determinada norma protege bens jurídicos coletivos (podendo até ser visto como um crime de lesão)<sup>37</sup> do que afirmar-se a proteção de bens jurídicos individuais através de crimes de perigo abstrato<sup>38</sup>. Mas, para proteção da segurança<sup>39</sup>, têm proliferado crimes que, visando aquele valor, têm uma relação imediata a bens jurídicos individuais (Kindhäuser 2018, 59). A lesão destes bens individuais é o meio projetado para se atingir a lesão dos bens coletivos na norma. No caso do terrorismo, não obstante ter por bem jurídico um bem coletivo, julgamos que são precisamente os crimes-meio e a gravidade para bens jurídicos individuais em que mais assenta a antecipação da tutela penal.

Noutra perspetiva, a da punibilidade de atos preparatórios em sentido próprio, FARIA COSTA (1983, 159) defende que se constitui como uma “medida excecional” que “deve estar protegida por restrições e especiais garantias”. Para o A., um dos aspetos em que reside a justificação para a consagração de tal punibilidade respeita

<sup>34</sup> Sobre o conceito de bem jurídico no plano político-criminal, como limitador das escolhas e decisões do legislador, com amplas referências doutrinárias a teses que o aceitam e defendem, que o recusam ou que se mantêm numa certa reserva, *vide* Greco (2004, 92 e ss.).

<sup>35</sup> Mas, de entre a doutrina que dá valia e operatividade a um conceito de bem jurídico como limitador do poder incriminador do legislador, há quem, para legitimar certas incriminações vistas como necessárias e justificadas ou expanda o conceito de bem jurídico de um modo que o pode tornar vazio ou, salvaguardando um conceito de bem jurídico mais delimitado, preciso e concreto, admita, excepcionalmente, incriminações sem bem jurídico, como seria o caso da criminalização dos maus tratos a animais, *vide* Greco (2004, 107-111).

<sup>36</sup> O A. fala da necessidade em desconstruir falsos bens jurídicos coletivos e, em especial, na “necessidade de se formularem critérios para postulação de bens jurídicos coletivos”.

<sup>37</sup> A doutrina diverge sobre a estrutura do delito no caso de proteção de bens jurídicos coletivos, há quem entenda que se tratam de crimes de lesão, outros de crimes de perigo abstrato, e ainda quem afaste aquela classificação, defendendo que se tratam de crimes de mera atividade, *vide* em Greco (2004, 132).

<sup>38</sup> Cf. Rui Pereira (1995, 139), que relaciona os crimes de perigo, em geral, com a proteção de bens jurídicos individuais e fundamentais.

<sup>39</sup> Ora, só num entendimento de bem jurídico como “entidade meramente ideal” por contraposição a uma “realidade fática” – que enfraquece a noção e valia operativa do conceito de bem jurídico – se poderia ter a segurança pública (ou ordem pública) como bem jurídico e, assim, por si e em si, suscetível de proteção penal (Greco 2004, 105-106).

“à natureza e essencialidade dos bens jurídicos em causa”, ou seja, devem ser “suporte à natureza ou à própria compreensão de um Estado de Direito.

Ora, se certos tipos legais de crime compreendem (ou se esgotam) em “atos materialmente preparatórios, mas formalmente transformados em crimes autónomos” (Dias 2007, 683) igual essencialidade deve ser exigida.

Assim, a conclusão preliminar a retirar, quanto à afirmação de que a legitimação dos crimes de perigo abstrato não se relaciona com o bem jurídico, é de afastar quanto ao grupo específico das incriminações autónomas de atos preparatórios. A sua legitimação está diretamente relacionada com o bem jurídico, aí, também, residindo.

No que respeita ao segundo aspeto – o comportamento típico objetivo –, como ensina a PROFESSORA FERNANDA PALMA (2014, 20), um conceito material de crime exige “uma estrutura comportamental objetiva mínima, com alguma referência causal à lesão de bens jurídicos”. Acrescenta a A. que “o problema de uma eventual falta de base da incriminação começa a existir quando estilos de vida ou comportamentos sem apetência para lesar bens jurídicos são configurados como crimes”<sup>40</sup>.

Somos aqui remetidos para a identificação de ações aptas a causar lesões aos bens jurídicos. Não podem ser quaisquer ações ou comportamentos, e muito menos, sem (um mínimo de) relação a bens jurídicos.

SCHÜNEMANN (2005, 28) aborda dois aspetos que nos parecem essenciais na configuração dos crimes de perigo: a possibilidade de “definir as ações provocadoras de resultados lesivos, em cuja prática ninguém pode ter um interesse justificado” e a compreensão do perigo como um “acontecimento destacado que, portanto, manifeste o desvalor da atividade em questão”. Claro que SCHÜNEMANN se está a referir aos crimes de perigo concreto, o que salienta, por si, a problemática quanto aos crimes de perigo abstrato. É que, não sendo a criação de perigo elemento do tipo, a seleção legislativa desses comportamentos apresenta-se mais vasta.

A nosso ver, tal problema é especialmente vincado em duas situações extremas ou que se encontram nos pólos opostos face a uma infração que se tenha por principal e que se constitua como a referência: (i) na antecipação da tutela penal

através da incriminação de atos preparatórios (como crimes autónomos); e, (ii) na tutela penal subsequente ou pós-facto principal (e.g., branqueamento de capitais ou, em especial, a designada figura do enriquecimento ilícito ou injustificado que, em Portugal, ainda não passou o crivo do Tribunal Constitucional)<sup>41</sup>.

Quanto à antecipação da tutela penal, o problema será tão mais vincado quanto o distanciamento que exista face a uma eventual lesão do bem jurídico – quanto mais antecipada se pretender a intervenção penal. Ora, é precisamente isso que ocorre no âmbito dos novos crimes de terrorismo, verifica-se a “antecipação da punibilidade para muito antes do início da colocação em perigo do bem jurídico” (Günther 2016, 19). Esta antecipação da punibilidade concretiza-se num grande distanciamento temporal e físico face a uma possível futura lesão do bem jurídico. Tal facto coloca problemas a dois níveis: de novo, ao nível do bem jurídico; e, ao nível do comportamento a constar da norma (tipo objetivo).

É que, mesmo em sentido próprio, já os atos suscetíveis de serem qualificados como preparatórios (puníveis ou, em regra, não puníveis) constituem uma “categoria vasta”, dependente da infração principal (Costa 2010, 296). É nessa vastidão possível que o legislador seleciona o comportamento a relevar.

Se esta técnica pode, em teoria, ser mais favorável a um adequado conhecimento da matéria punível (porque será aquela que estiver tipificada), confere, na prática, ao legislador uma ampla possibilidade de escolha, selecionando comportamentos que, face à infração nuclear, tão pouco o intérprete ou aplicador as consideraria atos preparatórios em sentido próprio. Referimo-nos a realidades distintas: por um lado, à punibilidade (excecional) dos atos preparatórios, nos termos do art. 21.º do CP; por outro, à incriminação autónoma (excecional) de atos preparatórios<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Uma outra dimensão da problemática, indiciadora da reportada no texto, é a relevância (e.g., nos interrogatórios e inquirições) dada ao modo de vestir (se é “normal”, no sentido de “ocidental”), se tem barba, se usa *kufi*, se observa o *Salat*, para daí se inferir aspetos relativos à pessoa, vide Ac. TJ da Comarca de Lisboa, de 9/7/2019, pp. 49-50, 59-61 e 66 (caso Abdesselam Tazi). O Tribunal escreveu que “pelo facto do arguido observar os rituais muçulmanos não o transforma automaticamente num radical islâmico ou num jihadista violento”, p. 66.

<sup>41</sup> Vide Acórdão TC n.º 179/2012, de 4 de abril, e Acórdão n.º 377/2015, de 27 de julho. Sobre as incriminações pretendidas aditar ao Código Penal e à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, constantes no Decreto n.º 37/XII, alvo de fiscalização preventiva da constitucionalidade (Ac. TC n.º 179/2012, de 4 de abril), FERNANDA PALMA (2014, 16) considera que a questão exata seria “a falta de descrição do facto pela norma incriminadora, que apenas se referia a uma situação objetiva – a um estado de coisas –, abstraindo da conduta que lhe deu origem, o que contraria a ideia de um Direito Penal do facto”.

<sup>42</sup> O CP português, no seu art. 21.º, estabelece a regra da não punibilidade dos atos preparatórios, salvo se tal estiver expressamente previsto na norma incriminadora. Assim acontece: com previsão geral, quanto aos crimes de mutilação genital feminina (art. 144.º-A), traição à Pátria, violação do segredo de estado, espionagem, alteração violenta do Estado de direito, incitamento a essa alteração ou à guerra civil e atentado contra o Presidente da República (art. 344.º); com previsão geral, mas elencando comportamentos específicos sem excluir outros, quanto ao crime de casamento forçado

Colocando cada realidade problemas diversos, cremos que o estudo da legitimidade da incriminação autónoma de atos preparatórios não pode ignorar contributos dados pelo estudo sobre os atos preparatórios, em sentido próprio, tanto mais que as duas realidades, por vezes, se cruzam<sup>43</sup>.

Em termos gerais, o enquadramento (temporal) dos atos preparatórios decorre do designado *iter criminis*: sequência ideal(izada) desde a resolução criminosa ou decisão, passando pelos atos preparatórios e seguindo-se atos de execução (tentativa), até à consumação típica ou formal e à terminação (consumação material), podendo estas não coincidir (Dias 2007, 681-87).

Ora, o código penal português, na sua parte especial, e a legislação penal avulsa consagram os crimes na sua forma consumada. Mas para se atingir a totalidade da matéria punível – “o universo das condutas criminalmente puníveis” – torna-se essencial o(s) regime(s) jurídico(s) respeitantes às “formas do crime”, conforme arts. 21.º a 30.º do CP, constantes na sua parte geral (Costa 2010, 289-90).

Os atos de execução surgem definidos e concretizados legalmente, integrando o conceito de tentativa (art. 22.º, n.ºs 1 e 2 do CP). Esta é punível, salvo previsão em contrário, quando o crime consumado a que respeita for punível com pena superior a três anos de prisão (art. 23.º, n.º 1). Na definição legislativa do que são atos de execução adotou-se “um critério que assenta no pressuposto da causalidade adequada” (Costa 1983, 160).

Mas a existência de uma definição do que sejam atos de execução não significa que, no caso concreto, não se coloquem especiais questões de interpretação e enquadramento, como se colocam, em especial face à al. c), do n.º 2 do art. 22.º do CP<sup>44</sup>. Em geral, nos casos limite (de fronteira), a delimitação do que já se pode ter

(arts. 154.º-B e 154.º-C); e, prevendo específicos comportamentos típicos, no que se identifica com crimes autónomos, quanto aos crimes de falsificação ou contrafação de documento, contrafação de moeda, depreciação do valor de moeda metálica, títulos equiparados a moeda, contrafação de valores selados e contrafação de selos, cunhos, marcas ou chancelas (art. 271.º) e aos crimes de incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas, energia nuclear e incêndio florestal (art. 275.º).

<sup>43</sup> Cf. arts. 271.º e 275.º do CP e nota de rodapé anterior.

<sup>44</sup> Vide Helena Morão (2014, 37-44), em especial no que respeita à análise do Acórdão do Tribunal de Oeiras de 29 de setembro de 2010 (processo n.º 540/07.0 PCOER), que condenou três indivíduos por roubo, na forma tentada. Os indivíduos encontravam-se na rua, a falar, a cerca de 50 metros da carrinha de valores e de um banco, tendo consigo mas ainda não colocados ou no interior de um veículo objetos que serviriam para a prática do crime: passa-montanhas, arma e saco de transporte. A A. defende a ideia de que a qualificação como atos de execução carece de uma

por tentativa face ao que ainda é meramente preparatório é matéria complexa e dependente das conceções adotadas, não sendo intrinsecamente viável, como salienta ROXIN (2004, 302-35), “uma delimitação fina e milimetricamente precisa”, e, ademais, devendo resultar de estudos por constelações de casos.

A consumação do crime surge associada à ideia de perfeição – “expressão da norma perfeita” – ao passo que a tentativa associa-se normalmente à ideia de “imperfeição”, sendo punível através de “norma de extensão” constante do art. 23.º do CP (Costa 2010, 294-98)<sup>45</sup>, de modo direto, atenta a moldura penal, ou, de modo indireto, quando é a própria norma especial a prever a sua punibilidade.

Quanto aos atos preparatórios, não surge qualquer definição ou concretização destes.

A delimitação dos atos preparatórios, no designado *iter criminis*, há de ser feita com base numa dupla fronteira: num lado, face aos atos de execução<sup>46</sup>, no lado oposto, face a ações que não podem ser tidas nem como atos preparatórios, isto é, no limite, face à mera resolução criminosa.

Ora, as incriminações autónomas de atos preparatórios apresentam uma especificidade estrutural – com base na qual RUI PEREIRA (1982, 27, 33 e 35) os qualifica

“afetação da esfera de proteção dos bens jurídicos tipicamente protegidos”, não se bastando com “uma qualquer perigosidade externa”, exigindo-se uma “entrada em contacto com o ambiente de proteção dos bens jurídicos”, que se traduza numa “perturbação ou interferência na sua (da vítima) esfera de tranquilidade e liberdade, uma alteração das condições de segurança do bem jurídico, em que se possa sustentar que a ofensa só por mero acaso não se concretiza” – uma “conexão”. Não obstante admitir “alguma proximidade espacial com o ambiente de proteção da vítima”, HELENA MORÃO (2014, 42-43) nega, com aqueles fundamentos, a qualificação como atos de execução no caso reportado. Quanto a nós, julgamos que uma interpretação rigorosa da “entrada em contacto com o ambiente de proteção dos bens jurídicos”, vista como imediata (em curso) afetação dos bens jurídicos, pode significar um esvaziamento parcial de conteúdo da al. c) do n.º 2 do art. 22.º do CP, transformando atos de execução em preparatórios. Aquela afetação deve bastar-se por ser iminente, o que, naturalmente, traz consigo uma maior exigência em termos da prova da intenção, residindo nestas diferenças a especificidade da al. c) face às als. a) e b) do n.º 2 do art. 22.º do CP.

<sup>45</sup> FARIA COSTA critica estas ideias de “perfeição” ou “imperfeição”, conferindo à tentativa uma sua autonomia, por aquela valer “no seu inequívoco desvalor”.

<sup>46</sup> Sobre isto, dando nota da variedade de “fórmulas” avançadas pela doutrina e jurisprudência, vide ROXIN (2004, 303 e ss.) realçando a valia da teoria da impressão na distinção entre atos preparatórios e a tentativa, sustentada numa «perturbação da esfera da vítima» e numa «estreita conexão temporal» face ao resultado a alcançar.

como crimes de mera atividade – que se traduz “na exigência, para o preenchimento dos tipos respetivos, de uma intenção ou dolo que ultrapassa o resultado tipicamente relevante”, situando-se, pois, a especificidade no âmbito do tipo subjetivo. Na construção de RUI PEREIRA (1982, 7-21) não é viável caracterizar os crimes de mera atividade pela “inexistência de resultado tipicamente relevante”, pois os mesmos “comportam tipicamente a descrição objetiva de uma atividade que implica, logicamente, a verificação de um resultado determinado”. Se se quiser agora salientar aquela especificidade estrutural no âmbito do tipo subjetivo, numa forma consentânea com a tradicional caracterização dos crimes de mera atividade como crimes formais, concretiza-se numa intenção que vai além da conduta descrita objetivamente, sendo direcionada à prática de outro comportamento que se tem pelo crime principal, que, precisamente, a incriminação autónoma de ato preparatório pretende prevenir antecipadamente<sup>47</sup>.

Muitas vezes, como veremos, o tipo objetivo prevê uma ação neutra – como refere FIGUEIREDO DIAS (2007, 683), “quase sempre (...) os atos preparatórios, em si mesmos considerados, constituirão ações que estão completamente de acordo com o ordenamento social” – sem relação causal a um bem jurídico, sendo o tipo subjetivo – a intenção específica – que justifica a sua incriminação. Essa intenção específica, nos casos de ações neutras ou em que constituam “um fraco suporte” na delimitação da vontade de lesão de um bem jurídico, desempenha ainda uma função de “restrição da conduta típica” (Palma 2018a, 162).

Mas, naquilo que respeita ao agente, não se pode ver a sua intenção, por si só, como a justificação para a sua punibilidade, isto é, o próprio comportamento deve revelar “um sentido lesivo” (Palma 2006a, 39). Como nos indica FERNANDA PALMA, “a antecipação da tutela penal não se justifica, assim, pela previsão de perigosidade deduzida apenas a partir da intenção, mas pelo sentido normal de certos atos em relação à atividade criminosa”. O problema agudiza-se em ações de significado múltiplo, isto é, em “comportamentos cuja identificação enquanto ação de uma certa espécie é equívoca no plano externo-objetivo”, dependentes, pois, da intenção do autor para que adquiram significado (Palma 2006a, 36) – e.g., a colocação de uma peruca nas imediações de um banco<sup>48</sup>: o sentido desta ação carece

de se saber a intenção do agente, não sendo esse comportamento, por si, apto a esclarecer o seu sentido. Naqueles, a atribuição de significado ao comportamento parte dele próprio a que se acresce uma maior componente de intenção, em parte suportada no comportamento, em parte suportada em outros dados objetivos. Estes outros dados objetivos podem ser trazidos ao processo por, objetivamente, prova relativa à existência de um plano do crime – como exige FARIA COSTA (1983, 159) relativamente à punibilidade de atos preparatórios em geral<sup>49</sup> – mas sem se excluir outros modos. Ponto é que permita a conclusão segura sobre o significado do comportamento, naquelas circunstâncias de tempo, modo e lugar, segundo as regras da experiência, e valorando as explicações contrárias, se as houver, do agente.

O contributo que pretendemos buscar nos atos preparatórios em sentido próprio e na sua ligação ao crime que vai ser executado tem como paralelo, aquando da transformação formal daqueles em crimes autónomos, a necessidade de previsão expressa da relação entre comportamento e bem jurídico, através da intenção votada a um facto posterior. Isto é, não há aqui uma relação causal (direta), mas sim intermediada e delimitada pela intenção.

Com estas bases, passemos à análise dos tipos legais de terrorismo.

### III. Os crimes de terrorismo

Hoje, sob a epígrafe de “Terrorismo” (art. 4.º da Lei n.º 52/2003), compreendem-se as seguintes incriminações: as infrações terroristas propriamente ditas (n.º 1); o agravamento da pena em determinados crimes praticados com vista ao cometimento de terrorismo (n.º 2); o incitamento público ao terrorismo (n.º

A. qualifica o comportamento como ato preparatório, sendo que o Tribunal estadunidense, na mesma linha, entendeu que tal comportamento não era suscetível de fundamentar uma responsabilização penal, não obstante o cidadão ter dito que ia assaltar o banco.

<sup>49</sup> FARIA COSTA considera que um dos pontos em que se sustenta a justificação excecional da punibilidade de atos preparatórios respeita ao agente do crime, na sua “dimensão interna”, devendo exigir-se “um plano do crime e uma intenção definida”. Salienta o A. que “abdicar, neste ponto, do momento interno seria eventualmente consentir que pela porta dos atos preparatórios se viessem a punir injusta e persecutoriamente todos aqueles que, por razões (in)confessadas, não partilhassem a mesma tábua de valores das instâncias que em determinado momento detivessem o poder político”.

<sup>47</sup> Com interesse, embora sem abordar especificamente a incriminação de atos preparatórios, Silva (2005, 251).

<sup>48</sup> Exemplo inspirado no caso estadunidense analisado por Helena Morão (2014, 37-38), artigo no qual a AUTORA estuda a qualificação como atos de execução ou preparatórios de comportamentos que estiveram subjacentes a detenções e subsequentes processos criminais (nos Estados Unidos da América e em Portugal). No exemplo referido, a

3); o incitamento através de Internet (n.º 4); o acesso à mensagem de incitamento e seu uso em atos preparatórios, com o propósito de ser recrutado para o terrorismo (n.º 5); o recrutamento de outrem (n.º 6); o treino de outrem, bem como a receção de treino e o autotreino (n.º 7); a apologia pública do terrorismo (n.º 8); a apologia pública através de Internet (n.º 9); as viagens ou deslocações (incluindo a tentativa de viagem) para treinar outrem, receber treino ou autotreino para o terrorismo (n.º 10); as viagens ou deslocações (incluindo a tentativa de viagem) para aderir a organização terrorista ou para a prática de infrações terroristas (n.º 11); a organização ou facilitação da viagem ou tentativa das viagens referidas (n.º 12).

A propósito de todo este quadro criminal, e realizando um estudo comparado com Espanha, PAREDES CASTAÑÓN (2016, 33 e ss., 44-47) – muito crítico sobre a justificação da incriminação autónoma como terrorismo (“etiqueta”) de comportamentos que já têm outra previsão criminal, questionando, pois, a sua autonomia – formula duas propostas de reforma: uma “reforma radical” que qualifica como ótima mas que contém medidas que, nas suas palavras, podem “soar a ficção científica”; e, uma “reforma minimamente garantista”, que já se mostra, a seu ver, como possível.

Na primeira proposta, sugere a eliminação de diversos tipos legais de crime e da agravação de outros – para se perceber a qualificação de “radical”, basta atentar-se que o A. propõe a eliminação do crime de organização terrorista, devendo os factos ser enquadrados no crime de associação criminosa.

Na segunda proposta, mais extensa, que contém treze medidas, destacamos que o A. propõe, quanto ao crime de organização terrorista, a substituição da “intencionalidade” por exigências de lesividade objetiva, que a lesividade tenha como referente a “estabilidade da ordem constitucional” e a limitação aos casos de “afetação efetiva” dessa estabilidade do sistema político/ordem constitucional. Propõe, ainda, a eliminação dos crimes previstos em Portugal com as alterações legislativas de 2011 e de 2015.

A divisão que realizamos neste capítulo assenta nesta segunda proposta: em primeiro, atentaremos no crime de terrorismo em sentido estrito (arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1) em conjugação com o crime de organização terrorista (arts. 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1); e, seguidamente, na construção e legitimidade dos crimes introduzidos após 2011, não obstante se configurarem como uma exigência atual da UE.

## 1. O terrorismo em sentido estrito

Deve dizer-se que as definições de organização terrorista (art. 2.º, n.º 1) e terrorismo (art. 4.º, n.º 1), existentes no ordenamento jurídico nacional, são mais abrangentes que as impostas pela legislação europeia. Com efeito, quer inicialmente a Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho (art. 1.º), quer atualmente a Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relacionam o terrorismo com os objetivos de (i) “intimidar gravemente uma população”; (ii) “compelir de forma indevida os poderes públicos ou uma organização internacional a praticarem ou a absterem-se de praticar um ato”; (iii) “desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas políticas, constitucionais, económicas ou sociais fundamentais de um país ou de uma organização internacional”, conforme art. 3.º, n.º 2, als. *a)*, *b)* e *c)* da Diretiva. Ora, na Lei n.º 52/2003, os objetivos (intenção) do terrorismo são: “prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar 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” (arts. 2.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1 da Lei n.º 52/2003). Como se vê, a intenção de intimidar certas pessoas ou grupos de pessoas não decorre de exigências europeias, indo para lá do que se possa entender da expressão “uma população”. A fragilidade e alcance excessivo da expressão usada na legislação portuguesa quanto aos objetivos do terrorismo também se extrai da própria Lei n.º 52/2003, pois, ao referir-se aos objetivos ou intenção de “Outras Organizações” e de “Terrorismo internacional”, adotando e adaptando todos os objetivos antes referidos ao contexto internacional<sup>50</sup>, refere, quanto ao último, apenas “intimidar certos grupos de pessoas ou populações”, excluindo a expressão “certas pessoas”.

É esta construção legal que permite a ação penal e o julgamento de cidadãos por factos que se afastam socialmente da ideia de terrorismo. A este respeito, é incontornável o caso da invasão da Academia do Sporting Clube de Portugal, em Alcochete, ocorrida no dia 15 de maio de 2018, em que foi aplicada a medida de coação de prisão preventiva a diversos arguidos por suspeitas da prática de crimes de terrorismo. Na sequência de recurso quanto à medida de coação aplicada, o Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 10 de outubro de 2018, viria a considerar que naquela expressão – “grupo de pessoas” – pode ser enquadrado

<sup>50</sup> Referindo-se a esta similitude, Figueiredo Dias e Pedro Caeiro (2009, 217).

um grupo “de jogadores profissionais da equipa principal de futebol de uma instituição de particular relevo no país”. Assim, segundo o Acórdão, os crimes cometidos contra a integridade física e contra a liberdade daquele grupo de pessoas (jogadores), com a intenção de os intimidar, são suscetíveis de preencher o tipo objetivo e subjetivo do tipo legal de terrorismo<sup>51</sup>. Os arguidos viriam a ser acusados pelo MP pela prática, entre outros, de crimes de terrorismo (art. 4.º, n.º 1, conjugado com o art. 2.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 53/2008), tendo sido, após requerida a abertura da instrução, pronunciados por esses mesmos crimes, conforme decisão instrutória de 1 de agosto de 2019<sup>52</sup>.

Porventura, à face da letra da lei, poderá considerar-se que a intimidação de um grupo de jogadores de futebol (por si só, isto é, por descontentamento ou com supostos objetivos de melhorar o rendimento da equipa) se enquadre naquele tipo legal. Trata-se de um “terrorismo” (formal) que se afasta da ideia social de terrorismo (Correia e Matias 2018, 36), que, neste caso, até corresponderá a um conceito material de terrorismo – isto é, a sociedade não exige que atos como os ocorridos em Alcochete sejam tidos legalmente por terrorismo.

Não defendendo nós uma ideia de exigência de “afetação efetiva” da estabilidade do sistema político/ordem constitucional – de lesividade objetiva e efetiva, defendida por PAREDES CASTAÑÓN na sua proposta mínima – temos para nós que a intenção de afetar essa estabilidade é o núcleo essencial do crime. Assim, bem deveria ser eliminado de todos os tipos de terrorismo a intenção de intimidar certas pessoas ou grupos de pessoas. Quanto ao resto, bastaria a intenção, mas numa formulação de perigo abstrato-concreto quanto àquela afetação.

Entenda-se, praticar crimes contra a vida, a integridade física ou a liberdade de pessoas ou de um grupo de pessoas (sejam atletas ou outras<sup>53</sup>), pode ser meio para uma afetação da estabilidade de sistema político ou constitucional – e assim ser, e bem, considerado terrorismo – mas a mera intimidação desse grupo nunca

pode ser a finalidade, o objetivo ou a intenção, como se queira, de um crime de terrorismo.

Não sendo assim, restará, com SILVA SÁNCHEZ (2011, 208), uma correta interpretação e aplicação do direito<sup>54</sup>. Tal passa – quer no caso que abordamos quer em qualquer outro similar – pela delimitação do núcleo de lesividade específica dos crimes de terrorismo e pela interpretação restritiva em coerência com o seu fundamento material (Correia e Matias 2018, 37)<sup>55</sup>, operando uma redução teleológica<sup>56</sup>.

## 2. *As incriminações autónomas de atos preparatórios*

Na sua proposta mínima, PAREDES CASTAÑÓN (2016, 45-47) propõe, como se viu, a eliminação dos crimes previstos em Portugal com as alterações legislativas de 2011 e de 2015 e, seguindo o seu raciocínio fundamentador, proporia, também, a eliminação dos crimes introduzidos na alteração de 2019.

Para o A., aqueles crimes configuram uma “tentativa de ato preparatório”, que não deveria ser punida por configurar uma “antecipação excessiva da intervenção penal”, ou atos de provocação pública de crime, que resulta já punível pelo tipo legal de instigação pública a um crime (art. 297.º do CP).

Estamos a falar, naturalmente, naquilo que respeita à antecipação da intervenção penal, dos crimes de recrutamento, treino e viagens para o terrorismo.

É sobre estes crimes, na redação que hoje têm, em consonância com a Diretiva (UE) 2017/541, que nos fixaremos de seguida. Consideraremos como tipos legais de recrutamento os previstos nos n.ºs 5<sup>57</sup> e 6<sup>58</sup>, como tipo legal de

<sup>51</sup> Acórdão do TRL, de 10-10-2018.

<sup>52</sup> Decisão instrutória do Juízo de Instrução Criminal do Barreiro, Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, de 1 de agosto de 2019.

<sup>53</sup> A este propósito, e com uma dimensão mundial, pense-se no caso dos atentados à delegação de Israel, nos Jogos Olímpicos de Munique, em 1972. Segundo recurso do despacho de aplicação de medida de coação interposto por arguido no caso da invasão da Academia do Sporting, que viria a ser decidido pelo referido Acórdão do TRL de 10-10-2008, ter-se-ão feitas comparações com aquele caso no 1.º interrogatório judicial de arguido detido (observação que pode ser lida no Acórdão e alvo de crítica pela defesa). Naturalmente que se trata de casos incomparáveis.

<sup>54</sup> Nas palavras do A.: “Qué queda, entonces? Queda la interpretación y la aplicación judicial del Derecho (...)”.

<sup>55</sup> Face à legislação espanhola vide Cancio Meliá (2010, 182-187 e 192-197).

<sup>56</sup> Seria, naturalmente, uma redução teleológica não incriminadora. Sobre isto, em geral, vide Fernanda Palma, (2018b, 138-156, em especial, 155).

<sup>57</sup> “Quem, com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º 3 e delas fizer uso na prática dos respetivos atos preparatórios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias”.

<sup>58</sup> “Quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos”.

treino o previsto no n.º 7<sup>59</sup> e como tipos legais de viagens os previstos nos n.ºs 10<sup>60</sup>, 11<sup>61</sup> e 12<sup>62</sup>, todos do art. 4.º, com a epígrafe “Terrorismo”<sup>63</sup>.

Esta opção pela criminalização autónoma de atos preparatórios no crime de terrorismo (art. 4.º) contrapõe-se à opção pela sua punibilidade, nos termos estritos do art. 21.º do CP, quanto ao crime de organização terrorista (art. 2.º, n.º 4, da Lei n.º 52/2003).

Impõe-se, agora, o estudo daqueles tipos de ilícito, nas suas vertentes objetiva e subjetiva. Trata-se de uma tipicidade construída de modo complexo, cuja interpretação e aplicação não se afigura fácil<sup>64</sup>. Sintomático disto é o percurso processual relativo ao caso do cidadão Abdesselam Tazi: inicialmente acusado pelo MP por oito crimes de terrorismo<sup>65</sup>, viria, na decisão instrutória, a ser pronunciado por

<sup>59</sup> “Quem, por qualquer meio, treinar ou instruir outrem, receber de outrem ou adquirir por si próprio treino, instrução ou conhecimentos, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos”.

<sup>60</sup> “Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista a dar, receber ou adquirir por si próprio apoio logístico, treino, instrução ou conhecimentos, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicas para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos”.

<sup>61</sup> “Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos”.

<sup>62</sup> “Quem organizar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem previstas nos números anteriores, é punido com pena de prisão até 4 anos”.

<sup>63</sup> Previstos também no âmbito do crime de “Terrorismo internacional”, por remissão para o art. 4.º, conforme art. 5.º, n.º 2, da Lei n.º 52/2003.

<sup>64</sup> SERGIO MOCCIA (1999, 64), à face da legislação italiana antimáfia, realçava a problemática da interpretação dos respetivos tipos criminais, nomeadamente ao nível de situações não resolvidas pelo concurso aparente mas “com graves riscos em relação ao respeito do *ne bis in idem* substancial”.

<sup>65</sup> Um crime de adesão a organização terrorista internacional, um crime de falsificação com vista ao terrorismo; quatro crimes de uso de documento falso com vista ao financiamento do terrorismo, um crime de recrutamento para o terrorismo e um crime de financiamento do terrorismo.

cinco crimes, negando-se qualquer ligação com o terrorismo<sup>66</sup>; após recurso pelo MP, o Ac. do TRL, de 27/11/2018, revogou aquela decisão instrutória, sendo substituída por outra que imputou a prática de todos os crimes inicialmente constantes da acusação; o arguido viria a ser condenado, por Ac. do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, de 9/7/2019, pelos crimes de recrutamento para terrorismo e financiamento do terrorismo, já quanto aos outros crimes cuja punibilidade agravada seria fundada na Lei n.º 52/2003 o arguido foi condenado com fundamento único nos crimes base e quanto ao crime de adesão a organização terrorista foi absolvido. Tais divergências – que podem acontecer normalmente – não residiram, a nosso ver, em meras apreciações distintas sobre a prova ou em diversas qualificações jurídicas, mas refletem sim a complexidade dos tipos criminais nesta área. Vejamos.

### 2.1. As estruturas comportamentais objetivas

Importa questionar, então, se são suficientes para uma responsabilização penal comportamentos como: (i) aceder ou obter acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, a mensagens de incitamento ao terrorismo e delas fazer uso na prática dos respetivos atos preparatórios; (ii) recrutar outrem para a prática de terrorismo; (iii) treinar ou instruir outrem, receber de outrem ou adquirir por si próprio treino, instrução ou conhecimentos, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática de terrorismo; (iv) viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, a adesão a organização terrorista ou ao cometimento de infrações terroristas; e, (v) organizar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem.

Trata-se de comportamentos, vistos por ora na sua componente estritamente objetiva e desprovidos da sua finalidade, que qualquer pessoa pode realizar: aceder a mensagens na Internet; recrutar alguém para uma determinada atividade; treinar, instruir-se ou adquirir conhecimentos; viajar (tentar viajar); e, organizar ou facilitar viagens (ou tentativa de viagens).

A generalidade daqueles comportamentos (desprovidos da finalidade ou objetivo, repita-se) até surgem associados a ações valiosas, como por exemplo, o acesso a informação, a transmissão e aquisição de competências (estudo), ou mesmo viajar.

<sup>66</sup> Um crime de falsificação de documento e quatro crimes de contrafação de moeda.

Tal conexão vê-se bem no caso da aquisição por si próprio de treino, instrução ou conhecimentos, relativamente à qual a Diretiva (UE) 2017/541, após referir que “receber treino para terrorismo inclui a obtenção de conhecimentos, documentação ou competências práticas” e especificar que “o estudo autodidata, inclusive através da Internet ou da consulta de outros materiais de ensino, também deverá ser considerado uma forma de receber treino para o terrorismo” ressalva que, “pelo contrário, a simples visita de sítios Web ou a recolha de material para fins legítimos, por exemplo, para efeitos académicos ou de investigação, não é considerada uma forma de receber treino para o terrorismo, de acordo com a presente diretiva”<sup>67</sup>.

E o que se entenderá por adquirir conhecimentos? Constituirá “adquirir conhecimentos” a tal “estrutura comportamental objetiva mínima” de que nos fala FERNANDA PALMA (2014, 20). Para se chegar a esta resposta, julgamos que a construção de RUI PEREIRA sobre os crimes de mera atividade revela-se especialmente acutilante. Como já se disse, para o A., os crimes de mera atividade têm resultado tipicamente relevante, que se constitui como “aquilo que for possível contrapor logicamente à ação” (Pereira 1982, 22). Neste raciocínio, ao comportamento típico de “adquirir conhecimento” corresponde o resultado lógico da “aquisição do conhecimento”. Esta aquisição de conhecimentos tem, pois, de ser comprovada. O que nunca será de fácil comprovação, pois dependerá do domínio da língua, do ritmo de aprendizagem, entre muitos outros aspetos. Isto é, se um cidadão português, que esteja num estado precoce de aprendizagem da língua árabe, se dedicar a esse estudo (da língua) através da leitura de manuais que contenham informações para a realização de atentados terroristas, ter-se-á o tipo objetivo por preenchido? Julgamos que a resposta só pode ser negativa. Mas a tentativa é punível, atenta a moldura penal. De igual modo, uma pessoa que, imputável, tenha uma manifesta incapacidade de interpretar e adquirir conhecimento, colocam-se iguais dificuldades. Mas também numa situação absolutamente normal, em rigor, nunca se saberá se chegou a haver aquisição de conhecimentos. Isto é, na prática, temos um tipo legal de crime – no que respeita à aquisição, por si, de conhecimentos – em que o elemento objetivo se concretiza num estado intelectual, mediante um processo cognitivo de aprendizagem. Em que até – tendo havido aprendizagem – o processo penal pode ter início quando nada resta na memória, atentas as especificidades dos processos de memorização e esquecimento (Eysenck 2001, 157-230) face aos prazos de prescrição do procedimento. Se, em geral, pode haver resultados de natureza imaterial,

produzidos ou verificados em vítimas de crimes (Pereira 1982, 22-23), é de excluir que o resultado (“lógico”) relevante do crime se reporte a um estado imaterial – cognitivo – do próprio agente. Ou seja, é um tipo legal hermético, encerrado na mente do próprio agente e insuscetível de comprovação.

Mas não só se prevê aquela incriminação, como se chega a dizer na introdução ao articulado da Diretiva (UE) 2017/541, após a referência do “tipo de materiais consultados e da frequência da consulta” que “o descarregamento, a partir da Internet, de um manual sobre o fabrico de explosivos para a prática de uma infração terrorista poderá ser considerado uma forma de receber treino para o terrorismo”<sup>68</sup>. Refere-se aqui à ação de adquirir, por si, conhecimento. A este entendimento da UE, e especificamente quanto aos casos que abordámos (em especial, a situação do cidadão que estando em fase precoce de aprendizagem da língua árabe, se dedica a estudar a língua árabe através de manuais sobre o fabrico de explosivos), será de considerar ou contrapor, a nível processual, um juízo negativo de perigo. Este juízo, que é aplicável aos crimes de perigo abstrato como refere RUI PEREIRA (1995, 33)<sup>69</sup>, revelará que aquele estudo (agora quanto ao fabrico de explosivos) infrutífero não cria (ou aumenta) risco da prática de infração terrorista. No limite, restará ao arguido a prova de que do seu comportamento era impossível a criação do perigo, assim também se delimitando restritivamente, no processo, mas como que originariamente, o preenchimento do tipo, no caso concreto, pois não há crime e a pena é desprovida de finalidade onde não haja proteção ou “defesa de bens jurídicos”<sup>70</sup>.

Já no caso das viagens – ou, na linguagem da Diretiva UE, das “deslocações” (art. 9.º) – reporta-se a mera ação naturalística. Ação que é preparatória (quando não simplesmente final) de inúmeras atividades quotidianas. E preparatória, naturalmente, de todos os crimes que impliquem uma ação física em determinado local<sup>71</sup>. A sensibilidade de tal comportamento constituir a base de uma incriminação vê-se bem na Diretiva (UE) 2017/541 ao referir que “não é indispensável tipificar o ato de viajar em si mesmo”<sup>72</sup>. O que Portugal fez – logo em 2015, por sua iniciativa, e que alargou em 2019, na transposição da Diretiva. Acresce, aqui, a falta de de-

<sup>68</sup> Considerando 11 da Diretiva (UE) 2017/541.

<sup>69</sup> Diz-nos o AUTOR que “nos crimes de perigo abstrato, há ainda lugar a um juízo negativo de perigo pelo qual se deverá averiguar se o comportamento é insuscetível de gerar qualquer risco de lesão do bem jurídico”.

<sup>70</sup> Cf. Rui Pereira (1995, 147). Vide também Costa Andrade (1992, 178).

<sup>71</sup> Cf. Roxin (2004, 308).

<sup>72</sup> Considerando 12 da Diretiva (UE) 2017/541.

<sup>67</sup> Considerando 11 da Diretiva (UE) 2017/541. Claro que o estudo surge ali associado a uma certa intenção, mas o que estamos a realçar é somente a base objetiva que sustenta a incriminação.

terminação de alguns desses comportamentos (*e.g.*, organizar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem).

Constituindo estes crimes incriminações autónomas de atos preparatórios, a tentativa não deveria, em regra, ser punível, pois é, de facto, uma excessiva antecipação da tutela penal. Mas esse não é o sentido das regras penais mínimas estabelecidas na Diretiva, pois, para esta, “deverão ser puníveis 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”<sup>73</sup>.

Nos dois últimos casos, a punibilidade da tentativa decorre, em Portugal, dos termos gerais, atenta a moldura penal dos crimes, sendo punidos com pena atenuada (art. 23.º, n.ºs 1 e 2, do CP). Mas no primeiro caso equiparou-se o crime consumado ao crime tentado (formulado então como crime de empreendimento<sup>74</sup>), conforme tipo objetivo constante no art. 4.º, n.ºs 10 e 11 – “viajar ou tentar viajar” – quando a tentativa poderia ser punível, atenta a moldura penal, mas com pena atenuada. Em todas estas situações, trata-se, pois, de tentativas de atos preparatórios.

Mais, poderemos até vislumbrar a criminalização formal de atos preparatórios em função quer de outras incriminações de atos preparatórios (*e.g.*, viajar para outro Estado para obter treino para o terrorismo, art. 4.º, n.º 10) quer de atos preparatórios em sentido material (*e.g.*, acesso a mensagem de incitamento, com o propósito de ser recrutado, e dela fazer uso nos respetivos atos preparatórios, conforme textualmente dispõe o art. 4.º, n.º 5).

Ao se prever tipos criminais com esta base objetiva – acesso a informação na internet – e tão distantes do verdadeiro ato lesivo cria-se até uma margem de dúvida na comunidade sobre a legalidade de consulta e pesquisa de certa informação<sup>75</sup>. Este aspeto foi realçado pelo Conselho Constitucional francês na decisão de inconstitucionalidade de norma que previa uma incriminação que se assemelhava àquela, em termos objetivos<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Considerando 16 da Diretiva (UE) 2017/541.

<sup>74</sup> Crimes em que se verifica “uma equiparação típica entre tentativa e consumação”, cf. Figueiredo Dias (2007, 315).

<sup>75</sup> Neste sentido, Bargado e Matos (2015, 63).

<sup>76</sup> Art. 421-2-5-2 do Código penal francês, na redação da Lei n.º 2016-731, de 3 de junho de 2016: “Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d’actes de terrorisme, soit faisant l’apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux

Enfim, na generalidade, os comportamentos objetivamente caracterizados, com as ressalvas realizadas, são ainda conformes ao princípio da legalidade, na sua vertente do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, pois ocorre uma (suficiente) determinação do facto<sup>77</sup>. Aliás, muitos daqueles comportamentos objetivos constam de normas cuja constitucionalidade foi apreciada em França, pelo Conselho Constitucional, conforme decisões n.º 2016-611 QPC, de 10 de fevereiro de 2017, e 2017-625 QPC, de 7 de abril de 2017<sup>78</sup>. Nestas, em especial na última decisão, entendeu-se que factos integrantes dos tipos criminais (alguns iguais ou relacionados diretamente com os constantes nas normas portuguesas) – especificamente quanto ao princípio da legalidade – estavam “definidos com suficiente precisão, pelo que os comportamentos incriminados são claramente identificáveis”<sup>79</sup>.

## 2.2. A referência (normativa) à lesão de bens jurídicos

Face à neutralidade dos comportamentos objetivos (observáveis), o que vem atribuir já o significado negativo aos comportamentos, concretizando e delimitando a proibição, é a “direção da vontade”<sup>80</sup>. Esta encontra diversas formulações legais face aos diversos comportamentos objetivos: (i) ter o “propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do art. 2.º” (art. 4.º, n.º 5); ser realizado “para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º” (art. 4.º, n.ºs 6, 7, 10); ou, “com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do art. 2.º” (art. 4.º, n.º 11). Nestas formulações, verificamos a “direção da vontade” para um (eventual) crime futuro, isto é, e por ora, os diversos crimes-meio do terrorismo, previstos no n.º 1 do art. 2.º.

ans d’emprisonnement et de 30 000 € d’amende.” Esta norma foi declarada inconstitucional pela Decisão n.º 2016-611 QPC, de 10 de fevereiro de 2017.

<sup>77</sup> ABRANTES (2017, 447-449) considera que a imprecisão e ambiguidade de comportamentos incriminados neste âmbito decorre quer dos termos como surgem nos instrumentos jurídicos supranacionais, quer por responsabilidade exclusiva dos legisladores nacionais, quer da impossibilidade de se “conseguir prever de forma taxativa, num nível tão antecipado de intervenção, todas as situações concretas que podem colocar em perigo o bem jurídico tutelado, o que o leva a formular as incriminações de forma intencionalmente vaga para abranger todo o tipo de cenários possíveis e imagináveis”.

<sup>78</sup> A este respeito, com grande relevo, *vide* a análise de Abrantes (2017, 428-463).

<sup>79</sup> Ponto 11 da decisão n.º 2017-625 QPC, de 7 de abril de 2017. Muito crítico, Abrantes (2017, 428-463).

<sup>80</sup> Cf. Fernanda Palma (2018a, 103 e 161-162).

Este elemento define – autónoma mas também intrinsecamente – o comportamento objetivo incriminado. Só assim se tem por respeitado um direito penal do facto.

O dolo do facto é, pois, dirigido a esta realidade: não só ao acesso a certas mensagens, mas a esse acesso com o propósito de ser recrutado para a prática daqueles factos; não só ao recrutamento, ao treino em certas áreas, ou à viagem por si, mas a essas ações para a prática daqueles crimes; não só à viagem, mas à viagem com vista à adesão a organização terrorista ou ao cometimento daqueles factos.

A este elemento, já delimitador do comportamento incriminado, acresce ainda a intenção específica dos crimes de terrorismo, em sentido próprio (“com a intenção nele referida”, conforme as diversas disposições).

Verifica-se, pois, naqueles tipos de ilícito que o elemento subjetivo compreende, para além do dolo do facto – onde não tem cabimento um dolo de perigo<sup>81</sup> – um elemento subjetivo específico<sup>82</sup>.

À semelhança dos crimes de terrorismo em sentido próprio – terrorismo (arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1) e organização terrorista (arts. 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1) – exige-se um elemento subjetivo específico, alternativo, consistente na intenção de “prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar 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” (art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2003)<sup>83/84</sup>.

Trata-se, pois, de um elemento subjetivo que se refere a “um crime consumado ulterior que pode ou não vir a verificar-se”, próprio de “configurações típicas em que há uma manifesta antecipação da tutela penal”, como refere FERNANDA PALMA (2018a, 163) abordando os grupos de casos que contêm elementos subjetivos específicos, em linha com STRATENWERTH.

Assim, o elemento subjetivo especial daquelas incriminações autónomas não se refere unicamente às intenções alternativas referidas. Aquelas intenções, por si, não consubstanciam um crime posterior, mas tão-somente o elemento subjetivo especial dos crimes-meio de terrorismo para que esteja preenchido o crime de or-

<sup>81</sup> Por se tratar de crimes de perigo abstrato, cf. Rui Pereira (1995, 37-38).

<sup>82</sup> Sobre os elementos subjetivos específicos *vide* Fernanda Palma (2018a, 161-168).

<sup>83</sup> Cf. Conde Fernandes (2010, 209-227), em anotação aos arts. 2.º ao 5.º-A, na redação da Lei n.º 25/2008.

<sup>84</sup> Quanto aos crimes de terrorismo internacional (art. 5.º, n.º 1) e outras organizações terroristas (art. 3.º, n.º 1) o elemento subjetivo específico, alternativo, sofre as adaptações adequadas ao contexto internacional.

ganização terrorista ou de terrorismo em sentido estrito: precisamente os crimes principais que a incriminação visa evitar.

A vontade é dirigida à prática dos factos que compõem o tipo objetivo do terrorismo em sentido estrito – os designados crimes-meio previstos no n.º 1 do art. 2.º – com a intenção do próprio crime de terrorismo.

É esta realidade subjetiva (composta) que justifica as incriminações autónomas de atos preparatórios no âmbito do terrorismo – intenção da prática de uma infração terrorista (direção da vontade para a prática de crimes-meio de terrorismo acrescida da sua própria intenção específica alternativa).

Em todas estas situações o objeto do dolo vai além do comportamento tipificado objetivamente, “não havendo coincidência entre o objeto que, em última análise, a vontade pretende atingir e a conduta suficiente para realizar o tipo”<sup>85</sup>. Por outro lado, aquela direção da vontade – a intenção específica – materializa-se num dolo direto<sup>86</sup>. Verifica-se, assim, que, face à neutralidade do tipo objetivo, o tipo subjetivo, nomeadamente o elemento subjetivo especial, é essencial na configuração e aplicação dos novos tipos legais de crime.

É esta intenção que confere o desvalor da ação. Assim sendo, a intenção tem de ser concomitante à prática do facto (podendo já revelar-se anteriormente, mas tendo obrigatoriamente de estar presente no momento da prática do facto)<sup>87</sup>. Exemplifiquemos, se A, engenheiro químico, tem vastos conhecimentos para a fabricação de explosivos, com os quais pode praticar os factos previstos no art. 2.º, n.º 1, em consequência dos seus estudos anteriores, não é por agora ter a intenção de praticar um ato terrorista que comete o crime previsto e punido no art. 4.º, n.º 7. Nem este, nem qualquer outro. Mas se B, sem conhecimentos para tal, estiver a receber treino e instrução sobre esse fabrico para a prática daqueles factos, com aquela intenção, mesmo numa fase precoce da receção da instrução, já se encontram preenchidos aqueles elementos típicos. De igual modo, se C, em tempos, pretendeu juntar-se a uma organização terrorista, intenção que se desvaneceu, e agora vai viajar para a Síria, não comete o crime do art. 4.º, n.º 11. Este tipo legal também não é preenchido se viajar para a Síria, em turismo, e só lá decidir juntar-se a uma organização terrorista<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Cf. Fernanda Palma (2018a, 164).

<sup>86</sup> Cf. Fernanda Palma (2018a, 165).

<sup>87</sup> Trata-se de uma conexão temporal à semelhança do exigido para o dolo em geral, em que não releva um “*dolus antecedens*” ou um “*dolus subsequens*”, *vide* Figueiredo Dias (2007, 379).

<sup>88</sup> Mas neste caso já preencheria um outro tipo legal, a própria adesão a organização terrorista internacional (art. 3.º, n.º 2, conjugado com o art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 52/2003).

Mas de onde se pode inferir este elemento subjetivo especial – a intenção? Poderá ser inferida, somente, a partir do próprio comportamento? Se assim for, o crime resumir-se-ia a meros comportamentos objetivos. Merece, pois, preocupação o modo como o legislador europeu introduz o articulado da Diretiva (UE) 2017/541, ao dizer, de modo superficial, que “no contexto de todas as circunstâncias específicas do caso, é possível inferir esta intenção, por exemplo, do tipo de materiais consultados e da frequência da consulta. Por conseguinte, o descarregamento, a partir da Internet, de um manual sobre o fabrico de explosivos para a prática de uma infração terrorista poderá ser considerado uma forma de receber treino para o terrorismo”<sup>89</sup>. A inferência da intenção a partir do próprio comportamento tornaria o crime muito próximo do previsto no Terrorism Act 2000, do Reino Unido<sup>90</sup>, significando tal uma inversão do ónus da prova<sup>91</sup>.

Já na jurisprudência nacional, merece crítica o tratamento daquela intenção como elementos objetivos do tipo, como o faz o Ac. TJ da Comarca de Lisboa, de 9/7/2019<sup>92</sup>. Tal interpretação é apta a ter por preenchido o que é um elemento subjetivo especial a partir somente do próprio tipo objetivo (por se entender reconduzido a este). É uma perspetiva que não garante as especiais exigências de comprovação da intenção.

Neste âmbito, é de extremo relevo a decisão n.º 2017-625 QPC, de 7 de abril de 2017, que, apreciando a constitucionalidade da norma constante do art. 421-2-6

<sup>89</sup> Considerando 11 da Diretiva (UE) 2017/541.

<sup>90</sup> Section 54 – Terrorism Act 2000 UK (alt. Terrorism Acts 2008 e 2015): “Weapons training: (1) A person commits an offence if he provides instruction or training in the making or use of: (a) firearms, (aa) radioactive material or weapons designed or adapted for the discharge of any radioactive material, (b) explosives, (c) chemical, biological or nuclear weapons. (2) A person commits an offence if he receives instruction or training in the making or use of: (a) firearms, (aa) radioactive material or weapons designed or adapted for the discharge of any radioactive material, (b) explosives, or (c) chemical, biological or nuclear weapons. (3) A person commits an offence if he invites another to receive instruction or training and the receipt (a) would constitute an offence under subsection (2), or (b) (...)”.

<sup>91</sup> À semelhança da *defence* prevista: “It is a defence for a person charged with an offence under this section in relation to instruction or training to prove that his action or involvement was wholly for a purpose other than assisting, preparing for or participating in terrorism”, cf. Section 54 (5) – Terrorism Act 2000 UK (alt. Terrorism Acts 2008 e 2015).

<sup>92</sup> Vide pp. 75, 77, 78, 80 e, em especial, 79, por se reportar especificamente ao crime de recrutamento para terrorismo.

do Código penal francês<sup>93</sup>, após considerar que não resultava violado o princípio da legalidade (conforme referido supra), decidiu-se pela sua conformidade à Constituição sob a reserva de que “a prova da intenção do autor (...) não pode, sem ignorar o princípio da necessidade da intervenção penal, resultar unicamente dos factos materiais selecionados como atos preparatórios”, mas estes “factos materiais devem corroborar a intenção”<sup>94</sup>.

Claro que num Direito Penal do facto o ponto de partida não pode ser a intenção, tem de ser o facto objetivo, a que, no caso, é acrescentado, delimitando-o, uma intenção específica. Esta tem de revelar-se objetivamente (Palma 2003, 252), mas não pode ser, por si só e unicamente, inferida da conduta típica objetiva. Se assim for, mais do que se afirmar um “exercício meramente circular”<sup>95</sup> entre ato e intenção, nega-se o elemento subjetivo especial. Esta conclusão é tanto mais verdadeira quanto os factos incriminados estejam mais distantes da execução do verdadeiro ato lesivo, quanto mais distante esteja, pois, o ato preparatório, como a decisão constitucional vinca<sup>96</sup>.

Vejamos, de seguida, qual o quadro justificador e de legitimidades daqueles crimes.

<sup>93</sup> Art. 421-2-6, na redação da lei n.º 2014-1353, de 13 de novembro de 2014: Constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d’une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l’ordre public par l’intimidation ou la terreur et qu’elle est caractérisée par:

1° Le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui; Et l’un des autres faits matériels suivants: a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes; b) S’entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l’utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d’aéronefs ou à la conduite de navires; c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d’actes de terrorisme ou en faisant l’apologie; d) Avoir séjourné à l’étranger sur un théâtre d’opérations de groupements terroristes.

<sup>94</sup> Ponto 16 da decisão n.º 2017-625 QPC, de 7 de abril de 2017. Mas decidiu-se pela inconstitucionalidade parcial (quanto ao trecho constante do n.º 1 “de rechercher”) por violação do princípio da necessidade de intervenção penal.

<sup>95</sup> Cf. Abrantes (2017, 459-460), seguindo o Comentário à decisão do Conselho.

<sup>96</sup> Pontos 14 a 16 da decisão n.º 2017-625 QPC, de 7 de abril de 2017.

#### IV. Quadros de justificabilidade e de legitimidade das incriminações

##### 1. O quadro de exceção e a tolerabilidade social

Os tipos legais analisados são a corporização legislativa máxima da antecipação da tutela penal, em conformidade com as regras penais mínimas estabelecidas pelo legislador europeu (Diretiva (UE) 2017/541), através da criminalização autónoma de atos preparatórios em tipos de perigo abstrato<sup>97</sup> e, em regra, como crimes de mera atividade<sup>98</sup>. Como a este respeito salienta ANTÓNIO MANUEL ABRANTES (2017, 436) “a estratégia seguida, expressamente assumida nos instrumentos legislativos mais recentes neste domínio, tem sido a de fazer recuar a tutela penal o mais possível, para permitir de alguma forma acompanhar as pessoas suspeitas de envolvimento em atividades terroristas logo a partir de um primeiro momento e «forçá-las» a cometer crimes, de modo a que sejam aplicadas penas antes que elas cometam ou participem na comissão de um atentado terrorista efetivo”. Trata-se de atos preparatórios que cada vez se distanciam mais do bem jurídico e da sua eventual futura lesão<sup>99</sup>. No caso do acesso a mensagens de incitamento até surge como elemento típico o seu “uso na prática dos respetivos atos preparatórios” (art. 4.º, n.º 5), agora entendidos em sentido material. Portanto, verifica-se a criminalização formal de um ato preparatório em função de outro ato preparatório, em sentido material (ainda que não punível). E sem que se saiba ou se possa saber se efetivamente viriam a cometer algum crime de terrorismo em sentido estrito.

<sup>97</sup> Salientando estes dois aspetos: a multiplicação de crimes de perigo abstrato e a criminalização de atos preparatórios muito antecedentes ao crime principal, Abrantes (2017, 435-436 e 441-442).

<sup>98</sup> Dizemos “em regra”, pois a incriminação de viajar ou tentar viajar constitui-se como um crime de empreendimento, cf. Klaus Günther (2016, 19). Sobre os crimes de empreendimento e sua diferenciação face aos crimes de mera atividade, *vide* Rui Pereira (1982, 19-20).

<sup>99</sup> A Diretiva (UE) 2017/541 justifica a tipificação destes factos como crimes através de um raciocínio tautológico, fechado sobre si. Com efeito, lê-se no seu considerando 9: “As infrações relacionadas com atividades terroristas são muito graves, pois podem conduzir à prática de infrações terroristas e permitir que terroristas e grupos terroristas continuem a desenvolver ou alarguem as suas atividades criminosas, o que justifica a sua tipificação como infração penal”. Assim, dada por assente a gravidade das infrações terroristas, têm-se igualmente como muito graves os comportamentos que a elas podem conduzir, estando legitimada a sua tipificação penal.

A perigosidade intrínseca daquelas ações é diminuta ou inexistente. A perigosidade manifestada nos tipos legais é “a perigosidade dos próprios agentes e não diretamente a das suas ações” (Palma 2018b, 71). Perigosidade e segurança apresentam-se, pois, como os princípios orientadores, com a correspondente afetação do princípio da culpabilidade (Valente 2018, 14 e 96)<sup>100</sup>.

Verifica-se, naquelas previsões, uma complementaridade das infrações. Se na alteração de 2011 foi aditado o crime de recrutamento de outrem para o terrorismo e de incitamento ao terrorismo, em 2015 criminalizou-se o acesso àquelas mensagens de incitamento com o propósito de ser recrutado. Por outro lado, de modo também ilustrativo e que a Diretiva (UE) 2017/541 expressamente refere<sup>101</sup>, a criminalização, em 2019, da receção de treino para o terrorismo veio complementar o crime de dar treino, introduzido em 2011.

O enquadramento jurídico do terrorismo, dado o potencial de perigo que lhe é reconhecido, surge configurado como autêntica “legislação «excecional»”, a qual é menos exigente com as garantias típicas do Direito Penal, nomeadamente ao nível da legalidade (determinação) e da culpabilidade (Silva Sánchez 2011, 106-107).

SILVA SÁNCHEZ (2011, 5) alerta que a expansão do Direito Penal não é somente assunto de “legisladores superficiais e frívolos”, mas que já encontra um sustentáculo ideológico em doutrina relevante. Especificamente na questão do terrorismo, PAREDES CASTAÑÓN (2016, 33) anota a falta de discussão séria sobre os rumos da política criminal, atendendo ao contexto sociocultural de “pânico moral” que se vive – tal contexto torna a discussão difícil e as visões críticas e contrárias são olhadas como corpos estranhos ou mesmo com desdém, o que mais apela à necessidade de analisar criticamente, nomeadamente em termos da real eficácia, eficiência, necessidade, legitimidade e tolerabilidade, as “estratégias político-criminais hegemónicas” no âmbito do terrorismo. Mesmo AA., como HUSAK (2013, 41 e ss. e 244-267), que têm abordado especificamente a matéria da designada “overcriminalization”, não focam, em específico, a questão do terrorismo<sup>102</sup>. Esta dificuldade e animosidade pelas visões contrárias são tanto maiores quanto a crítica é mais

<sup>100</sup> Analisando específicos problemas da culpa nos crimes de terrorismo tradicionais – “Organizações terroristas” e de “Terrorismo”, ainda à luz dos arts. 300.º e 301.º do CP/95 – atenta a sua intencionalidade específica *vide* Fernanda Palma (2003).

<sup>101</sup> “A tipificação como infração penal do ato de receber treino para o terrorismo complementa a infração já existente de dar treino (...)”, cf. considerando 11 da Diretiva (UE) 2017/541.

<sup>102</sup> HUSAK, mesmo ao referir-se aos crimes de perigo e a crimes preparatórios, não releva o âmbito do terrorismo.

concreta, propondo rumos distintos e alternativos aos dominantes, como faz PAREDES CASTAÑÓN com as suas propostas despenalizadoras<sup>103</sup>.

Revela-se, pois, essencial uma construção doutrinária crítica sobre a expansão do Direito Penal e, em concreto, do Direito Penal securitário, que, de algum modo, restrinja o uso ilimitado do Direito Penal como principal instrumento político, através da função legislativa, de governos e parlamentos, na resposta a questões de segurança.

A legitimidade das incriminações, entenda-se, a legitimidade do Direito Penal, ainda que tenha evoluído de um nível “liberal-funcional” para um nível “sistémico-funcional”, não pode deixar de basear-se nos pilares daquele primeiro, isto é, usando as palavras de KLAUS GÜNTHER (2016, 11-12), “nos direitos políticos de liberdade e numa legislação democrática”, de modo a que as tensões entre liberdade e segurança sejam “justificadas e determinadas pelos próprios afetados” e a limitação a liberdades sirva para conferir liberdade, através de “suas próprias normas – e não impostas por um senhor estranho”; ou seja, por normas que veja como suas, sendo o cidadão capaz de se colocar “no lugar dos afetados pelas leis restritivas da liberdade”.

Há dois aspetos atuais que colocam em absoluta crise esta visão, no âmbito do terrorismo. Um primeiro, diretamente relacionado com o legislador. É certo que as incriminações são reserva do legislador nacional, eleito democraticamente e próximo dos cidadãos eleitores, mas muitos desses tipos legais de crime resultam da transposição de diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho (mas também de instrumentos jurídicos de outras organizações, nomeadamente do Conselho de Segurança da ONU) vistos pelo cidadão comum como realidades e instituições, ainda que presentes, distantes e onde a componente democrática tem um sentido diferente de como é sentida a nível nacional ou, então, é indireta ou mesmo inexistente. Tal debilita o princípio da legalidade, na dimensão de “lei formal” (Abrantes 2017, 445-447, n. 17). Em segundo, em questões securitárias, o cidadão deixou de colocar-se no papel de afetado por leis restritivas para se perspetivar como uma potencial vítima de um terrorismo sem fronteiras, que tudo legitima. Se bem vemos as coisas, os dois aspetos indicados são antagónicos: enquanto o primeiro aponta para uma intolerância da comunidade e dos seus cidadãos para suportar diminuições das liberdades que, não obstante serem estabelecidas pelo

legislador nacional, são-lhe exigidas a nível supranacional; o segundo, ao contrário, justificará a aceitabilidade dessas respostas penais.

Neste confronto, e transversal a ambos os aspetos, intervém o contexto objetivo, seja ele real ou ilusório, e a perceção social do mesmo.

Referimo-nos ao discurso, nomeadamente político, e mensagem (mediática), que perpassa nas sociedades ocidentais<sup>104</sup>. Trata-se de um discurso sustentado num cenário de “exceção” – vertente objetiva, ainda que possa não ter correspondência com a realidade – e criador de um estado de “pânico moral” – vertente subjetiva.

Quanto ao primeiro tópico – a exceção – tem raiz num pretense estado de necessidade visto (ou mostrado no intuito de ser visto) como fundamentador e legitimador das decisões dos Estados e dos seus governos, muitas vezes sustentadas, impulsionadas ou determinadas por instituições regionais e internacionais. A isto ajuda uma ampla difusão dos diversos atentados que vão ocorrendo em certos países no espaço da União Europeia, criando uma imagem de perigo permanente e que a qualquer momento pode efetivar-se em qualquer outro país. Mostra-se aos cidadãos de Estados que não vivem problemas de segurança similares uma situação anormal que é experienciada como sua ou que pode vir a ser sua – será a força, usando palavras de ULRICH BECK (2016, 133), de um “código simbólico do «9/11»”<sup>105</sup>, mas bem mais próximo.

As situações de anormalidade vividas pelos Estados, na sua máxima gravidade, configuram os denominados estados de necessidade ou de exceção (Miranda 2016, 479-93). Trata-se de um estado declarado pelo Estado; um exercício da sua soberania, mas controlado regional e internacionalmente (Santos 2019, 88).

Mas não é do estado de necessidade formalmente declarado que nos fala AGAMBEN (2018, 29-30); o A. anota que “(...) em conformidade com uma tendência manifesta em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção tem vindo a ser progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo”.

Nos Estados contemporâneos, como identifica AGAMBEN, a necessidade tornou-se no seu “paradigma normal de governação”, e as políticas estatais, em sentido lato, são respostas excecionais a uma situação excecional. Ponto essencial deste

<sup>104</sup> Vide Norris, Kern e Just (2003).

<sup>105</sup> ULRICH BECK (2016, 133-37) fala-nos da transformação de “catástrofes locais em catástrofes globais”, na “expectativa de terrorismo”, na “crença” de que “pode repetir-se a qualquer momento, em todo o lado”, transformação na qual os meios de comunicação desempenham um papel crucial, que aniquila a “indiferença nacional e supera as maiores distâncias geográficas”.

<sup>103</sup> PAREDES CASTAÑÓN (2016, 34) relaciona o défice crítico existente com o “contexto sociocultural de pânico moral”. Mas também é realçada a debilidade da capacidade crítica das próprias construções doutrinárias em contextos gerais de criminalização, cf. Silva Sánchez (2011, 132).

paradigma de exceção é a provocação de uma erosão ou afetação do princípio da divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial (Agamben 2018, 20-21 e 35).

A generalização deste quadro tem raízes no terrorismo, em especial após 2001, e que se foram consolidando ao longo destas duas décadas. Mas já antes disso, era anotada a convocação de um “clima de emergência” na configuração de soluções legais a nível nacional, nomeadamente incriminadoras, perante a criminalidade organizada, como analisa SERGIO MOCCIA (1999, 58 e ss.; 1995).

Nestas duas primeiras décadas de 2000, as respostas que foram sendo dadas pelos Estados, como sejam, a diminuição e limitação de garantias do processo penal, a previsão de meios de obtenção de prova excepcionais, a antecipação da tutela penal e consequente alargamento da intervenção formal dos atores da justiça e dos seus meios, encontram o seu suporte fácil na anunciada excecionalidade, que “tendem a dispensar uma justificação argumentativa” daquelas medidas<sup>106</sup>. Aquelas respostas estatais são dadas por opção soberana e/ou influenciadas, motivadas ou mesmo determinadas por organizações internacionais e regionais e respetivas instituições, porque a sobreposição do “estado normal” com o “estado de exceção” deixa de ser questão limitada a fronteiras nacionais, os seus limites “sociais, espaciais e temporais” são eliminados, naquela que para ULRICH BECK será a “característica marcante da sociedade de risco terrorista”<sup>107</sup>.

Como refere FERNANDA PALMA (2016, 24-25), trata-se de converter o Estado de Direito democrático em “Estado permanente de emergência e de exceção”, em que o modelo normativo do Direito que lhe está subjacente “é o do estado de exceção, apoiado numa lógica de combate”.

Se o valor da figura do estado de exceção reside na sua ligação funcional à manutenção do Estado de direito, isto é, à sua preservação no e para o retorno à normalidade (Miranda 2016, 480-81 e 489), sendo-lhe, nesta perspetiva, instrumental – daqui que a maioria das Constituições contenham os limites da figura<sup>108</sup>

<sup>106</sup> Cf. Fernanda Palma (2016, 24).

<sup>107</sup> BECK (2016, 149-153) entende que as construções de estado de exceção de CARL SCHMITT e, em menor grau mas de igual modo, de GIORGIO AGAMBEN, sobrevalorizam a soberania estatal, desconsiderando o plano transnacional.

<sup>108</sup> Mas os Estados tratam o tema da exceção ou necessidade constitucional de modo diverso: uns que preveem expressamente nas suas Constituições os estados de exceção, outros que proibem a suspensão de direitos e, por fim, verificam-se também Constituições omissas quanto ao tema, cf. Correia (1989, 33). A previsão expressa na Constituição é a melhor solução, por assim ficarem sujeitos à sua garantia e os seus meios excepcionais legitimados constitucionalmente, cf. Suordem (1995, 245).

– neste caso é o próprio Estado a converter-se, na expressão de FERNANDA PALMA (2016, 28), num “Estado da Necessidade”, que o limita e controla, “uma necessidade compreendida e definida pela *auctoritas* de um poder político democrático estatístico que atribui livremente um conteúdo à necessidade”. Uma *auctoritas* que se substitui e sobrepõe à *potestas*, significando a “des-judicização do Estado de exceção”<sup>109</sup> – não só como consequência mas também, ou acima de tudo, como fenómeno intrínseco.

Não obstante poder anotar-se a declaração formal de estados de necessidade por Estados da UE, como é exemplo a declaração do estado de emergência em França, após os atentados terroristas de 13 de novembro de 2015, em Paris, e que vigorou até novembro de 2017 – fundado, pois, no terrorismo e criticado pela sua duração excessiva (Santos 2019, 89) – viria entretanto a ser aprovada legislação consagrando medidas antes previstas durante o estado de exceção formalmente declarado para vigorarem, de modo permanente, em situação de normalidade<sup>110</sup>. Esta última situação é exemplar na ilustração do alerta de AGAMBEN: o estado de exceção, como “paradigma normal de governação”. Se, por um lado, em sentido técnico-constitucional, os estados de necessidade traduzem-se, como refere BLANCO DE MORAIS (1984, 5), num “fenómeno de substituição de uma Legalidade Ordinária por uma Legalidade de Urgência”, ou seja, uma “Legalidade Constitucional ordinária” substituída por uma “Legalidade de Crise”, por outro, no paradigma que aqui se fala, a urgência e a crise – a anormalidade invocada na justificação discursiva das medidas – transformam-se em normalidade, carecendo, pois, de respostas que perdurem no tempo. As medidas são determinadas pela (suposta) anormalidade, mas destinam-se a vigorar em (plena) normalidade. Esta constatação está presente em JORGE MIRANDA (2003, 660) que, partindo da possibilidade de serem decretados estados de exceção, realça a sua preocupação com medidas típicas daqueles estados, mas em situação de normalidade (e.g., a colocação das Forças Armadas na rua, substituindo forças policiais).

Quanto ao segundo tópico – o pânico moral – é identificado como o contexto sociocultural em que a discussão e respostas ao terrorismo ocorrem (Paredes

<sup>109</sup> A AUTORA, interpretando AGAMBEN, avança desde logo que “o estado de exceção seria mesmo a substituição do Direito, na sua equidade e imparcialidade, na sua *potestas*, que ainda é um poder jurídico, pela lei imposta pela mera *auctoritas*, um poder meramente político” (Palma 2016, 25-26).

<sup>110</sup> Como é exemplo a Lei n.º 2017-1510, de 30 de outubro de 2017, relativa ao reforço da segurança interna e da luta contra o terrorismo, que, entre outros aspetos, alterou o Código de Segurança Interna, o Código de Processo Penal e o Código Penal.

Castañón 2016, 31-33); trata-se do “mecanismo (ideológico) através do qual a atenção dos cidadãos é concentrada, num determinado momento, sobre uma certa tipologia de vítima, de crime e de delinquente”, produzindo, assim, uma sensação generalizada de medo e receio na comunidade perante a ameaça que é atribuída a certos sujeitos, que muitas vezes correspondem a perfis estereotipados. A preocupação e medo da comunidade, a personificação da ameaça, o “consenso generalizado acerca da existência de um autêntico problema e de que «há que fazer algo» para resolvê-lo” e a reação exagerada são elementos do “pânico moral” (Paredes Castañón 2016, 32). No âmbito do terrorismo, PAREDES CASTAÑÓN (2016, 33) identifica todos aqueles elementos, promovidos por forças políticas, de modo que se trata de um “pânico moral de natureza política”. Que os *media* difundem e que, também, por si mesmos, criam.

O “pânico moral” pode configurar-se assim, segundo cremos, como a percepção ou processo de percepção ou assimilação de um estado de necessidade injustificado (artificial), visto e assumido como carente de respostas excepcionais, em que a proporcionalidade não é preocupação da comunidade e dos cidadãos, desde que aparentemente servir ao controlo da ameaça e ao afastamento do medo.

Se bem vemos as coisas, o “pânico moral”, sendo concomitante (ou mesmo prévio) a um estado de exceção não declarado, é também o seu sustentáculo.

E, quando criado por instâncias políticas no combate ao terrorismo, é-lhe instrumental (Paredes Castañón 2016, 33, n. 2). Dito de outro modo, o estado de exceção está para as instituições como o pânico moral está para a comunidade e seus cidadãos, justificando a implantação e correspondente aceitação (quase como exigência) de medidas e políticas que, de outro modo, seriam insustentáveis.

É neste contexto que se legitima e generaliza “um direito penal da proteção antecipada de bens jurídicos, que opera como apoio a medidas policiais ou em substituição de puras medidas de segurança”, como salienta FERNANDA PALMA (2018b, 71).

Mas é um facto que tal contexto não teria de acarretar como consequência necessária um alargamento ou um tão grande alargamento do Direito Penal. O que reivindica é uma resposta, mas a resposta não teria de ser necessariamente penal. Poderia ou deveria sê-lo, *prima facie*, através do Direito Administrativo-Policial. É assente nesta relação que vamos analisar a legitimidade da intervenção penal perante incriminações de atos preparatórios.

## 2. *Facto, controlo e legitimidade penal à falta de alternativa\**

As razões que levaram às incriminações aqui analisadas demonstram todo o quadro referido. Particularmente ilustrativo é o exemplo das viagens ou deslocações para fins de terrorismo: assumidamente, a Diretiva (UE) justifica aquela incriminação quer com a “gravidade da ameaça” quer em razões pragmáticas de segurança – *i.e.*, na necessidade de “estancar o fluxo de combatentes terroristas estrangeiros”<sup>111</sup> pois “quando regressam, estas pessoas representam uma ameaça grave para a segurança de todos os Estados-Membros”, acrescentando-se ainda que os “combatentes terroristas estrangeiros têm sido associados aos recentes atentados perpetrados e planeados em vários Estados-Membros”<sup>112</sup>.

As incriminações que apresentam como elemento objetivo a viagem ou deslocação de pessoas para certos cenários são a corporização do que se disse relativo à exceção e necessidade e ao pânico moral.

Por outro lado, trata-se de incriminações com uma deficitária referência causal à lesão de bens jurídicos. É a ligação a bens jurídicos suscetíveis de proteção pelo Direito Penal – bens jurídico-penais – que confere a natureza penal ao comportamento. Sem essa ligação, o facto, como facto penal, é um facto artificial – um facto só formalmente penal. Normalmente, seria um facto que relevaria apenas numa função de prevenção policial ou para os serviços de segurança, sem interessar ao sistema penal ou só interessaria face à verificação de facto penal posterior para cuja prova pudesse interessar aquele<sup>113</sup>.

Com a sua criminalização, o fenómeno passa a interessar diretamente às instituições penais, mantendo o interesse que já antes tinha para as polícias e serviços de informações. A sua tipificação visa precisamente apoiar e dotar de ferramentas essas forças e serviços na resposta e controlo do fenómeno terrorista<sup>114</sup>. Como refere FERNANDA PALMA (2018b, 71), aqueles “tipos criminais são totalmente conformados a objetivos concretos de

<sup>111</sup> *Vide*, com muito relevo, todo o considerando 12 da Diretiva (UE) 2017/541.

<sup>112</sup> *Vide*, com muito relevo, todo o considerando 4 da Diretiva (UE) 2017/54.

<sup>113</sup> Por exemplo: a incriminação da viagem para se juntar a organização terrorista é um facto, atenta a sua tipificação, penal. Caso não existisse aquela incriminação, como não existia até 2015, aquele facto (a viagem) seria, em termos penais, irrelevante. Mas caso alguém se viesse a juntar a organização terrorista, aí já passaria a ser relevante, em termos penais, todo o processo de adesão à organização. Por outro lado, sempre foi, e será um facto com relevo policial e para os serviços de informações.

<sup>114</sup> Salientando a promoção de uma cultura de controlo pelo Direito Penal expansionista e securitário, *vide* Gómez Martín (2007) e, especificamente no âmbito do terrorismo, Bargado e Matos (2015, 46).

controle policial da atividade de agentes perigosos, como por exemplo, a incriminação das viagens para certos territórios para se juntar a uma organização terrorista<sup>115</sup>. O exemplo dado – das deslocações ou viagens – corporiza a assunção de KLAUS GÜNTHER (2016, 19) de que “a perseguição penal configura uma «associação funcional de busca» formada por polícia, serviço secreto, e aparato militar”.

A legitimidade da intervenção processual penal é conferida pela passagem da linha que separa os atos preparatórios dos atos de execução – fundamentando, por exemplo, a detenção em flagrante delito pelas entidades policiais – até que essa linha não seja ultrapassada releva a atividade preventiva<sup>116</sup>. O início da execução do facto é assim o que fundamenta, em regra, a intervenção penal, sendo tal exigido pelos “princípios do *Direito Penal do Facto*, da *ofensividade* e da *necessidade da pena*, como corolários do princípio do *Estado de Direito*” (Morão 2014, 40).

Mas os atos preparatórios, num momento temporal que, em regra, ainda não tem relevância penal, ganham, de imediato, essa relevância quando o legislador cria tipos legais de crime que se constituem como atos preparatórios da infração que o legislador quer realmente evitar e que protege diretamente o bem jurídico – trata-se da incriminação autónoma de atos preparatórios. Usando aqui as palavras de RUI PEREIRA (1982, 25) a propósito da “criminalização autónoma da tentativa”, trata-se de uma “técnica de «consumação antecipada»”.

Ao fazer-se isto, transforma-se a natureza e relevância dos atos preparatórios. Vislumbramos nos atos preparatórios uma natureza e relevância a três níveis: natureza e relevância penal (excecionalmente); relevância administrativo-policial (sempre); e, relevância para serviços de informações (algumas vezes). Isto é, só excecionalmente os atos preparatórios são puníveis, pelo que só excecionalmente os comportamentos que os materializem têm natureza e relevância penal, contudo, terão muitas vezes (ou quase sempre) relevância administrativo-policial<sup>117</sup>, bem

<sup>115</sup> Salientando os efeitos do terrorismo internacional no Direito Penal, Klaus Günther (2016, 19).

<sup>116</sup> Cf. Helena Morão (2014, 37-45). A A. analisa e salienta a correspondência entre os atos de execução (tentativa) e a noção de flagrante delito. Para que haja flagrante delito em sentido nuclear ou próprio, porque o crime “se está cometendo” (art. 256.º, n.º 1, 1.ª parte do CPP), têm de estar a ser praticados atos de execução, sem que a consumação se tenha ainda verificado – isto é, tentativa – (excecionando-se aqui os crimes permanentes). A AUTORA conclui que “não é concebível o flagrante delito nuclear em caso de tentativas não puníveis”, como ocorre quando ao crime consumado for aplicável pena até 3 anos e não esteja prevista expressamente a punibilidade da tentativa.

<sup>117</sup> Por exemplo, a ação de duas pessoas que estão a reconhecer o interior de uma ourivesaria para aí realizarem um crime de furto/roubo é irrelevante para o Direito Penal, a não ser,

como, em casos mais reduzidos, relevância para serviços de informações<sup>118</sup>. Ao incriminar-se autonomamente comportamentos que são atos preparatórios dá-se imediata relevância penal a comportamentos que o Estado só poderia atender com recurso a outra legislação e enquadramento<sup>119</sup>.

Os factos jurídico-penais resultantes são, pois, na essência, factos policiais ou de segurança. Assim se promove, também, a crescente erosão entre prevenção e investigação criminal (Mendes 2016, 67-69 e 72).

KAI AMBOS (2017, 22-23) salienta que a criminalidade da globalização, incluindo o terrorismo, “impõe(m) ao direito penal comparado novos desafios e levam-no a assumir novas tarefas com novos objetivos”, procurando-se nele “respostas sólidas do ponto de vista normativo e empírico, dirigidas ao controlo jurídico-penal” daquela realidade. Adianta o AUTOR que não é certo que o Direito Penal comparado possa, por si, fornecer as respostas procuradas pelos Estados e pelas instituições supranacionais, posto que as soluções “dependem na realidade de uma variedade de fatores alheios ao direito, de maneira que se deve reivindicar uma perspetiva interdisciplinar, onde além do mais se tenha em conta a prática de perseguição policial (mesmo secreta)”, no quadro de uma “comparação integral da justiça penal”.

Em sentido muito diverso, segundo nos parece, PAREDES CASTAÑÓN (2016, 40) refere a necessidade de *diferenciar cuidadosamente* dois planos ao nível da política criminal: por um lado, o plano do direito criminal substantivo, em concreto, a tipificação legal de crimes (na previsão e estatuição das normas), por outro, o plano

---

é certo, que futuramente o venham realmente a cometer ou tentar (arts. 203.º, 204.º ou 210.º do CP). Mas, mesmo que esse crime não ocorra e para que realmente não venha a ocorrer, trata-se de um facto com relevo policial, para efeitos de pura prevenção.

<sup>118</sup> Por exemplo, se um grupo de pessoas está a fazer um reconhecimento nos limites da fronteira portuguesa com Espanha, a fim de decidir sobre o melhor equipamento a utilizar na remoção de marcos de fronteira e posterior colocação em outro lugar, tal facto é irrelevante para o Direito Penal, a não ser, é certo, que futuramente o venham realmente a cometer, não sendo aqui a tentativa punível (art. 318.º, n.º 2, e 23.º, n.º 1, do CP). Mas, mesmo que esse crime não ocorra e para que realmente não venha a ocorrer, trata-se de um facto com relevo policial, para efeitos de pura prevenção. E a este relevo acresce o relevo para o Serviço de Informações de Segurança.

<sup>119</sup> Este facto fomenta um maior relacionamento entre diferentes funções do Estado (e.g., obrigatoriedade de os tribunais enviarem à Unidade de Coordenação Antiterrorismo (UCAT) certidões das sentenças e acórdãos condenatórios relativos a crimes no âmbito do terrorismo, cf. art. 6.º-A da Lei n.º 52/2003). Não é de excluir que possam originar conflitos entre instituições, pois prosseguem fins diversos e com processos e culturas diferentes (e.g., a polícia, os serviços de informações e os tribunais).

das medidas de prevenção, da investigação e da reinserção social. Esta visão bondosa e respeitadora das diferentes essências, desde logo, de diversos ramos do Direito, está posta em crise: as decisões do Conselho Constitucional francês – ponderando as alternativas administrativas existentes na apreciação de constitucionalidade dos crimes – assim o demonstram.

Quanto a nós, acreditamos que é necessária uma perspetiva interdisciplinar por duas razões: a primeira, para salvaguarda da unidade do sistema jurídico; a segunda, para evitar quer zonas de sobreposição desnecessárias (por visarem os mesmos fins) quer espaços vagos de intervenção estatal necessária, evitando-se – tanto quanto possível – que um ramo do Direito prossiga fins que caberiam normalmente a outro ramo (e só quando este não o prossiga suficientemente).

KAI AMBOS (2017, 41) sem descurar um apontamento sobre os nacionalismos, fechados em si, típicos do populismo, avança que “os desafios que traz consigo a criminalidade transnacional, a qual certamente não se limita ao denominado Estado Islâmico, promovem um maior protagonismo do Direito Penal comparado, mas com maior ênfase na comparação integral do sistema de justiça penal que na elaboração de fundamentos, e com especial interesse nas formas de perseguição penal e na cooperação judicial”. O A. é bastante incisivo a ligar a necessidade de aproximação dos sistemas penais à atividade policial, referindo que “a prática, especialmente policial, reclama contributos dirigidos à harmonização dos sistemas penais – especialmente tendo em vista o trabalho conjunto das agências e instituições encarregues da perseguição penal –, já que as diferenças nos detalhes técnicos e operativos dificultam a perseguição penal transnacional contra suspeitos de terem cometido condutas puníveis”.

Na prevenção e repressão do terrorismo, a cooperação judiciária e policial, bem como a cooperação entre serviços de informação, é essencial. Mas essa cooperação já existia antes da tipificação de diversas condutas que se vêm, ao longo dos últimos anos, constituindo como atos preparatórios de terrorismo, incriminados autonomamente. Estas novas medidas incriminatórias, legitimadoras da ativação de mecanismos de cooperação ao nível penal, não se ligam à melhoria dessa cooperação, em termos qualitativos, se bem que provoquem um seu aumento quantitativo.

O fito essencial com esses novos crimes é, em primeiro lugar, que cada Estado se dote dos próprios mecanismos de intervenção ao nível penal, e, em segundo lugar e conseqüentemente, da possibilidade de ativação da cooperação judiciária e policial para factos penais formulados em termos semelhantes<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> A este respeito, vide considerandos 7, 21, 24 a 26 da Diretiva (UE) 2017/541.

A necessidade de uma perspetiva interdisciplinar na legitimidade de certas incriminações é-nos dada pela decisão n.º 2016-611 QPC do Conselho Constitucional francês, de 10 de fevereiro de 2007, na qual se apreciou e se decidiu pela inconstitucionalidade de norma do Código penal francês relativa à consulta de serviço de comunicação on-line relacionados com a difusão de mensagens, imagens ou representações terroristas. Nesta decisão de inconstitucionalidade, tendo como parâmetros constitucionais o art. 11.º (Liberdade de comunicação e de opinião) da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), ocupa uma posição central na sua argumentação os poderes administrativos ao dispor das autoridades para a prevenção de atentados terroristas<sup>121</sup>. Assim, destacando os poderes que o legislador já havia conferido às autoridades administrativas para a prevenção de atos terroristas, nomeadamente previstos no Código de Segurança Interna (e.g., recolha de informações, acesso a dados de tráfego, interceção de comunicações, entre outros), ou mesmo a possibilidade de ordenar a eliminação de conteúdos on-line, para além das possibilidades atempadas de vigilância de pessoas que consultassem esses sites, considerou-se que aquela norma penal não respeitaria a proporcionalidade exigida na restrição de direitos de liberdade associados, nomeadamente de comunicação<sup>122</sup>. Ou seja, as autoridades administrativas dispunham de “medidas alternativas” para atingirem os fins prosseguidos pela norma penal, sendo esta desnecessária (Abrantes 2017, 442).

Visto deste modo, à luz das possibilidades que (não) confere o Direito Administrativo, a *ultima ratio*<sup>123</sup> do Direito Penal apresenta-se como instrumental, isto é, uma *ratio* à falta de alternativa, a negação, pois, de *ultima ratio*, mas também da exagerada caracterização de *prima ratio*<sup>124</sup>, e a afirmação de uma *ratio* alternativa.

Esta *ratio* alternativa situa-se pois num plano diverso de uma construção, negada por SCHÜNEMANN (2005, 20-23), que assente a subsidiariedade do Direito Penal face ao “controle por autoridades da administração”.

Ilustremos a solidez deste entendimento: para fazer face a uma intenção da prática de infrações terroristas, já materializada em ações preparatórias, duas vias

<sup>121</sup> Pontos 9 a 13 da Decisão n.º 2016-611 QPC, de 10 de fevereiro de 2017.

<sup>122</sup> Pontos 10 a 13 da Decisão n.º 2016-611 QPC, de 10 de fevereiro de 2017.

<sup>123</sup> Sobre a evolução e tradução da *ultima ratio* no Direito Penal, analisadas face à evolução da criminalização de comportamentos, e qualificando o momento atual como crítico, vide Paliero (2018, 1454-1464).

<sup>124</sup> Salientando a transformação de *ultima ratio* em *prima ratio* do direito penal, Abrantes (2017, 442). Vide também Gargani (2018, 1494-1500 e 1508).

se colocam: ou (i) criar crimes assentes nessas ações e intenção, ativando-se os mecanismos penais (medidas cautelares e de polícia, detenção, medidas de coação e todos os trâmites associados) ao mesmo tempo que o cidadão gozará das garantias de defesa – intervenção pelo Direito Penal; ou, (ii) face ao perigo de atos terroristas e perante informações consistentes sobre cidadãos envolvidos, permitir-se escutas administrativas, meios de vigilância eficazes, detenções administrativas e eventual prisão temporária, campo onde inexistem as garantias penais e processuais penais<sup>125</sup> – intervenção pelo Direito Administrativo ou Policial.

Nenhuma subsidiariedade existe entre aquelas vias, existe tão só uma escolha entre alternativas. Nesta escolha, nem sempre é possível manter a essência do Direito Penal<sup>126</sup>, mas é essa a alternativa de intervenção sempre que inexistam e sejam de rejeitar poderes administrativos avessos e intoleráveis para o ordenamento jurídico em questão.

Por sua vez, o Direito Penal também não pode ser a via imediata e única na prevenção do terrorismo, através da tipificação de qualquer ação como crime, a isso se opõe a Constituição e princípios como a legalidade, a tipicidade, a ofensividade e a culpa<sup>127</sup>. Se assim acontecesse por ausência e fracasso de outras medidas, o Direito Penal daí resultante seria “inapropriado, desproporcional e, portanto, *ninguna ratio*” (Prittwitz 2018, 85).

Será no confronto da essência e fins dos vários ramos do Direito com os seus espaços de ponderação de uma fragilização (ou fortalecimento) tolerável para um e outro – perspetiva interdisciplinar e global – que deverá residir a opção por um ou outro. Quando for possível e houver espaço constitucional e legal para a intervenção pela via administrativa, a alternativa penal deverá ser afastada.

<sup>125</sup> Sobre a opção última pelas detenções administrativas *vide* Cymerman e Oreg (2018, 219).

<sup>126</sup> Desde logo, os princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal surgem enfraquecidos, na perspetiva da danosidade social da conduta. Sobre isto, em geral, Costa Andrade (1992, 173 e 184).

<sup>127</sup> Cf. Fernanda Palma (2006b, 100-121). Elucidativas da problemática constitucional que se coloca no âmbito da definição de crimes pelo legislador nacional – quer por iniciativa direta quer motivadas a nível supranacional – são as decisões referidas do Conselho Constitucional francês; como salienta ANTÓNIO MANUEL ABRANTES (2017, 433) estas “decisões colocam em evidência uma ideia essencial que tem vindo progressivamente a ser esquecida ou, pelo menos, desconsiderada, por parte do legislador (internacional, regional e nacional) em matéria de combate ao terrorismo: a de que existem determinados limites de natureza constitucional à utilização irrestrita do direito penal como forma de prevenir a prática de atentados terroristas”.

Para isto, entre o mais, continua a exigir-se uma reforma legal dos Serviços de Informações, prevendo-se “possibilidades de atuação” com o fito de prevenir o terrorismo (Pereira 2003, 515 e 519; 2004, 104 e 107). E exige-se precisamente por haver espaço tolerável para essa consagração na sua sede adequada. Neste âmbito, a Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, vulgarmente designada por Lei dos Metadados, deu passos positivos, permitindo o acesso a dados de telecomunicações e Internet ao Serviço de Informações de Segurança e ao Serviço de Informações Estratégicas de Defesa (arts. 3.º e 4.º). Mas o recente Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019, de 18 de setembro, veio declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que permitia, para efeitos de prevenção do terrorismo, o acesso a dados de tráfego (art. 4.º da Lei dos Metadados). Deste Acórdão, retira-se, contudo, um ponto positivo, a não inconstitucionalidade da norma do art. 3.º, na parte em que permite o acesso a dados de base e de localização de equipamento para efeitos da produção de informações necessárias à prevenção de atos de terrorismo (e dos outros atos ali especificados)<sup>128</sup>. Enfim, uma modernização e atualização do modo de trabalhar dos serviços secretos carecerão de uma revisão constitucional, que clarifique aquelas possibilidades, como se denota dos votos de vencido face às diversas alíneas da decisão do TC.

Para terminar, e no que restar para o Direito Penal, que será inversamente proporcional aos poderes permitidos em sede administrativa, terá o seu lugar possível na *terceira velocidade* de SILVA SÁNCHEZ, projetada pelo A. como um “mal menor” face a “fenómenos excecionalmente graves”, com a sua legitimidade dependente de uma “revisão permanente e especialmente intensa” daqueles pressupostos de necessidade<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> Mas a norma do art. 3.º foi declarada inconstitucional na parte em que permitia aquele acesso para produção de informações necessárias a uma salvaguarda (genérica) da defesa nacional e da segurança interna.

<sup>129</sup> Daqui que o A. limitava a eventual inevitabilidade desta terceira velocidade a “âmbitos excecionais e por tempo limitado”, cf. Silva Sánchez (2011, 184). Revisão que em 2011 o A. considerava não estar a ser respeitada, prognosticando uma estabilização e crescimento de um direito com tais características, Silva Sánchez (2011, 187-188). Na realidade, os fenómenos de terrorismo após 2011 viriam a acentuar o quadro de um “estado de exceção” e de “pânico moral” que não reivindica análises críticas e que até as dispensa.

## Conclusão

A incriminação autónoma de atos preparatórios vem alargar o campo de incidência das funções estatais sobre essas ações. Aquilo que antes poderia relevar apenas num âmbito administrativo (policial ou dos serviços de informação) passa a relevar no âmbito jurisdicional – recua-se, pois, no *iter criminis*. É aqui, pensamos, uma manifestação da erosão do princípio da divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial, de que AGAMBEN (2018, 20-21 e 35) nos fala.

Nos atos preparatórios, em geral, os mesmos configuram-se como aparentemente suficientes para conduzirem ao cometimento do crime ou ao preenchimento de certos atos de execução, somente dependente da vontade ou intenção.

Na incriminação autónoma de atos preparatórios, no âmbito do terrorismo, atento o distanciamento da conduta lesiva, os mesmos afiguram-se, quanto muito, como necessários, mas não suficientes, para o eventual futuro cometimento do crime principal, mesmo quando exista, no caso concreto, essa vontade ou intenção. Por exemplo, não é por um cidadão se deslocar para a Síria, com a intenção de se juntar ao *Daesh*, que o vai conseguir. A deslocação pode configurar-se como necessária, fisicamente, para essa adesão, bem como a vontade ou intenção – psicologicamente – mas tal concretização sempre dependerá de muitos (demasiados) outros factores, desligados do agente do crime (preparatório). Uma distância física e temporal que impede a valoração de uma eventual desistência que deveria ser cabalmente considerada e que essa incriminação antecipada coarta.

Aquelas incriminações, em geral, encontram-se em tensão com princípios do Direito Penal: a legalidade (tipicidade e determinabilidade), ofensividade, culpa, necessidade da pena e proporcionalidade, com fundamento constitucional (arts. 1.º, 2.º, 18.º, 27.º, n.º 1 e 29.º, n.º 1 da CRP).

Em casos pontuais afrontam, de modo inadmissível, aqueles princípios. Assim é, parcialmente, quanto ao n.º 7 do art. 4.º da Lei n.º 52/2003, especificamente o trecho “adquirir por si próprio (...) conhecimentos”. Como demonstrámos, tal não é suscetível de constituir a base objetiva de uma incriminação: o “adquirir conhecimentos” que tem como resultado lógico a “aquisição de conhecimentos” é mero processo cognitivo encerrado na mente do agente.

Torna-se, pois, necessário construir uma teoria dos atos preparatórios, não só em sentido próprio, mas, em especial, como incriminações autónomas. Teoria crítica e capaz de estabelecer, desde logo, limites ao legislador, sob pena de o cidadão – em área que é de Direito Penal de justiça – deixar de alcançar, por si, a proibição.

Teoria que permita densificar materialmente um conceito de ato preparatório suscetível de incriminação autónoma, face, desde logo, ao que só se pode ter por

preparação de ato preparatório. Esta necessidade adensa-se quanto a ações neutras, que não manifestem em si um grau de perigosidade para o bem jurídico e não contenham um sentido inequívoco de relação com a infração principal.

Como últimas palavras, apenas poderemos avançar linhas de concretização, em jeito de esboço de uma tutela penal legítima.

A legitimidade da incriminação autónoma de atos preparatórios (consubstanciados objetivamente em ações neutras) depende da impossibilidade de ação em sede administrativa: a legitimidade daquela existirá quando os meios legais desta forem insuficientes – exige-se uma perspetiva interdisciplinar. Face à necessidade de intervenção e insuficiência de meios administrativo-policiais e dos serviços de segurança, há que ponderar se é através do Direito Penal ou do Direito Administrativo-policial que os fins se obtêm com os menores prejuízos e no respeito da essência de cada ramo do Direito e em prol da unidade da ordem jurídica. Não são possíveis soluções parcelares sem discussão e reflexão prévias globais.

Quando a opção for pelo Direito Penal – porque deve ser ou porque a sociedade não tolera que seja pela via administrativa – é essencial a configuração clara da intenção de cometimento da infração principal e sem que esta possa ser inferida somente dos próprios comportamentos objetivos típicos (neutros).

Por outro lado, tratando-se de atos preparatórios, a tentativa não deveria ser punível, atento o ainda maior distanciamento da lesão do bem jurídico. Mas quando se revelar necessária – e revelar-se-á, algumas vezes, por aqueles crimes visarem um controlo policial e de segurança, que só atua eficazmente, à falta de meios administrativos, com a possibilidade de acionar as medidas cautelares e de polícia e a detenção de modo atempado – deveria sê-lo nos termos gerais, nunca se equiparando o crime consumado ao crime tentado, em formulação de crime de empreendimento.

Finalmente, esta antecipação da tutela deve ser acompanhada de mecanismos premiais, nomeadamente a atenuação especial da pena ou a não punição, como, entre o mais, contraponto da afetação ou impossibilidade da valoração da desistência, promovendo o abandono voluntário da atividade e o retorno aos valores do Direito, por exemplo, abandonando a concretização da viagem (art. 4.º, n.º 13, da Lei n.º 52/2003).

Tal solução enquadra-se numa terceira velocidade do Direito Penal – legítima e necessária – propugnada por SILVA SÁNCHEZ (2011, 204-205), e sem se admitir, com o A., diversas valorações quanto à dignidade humana – princípio uno.

## Bibliografia

- Abrantes, António Manuel. 2017. "Limites constitucionais à (excessiva) antecipação da tutela penal nos crimes de terrorismo." *RPCC* 27, n.º 2: 413-463.
- Agamben, Giorgio. 2018. *Estado de Exceção*. Lisboa: Edições 70.
- Ambos, Kai. 2017. "Estado e futuro do Direito Penal comparado." *Anatomia do Crime* 6: 9-42.
- Andrade, Manuel da Costa. 1992. "A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime". *RPCC* 2, n.º 2: 173-205.
- Albuquerque, Paulo Pinto de, e José Branco, org. 2010. *Comentário das Leis Penais Extravagantes*. Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Bargado, Gonçalo, e Nuno Igreja Matos. 2015. "Entre o cidadão e o inimigo – Novas tendências do combate ao terrorismo." *Anatomia do Crime* 1: 45-70.
- Beck, Ulrich. 2016. *Sociedade de risco mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70.
- Böhm, María Laura. 2016. "Securitización." In *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Vol. 1 da Série CEDPAL, eds. Kai Ambos, María Laura Böhm e John Zuluaga, 173-201. Göttingen: Göttingen University Press.
- Cancio Meliá, Manuel. 2010. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus.
- Correia, António Damasceno. 1989. *Estado de Sitio e de Emergência em Democracia*. Lisboa: Vega.
- Correia, Manuel Nobre, e Miguel Matias. 2018. "Terrorismo: um novo conceito?" *Vida Judiciária* 209: 36-37.
- Costa, José de Faria. 1983. "Formas do crime." In *Jornadas de Direito Criminal*, 153-184. Lisboa: CEJ.
- Costa, José de Faria. 2010. "A análise das formas (ou a análise das "formas do crime": em especial a tentativa)." *RLJ* 139, n.º 3962: 289-299.
- Cymerman, Henrique, e Aviv Oreg. 2018. *O terror entre nós: A ameaça do terrorismo islamista ao modo de vida ocidental*. Porto: Porto Editora.
- Dias, Augusto Silva. 2008a. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dias, Augusto Silva. 2008b. «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» – Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dias, Jorge de Figueiredo, e Pedro Caeiro. 2009. "A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto)." In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. III, 199-226. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dias, Jorge de Figueiredo. 2007. *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- Díez Ripollés, José Luis. 2005. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado." *Revista Electrónica de Ciencia Penal Y Criminología* 7: 1-37.
- Eysenck, Michael W. 2001. *Principles of Cognitive Psychology*. 2.ª edição. Hove: Psychology Press.
- Fernandes, Plácido Conde. 2010. "Comentário à Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto." In *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. I., organizado por Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, 193-232. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Ferrajoli, Luigi. 2003. "Criminalidade e globalização." *Revista do Ministério Público* 24, N.º 96: 7-20.
- Gargani, Alberto. 2018. "Il Diritto Penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia." *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 61, n.º 3: 1488-1513.
- Gómez Martín, Víctor. 2007. "Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal." In *Política criminal y reforma penal*, coordenado por Víctor Gómez Martín, 55-103. Madrid: Edisofer.
- Greco, Luís. 2004. "«Princípio da ofensividade» e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito." *RBCC* 12, N.º 49: 89-147.
- Günther, Klaus. 2016. "Da liberdade à segurança – Os fundamentos normativos do Direito Penal em mudança." *Anatomia do Crime* 4: 9-21.
- Husak, Douglas. 2013. *Sobrecriminalización: Los límites del Derecho penal*. Traduzido por Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, Günther, e Manuel Cancio Meliá. 2003. *Derecho penal del enemigo*. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thomson Civitas.
- Kindhäuser, Urs. 2018. "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", In *Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional*, Vol. II da Série CEDPAL, ed. Kai Ambos, 53-69. Göttingen: Göttingen University Press.
- Martins, Ana Maria Guerra. 2003. "Algumas implicações do 11 de setembro de 2001 na ordem jurídica internacional." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 44, n.ºs 1 e 2: 581-610.

- Mendes, Paulo de Sousa. 2016. "Investigação, prevenção e informação de segurança". In *IV Congresso de Processo Penal*, coordenado por Manuel M. Guedes Valente, 67-76. Coimbra: Almedina.
- Miranda, Jorge. 2003. "Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 44, n.ºs 1 e 2: 649-661.
- Miranda, Jorge. 2016. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina.
- Moccia, Sergio. 1995. *La perenne emergenza: Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Moccia, Sergio. 1999. "Emergência e defesa dos direitos fundamentais." *RBCC* 7, n.º 25: 58-91.
- Morais, Carlos Blanco de. 1984. *O Estado de Exceção*. Lisboa: Cognition.
- Morão, Helena. 2014. "Início da tentativa e detenção em flagrante delito." In *Direito da investigação criminal e da prova*, coordenado por M. Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes e Carlota Almeida, 37-49. Coimbra: Almedina.
- Norris, Pippa, Montague Kern, e Marion Just, eds. 2003. *Framing terrorism: The news media, the government and the public*. Nova York e Londres: Routledge.
- Paliero, Carlo Enrico. 2018. "Pragmatica e paradigmatica della clausola di *extrema ratio*." *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 61, n.º 3: 1447-1487.
- Palma, Maria Fernanda. 2003. "Crimes de terrorismo e culpa penal." In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organizado por Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes, 235-258. Coimbra: Coimbra Editora.
- Palma, Maria Fernanda. 2006a. *Da "Tentativa Possível" em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.
- Palma, Maria Fernanda. 2006b. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina.
- Palma, Maria Fernanda. 2014. "Conceito material de crime e reforma penal." *Anatomia do Crime* 0: 11-23.
- Palma, Maria Fernanda. 2016. "Dos fundamentos da normatividade na filosofia ao problema do enquadramento pelo Direito do terrorismo." *Anatomia do Crime* 4: 23-29.
- Palma, Maria Fernanda. 2018a. *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. 3.ª edição. Reimpressão. Lisboa: AAFDL Editora.
- Palma, Maria Fernanda. 2018b. *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*. 3.ª edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- Paredes Castañón, José Manuel. 2016. "Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización." *Anatomia do Crime* 4: 31-48.
- Pereira, Rui Carlos. 1982. "Crimes de mera atividade." *Revista Jurídica* 1: 7-53.
- Pereira, Rui Carlos. 1995. *O dolo de perigo*. Lisboa: Lex.
- Pereira, Rui Carlos. 2003. "Os desafios do terrorismo: A resposta penal e o sistema de informações". In *Informações e Segurança – Estudos em Honra do General Pedro Cardoso*, coordenado por Adriano Moreira, 491-528. Lisboa: Prefácio.
- Pereira, Rui Carlos. 2004. "Terrorismo e insegurança: a resposta portuguesa." *Revista do Ministério Público* 25, n.º 98: 77-110.
- Prittowitz, Cornelius. 2018. "El Derecho penal como *propia ratio*". In *Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional*, Vol. II da Série CEDPAL, ed. Kai Ambos, 71-85. Göttingen: Göttingen University Press.
- Roxin, Claus. 2004. "Resolução do facto e começo da execução na tentativa." In *Problemas fundamentais de Direito Penal*, traduzido por M. Fernanda Palma (texto IX), 295-335. 3.ª edição. Lisboa: Vega.
- Santos, Nuno Ricardo Pica dos. 2019. "Conselho da Europa: Direitos fundamentais e direitos do homem e os estados de exceção." *Janus 2018-19 Anuário de Relações Exteriores: Conjuntura internacional – A dimensão externa da segurança interna* 19: 88-89.
- Schünemann, Bernd. 2005. "O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal." *RBCC* 13, n.º 53: 9-37.
- Silva, Eduardo Sanz de Oliveira e. 2005. "Direito penal preventivo e os crimes de perigo: Uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito". In *Temas de Direito Penal Económico*, coordenado por José de Faria Costa, 251-283. Coimbra: Coimbra Editora.
- Silva, Germano Marques da. 2010. *Direito Penal Português I – Parte Geral: Introdução e Teoria da Lei Penal*. 3.ª edição. Lisboa: Verbo.
- Silva Sánchez, Jesús María. 2011. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3.ª edição. Madrid: Edisofer.
- Suordem, Fernando. 1995. "Os estados de exceção constitucional." *Scientia Iuridica* 256/258: 245-261.
- Tomé, Luís. 2016. "A ascensão do «Estado Islâmico»". *Janus 2015-16 Anuário de Relações Exteriores* 17: 10-11.
- Valente, Manuel Monteiro Guedes. 2018. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*. 2.ª edição. Reimpressão. Coimbra: Almedina.

## Jurisprudência

- Acórdão TC n.º 179/2012, de 4 de abril (enriquecimento ilícito).
- Acórdão TC n.º 377/2015, de 27 de julho (enriquecimento injustificado).
- Acórdão TC n.º 464/2019, de 18 de setembro (Lei dos metadados).
- Acórdão TJ da Comarca de Lisboa, de 9 de julho de 2019, Proc. n.º 78/15.2 JLSB (condenação – caso Abdesselam Tazi).
- Acórdão TRL, de 10 de outubro de 2018, Proc. n.º 257/18.0 GCMTJ-R.L1-3 (tipo legal de terrorismo – caso de Alcochete).
- Acórdão TRL, de 27 de novembro de 2018 (recurso da decisão instrutória – caso Abdesselam Tazi).
- Decisão instrutória do Juízo de Instrução Criminal do Barreiro, Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, de 1 de agosto de 2019 (pronúncia por terrorismo – caso de Alcochete).
- Decisão do Conselho Constitucional francês n.º 2016-611 QPC, de 10 de fevereiro de 2017 (incriminação autónoma de atos preparatórios).
- Decisão do Conselho Constitucional francês n.º 2017-625 QPC, de 7 de abril de 2017 (incriminação autónoma de atos preparatórios).

## JUSTIÇA PENAL E DIREITO MÉDICO

15/08/2019  
15/08/2019