

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**TERRORISMO INTERNACIONAL E DIREITO PENAL:
UMA AMEAÇA AO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO?**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais

Autor: Leonel Horta Duarte Ribeiro

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número do candidato: 20150950

Outubro de 2021

Lisboa

DEDICATÓRIA

À memória do meu Pai, que foi a inspiração para que hoje fosse jurista.

À Dulce, minha Mulher, com quem partilho vida e valores, bem como sonhos e objetivos e as subsequentes alegrias de os ver concretizados.

AGRADECIMENTO

RICHARD BELLAMY disse que o tratado setecentista de Cesare Beccaria começou a fazer parte daquela categoria de obras que são muito citadas e pouco lidas ¹.

Foi a minha primeira leitura, no âmbito do Direito Penal, que me foi aconselhada pelo Prof. Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, na primeira aula da unidade curricular de Direito Penal da Licenciatura em Direito da UAL. Já a li duas vezes e, por isso, não a citarei sem a ter lido e refletido sobre o seu conteúdo, naturalmente contextualizado à época.

Bem haja, Senhor Professor, por esse valioso conselho, entre muitos outros, e pelos valiosos ensinamentos que tão bem me soube transmitir.

¹ RICHARD BELLAMY, Introduction, *In* BECCARIA, Cesare, *On crimes and punishments and other writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. IX.

EPÍGRAFE

O valor das coisas não está no tempo que elas duram, mas na intensidade com que acontecem. Por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis.

FERNANDO PESSOA

RESUMO

No contexto das sociedades contemporâneas, fruto da “globalização neoliberal” e da “globalização dos riscos”, a violência, o risco e a ameaça tornaram-se fenómenos centrais na percepção social, artificialmente ampliada pelos poderosos meios de comunicação social da “sociedade informacional”, potenciando o reclamo, dirigido ao Estado, por uma maior e mais musculada intervenção penal, materializada por um arsenal de meios eficazes para “lutar” contra o crime e reprimir a violência, ao mesmo tempo que se revela uma tendência crescente da cidadania para trocar liberdade por segurança, na perspectiva idealizada (ingénua) de uma segurança absoluta, transformando o “contrato social” numa espécie de “seguro contra todos os riscos”. Perspetiva em que o Direito penal deixou de ser uma garantia de liberdade, limitativo, pois, do poder do Estado na intervenção junto dos cidadãos, transformando-se numa espécie de “Direito penal da segurança”, que alguma doutrina designa por “Direito penal do inimigo”. O delinquente converte-se em um “inimigo” e o Direito penal em um “Direito Penal contra os inimigos”, como forma de mitigar a “insegurança sentida” pela sociedade, quer a nível individual, quer coletivo. Sobretudo a partir dos acontecimentos do 11 de setembro de 2001, data que marcou indelevelmente o panorama da comunidade internacional, no âmbito da qual se instaurou uma espécie de psicose planetária, que projeta o medo como um sentimento coletivo, transformando o fenómeno do terrorismo numa ameaça global credível no contexto da chamada «sociedade do risco mundial». Nas «sociedades do risco» e governadas pelo risco, a segurança tornou-se um tópico juscriminológico de primeira ordem, adquirindo o estatuto de valor político. Os termos “guerra” e “luta” penetraram rápida e insidiosamente no discurso político e no contexto da política criminal, estadual e global. A prevenção tornou-se uma exigência quase pragmática, fazendo emergir novos paradigmas de “guerra/luta contra a droga”, “guerra/luta contra a criminalidade organizada”, “guerra/luta contra o terrorismo” e, mais recentemente, “guerra/luta contra o Covid-19”, segregando progressivamente da sociedade «grupos de inimigos» que, em função da sua (elevada) perigosidade, não oferecem segurança cognitiva e que, por isso, há que neutralizar a qualquer custo, nem que, para tal, seja necessário despojá-los do estatuto de pessoa. A “escala de perigo” do “novo terrorismo” tornou evidente a vulnerabilidade das sociedades ocidentais, configurando-se como uma clara ameaça aos Estados de Direito Democráticos e às suas instituições, suscetível de gerar uma sensação de alarme e de insegurança, com reflexos na alteração dos sistemas penais, *maxime* no que concerne aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Recusando-se reações belicistas ou derivas securitárias de cariz autoritário, defende-se que ao Direito competirá a função de encontrar a *ratio* jurídica que, no respeito pela Constituição e pelo Estado de Direito, justifique os meios através dos quais o fenómeno terrorista possa vir a ser enfrentado na perspetiva do equilíbrio entre as necessidades da segurança nacional e as do respeito pelos direitos fundamentais de todas as pessoas, sem exceção. Responder ao desafio de terrorismo com a alternativa do Direito é essencial, não apenas para a salvaguarda dos princípios de garantia do correto processo, mas também do futuro da democracia.

Palavras-chave: Estado de Direito; Direito Penal do risco; Direito Penal do inimigo; Terrorismo.

ABSTRACT

In the context of contemporary societies, because of the result of "neoliberal globalization" and "globalization of risks", violence, risk and threat have become central phenomena in social perception, artificially expanded by the powerful media of the "information society", enhancing the claim, directed to the State, for a greater and more muscular criminal intervention, materialized by an arsenal of effective means to "fight" crime and suppress violence, while there is a growing tendency of citizenship to exchange freedom for security, in the idealized (naïve) perspective of absolute security, transforming the "social contract" into a kind of "insurance against all risks". It is a perspective in which criminal law is no longer a guarantee of freedom, limiting, therefore, the power of the State in intervention with citizens, becoming a kind of "criminal security law", which some doctrine designates as "Enemy Criminal law". The offender becomes an "enemy" and criminal law becomes a "Criminal Law against enemies", as a way to mitigate the insecurity felt by society, both at the individual and collective level. Specially since the events of September 11, 2001, the date that indelibly marked the panorama of the international community, in which a kind of planetary psychosis was established, which projects fear as a collective feeling, transforming the phenomenon of terrorism into a credible global threat in the context of the so-called "world risk society". In 'risk societies' and governed by risk, security has become a first-rate juscriminological topic, acquiring the status of political value. The terms "war" and "struggle" quickly and insidiously penetrated political discourse and in the context of state and global criminal policy. Prevention has become an almost pragmatic requirement, giving rise to new paradigms of "war/fight against drugs", "war/fight against organized crime", "war/fight against terrorism" and, more recently, "war/fight against Covid-19", progressively segregating from society "groups of enemies" which, depending on their (high) dangerousness, do not offer cognitive security and therefore must be neutralized at any cost, nor that, to do so, it is necessary to strip them from the status of person. The "scale of danger" of the new terrorism has made evident the vulnerability of Western societies, constituting a clear threat to the Social and Democratic States of Law and their institutions, which may generate a sense of alarm and insecurity, reflecting the alteration of criminal *systems*, with regard to constitutionally enshrined fundamental rights and freedoms. Refusing both warfare reactions and security drifts of an authoritarian nature, it is advocated that the Law will be responsible for finding the *legal ratio* which, in compliance with the Constitution and the rule of law, justifies the means by which the terrorist phenomenon can be faced from the perspective of balancing the needs of national security and those of respect for the fundamental rights of all persons, without exception. Responding to the challenge of terrorism with the alternative of law and reason is essential, not only to safeguard the principles of guaranteeing the «due process of law», but also for the future of democracy.

Keywords: Rule of Law; Criminal Risk Law; Enemy Criminal Law; Terrorism.

ÍNDICE

RESUMO	6
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	8
1 ESTADO (CONSTITUCIONAL) DE DIREITO E MACROCRIMINALIDADE	11
1.1. Revisitar (mais uma vez) Cesare Beccaria.	11
1.2. Estado de Direito, Constituição e Direitos Fundamentais.....	14
1.2.1. Sobre o Estado de Direito.....	14
1.2.2. Constituição: breve nota sobre o conceito.....	19
1.2.3. O Princípio da Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais	21
1.3. Globalização e criminalidade transnacional.....	23
1.3.1. Globalização: um conceito multidimensional de semântica difusa.....	23
1.3.2. A relativização da soberania do Estado.....	26
1.4. A (nova) criminalidade da globalização e a “Macrocriminalidade”	30
1.5. Criminalidade organizada e terrorismo: uma relação forte	34
1.6. O fenómeno do terrorismo: Em torno de um conceito	36
2. O “COMBATE AO TERRORISMO” E A SOCIEDADE DO RISCO MUNDIAL	41
2.1. O “combate ao terrorismo”: uma estratégia multinível.....	41
2.1.1. A Organização das Nações Unidas e o “combate ao terrorismo”	41
2.1.2. O Conselho da Europa, a União Europeia e Portugal no “combate ao terrorismo”	44
2.2. As reacções dos Estados Democráticos ao fenómeno do terrorismo	56
2.3. Em busca da segurança: um novo paradigma?	61
2.3.1. Sobre a «sociedade do risco» e a (re)interpretação da segurança	61
2.4. (De novo) o binómio liberdade-segurança: um equilíbrio (im)possível ?	68
2.4.1. O binómio Liberdade-segurança na nossa Constituição	69
2.5. Terrorismo e Segurança: uma «união de facto»?	73
3. O DIREITO PENAL DA PÓS-MODERNIDADE NUMA “ENCRUZILHADA”. NOVOS DESAFIOS: NOVOS RUMOS?	78
3.1. Enquadramento geral	78
3.2. «Direito Penal do risco»: Rumo a um “Direito penal contra inimigos” ?	80
3.3. “Direito Penal do inimigo”: um oximoro	87
3.4. O Direito Penal na prevenção, repressão e perseguição do Terrorismo num Estado de Direito material, social e democrático.	97
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128

INTRODUÇÃO

A envergadura dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, dirigidos a alvos de valor simbólico indelével situados nos Estados Unidos da América, considerada, à época, a potência hegemónica a nível mundial, tornou evidente para as sociedades ocidentais a sua vulnerabilidade, abalando fortemente a consciência coletiva, chegando a afirmar-se que tais atos terroristas constituíram uma ameaça à vida e convivência das sociedades democráticas, ao mesmo tempo que geraram uma sensação de alarme e de insegurança, com reflexos na alteração dos sistemas penais dos Estados de Direito Democráticos.

Com a ocorrência do «11 de setembro», uma modalidade de terrorismo de tipo religioso radical, ao qual subjaz a radicalização salafista-jihadista, o fenómeno do terrorismo converteu-se numa das principais ameaças à segurança internacional.

Em 2011, Manuel CANCIO MELIA publicou um artigo intitulado: “Terrorismo e Direito penal: o sonho da prevenção, o pesadelo do Estado de Direito”², do qual nos permitimos transcrever o Resumo (Abstract):

O terrorismo permanece no vértice da expansão dos sistemas de Direito penal ocidentais. Esta evolução vai ao arrepio de muitos dos alicerces constitucionais do direito penal ocidental, na medida em que um verdadeiro "Direito penal" para os inimigos surge no horizonte próximo da legislação penal. O argumento fundamental que aqui se coloca é a ideia de que o Direito penal é um instrumento eficaz para combater o terrorismo. No entanto, uma análise aprofundada revela que tal ultrapassa a capacidade preventiva do sistema penal. Pelo contrário, dada a estratégia de comunicação incorporada no terrorismo, uma reação penal desproporcionada poderá revelar-se bastante disfuncional para o objetivo de combater o terrorismo: em particular, e não obstante o facto de não apresentar uma solução real em termos preventivos, pode causar um efeito de contaminação suscetível de modificar os fundamentos constitucionais do sistema penal global.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 139/XIII, o Conselho de Ministros da República Portuguesa, de 21 de junho de 2018, expôs que: *O terrorismo, em todas as suas formas e manifestações, constitui uma das mais sérias ameaças ao Estado de Direito democrático, ao espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia e à paz e à segurança internacionais, colocando em risco os direitos fundamentais dos cidadãos. Trata-*

² MANUEL CANCIO MELIÁ, Terrorism and Criminal Law: The dream of Prevention, the nightmare of the Rule of Law, *New Criminal Law Review*, Vol. 14, nº1, (2011), pp. 108-122: “Terrorism stands at the evolutionary peek of the expansion of Western criminal law systems. This evolution contradicts many of the constitutional foundations of Western criminal law, to the extent that a real “criminal law” for enemies appears on the near horizon of penal legislation. The basic argument here is the idea that criminal law is an effective instrument to fight against terrorism. Yet a thorough analysis reveals that this overstates the preventive capacity of the penal system. To the contrary, given the communication strategy embodied in terrorism, a penal overreaction could be quite dysfunctional for the objective of fighting terrorism: in particular, and notwithstanding the fact that it does not provide a real solution in preventive terms, it may cause a contamination effect that could modify the constitutional foundations of the overall penal law system”. (Tradução supra do inglês nossa).

se, efetivamente, de uma das mais graves violações dos valores universais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, bem como um dos mais graves ataques aos princípios que regem o Estado de Direito.

No prefácio do *European Union (EU) Terrorism Situation and Trend Report (TE-SAT) 2021*³, publicado pela EUROPOL, pede ler-se que “o terrorismo e o extremismo violento constituem-se como desafios significativos para a segurança da União Europeia”.

Acresce que, no atual contexto geopolítico, parece-nos lícito perspetivar que o fenómeno do terrorismo transnacional pode vir a (re)ganhar posição cimeira no *agenda-setting* da comunidade internacional.

Se as razões elencadas nos parágrafos anteriores justificam, do nosso ponto de vista, a relevância do tema escolhido para a presente dissertação, as questões afloradas no resumo do artigo de Manuel CANCIO MELIA, ainda que em termos necessariamente sintéticos, colocam-nos no âmago da respetiva delimitação e do objeto que lhe subjaz.

Ora, à presente investigação subjaz a procura de uma resposta fundamentada à seguinte questão: “O ‘combate’ ao terrorismo internacional constitui uma ameaça ao Estado de Direito Democrático?”.

Neste contexto, foi identificado um problema principal, do qual derivaram dois problemas secundários.

Problema principal: Em contexto de uma estratégia multinível de ‘combate’ ao terrorismo internacional, o sistema penal parece caminhar no sentido de uma alteração de paradigma, do ‘Direito Penal do cidadão’ para o ‘Direito Penal do inimigo’. Perante esta ameaça, qual deve ser a resposta de um Estado de Direito material, social e democrático?

Problema secundário 1: Será que, na chamada “era da globalização”, se pode falar na emergência de um “direito penal da sociedade do risco” e, neste contexto, de um “direito penal do inimigo” para responder aos desafios de uma criminalidade transnacional, organizada e mais violenta?

³ EUROPEAN UNION TERRORISM SITUATION AND TREND REPORT, 2021.[Em linha] Disponível em:<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2021-tesat> [Consulta em 2 de julho de 2021]

Problema secundário 2: Será que os novos, mais sofisticados ocultos meios de obtenção de prova, impondo uma restrição acrescida dos direitos fundamentais pessoais, podem ser compatibilizados com os valores jusconstitucionais de um Estado de Direito Democrático, em particular do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

Adotando como ponto de partida o regresso às origens do princípio do Estado de Direito e com o *leit motiv* do Iluminismo de inspiração kantiana – “*Dare to know*”⁴, procuraremos aflorar os traços essenciais do Direito Penal na chamada pós-modernidade, focalizando a atenção no caso particular do fenómeno de terrorismo transnacional, enquanto manifestação de uma criminalidade organizada violenta, que não conhece fronteiras e não distingue soberanias, porventura um dos exemplos mais claros da globalização do crime, gerador de um risco difuso e fator de insegurança objetiva, em especial nas questões delicadas que o fenómeno do terrorismo coloca aos Estados de Direito democráticos na hora de prevenir e reprimir os actos terroristas e de julgar e punir os seus perpetradores.

Nos próximos capítulos procuraremos identificar as causas que estão na base da evolução da ciência penal no novo milénio, orientados pela feliz expressão do Bastonário da Ordem dos Advogados Portugueses, José MIGUEL JÚDICE, quando afirma que: *Quem não entender as causas, jamais perceberá as consequências.*

Utilizou-se, como metodologia científica, a abordagem pelo método dedutivo. A técnica utilizada foi a da pesquisa doutrinária e documental, nomeadamente monografias e artigos científicos, conjugando a relevância temática com o rigor científico e a credibilidade das fontes, bem como legislação e jurisprudência de Tribunais nacionais e europeus, no contexto da temática subjacente ao objetivo da presente dissertação.

Elucidamos que utilizamos o vocábulo «combate» ou «combate ao terrorismo», entre aspas no sentido de respeitarmos os textos legais, uma vez que se considera ser mais adequado ao sentido e função do Direito utilizarmos as expressões «prevenção» e «repressão do terrorismo». O direito não combate, nem luta, nem promove guerra, pois cumpre-lhe prevenir e reprimir os fenómenos criminais ou com incidência criminal.

É de informar que esta dissertação se desenvolveu, nesta fase final, dentro do projeto «*Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional», cuja coordenação está

⁴ IMMANUEL KANT, *Foundations of the metaphysics of morals and What is enlightenment?*, 2ª ed., New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1997, p.85.

atribuída ao nosso orientador, que nos integrou neste grupo e projeto de I&D do *Ratio Legis* – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da UAL.

NOTA

As Referências Bibliográficas contêm informação completa de todas as obras consultadas que foram citadas no texto da presente dissertação.

As obras citam-se em nota de rodapé da seguinte forma: a primeira citação inclui referência completa de autor, título, editora e data de publicação, enquanto as posteriores citações da mesma obra incluem apenas a indicação do autor, seguida de uma referência abreviada do título da obra e da página mencionada. Todas as citações feitas na língua original do documento consultado encontram-se em itálico.

As siglas ou abreviaturas são todas indicadas em texto, passando apenas a usar-se a partir da segunda utilização do termo respetivo.

Optou-se pela redação da dissertação de acordo com o novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa.

1. ESTADO (CONSTITUCIONAL) DE DIREITO E DIREITO PENAL

1.1. Revisitar (mais uma vez) CESARE BECCARIA.

*Foi, portanto, a necessidade que obrigou os homens a ceder parte da sua liberdade: é, pois, certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima parte possível, aquela que baste para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas partes mínimas possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça; é facto mas não é direito*⁵.

CESARE BECCARIA

Criticando as práticas punitivas em vigor nos séculos XVII e XVIII, consideradas excessivas, brutais, arbitrárias e injustas, a obra de BECCARIA constitui um manifesto reformista inspirado nos valores do Iluminismo, da racionalidade, proporcionalidade, legalidade e suavidade das penas, ínsitos na centralidade do princípio do Estado de Direito.

Se o Iluminismo, nas palavras de IMMANUEL KANT “ fez o homem sair da sua culpável imaturidade”⁶, foi na segunda metade do Séc. XVIII, com BECCARIA (Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria) (1738-1794) e através da sua obra, *Dos delitos e das penas* (1764), o momento em que foi sistematizado um conjunto de princípios limitadores do poder punitivo, que «ainda hoje não perderam em absoluto a sua vigência»⁷, como barreiras irrenunciáveis ante a barbárie do Antigo Regime⁸, no sentido da “humanização do Direito Penal”⁹. Como nos recorda WINFRIED HASSEMER: “O Direito Penal não é apenas um jardim florido: é também um campo coberto com o vermelho do sangue e o negro do medo”¹⁰.

⁵ CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Tradução do italiano *Dei Delitti e delle Pene* de José Faria Costa, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 65.

⁶ IMMANUEL KANT *apud* BERND SCHUNEMANN, 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, *In* SCHUNEMANN, Bernd, GRECO, Luís (Coord.), *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, São Paulo: Marcial Pons – Editora do Brasil, Lda., 2013, p. 71.

⁷ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del enemigo, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 14, (2004), p.87.

⁸ GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Barcelona: Cedecs Editorial, 1996, p.151: “[o Antigo Regime] com todo o seu sombrio cortejo de crueldades e atropelos das leis e de acientifismo dos juristas”.

⁹ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Del Derecho Penal Liberal...*, p. 87.

¹⁰ WINFRIED HASSEMER, *Los rostros del Derecho penal, Cahiers de défense sociale : bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, nº 31, (2004), p.106.

Para FARIA COSTA, a pequena obra de BECCARIA, grande diríamos nós, pode ser vista como um “manifesto das garantias, em Direito e Processo penais, do cidadão nas suas relações com o Estado detentor do *ius puniendi*”¹¹, em uma “compreensão antropológica centrada no homem”¹² e na ideia inovadora de contrato social, interpretando o “Direito Penal como instrumento legítimo de limitação de liberdade no *quantum* necessário para assegurar o bem comum”¹³.

Nas expressivas palavras de RIBEIRO DE FARIA: “*Dos Delitos e das Penas* constitui, sem dúvida, um dos expoentes, senão o expoente, do iluminismo criminal, e um grito de libertação perante um sistema de justiça penal fundado no arbítrio, na irracionalidade da vingança, na desigualdade e no mais completo desrespeito pelos direitos das pessoas e pela dignidade da pessoa humana”¹⁴.

Criticando o Direito penal do seu tempo, que para MUÑOZ CONDE, louvando-se nas palavras de GUISEPPE BETTIOL, era “*un Diritto Penale de sangue e de lacrime*”, a obra de BECCARIA estabeleceu as bases de um Direito penal liberal, humano e democrático¹⁵, nela se podendo encontrar, como ensina ASÚA BATARRITA: “[A] primeira expressão do que hoje chamamos princípio da intervenção mínima do Direito Penal”¹⁶.

Como todas as obras que marcam um ponto de rotura com a posição dominante, vigente em determinada época, a obra de BECCARIA foi alvo de elogios e de algumas críticas. Como relata QUINTERO OLIVARES, logo que a obra entrou em circulação recaíram sobre ela fortes ataques¹⁷, que culminaram com a decisão da sua proibição decretada, em 1777, pelo Santo Ofício (a Inquisição)¹⁸. Em sentido contrário, VON FEUERBACH intitulou BECCARIA como”

¹¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, Ler Beccaria hoje. Ensaio Introdutório, In BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas* (Tradução de José de Faria Costa), 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.8.

¹² Idem, p. 11

¹³ Idem, p.19

¹⁴ MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, Cesare Beccaria: a influência do seu pensamento no sistema de justiça criminal norte americano, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 7, n.º 7, (2015), p.162.

¹⁵ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura*, *Revista Penal México*, n.º 14-15, (2018-2019), p.229.

¹⁶ ASÚA BATARRITA, Reivindicación o superación del programa Beccaria, In ASÚA BATARRITA, Adela. *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, p.9. Tradução nossa

¹⁷ MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, Cesare Beccaria: a influência do seu pensamento ..., p. 165, Nota 11:” [Q]uando, terminado o livro, Beccaria o mostrou aos amigos, eles tê-lo-ão aconselhado a não o publicar, uma vez que continha ideias que o colocavam em rota de colisão com o poder e que o podiam sujeitar à justiça da Inquisição (...).”

¹⁸ GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Beccaria y el Iluminismo italiano en la cultura jurídica hispana*, In ARROYO ZAPATERO, Luís Alberto et al. *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Cuenca: Ediciones del a Universidad de Castilla-la-Mancha, 2016, p. 63.

iniciador da política criminal, digno de um lugar de honra por ter despertado o interesse pelo Direito Penal geral (...). BECCARIA não escreveu para a escola, mas para o Mundo”¹⁹.

Relativizando o valor da obra de BECCARIA, alguns autores (v. g., WOLFGANG NAUCKE, que se lhe refere com o epíteto pejorativo” esquema - BECCARIA” e LUDWIG VON BAR, que classificou de *popular* a exposição de BECCARIA, não acrescentando nada de novo^{20 21}), reconhecendo embora o histórico mérito de BECCARIA de ter denunciado, no lugar correto e no momento oportuno, os abusos do Direito Penal medieval, religiosamente fundamentado, duvidam da eficácia dessa crítica e questionam a sua fundamentação teórica²² e a sua orientação humanista. Neste registo, KAI AMBOS questiona o humanismo de BECCARIA, considerando que recusa a tortura por razões primariamente utilitaristas e por ajudar pouco na construção do discurso abolicionista da pena de morte²³. Em claro contraste com a opinião de KAI AMBOS, MUÑOZ CONDE considera que BECCARIA rejeita totalmente a tortura, sem quaisquer reservas ou exceções, não só por razões utilitaristas, mas por razões humanistas e de justiça²⁴.

¹⁹ PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH *apud* GIORGIO MARINUCCI, Cesare Beccaria, Um nosso contemporâneo. Ensaio introdutório, In BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas* (Tradução de José de Faria Costa), 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.36.

²⁰ A este respeito, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura, p. 229: “[E]n muchas ocasiones se ha acusado a Beccaria de falta de originalidad, de ser incluso un plagario de muchas de las ideas que exponían otros miembros de la famosa Academia dei Pugni, principalmente de los hermanos Verri, y de algunos famosos enciclopedistas y autores ilustrados de aquella época, como Montesquieu y Rousseau. Aun reconociendo la verdad en parte de estas afirmaciones, no cabe duda de que el principal mérito de Beccaria es haber sintetizado muchas de estas ideas, que él hizo suyas, en un breve opúsculo, redactado de forma sencilla y brillante, que ha conseguido mantener su vigencia durante dos siglos y medio y ha establecido las bases fundamentales de un Derecho Penal liberal, humano y democrático”.

²¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*, In o mesmo, *En Torno de la Cuestión Penal*, Buenos Aires: Bdef, 2005, pp. 168-169:” [S]in restarle nada de mérito a Beccaria y a todos los iluministas del siglo XVIII, lo cierto es que el discurso penal crítico surgió mucho antes, y no cabe duda de que sus elementos se hallaban presentes —al menos— desde la *Cautio criminalis de Spee*, de 1631”.

²² KAI AMBOS, Beccaria e a humanização do Direito Penal. Uma leitura crítica com especial ênfase em seus argumentos contra a pena de morte e a tortura, In o mesmo, *Ensaio de Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp.23-24.

²³ Idem, p.47: “[O] humanismo de Beccaria, que alguns crêem descobrir na sua obra, subordina-se às necessidades de um Direito penal protetor da sociedade, fazendo uso das medidas e sanções necessárias para tal efeito, inclusive por meio de penas cruéis. BECCARIA rejeita a tortura fundamentalmente por razões utilitaristas e só secundariamente por razões humanitárias”.

²⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura, p. 230:” [E]n todo caso, por lo que se refiere al razonamiento de Beccaria en relación con la tortura, el rechazo que hace de la misma es total, sin ningún tipo de reservas o excepciones, y no solo por razones puramente utilitaristas, sino también por razones humanistas y de justicia. Tras un rechazo casi visceral a la práctica de la tortura, a la que califica como “una crueldad consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones” y como una “infame perversión de la verdad”, Beccaria expone las razones por las que la tortura, debe ser abolida. Su punto de partida es que la tortura además de inhumana e injusta, es inútil y contraproducente para conseguir los fines que se le asignan”.

Na sua obra, BECCARIA configurou o Direito Penal como “um sistema de garantias”²⁵. O fundamento filosófico-jurídico do pensamento de BECCARIA em torno da legitimação da pena permite, de acordo com Eduardo DEMETRIO CRESPO, identificar o modelo de Direito Penal de BECCARIA com o modelo de Direito penal do Estado de Direito²⁶.

Em jeito de conclusão, podemos afirmar, com GUEDES VALENTE que a obra de BECCARIA constitui um marco e um ponto de mudança no exercício do poder de punir e da sua limitação, em nome da *dignidade do ser humano*²⁷. E, na esteira de semelhante entendimento, a proposta de GIORGIO MARINUCCI parece-nos tão pertinente quanto atual, ao propor-nos o desafio para que nos interroguemos “constantemente, como CESARE BECCARIA, sobre a legitimidade do direito de punir e tendo sempre como estrela polar de qualquer reforma – como ensinou Beccaria – a intransigente defesa da inviolável dignidade do homem”²⁸.

1.2. Estado de Direito, Constituição e Direitos Fundamentais

1.2.1. Sobre o Estado de Direito

*“No Estado Legal, a Constituição era uma componente da legalidade; no Estado de Direito, a legislação é uma componente da constitucionalidade”*²⁹

LOUIS FAVOREU

Foi no seguimento da Revolução Francesa que, na Europa decinomónica, se começaram a estabelecer, nos domínios jurídico e político, as bases do Estado de Direito³⁰, que representou

²⁵ CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, p.163: “Para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis”.

²⁶ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito, *Católica Law Review*, Vol. 1, nº 3, (2017), p.80: “[O] fundamento filosófico-jurídico do seu pensamento em torno da legitimação da pena, todas as vezes que esta se pode afirmar a partir do critério da absoluta necessidade, apoiar-se-ia, por um lado, no postulado contratualista de caráter utilitarista da «máxima felicidade dividida entre o maior número» (o que o converteria num precursor de Bentham) e, por outro, no postulado categórico segundo o qual «não há liberdade quando as leis permitem, debaixo de algumas circunstâncias, que o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa» (o que o converteria num precursor de Kant)”

²⁷ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito penal do inimigo e o terrorismo*, 2ª ed., Reimpressão, Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2018, p.67. Itálico nosso.

²⁸ GIORGIO MARINUCCI, Cesare Beccaria, Um nosso contemporâneo. Ensaio introdutório, p.53.

²⁹ LOUIS FAVOREU *apud* JORGE MIRANDA e MARIA LUÍSA DUARTE, *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux, Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 29-2013, 2014, p.396. Tradução nossa.

³⁰ Para uma identificação dos vetores fundamentais que permitem desenhar o seu esboço geral, ver JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Democracia na teoria do Direito Constitucional*, In: AA.VV. *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.496: “[a] afirmação de uma legalidade constitucional, voluntária e escrita, consubstanciada numa lei escrita, decretada e superior às demais o reconhecimento de um conjunto de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, anteriores e superiores ao poder político e que este se limitaria a declarar e não a criar; (b) a separação entre o poder político e o fenómeno religioso, com o reconhecimento específico da liberdade de consciência e de religião, ainda que com momentos de perturbação recíproca; (c) a origem liberal e democrática do poder político, com base na

um corte abissal com o passado, revelando-se uma orientação forte contra o arbítrio régio, reinante no Estado Absoluto, em que as decisões praticamente correspondiam ao exercício puro do poder, sem um mínimo de parametrização material³¹.

O princípio do Estado de Direito, “formulado inovatoriamente por ROBERT VON MOHL, na década de 30 do Século XIX”³², surge como um dos principais resultados do Constitucionalismo e do Liberalismo, revelando-se como expressão firme da oposição ao sistema político precedente, com a preocupação essencial de limitação do poder político³³, reprimindo a arbitrariedade do poder monárquico absoluto. Como ensina BACELAR GOUVEIA, o princípio do Estado Direito³⁴ foi integrando diversas dimensões ao longo do seu percurso de quase dois séculos, sendo hoje praticamente total a sua positivação³⁵.

O “*Report on the Rule of law*” do Conselho da Europa³⁶ chama a atenção para o facto de as divergências dos significados dados à noção do Estado de Direito³⁷ poderem pôr em dúvida a sua utilidade como conceito fundamental do direito público. Razão pela qual se revela necessário encontrar uma definição abrangente, não só porque aparece em muitos textos jurídicos, mas também em razão do Estado de Direito ser aceite como um valor fundamental de qualquer sociedade democrática. Por isso, no mesmo Relatório, refere-se a inegável

soberania popular, numa democracia de índole representativa, operando-se um passo em frente para o governo representativo, juntamente com a *proclamação da teoria da separação de poderes do Estado*, contra a concentração absolutista dos mesmos, sem excluir sequer a *proposta do princípio republicano*, enquanto concebido como projetando uma chefia do Estado democraticamente designada”.

³¹ LUIGI FERRAJOLI, *Lógica del derecho, método axiomático y garantismo*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 42, (2019), p.18: “[o] princípio *quod principi placuit legis habet vigorem* era a norma de reconhecimento, quer da validade das normas, quer da legitimidade do sistema político”.

³² JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 5ª ed., Rev. e Ampliada. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2014, p. 698.

³³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2003, p.98: “[A]s ideias do ‘governo de leis e não de homens’, de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’, foram tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*, como manifestação da primazia da lei sobre a vontade caprichosa de um soberano”.

³⁴ Para uma melhor compreensão da origem dos conceitos de Estado de Direito, *État de Droit*, de *Rule of Law* ou de *Rechtsstaat* ver Conselho da Europa - *Report on the Rule of law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011)*.

³⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, pp.702-703. Nas palavras do Autor:” os subprincípios que melhor o densificam são os seguintes: Princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da juridicidade e da constitucionalidade; princípio da separação de poderes; princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança; princípio da igualdade; princípio da proporcionalidade”, p.703.

³⁶ CONSELHO DA EUROPA - *Report on the Rule of law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011)*. [Em linha].. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e) [Consulta em 26 de abril de 2021], § 34, p. 9.

³⁷ A título de exemplo, na versão portuguesa do preâmbulo da CEDH, a expressão *Rule of Law* foi traduzida como “primado do Direito” e não como Estado de Direito: “[...] Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal [...]”

vantagem de se procurar um consenso no sentido de uma definição que englobe os diferentes elementos do *Rule of law* e do *Rechtstaat*, quer formais, quer substanciais, identificando os seguintes:

(1) *Legality, including a transparent, accountable, and democratic process for enacting law* (2) *Legal certainty* (3) *Prohibition of arbitrariness* (4) *Access to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts* (5) *Respect for human rights* (6) *Non-discrimination and equality before the law* ³⁸.

Na opinião de Mireille DELMAS-MARTY, a noção de Estado de Direito foi-se afirmando progressivamente como uma síntese entre o formalismo jurídico do *Rechtstaat* alemão e a visão mais procedimental da *Rule of Law* de origem britânica, tornando-se num verdadeiro «standard internacional» a partir dos anos 90 do século passado. Trata-se, pois, de um conceito de um Estado submetido ao Direito num duplo sentido. Por um lado, implicando garantias jurídicas institucionais, através da separação de poderes. Por outro, assegurando garantias substanciais, fundadas no respeito pelos direitos fundamentais³⁹.

O significado do princípio do Estado de Direito, como forma de organização política da sociedade, vai muito além da perspetiva formal (mais débil), em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados segundo as formas e procedimentos legalmente estabelecidos⁴⁰. Trata-se, de acordo com José António TELES PEREIRA, de um conceito “forte e decisivamente substantivo” que, dizemos nós, agrega todos os elementos da definição de Estado de Direito adotada na Comissão de Veneza⁴¹. Entendimento este que merece o consenso da doutrina e da jurisprudência nacionais, e que resulta do facto de, para além de uma vinculação dos poderes públicos à Constituição e à Lei, quer quanto à forma, quer quanto ao conteúdo, a própria lei tem que estar em conformidade com os requisitos materiais da

³⁸ CONSELHO DA EUROPA - *Report on the Rule of law. Adopted by the Venice Commission...*, p. 10 (§41)

³⁹ MIREILLE DELMAS-MARTY, Libertés et Sûreté. Les Mutations de L'État de Droit, *Revue de Synthèse*, Vol. 130, n° 3, (2009), p.467.

⁴⁰ LUIGI FERRAJOLI, Passado y futuro del Estado de Derecho, *Revista Internacional de Filosofía Política*, n° 17, (2001), p.31: “[C]on la expresión «Estado de Derecho» se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, «estado de derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal.' En un segundo sentido, fuerte o sustancial, «Estado de Derecho» designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”.

⁴¹ Cfr. Nota 38 *supra*.

capacidade de confiar em expectativas legítimas, na ausência de arbitrariedade, justiça, igualdade e direitos humanos⁴².

Existe uma ligação material entre os conceitos de Estado de Direito e de Democracia. Pese embora possamos falar de cada um deles de *per si*, o significado de cada um deles não pode deixar de estar condicionado e qualificado pelo outro - Há uma *Democracia de Estado de Direito* e um *Estado Direito de democracia*⁴³. No mesmo registo e como bem observa José António TELES PEREIRA: “[A] state based on the rule of law is [must be] democratic, and only thus is it a state based on the rule of law; a democratic state is [must be] a state based on the rule of law, and only thus is it democratic. There is a democracy which is based on the rule of law, there is a rule of law that is democratic”⁴⁴.

A respeito do conceito de Estado de Direito, o Tribunal Constitucional Português, no seu Acórdão TC nº 303/90⁴⁵, decidiu que “[o] Estado de Direito Democrático postula uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação do Estado que implica um mínimo de certeza e de segurança do direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas”, pelo que, “a norma que, por natureza, obvie de forma intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva aqueles mínimos de certeza e segurança jurídica que as pessoas, a comunidade e o Direito têm que respeitar, como dimensões essenciais do Estado de Direito Democrático, terá que ser entendida como não consentida pela lei básica”.

Os Estados de Direito Democráticos, em sentido material⁴⁶, são ordens jurídicas legitimamente estabelecidas, fundadas no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, “na qual se fundam os direitos do homem”⁴⁷, configurando-se como relevante

⁴² JOSÉ ANTÓNIO TELES PEREIRA, Relatório – Tribunal Constitucional Português. *The rule of law and constitutional justice in the modern world*, 4th Congress of the World Conference on Constitutional Justice.

⁴³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.204. Itálicos aditados.

⁴⁴ JOSÉ ANTÓNIO TELES PEREIRA, Relatório – Tribunal Constitucional Português. *The rule of law and constitutional justice in the modern world*, 4th Congress of the World Conference on Constitutional Justice.

⁴⁵ Disponível em www.dgsi.pt. [Consulta em 1 de maio de 2021]

⁴⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *O Homem Delinquente e a Sociedade Criminogénea*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Reimp., 2011, p.95: “[o] étimo fundante do Estado de Direito material, de cariz social e democrático – um Estado que mantém incólume a sua ligação ao Direito, e mesmo a um esquema rígido da legalidade, bem como o seu respeito e o seu propósito de garantia dos direitos fundamentais; mas que se move, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e realização de todas as condições (sociais, culturais e económicas) de livre desenvolvimento de cada homem – parece, porém, permitir ou postular uma nova síntese”.

⁴⁷ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, A Lei penal na Constituição, In MIRANDA, Jorge, (Coord.), *Estudos sobre a Constituição*, Vol. II, Lisboa: Petrony, 1978 p. 227.

manifestação material do princípio do Estado de Direito, em que a” pessoa é colocada como fim supremo do Estado e do Direito”⁴⁸.

O conjunto dos diversos elementos que integram o conceito de Estado de Direito, aos quais já fizemos referência, completam e fortalecem a defesa da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, através de uma efetiva proteção jurídica. No âmbito da positivação das diversas dimensões, a maior parte dos Estados sociais e democráticos de Direito criaram jurisdições constitucionais, conferindo-lhes competência de controlo dos actos do legislador, método que, na opinião de ALBRECHT WEBER, configura a “coroação do Estado de Direito”⁴⁹.

Todavia, ao Estado de Direito não é apenas exigível a tutela dos direitos e interesses das pessoas. A capacidade de funcionamento da justiça penal decorre do princípio do Estado de Direito e obriga naturalmente a uma correta e adequada ponderação entre os interesses da persecução penal e os direitos de liberdade do agente da prática do crime, no respeito pelos parâmetros do princípio da proporcionalidade. O Estado de Direito apenas poderá concretizar-se se houver a garantia de que os agentes que cometem crimes serão perseguidos, julgados e punidos nos termos da Lei vigente, para que o crime não permaneça impune. Exige-se-lhe, também, como nos recorda FIGUEIREDO DIAS, a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal⁵⁰.

Sem uma eficiente administração da justiça penal não será possível o restabelecimento da paz jurídica, “nem o afastamento do perigo da justiça privada”⁵¹, sendo certo que a paz jurídica se deve alcançar no respeito pelo princípio da legalidade, que tem como espinha dorsal os valores do Estado de Direito democrático.

1.2.2. Constituição: Breve nota sobre um conceito

*"Constitucionalismo é o nome pelo qual designamos a confiança que os homens colocam no valor das palavras num pergaminho para limitar o poder dos governantes"*⁵²

⁴⁸ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 705.

⁴⁹ ALBRECHT WEBER, El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, (2008), p. 58.

⁵⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, In AA.VV. *Para uma nova justiça penal (Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados)*, Reimp., Coimbra: Livraria Almedina, 1996 p.206.

⁵¹ MANUEL GUEDES VALENTE, *O Consumo de Drogas Reflexões sobre o Quadro legal*, Coimbra: Edições Almedina S.A., 5ª ed., Revista e atualizada, 2016, p.50.

⁵² WALTON H. HAMILTON *apud* JETHRO K. LIEBERMAN, *Constitutionalism*, In GIBBONS, Michael T.; COOLE, Diana; ELLIS, Elisabeth; FERGUSON, Kennan, *The Encyclopedia of Political Thought*, New York: Wiley-Blackwell, 2014, p. 730: "[C]onstitutionalism is the name given to the trust which men repose in the power of words engrossed on parchment to keep a government in order". Tradução *supra* do inglês nossa..

A Revolução Francesa, do Século XVIII, constituiu um momento fundante do constitucionalismo⁵³, instituindo-se, de forma que se pretendia tendencialmente perpétua⁵⁴, a separação de poderes e a garantia de um Estado respeitador dos direitos fundamentais dos cidadãos⁵⁵, uma ideologia que, de acordo com GOMES CANOTILHO, “[e]rgue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”⁵⁶.

A Constituição é o resultado de uma vontade expressa, plasmada num documento escrito e vinculante, que testemunha as concepções de determinado povo que, no exercício do seu poder constituinte e com base em uma “*ideia de Direito*”, estabelece as condições por si consideradas como fundamentais para a sua existência coletiva. Nas palavras de GEORGES BURDEAU, a quem se deve a expressão «ideia de Direito»: “ [É] a razão pela qual eu qualifico de ideia de Direito a representação da ordem desejável que, numa sociedade, constitui uma linha de força da mentalidade coletiva onde ela cristaliza o seu consenso dominante”⁵⁷.

A Constituição não é apenas um texto jurídico ou um sistema normativo de regulação. É, claramente, uma peça cultural, expressão da “sociedade aberta e plural dos intérpretes constitucionais”⁵⁸ e instrumento privilegiado para a autorrepresentação cultural de um povo,

⁵³ LUIGI FERRAJOLI, *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*, *Isonomía*, nº 16, (2002), p.14: “[A]quilo a que chamamos Constituição consiste precisamente em um sistema de regras substanciais e formais, que tem como destinatários os titulares do poder. Esta é a definição de “constituição” estipulada, há mais de dois séculos, no Art.º 16º da Declaração dos Direitos de 1789: “*Tout société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assuré, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*” ; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 851-927 : “[O] constitucionalismo representa uma segunda revolução na natureza do Direito. Se a primeira revolução se expressou a onipotência do legislador, quer dizer, o princípio de mera legalidade ou de legalidade formal, esta segunda revolução caracteriza-se pela afirmação do princípio da estrita legalidade ou legalidade substancial, imposta pelos princípios e direitos fundamentais contidos nas constituições que constituem a base da democracia substancial”.

⁵⁴ LUIGI FERRAJOLI, *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*, p.16.: “[T]odas as constituições dignas deste nome nasceram como ruturas do passado e, ao mesmo tempo, como convenções programáticas para o futuro”.

⁵⁵ JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p.28.

⁵⁶ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.51.

⁵⁷ GEORGES BURDEAU *apud* JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*. Vol. I, 6ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2016, p. 565. Nota nº 1082.

⁵⁸ AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in se*» e «*Delicta Mere Proibita*»- *Uma análise das discontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 650 e ss.: “[Constituição] como ordem normativa aberta à experiência comunitária de valores, ou, numa formulação distinta, mas de significado análogo, como ordenamento vivido e atualizado por uma «sociedade aberta de intérpretes constitucionais», com a consequência de os bens jurídicos merecedores de tutela penal não serem exclusivamente deduzidos do texto constitucional, mas reconstruídos hermenêuticamente a partir das suas normas”

“reflexo do seu património cultural e fundamento das suas esperanças”⁵⁹. A génese da ideia de constituição de natureza contratualista, funda-se na prossecução de dois desideratos distintos. Por um lado, ordenar e limitar o poder político e, por outro, garantir os direitos e liberdades do indivíduo, fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁰. Como ensina WINFRIED HASSEMER: “[U]ma Constituição que atente contra a dignidade da pessoa humana não deve existir, independentemente de qual seja a maioria e de qual seja a situação”⁶¹.

Nesta linha de entendimento, o que é verdadeiramente importante pôr em relevo é justamente o conceito material de Constituição, relativamente ao conceito formal, sendo que, naturalmente, ambos lhe estão subjacentes. Este, a dimensão formal, sem prejuízo da sua importância relativa, traduz-se essencialmente no texto da Norma *Normarum* e no reconhecimento da sua posição de vértice do ordenamento jurídico. Aquele, como dimensão material, reflete os valores e os princípios em que “todos” se reveem (a ideia de Direito) para além da palavra escrita, e que “repousam em uma ideia racional de Homem e de Justiça”⁶².

1.2.3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais.

A primordial e superior relevância do princípio da dignidade da pessoa humana⁶³, enquanto pilar do Estado de direito material, social e democrático⁶⁴, constitui-se como limite último e fundamento da própria ação do Estado⁶⁵. O primado da dignidade da pessoa humana⁶⁶ só

⁵⁹ Cfr. PETER HABERLE, *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*, *Revista de Direito Constitucional Europeu*, n.º 13, 2010, p. 384.

⁶⁰ Cfr. SUSANA TAVARES DA SILVA, *Os Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p.10: “[O] que tornou os movimentos do constitucionalismo moderno irrepetíveis foi a capacidade de congregação, num determinado momento histórico dos membros de uma comunidade na comunhão de dois postulados péticos: a separação de poderes e a dignidade da pessoa humana”.

⁶¹ WINFRIED HASSEMER, *Processo Penal e Direitos fundamentais*, In PALMA, Maria Fernanda, (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 24.

⁶² SUSANA TAVARES DA SILVA, *Direito Constitucional I*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p. 20.

⁶³ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana, In SILVA, Paula Costa; VASCONCELOS, Pedro Pais de; CORDEIRO, António Menezes, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Vol. 1*, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008, p. 481. Segundo o Autor, a dignidade da pessoa humana “é a referência da representação do valor humano, pelo que a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor fonte do ordenamento jurídico, trata-se de um direito irrenunciável, tendo, todavia, não apenas uma dimensão jurídico-estatal, mas também uma dimensão socio- estatal”.

⁶⁴ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal. Fundamentos político-criminais*, Lisboa: Edição de Autor, 2017, p. 22: “[A] dignidade da pessoa humana, pilar do Estado de direito material, social e democrático é fundamento, razão, fim e limite dos operadores judiciários na materialização da política criminal e do Direito penal material, processual e penitenciário”.

⁶⁵ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 53.

⁶⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 56-57: “[A] dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ou, noutra perspetiva, a liberdade geral de ação nele fundada, confere aos cidadãos, em Estado de

ganha significado quando construído segundo os princípios da liberdade, da justiça e da solidariedade⁶⁷.

No que respeita à função que o princípio da dignidade humana desempenha ao nível do sistema constitucional, o Tribunal Constitucional português “tem sido prudente e parcimonioso, quer quanto à definição do conteúdo do princípio da dignidade humana, quer quanto à avaliação da sua densidade normativa ou do seu «alcance» prescritivo”⁶⁸, pese embora tenha entendido, de forma constante, que tal princípio é “estrutural da República”⁶⁹ e um “vetor axiológico estrutural da própria Constituição”⁷⁰.

Como expressão imediata do princípio da dignidade humana, “a síntese da «antropologia constitucional» do Estado de Direito”⁷¹, os direitos fundamentais são uma manifestação da identidade axiológica de qualquer Estado de Direito, constituindo, como tal, elementos legitimadores do Estado Constitucional de Direito.

De acordo com VIEIRA DE ANDRADE: “[A] consagração de um conjunto de direitos fundamentais⁷² tem uma intenção específica, que justifica a sua primariedade: explicitar uma ideia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na

Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afetada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de proteção jurídica”.

⁶⁷ Art.º 1º da CRP: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁶⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS – Relatório da delegação portuguesa. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional. *IX Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais italiano, espanhol e português*. [Em linha]. Relatório da Delegação Portuguesa. Roma, 1 a 3 de Outubro de 2007. Disponível em:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/CC_relint_Relazione_portoghese_T2007.pdf [Consulta em 2 de maio de 2021]: “Desde 1984 que o Tribunal tem sido prudente e parcimonioso, quer quanto à definição do conteúdo do princípio da dignidade humana, quer quanto à avaliação do sua densidade normativa ou do seu «alcance» prescritivo, entendendo que não se lhe pode pedir é que ele seja tomado, em si mesmo, como fonte de um outro e autónomo direito (fundamental)”. A referida prudência e parcimónia são patentes no trecho de um Acórdão incluído no Relatório, que se transcreve: “Não se nega, decerto, que a ‘dignidade da pessoa humana’ seja um valor axial e nuclear da Constituição portuguesa vigente, e, a esse título, haja de inspirar e fundamentar todo o ordenamento jurídico. Não se trata efetivamente – na afirmação que desse valor se faz logo no Art.º 1º da Constituição – de uma mera proclamação retórica, de uma simples ‘fórmula declamatória’, despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor – o valor eminente do homem enquanto ‘pessoa’, como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua ‘unidade existencial de sentido’ – como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto da ‘validade’ das respetivas ‘normas’. E, por isso, se dele não são dedutíveis ‘diretamente’, por via de regra, ‘soluções jurídicas concretas’, sempre as soluções que naquelas (nas ‘normas’ jurídicas) venham a ser vazadas hão-de conformar-se com tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respetivas exigências. [...]”.

⁶⁹ Acórdão TC nº 6/84, publicado em DR, IIª série, nº 101, de 2/5/84, p. 369.

⁷⁰ Acórdão TC nº 28/2007, publicado em DR, IIª série, nº 46, 6/3/2007, p. 5982

⁷¹ MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma da República, Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora (Reimp.), 2012, p.162.

⁷² De entre os quais existe um núcleo “duro” de direitos fundamentalíssimos que em caso algum poderão ser violados. Cfr. Art.º 19º, nº6 da CRP.

cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na Constituição de cada Estado concreto. Ideia de Homem que, no âmbito da nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio de valor que é (...) o *princípio da dignidade da pessoa humana*⁷³ (...) que há-se ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e cada homem como ser autónomo e livre”⁷⁴.

A constitucionalização dos direitos fundamentais é, de resto, a principal garantia da democracia, quer na vertente formal, quer substancial, numa ótica de complementaridade.

O estatuto jurídico dos direitos fundamentais, enquanto alicerces do Estado social e democrático de Direito, é objeto de uma pluralidade de fontes, das quais relevam a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e demais Convenções, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), quer do Conselho da Europa⁷⁵, quer da organização das Nações Unidas (ONU), que se referem, direta ou indiretamente, a matérias ligadas aos direitos fundamentais e colocam importantes desafios no contexto do Direito Internacional.

1.3. Globalização e Criminalidade Transnacional

1.3.1. Globalização: um conceito (fenómeno) multidimensional de semântica difusa

*L'universel, c'est le local moins les murs...*⁷⁶

MIGUEL TORGA

⁷³ HELENARA AVANCINI, *A dignidade da pessoa humana e a incorporação do direito internacional dos direitos do homem no direito interno luso-brasileiro*, PIDCC, n.º 4, (2013), pp.77-78: “[O]ne might think that the expression human person is redundant, but it is certain that it is used to emphasize an achievement of post-World War II society, which saw dignity as a value and a universal principle, due to an inherent attribute of each individual”. Tradução *supra* do inglês nossa

⁷⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A. 2013, pp. 49, 82 e 83.

⁷⁵ PATRÍCIA GALVÃO TELES, *Os Direitos Humanos 70 anos depois da Declaração Universal...* Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Vol. 19, (2019), p.233: “[N]o sistema europeu [enquanto sistema regional de proteção dos direitos Humanos], coexistem a Convenção Europeia dos Direitos Humanos do Conselho da Europa e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Cada um destes instrumentos pode ser aplicado, respetivamente, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Os tratados da União Europeia, na revisão de 2007 do Tratado de Lisboa, estipulam no sentido da adesão da própria União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) tem também desenvolvido um importante trabalho em matéria de direitos humanos”.

⁷⁶ MIGUEL TORGA, *L'universel, c'est le local moins les murs: Trás-Os-Montes*. Bordeaux: William Blake (Ed.), 1986.

A globalização, *lato sensu*, é um fenómeno próximo e conhecido de todos nós⁷⁷, configurando-se como “uma unidade em tempo real e à escala mundial”⁷⁸, com o significado simbólico de um “encurtamento do mundo”⁷⁹. No que diz respeito ao termo globalização, parece registar-se um consenso relativamente ao facto de estarmos em presença de um conceito polissémico e interdisciplinar, ressaltando claramente a dificuldade de para ele se poder encontrar e consensualizar, de forma inequívoca, uma definição suficiente abrangente⁸⁰, hábil para abarcar todas as repercussões do fenómeno, da sua semântica e da sua natureza reconhecidamente complexa e difusa⁸¹.

A concretização conceitual do fenómeno da globalização está longe de ser pacífica⁸² atentas as múltiplas e diferentes perspetivas de abordagem (v.g. desde a perspetiva económica, sociológica, política, do direito, da ética, da filosofia, da geografia), havendo quem prefira recorrer aos termos mundialização ou glocalização^{83 84}.

Entendido maioritariamente como conceito descritivo, o termo globalização tem como objeto dar conta do desenvolvimento dos fenómenos económicos, sociais, culturais e jurídicos, pelo que a valoração do fenómeno da globalização deverá, pois, ser feita à luz dos valores da Comunidade Internacional e do Estado de Direito.

Do ponto de vista geopolítico, no pós-Guerra Fria o sistema internacional entrou na era da chamada multipolaridade, tornando-se num mundo pós-bipolar, em cujo âmbito se acentua

⁷⁷ EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, *Globalización y Concepciones del Derecho Penal, Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, (2009), p.1 42: “[Globalização] É um processo, um conceito ou uma realidade que todos nós, cidadãos temos em mente e fazemos uma ideia mais ou menos aproximada sobre o seu significado”

⁷⁸ MANUEL CASTELLS, *The Information Age: Economy, Society and Culture, vol. I: The Rise of the Network Society*, 2nd Edition. Oxford: Blackwell Publishing, 2010, p.101.

⁷⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 20, nº. 99, (2012), p.46.

⁸⁰ ULRICH BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 40.

⁸¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal e Globalização – Reflexões locais e pouco globais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 41 e ss. Escreve o Autor que ainda se está bem longe de adquirir uma “exata definição do conceito de globalização”. No entanto, ponderando que o mais importante é caracterizar-se o fenómeno como uma dinâmica ainda em franco desenvolvimento, e que, “nesse sentido, por globalização pode considerar-se tudo o que não é mais controlável pelo Estado nacional”; ULRICH BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo...*, p.40: “[g]lobalização é seguramente a palavra mais mal empregue, menos definida, provavelmente a menos compreendida, a mais nebulosa e politicamente a mais eficaz dos últimos e, sem dúvida, dos próximos anos”.

⁸² LORENZO MORILLAS CUEVA, *Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4, (2002), p.18.

⁸³ ROLAND ROBERTSON, *Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad*, In FERNANDÉZ-GALA, Juan Carlos. Monedero, (Coord.), *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Madrid: Trotta, 2003, pp.261 e ss.

⁸⁴ MANUEL GUEDES VALENTE, *O Direito penal do inimigo...*, p.80: “[G]lobalização ou glocalização...”.

uma progressiva interdependência entre os Estados, as organizações internacionais e as sociedades. Neste registo, LUÍS TOMÉ avança com o conceito de “uni-multipolaridade” no sentido de uma configuração híbrida e confusa da ordem internacional, resultante de uma hegemonia americana temperada pela intervenção de atores regionais relevantes (EU, Rússia e China)⁸⁵.

O processo da globalização projetou-se indelevelmente em todos os níveis da atividade humana, quer a nível individual, quer coletivo, evidenciando-se, essencialmente, em três níveis de manifestações: globalização económica, globalização política e globalização das comunicações⁸⁶.

No domínio económico, assiste-se, hoje, nas economias estaduais, a uma precipitação de vínculos de interdependência, quer ao nível das relações interestaduais, quer em relação a organizações internacionais, reduzindo-se, pois, os poderes de decisão e de gestão do Estado-Nação. Materializando a “ditadura do eficientismo” e do “cientifismo”⁸⁷, subjacente à ideologia neoliberal⁸⁸ impregnada no processo de globalização, “o capitalismo converteu-se numa força global desprovida do *poder moderador* do Estado-Nação”⁸⁹. Os mercados financeiros, absolutamente interconectados na fluidez do ciberespaço, operam apoiados em “burocratas internacionais”⁹⁰, enquanto símbolos «sem rosto» da nova ordem económica mundial. Como consequência desta *nova ordem*, surgem novas formas de organização das empresas, cada vez mais multinacionais e transnacionais⁹¹, que evidenciam um protagonismo crescente num mercado mundializado, através da multiplicação de operações lucrativas nos mercados financeiros, praticamente em tempo real, e potenciam a sua flexibilidade organizativa, segmentando o processo produtivo em unidades juridicamente autónomas e

⁸⁵ LUÍS TOMÉ, *Novo recorte geopolítico mundial*, Lisboa: EDIUAL, 2004, p. 33.

⁸⁶ EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, *Globalización y concepciones...*, p. 147.

⁸⁷ EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, *A base intercultural do sistema penal*, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Vol. 8, nº 13, (2015), p. 162.

⁸⁸ A crise do *Welfare State* nos países centrais, que culmina na década de 80, imprime profundas alterações no cenário político-económico mundial e, agregada aos efeitos provocados simbolicamente pela queda do Muro de Berlim, cria as condições de implementação das políticas neoliberais no final do século XX.

⁸⁹ DANIEL INNERARITY, *La gobernanza del Capitalismo Global*, *HERMES - Revista de Pensamento e Historia*, n.º 43, (2013), p. 6. (Itálico nosso).

⁹⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar, 2006, p.50: “[A] diferencia del capital productivo, el globalizado no es manejado por empresarios, sino por administradores de conglomerados, que son tecnócratas que deben obtener la mayor renta en el menor tiempo, para evitar que sus inversores busquen otro tecnócrata más eficaz a quien confiar sus recursos”.

⁹¹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Criminalidade organizada — que política criminal?* In: *Globalização e Direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 199: “[a] criação de grandes mercados económicos e a construção de espaços abertos entre Estados, com a livre circulação de mercadorias, de capitais e de serviços e, naturalmente, também de pessoas, são, sem mais, condições ‘ótimas’ de desenvolvimento e expansão de uma criminalidade cujas características principais são exatamente a organização, o poder económico e a internacionalização”.

suscetíveis de deslocalização. O *dominus* do território perdeu progressivamente o controlo das suas fronteiras e os «*global players*», cujas redes se organizam e acordo com estratégias globais, beneficiando da «opacidade» do sistema financeiro e das suas arquiteturas complexas que escapam ao controlo dos Estados, atravessam as fronteiras de todos os Estados e “acabam por produzir as suas próprias regras, naturalmente adaptadas aos seus próprios interesses”⁹², dificultando a supervisão das atividades económicas e a responsabilização dos agentes pelos ilícitos cometidos, suscetíveis de revestir elevada danosidade social.

A natureza transnacional das várias ameaças que as sociedades pós-modernas enfrentam, com o mútuo reconhecimento das suas vulnerabilidades por via de um aumento progressivo do nível de interconetividade, não sendo um fenómeno novo, ganhou uma expressão significativa com o advento do capitalismo global, da rápida evolução tecnológica, com particular ênfase para as tecnologias da informação e da comunicação, dos padrões de mobilidade e do intercâmbio cultural, por via da erosão das fronteiras e da dinâmica das migrações.

Sendo a imigração um “direito conatural ao ser humano”⁹³, a verdade é que o fenómeno se viu fortemente ampliado pela dinâmica da globalização, acelerando a conformação das sociedades contemporâneas como sociedades multiculturais⁹⁴, com diferentes valores e padrões comportamentais, contexto em que “a realidade está a tornar-se cosmopolita”⁹⁵ e “adquiriu uma fluidez difusa”⁹⁶. As correntes de imigrantes que se foram instalando nas áreas urbanas contribuíram para a dissolução da sua anterior homogeneidade e foram sentidas, de modo disruptivo, como algo perigoso para uma identidade sentida como comunidade. A complexidade das sociedades contemporâneas afeta, na perspetiva de NIKLAS LUHMANN⁹⁷, as experiências primordiais da diferença, gerando dualidades de tipo: próximo/distante, próprio/impróprio, familiar/estranho e amigo/inimigo. Em consequência, o sistema de concorrencial global produziu efeitos multiplicadores nas divisões sociais, gerando situações de zonas integradas de hegemonia social e económica, zonas de vulnerabilidade e zonas de

⁹² MIREILLE DELMAS-MARTY, *Towards a truly common law: Europe as a laboratory of legal pluralism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. XVII.

⁹³ ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos*, Lisboa: Petrony Editora, 2017, p.23.

⁹⁴ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Revisada y Ampliada. Madrid: Civitas, 2001, pp. 103 e ss.

⁹⁵ ULRICH BECK, Reinventar Europa: una visión cosmopolita, *Cuadernos del Mediterráneo*, n.º 10, (2008), p.324: “[E]sse “outro”, a quem as fronteiras não podem impedir a passagem, está por todo o lado, de uma forma que nenhum filósofo cosmopolita tinha previsto e ninguém desejava (...)”. (Tradução nossa).

⁹⁶ DANIEL INNERARITY, ¿Quiénes somos “nosotros”? Preliminares para una política de identidad, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 113, (2001), p.226.

⁹⁷ NIKLAS LUHMANN *apud* DANIEL INNERARITY, ¿Quiénes somos “nosotros”? ... p.226.

exclusão, indutoras de estigmatização económica e social⁹⁸. Como afirma FLAVIO GÓMEZ:” [O] patente incremento das desigualdades socioeconómicas e culturais, que já não permitem dividir a população em ricos e pobres, mas sim em englobados e excluídos”⁹⁹.

1.3.2. A relativização da soberania do Estado

No que diz respeito à manifestação política da globalização, no contexto da complexa teia de relações de poder que estruturam a sociedade global, a soberania e a autonomia dos Estados foram fragilizadas e relativizadas¹⁰⁰, em resultado do significativo aumento das interconexões globais que amplificaram a porosidade das fronteiras, no cenário de uma crescente interdependência que se configura e se revela cada vez mais como característica estruturante da sociedade internacional contemporânea.

O modelo de Estado social entrou em crise. O Estado abandonou progressivamente a configuração de Estado intervencionista ou prestacional, passando a adotar o papel de «Estado regulador» ou «Estado Garantia», cabendo-lhe a função de definir a forma como os agentes privados hão-de assumir essas prestações, surgindo um modelo de “autorregulação regulada”. Trata-se de um Estado “observador” que mantém a responsabilidade pelo bem comum, ao mesmo tempo que confia nas forças autorreguladoras do setor privado da economia¹⁰¹.

A globalização é inequivocamente uma extensão e um acelerador do processo contínuo da transnacionalização, contribuindo de forma significativa para a erosão das tradicionais competências do Estado soberano¹⁰². No plano internacional, a soberania está hoje longe de ser absoluta ou ilimitada. O ideal de justiça internacional está indelevelmente associado a uma forma de limitação das soberanias estatais, pondo em causa o monopólio do *ius puniendi* dos

⁹⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, En torno de la Cuestión Penal, Buenos Aires: Bdef, 2005, p. 184: “[...] mudou a relação que existia entre «explorado» e «não explorado», configurando-se na era da globalização como uma relação entre «incluído» e «excluído». Nesta nova relação existe uma diferença substancial entre «explorado» e «excluído». O primeiro serve o sistema, é-lhe útil e necessário para a sua expansão. O segundo não serve ao sistema neoliberal. A sua existência é nefasta e desnecessária, convertendo-o num descartável social”. Tradução nossa.

⁹⁹ FLAVIO GÓMEZ, Globalización y Derecho penal, In DIÉZ RIPOLLÉZ, José Luís, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002 p. 333.

¹⁰⁰ No conceito de soberania podem identificar-se dois aspetos. Por um lado, as consequências da ideia de soberania, vista como ponto de partida para a construção ou reconstrução do Estado-Nação, detentor, em regime de exclusividade, da autonomia decisional do “soberano” e do monopólio do *ius puniendi*. Por outro lado, numa visão bem distinta, o conceito de soberania construído como um referencial global de proteção dos direitos e do seu exercício, que supera as normas estritas das fronteiras e dos limites dos Estados.

¹⁰¹ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, ¿Derecho penal regulatorio?, In o mesmo, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires: Bdf, 2015, *passim*.

¹⁰² LUÍS TOMÉ, *O Estado e nova ordem internacional -entre a fragmentação e a globalização*, Lisboa: EDIUAL-Universidade Autónoma Editora, 2003, p.27. Sobre o impacto da globalização sobre o Estado, p. 27 e ss.

Estados¹⁰³. O trinómio estabelecido entre Estado soberano, território e *jus puniendi*¹⁰⁴, assente na ideia de exclusividade, encontra-se, hoje, em crise¹⁰⁵. Todavia, apesar de todas as vicissitudes, o Estado-Nação, enquanto instituição jurídico-política da modernidade, não desapareceu, apenas se reconfigurou. Neste sentido, como afirma VIEIRA DE ANDRADE, “o repto dos tempos será justamente o da construção de um novo conceito de soberania, pós-vestefaliano”¹⁰⁶. Uma reconceptualização da soberania que, no contexto da sociedade atual, tecnológica, digital, complexa, e em “metamorfose”, cujos traços ULRICH BECK tão bem capturou, apelidando-a de “sociedade de risco mundial”, orientar-se-á no sentido de uma “soberania cosmopolita”¹⁰⁷, entendendo-se cada vez mais a soberania como o exercício partilhado de poder e autoridade entre autoridades nacionais, regionais e globais¹⁰⁸. Porém, sem olvidar que é para o Estado soberano e não para as organizações internacionais, nem para os blocos regionais, que os cidadãos se viram em busca de segurança¹⁰⁹.

¹⁰³ MIGUEL SERPA SOARES, *A justiça penal internacional e a erosão da soberania*, JANUS.NET e-Journal of International Relations, Vol. 4, nº 2, (2013), p.9.

¹⁰⁴ JOHN VERVAELE, ¿Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales del ius (non) puniendi del Estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal* - UFRGS, Vol. 1, nº 1, (2013), p.3: “[O] sistema penal e o próprio Direito penal estão concetualizados, desde o «Século das Luzes», como parte integral e exclusiva do poder soberano do Estado-Nação. A trias política (legislativa, executiva e judicial, tal como a definiu Maquiavel) define os tipos de crime, exerce o poder de investigação, promove a ação penal e julga os delitos segundo critérios de jurisdição nacional”. (Tradução nossa).

¹⁰⁵ PEDRO CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp.19-20.

¹⁰⁶ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Conclusões*, In AA.VV., *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora S.A, p.182.

¹⁰⁷ ULRICH BECK, *As instituições de governança global na sociedade mundial ...*, p.52: “[I]sto leva-nos à conclusão paradoxal de que, para defender o seu interesse nacional os países devem desnacionalizar-se e internacionalizar-se. Neste contexto, aparece, portanto, uma nova distinção entre soberania e autonomia. O Estado-Nação baseia-se na equivalência destes dois conceitos. Na sua perspetiva, a interdependência económica, a diversificação cultural e cooperação militar, judicial e tecnológica conduzem a uma perda de autonomia e, portanto, a uma perda de soberania. Mas se a soberania se medisse em termos de peso político, quer dizer, pela capacidade que um país tem de se fazer ouvir na cena internacional e de melhorar a segurança e o bem-estar dos seus cidadãos, conseguindo que sejam tidas em conta as suas opiniões, a situação seria muito diferente. Neste segundo esquema, um aumento da interdependência e da cooperação, quer dizer, da perda de autonomia, aumentaria a soberania. Deste modo, compartilhar a soberania não a reduz, mas, pelo contrário, eleva-a a uma potência superior. É isto que significa a soberania cosmopolita na era da sociedade global do risco”.

¹⁰⁸ Referindo-se à integração europeia e defendendo que a “integração reforça a soberania dos Estados-Membros”, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2014, pp.240-241: “[Q]uanto mais forte e eficaz for a integração, maior é, pois, a soberania dos países membros. Estes, ao integrarem as suas economias e, depois, as suas políticas diplomáticas e militares, não perdem peso no concerto mundial: ganham cada vez maior influência. Se assim não fosse, só por uma espécie de «suicídio coletivo» é que praticamente todos os países europeus estrariam a embarcar voluntariamente num projeto deste tipo”.

¹⁰⁹ NUNO ROGEIRO, *Política*, Lisboa: Quimera, 2002, p. 218: “[O]s atentados de 11 de Setembro de 2001 e o tom apocalíptico de ameaça global à “modernidade” levaram muitos analistas a considerar que, em casos de emergência acentuada ou “queda grave” (o que a doutrina alemã já chamou, em tempos, *Ernstfall*), o Estado é ainda a última razão de proteção, regulamentação e segurança, pelo menos enquanto nele se concentrar o núcleo da repressão organizada”.

Em modo de síntese, o processo da globalização, independentemente das vicissitudes que podem determinar a sua eventual desaceleração (retrocesso?), parece ser irreversível ¹¹⁰, sem prejuízo dos discursos de resistência que advogam o regresso das soberanias nacionais¹¹¹, embora, com as devidas cautelas, se possa perfilar, no horizonte próximo, um cenário de forte abalo, face aos efeitos (devastadores) da atual crise pandémica.

Por outro lado, são hoje consensualmente reconhecidos como efeitos perversos do processo de globalização¹¹², com refração a nível mundial, a emergência de uma criminalidade transnacional, organizada, na qual se inclui, como subespécie especialmente violenta, o “novo terrorismo internacional”.

A pós-modernidade conduziu à plena integração económica e política, que se concretiza em três dimensões: cooperação internacional, materializada em tratados bilaterais e multilaterais, a integração transnacional e a integração supranacional ¹¹³. No início do Século XXI, o Direito, marcado pela nova «geografia mundial», tem a supranacionalidade e os processos de integração como duas de suas características mais relevantes, em resultado de um sentimento global de vulnerabilidade face a uma crescente “desterritorialização do crime e da segurança”¹¹⁴.

O conceito estratégico de defesa nacional (Resolução do Conselho de Ministros n.º 6/2003), define e caracteriza as “ameaças relevantes” para a segurança do país, qualificando as ameaças e riscos de “concretização imprevisível e de carácter multifacetado e

¹¹⁰ Neste sentido, ULRICH BECK, *O que é a globalização...*, pp. 30-31. O Autor identifica oito razões que terão que ser levadas em linha de conta:” (a) A ampliação do campo geográfico e a crescente densidade do comércio internacional, bem como a natureza global da rede dos mercados financeiros e o crescente poder das empresas multinacionais; (b) A revolução permanente no campo das tecnologias da informação e comunicação; (c) A demanda universalmente aceite pelo respeito aos direitos humanos; (d) As correntes icónicas das indústrias culturais globais; (e) Política global pós-internacional e policêntrica; (f) O problema da pobreza global; (g) O problema dos danos e ataques ecológicos globais; (h) O problema dos conflitos interculturais em um local específico”.

¹¹¹ JOHN VERVAELE, *European criminal justice in the European and global context*, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, nº1, (2019), p.8.

¹¹² MIREILLE DELMAS-MARTY, *Governing Globalization through Law*, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 11, nº2, (2020), p. 195: “[C]rises económicas e financeiras, crises sociais, terrorismo global; o desastre humanitário das migrações, a crise climática e, ainda por cima, a crise de saúde do coronavírus: é tempo de as levar a sério, à medida que a cacofonia desta crise global e multidimensional se amplifica. Como se a indignação dos cidadãos com os abusos de segurança, a raiva dos coletes amarelos pelas desigualdades sociais, a revolta das gerações mais novas e os apelos dos cientistas em relação às alterações climáticas não tivessem sido suficientes, foi preciso um vírus simples, mais pequeno do que a asa de uma borboleta, para abalar o mundo, ao ponto de finalmente abalar as certezas dos nossos líderes”. (tradução nossa)

¹¹³ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *O Estado Pós-Moderno. Para um novo paradigma de compreensão das atuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil*, Lisboa: Quid Juris, 2018, p.87.

¹¹⁴ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação Judiciária em Matéria Penal no âmbito do Terrorismo*, *Sistema Penal & Violência*, Vol.5, nº1, (2013), p.76.

transnacional”, num contexto em que se atenuaram as ameaças tradicionais de cariz militar, mas que fez surgir fatores de instabilidade traduzidos em novos riscos e potenciais ameaças, de que os trágicos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 são o paradigma, consolidando uma abordagem holística (*comprehensive approach*) da segurança¹¹⁵.

A criminalidade organizada, a par do terrorismo, como exemplos mais claros de uma criminalidade grave à escala transnacional¹¹⁶, tem posto em relevo a necessidade de que as ações levadas a cabo pelos diversos Estados, neste âmbito, tenham que se alicerçar na coordenação e apoio a nível supranacional, quer ao nível da União Europeia quer, num contexto mais amplo, ao nível das Nações Unidas.

1.4. A (Nova) Criminalidade da Globalização e a “Macrocriminalidade”

Na Comunidade Internacional (Sociedade Internacional?), os fenómenos da globalização e da internacionalização têm refrações assimétricas e de diferentes intensidades, consoante as geografias e o poder económico dos Estados, mas que, de todo o modo, se fazem sentir nos vários aspetos da vida social, política, cultural, jurídica, tecnológica e científica¹¹⁷ e determinam, por seu turno, transformações na forma como o delito se revela, bem como no modo como as sociedades reagem para lidar com a prevenção e repressão da «nova criminalidade», que pode pôr em causa as instituições do Estado de Direito.

A globalização, enquanto fenómeno essencialmente económico, leva igualmente à globalização de certas manifestações criminosas – como a criminalidade organizada, violenta e não violenta¹¹⁸, com tendência a provocar a paralisação das estruturas políticas, executivas e

¹¹⁵ ANA PAULA BRANDÃO, O nexo interno-externo na narrativa securitária da União Europeia, *JANUS.NET, e-Journal of International Relations*, Vol. 6, n.º 1, (2015), p.16: “[Os] ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e subsequentes em palco europeu consolidaram a. Neste contexto, foi reforçado “o nexo entre os aspetos internos e externos da segurança” o qual decorre de três dinâmicas que se reforçam mutuamente: internalização de fenómenos de incidência externa; externalização de fenómenos de incidência inicialmente interna; fenómenos de natureza transfronteiriça”

¹¹⁶ NUNO SEVERIANO TEIXEIRA, Terrorismo, uma ameaça transnacional, *Contributos para uma Política de Defesa*, Lisboa: Ministério da Defesa Nacional, 2009, pp.31-35: “Ameaça de que hoje falamos, o terrorismo, é um fenómeno transnacional, diferente do terrorismo tradicional que tinha uma base nacional, uma estrutura hierárquica e um alvo seletivo”.

¹¹⁷ JURGEN HABERMAS, Crossing Globalization’s Valley of Tears, *New Perspectives Quarterly*, Vol. 17, nº 4, (2000), p.52.: “[S]ob as vestes da mundialização das sociedades, assomam fenómenos tão distintos como a mobilidade e o comércio transnacionais, a regulação por meio de atores não-estaduais ligados em redes globais, o aumento do âmbito e da fluidez das redes sociais decorrente da evolução dos meios de comunicação que potencia a ubiquidade, a transnacionalização das instituições políticas, a aproximação, miscigenação e assimilação de culturas, e a emergência de “violações espontâneas das fronteiras” pelo crime organizado, pelas epidemias e pelos riscos associados às tecnologias de ponta”. (Tradução nossa)

¹¹⁸ MANUEL GUEDES VALENTE, Criminalidade Organizada: Tópico juscriminológico supranacional, *Criminalidade organizada Investigação, Direito e Ciência*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 148. Refere o Autor a existência de dois modelos essenciais de criminalidade organizada- a violenta e a não violenta, sem prejuízo de evidenciarem traços comuns. No primeiro modelo incluem-se, por exemplo, o tráfico de armas, o

judiciárias¹¹⁹, e o terrorismo internacional, enquanto espécie da tipologia da criminalidade organizada violenta - que requerem respostas transnacionais. Em suma, há uma globalização do crime e uma globalização das respostas ao crime¹²⁰, resposta que só se poderá tornar-se efetiva se for fundada numa cooperação a nível internacional¹²¹.

A versatilidade do ciberespaço, um espaço novo e virtual que supõe uma verdadeira revolução tecnológica, uma imparável *revolução silenciosa*¹²², gera riscos da sua utilização para fins ilícitos, surgindo uma nova categoria de ilícito que passou a ser chamada de cibercrime, cibercriminalidade ou tecnocriminalidade¹²³. Na atual «sociedade digital», o processamento de enormes quantidades de dados das mais variadas origens e com finalidades diversas, não é um fenómeno neutro. Por um lado, a internet promove um espaço de valor potencialmente seguro às organizações terroristas para a propagação de mensagens, não só localmente, mas à escala maciça e internacional¹²⁴, com diferentes finalidades, entre as quais a de aliciar e recrutar apoiantes, em especial de jovens nos diversos países europeus¹²⁵. Por outro lado, a «pegada digital» dos cidadãos torna-os cada vez mais visíveis para os governos, em situação comparável à descrição dos sistemas panópticos de FOUCAULT: [os] cidadãos são “vistos sem nada verem”¹²⁶. A (r)evolução das modernas tecnologias de comunicação e informação elevou exponencialmente as possibilidades de controlo, afetando de forma indelével a privacidade e a intimidade dos cidadãos. Com efeito, a maioria dos Estados Democráticos faz hoje uso, com maior ou menor intensidade, da interseção das comunicações, de escutas telefónicas, de gravação secreta da palavra falada, mesmo em ambientes privados (escuta

tráfico de drogas, o tráfico de seres humanos e o terrorismo. No segundo modelo, podem ser apontadas a corrupção, pública e privada, a manipulação do mercado, branqueamento de capitais, desvio de subvenções e subsídios.

¹¹⁹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional*, pp. 148-149.

¹²⁰ JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, El Derecho Penal de la Globalización: luces y sombras, *In Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 187 e ss.

¹²¹ MIREILLE DELMAS-MARTY, Global crime calls for global justice, *European Journal of crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 10, n. 4, (2002), p. 286-287.

¹²² ISABEL MORÓN PENDÁS, Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales, *Revista Penal México*, nº 18, (2021), p.186. Itálicos nossos

¹²³ JOSÉ LUÍS GONZALEZ CUSSAC, Tecnocrimen, *In* GONZALEZ CUSSAC, José Luís, (Org.), *Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.216. “[...] uma “enorme indústria criminal” em torno da informática, materializada pelas possibilidades de benefício económico da exploração ilegal das falhas de segurança em sistemas informáticos de terceiros, por parte das redes do crime organizado transnacional”.

¹²⁴ EUROPOL, *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2017* (The Hague, 2017), pp. 25 e ss.

¹²⁵ ANNEKE PETZSCHE e MANUEL CANCIO MELIÁ, Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offence *In* LENNON, Genevieve; KING, Colin and McCartney, Carole (Eds.). *Counterterrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker*. Oxford: Hart Publishing, 2018, p.152.

¹²⁶ MICHEL FOUCAULT, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, New York: Vintage Books, 1979 p.202.

ambiental), de utilização massiva de câmaras de videovigilância, armazenamento de dados e o seu intercâmbio global, métodos eletrónicos de rastreamento, entre outros.

A criminalidade transnacional marca uma evolução, dos territórios para as redes e dos criminosos amadores para os “empresários do crime”. Assim, pois, “Enquanto o Direito Penal estadual se mantém essencialmente ligado ao território e adaptado aos indivíduos isolados, o crime transnacional, caminhando a par com a organização em redes transfronteiriças¹²⁷, expande a sua versatilidade e flexibilidade¹²⁸, exigindo o reforço da cooperação internacional *stricto sensu* e a adoção de normas comuns, se não totalmente uniformizadas, pelo menos compatíveis entre si”¹²⁹.

As tecnologias da informação e da comunicação mostraram-se fundamentais para certas atividades de criminalidade organizada, que beneficiam da rapidez do ciberespaço¹³⁰, do anonimato e da desregulamentação do mercado, transformando-a em uma das mais preocupantes formas de criminalidade da sociedade contemporânea, podendo porventura afirmar-se que “o crime organizado é o crime da globalização”¹³¹, quer na modalidade empresarial convencional, quer nas modalidades da chamada “macrocriminalidade”: terrorismo, tráfico de droga e criminalidade organizada transnacional¹³², que amplia os seus horizontes no sentido de conseguir a impunidade das suas ações delitivas. As redes do crime organizado transnacional e as redes terroristas internacionais tornaram-se, como bem sublinha ULRICH BECK, em “organizações não governamentais da violência”¹³³, retirando ao Estado o monopólio da violência, à boleia do processo complexo da globalização operado nas

¹²⁷ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Globalização, democracia e crime, In SILVA, Marco António Marques da; COSTA, José de Faria. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2006, p. 280.

¹²⁸ UNIÃO EUROPEIA – Relatório de Avaliação da ameaça de crime grave e organizado da União Europeia (SOCTA, 2017), p. 15: “45% das organizações criminosas reportadas participam em mais do que uma atividade criminosa para mitigar os riscos, reduzir os custos operativos e aumentar as margens de lucro, tendo a proporção aumentado consideravelmente em comparação com 2013. Muitas dessas organizações evidenciam alta flexibilidade em termos da sua capacidade para mudar de uma atividade criminosa para outra ou mesmo para juntar novos ilícitos à sua carteira de atividades delitivas”.

¹²⁹ MIREILLE DELMAS-MARTY, O Direito penal como ética da mundialização, *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, Ano 14, nº 3, (2004), p. 290.

¹³⁰ JOSÉ SOUTO MOURA, Prefácio. In DAVIN, João. *A Criminalidade Organizada Transnacional, a Cooperação Judiciária e Policial na UE*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.: “[O] carácter instantâneo das transações monetárias internacionais e a defesa da inexistência de quaisquer entraves à rapidez dos negócios, num quadro geral de aceitação da prevalência do valor do poder financeiro, parecem legitimar e robustecer a produção e circulação de riqueza enquanto valor em si mesmo, independentemente da licitude da sua origem”.

¹³¹ ANDRÉ LUÍS CALLEGARI, Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del Contexto de la Expansión del Derecho Penal. *Derecho Penal y Criminología*, nº 91, (2010), p. 27.

¹³² JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *la expansión del derecho penal*, p. 106.

¹³³ ULRICH BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, Barcelona: Editorial Paidós, 2003 pp. 28, 29 e 42.

sociedades contemporâneas. Como escreve ZUÑIGA RODRIGUEZ: “[O]s sujeitos ativos podem ser grandes organizações criminosas, os bens jurídicos lesados podem ser individuais ou supra-individuais e o número de vítimas é praticamente indeterminado”¹³⁴.

O *European Union Serious and Organized Crime Threat Assessment* (SOCTA)¹³⁵, publicado no corrente ano de 2021, é o estudo mais abrangente e aprofundado da criminalidade grave e organizada na UE já realizado¹³⁶. Refere-se, neste Relatório, que, a par do terrorismo, a “criminalidade grave e organizada continua a constituir o mais urgente desafio de segurança interna da UE”¹³⁷, sendo o seu panorama caracterizado por um ambiente em rede onde a cooperação entre criminosos é fluida, sistemática e impulsionada pela orientação para o lucro¹³⁸. O crime grave e organizado é um adversário forte, resistente e resiliente que pode ser simbolicamente representado por uma **Hidra** moderna¹³⁹.

A partir dessas modificações, são especialmente relevantes para o desenvolvimento da criminalidade e para o Direito Penal duas linhas centrais de desenvolvimento que se fortalecem mutuamente. Por um lado, o processo de “globalização” proporciona novas oportunidades de execução de crimes que ultrapassam fronteiras, exigindo novos modelos de um Direito Penal transnacional eficaz. Por outro lado, o desenvolvimento da “sociedade de informação e da “sociedade de risco” origina uma criminalidade complexa, que também leva o Direito Penal, principalmente no contexto de uma crescente política criminal global, aos seus “limites funcionais” na proteção da sociedade e da liberdade do indivíduo, colocando-o perante novos desafios categoriais¹⁴⁰.

¹³⁴ LAURA ZUÑIGA RODRIGUEZ *El derecho penal ante la globalización*, Madrid: Colex, 2002, p.51.

¹³⁵ EUROPOL (2021), *European Union Serious and Organized Crime Threat Assessment* (SOCTA), A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organized crime. [Em linha]. Disponível em <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment> [Consulta em 11 de junho de 2021]

¹³⁶ EUROPOL (2021), *European Union Serious and Organized Crime Threat Assessment* (SOCTA), p.8.

¹³⁷ *Idem*, p. 14.

¹³⁸ *Idem*, p. 10.

¹³⁹ *Idem*, p. 15. Hidra, na lenda grega, é um gigantesco monstro de serpente marinha com nove cabeças, uma das quais era imortal. Qualquer um que tentasse decapitar a Hidra descobriu que assim que uma cabeça fosse cortada, mais duas cabeças emergiriam da ferida fresca. A experiência das autoridades de *law enforcement* (policiais e judiciárias) demonstrou que, mesmo uma disrupção bem sucedida e de grande alcance das redes criminosas, tem pouca consequência a longo prazo para as atividades globais da criminalidade organizada. Como a Hidra da mitologia grega, remover uma cabeça não mata o monstro”

¹⁴⁰ ULRICH SIEBER, Os limites do Direito Penal. Princípios e desafios do novo programa de pesquisa em Direito penal no Instituto Max-Plank de Direito penal estrangeiro e internacional, *Revista de Direito GV (São Paulo)*, Vol. 4, nº1, (2008) p.261.

O “relevo absoluto”¹⁴¹ do eficientismo é visto, de acordo com PÉREZ CEPEDA, como o fundamento do Direito penal em uma conjuntura de globalização, a expensas dos direitos e garantias fundamentais¹⁴².

A legitimidade e, inclusivamente, a constitucionalidade de muitas das medidas tomadas pelos Estados para combater os fenómenos da criminalidade organizada, conceito confuso e difuso¹⁴³ no plano jurídico-criminal material, e do terrorismo, conceito jurídico-político relativamente ao qual a comunidade internacional ainda não logrou conseguir uma definição consensualizada, têm sido amplamente discutidas, quer na doutrina, quer na jurisprudência¹⁴⁴.

1.5. Criminalidade organizada e terrorismo: uma relação forte.

*“Entre a criminalidade organizada e o fenómeno do terrorismo existe uma relação umbilical”*¹⁴⁵.

MANUEL GUEDES VALENTE

Convencionalmente, os termos "terrorismo" e "crime organizado" referem-se a atividades parcialmente semelhantes, mas, em parte, diferentes¹⁴⁶.

A transição para uma economia e um mundo globalizados e a consequente emergência da criminalidade organizada transnacional ampliaram consideravelmente as possibilidades de os terroristas se envolverem em negócios ilícitos com vista ao financiamento das suas operações. Estes argumentos explicam a razão pela qual a ligação entre o terrorismo internacional e o

¹⁴¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, A globalização e o tráfico de seres humanos, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 135, nº 3944, (2007), p.263:” [As] organizações criminosas empregam meios de comunicação de ponta [...] o que faz delas autênticas empresas onde o perfeccionismo impera e a eficiência tem um lugar de relevo absoluto”.

¹⁴² ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal posmoderno*, Madrid: IUSTEL, 2007, p.37: “[o] que importa é que o sistema seja eficiente, que alcance resultados programados, ainda que um elevado custo dos direitos e garantias fundamentais”

¹⁴³ MANUEL GUEDES VALENTE, *Criminalidade organizada: tópico criminológico supranacional*, p. 133.

¹⁴⁴ Para uma crítica de muitas dessas medidas, a propósito do chamado “direito penal do inimigo”, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “O inimigo no Direito Penal”, *Lusíada*, Série II, n.º 4/5, 2007, pp. 79-85.

¹⁴⁵ MANUEL GUEDES VALENTE, *Criminalidade organizada: tópico juscriminológico supranacional*, p.133.

¹⁴⁶ LAURA ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Autoría y participación en el ámbito de la criminalidad organizada a la luz del derecho comparado y el derecho internacional, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2013, pp. 628-629. Defendendo as diferenças entre criminalidade organizada e terrorismo, a Autora aponta três diferenças do ponto de vista jurídico e político-criminal: “Primeiro: enquanto à criminalidade organizada lhe interessa o secretismo das suas atividades, o terrorismo busca a publicidade das suas atividades últimas, buscando o terror. Segundo: enquanto a criminalidade organizada pode procurar alianças com o poder político, o terrorismo procura o confronto com o poder político. Terceiro: enquanto a criminalidade organizada é uma manifestação criminal sistémica relacionada com o modelo económico e social capitalista, o terrorismo é uma criminalidade anti-sistémica”.

crime organizado transnacional é uma ameaça contemplada nos documentos estratégicos mais recentes¹⁴⁷.

O Conselho de Segurança das Nações Unidas reconheceu e expressou a sua preocupação relativamente à ligação entre o crime organizado transnacional e o terrorismo em várias das suas Resoluções, como é o caso das Resoluções 1373(2001), 2195(2014), 2322(2016), 2347(2017) e 2368(2017) e, mais recentemente, na Resolução 2462(2019), bem como na sua declaração presidencial de 8 de maio de 2018 (S/PRST/2018/9)¹⁴⁸.

Relativamente ao nexo entre criminalidade organizada e terrorismo ALEX SCHMID¹⁴⁹, conclui que, comparando os resultados de duas investigações sobre o tema, realizadas com 22 anos de intervalo (1996 e 2018), não há sinais claros de uma mudança. Refere o Autor as seguintes conclusões. Por um lado, se os governos estão agora mais bem preparados para lidar com o terrorismo do que antes do «11 de setembro», o mesmo não se pode dizer sobre como lidar com a criminalidade organizada. Embora os principais motivos por detrás do terrorismo continuem a diferir dos motivos subjacentes à criminalidade organizada, ambos recrutam cada vez mais dos mesmos substratos sociais e subculturas religiosas¹⁵⁰. Por outro lado, o regresso de combatentes estrangeiros da Síria, alguns deles disfarçados de refugiados, e o seu subsequente envolvimento em atos terroristas, deu origem a uma preocupação sobre as crescentes ligações entre o terrorismo e o crime organizado. Um relatório recente da EUROPOL¹⁵¹, refere que as investigações sobre os atentados terroristas em Bruxelas e Paris,

¹⁴⁷ LUÍS DE LA CORTE IBAÑEZ, ¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos, *Revista Electrónica del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 1, (2013), p. 152.

¹⁴⁸ Cfr. United Nations Headquarters, New York, Friday, 26 April 2019, Conference Room 2: “*The nexus between international terrorism and organized crime*”. Disponível em:

<https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2019/05/Concept-note-final-web.pdf>. [Consulta em 2 de maio 2021]. O Conselho de Segurança referiu igualmente as ligações entre atividades terroristas e formas específicas de criminalidade organizada violenta, incluindo o tráfico de pessoas [Resoluções do Conselho 2331 (2016) e 2388 (2017)]; tráfico de droga [Declarações de 24 de fevereiro de 2010 (S/PRST/2010/4), 25 de abril de 2012 (S/PRST/2012/16)] e 18 de dezembro de 2013 (S/PRST/2013/22); tráfico de armas de fogo (Resolução 2370 (2017) do Conselho, comércio ilícito de petróleo no mercado, outros recursos naturais, e extorsão [Resoluções do Conselho 2199 (2015), 2253 (2015) e 2368 (2017)]

¹⁴⁹ ALEX SCHMID, *Revisiting the relationship between terrorism and transnational organized crime 22 years later. ICCT- International Centre for Counter- Terrorism (Research Paper)*, (2018), p.31.

¹⁵⁰ FRANCESCO ROSSI, Vulnerabilidad, propaganda terrorista online y reclutamiento en el contexto del terrorismo Internacional, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 23, (2020), pp. 211-212: “ [O] recrutamento de terroristas conhecidos como “internacionais” ou “jihadistas” e a propaganda *online* são questões contemporâneas cruciais. O Estado Islâmico desenvolveu um aparelho de propaganda organizado e eficaz à escala global. Fora dos seus territórios, usa uma rede que apela a pessoas vulneráveis para se tornarem «combatentes terroristas estrangeiros» ou «lobos solitários»” (Tradução nossa)

¹⁵¹ EUROPOL - Serious and Organized Crime Threat Assessment (SOCTA), *Crime in the Age of Technology*, The Hague: Europol, 2017. [Em linha]. Disponível em:

realizadas em março de 2016 e novembro de 2015, respetivamente, revelaram o envolvimento de alguns dos autores em diferentes tipos de crime grave e organizado, incluindo o tráfico de drogas ilícitas, bem como contactos pessoais com grupos criminosos envolvidos no tráfico de armas de fogo e na produção de documentos fraudulentos.

Mais recentemente, pela Resolução 2482 (2019), na sua 8582^a reunião, em 19 de julho de 2019, o Conselho de Segurança, manifestando a preocupação de que os terroristas possam beneficiar do crime organizado, quer doméstico quer transnacional, como fonte de financiamento ou apoio logístico, exortou, mais um vez, os Estados-Membros a reforçarem a coordenação dos esforços a todos os níveis, a fim de reforçarem uma resposta global às ligações entre o terrorismo internacional e o crime organizado, sejam eles nacionais ou transnacionais, o que constitui um sério desafio e uma ameaça à segurança internacional.

1.6. O fenómeno do terrorismo: Em torno de um conceito

O terrorismo transnacional¹⁵² é um fenómeno complexo, de natureza reconhecidamente multidimensional, “poliédrico nas suas diferentes manifestações”¹⁵³, através do qual se visa o triunfo de uma ideologia dada a conhecer através da prática de atos de violência extrema. A este propósito, o conceito de terrorismo pode entender-se, como se refere no *Terrorism Situation and Trend Report* (TE-SAT) 2021, como “o conjunto de táticas violentas empregues principalmente por extremistas”¹⁵⁴. De resto, a reivindicação de atentados no sentido de conquistar espaço nos *mass media*, tem como objetivo central garantir uma presença constante no imaginário diário das sociedades, criando sentimentos coletivos de medo e de insegurança que transcendem o plano meramente individual, intimidando a comunidade no seu todo. Com a ocorrência do «11 de setembro», uma modalidade de terrorismo de tipo

<https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/crime-in-age-of-technology-%E2%80%93-europol%E2%80%99s-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017> [Consulta em 2 de maio de 2021]

¹⁵² MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS, Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo, *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 7, Artículo 7, (2009), pp.3-4. De acordo com este Autor distinguem-se três formas de terrorismo: terrorismo nacional ou interno, limitado, quer no seu funcionamento, quer nos seus objetivos, para o território de um Estado (caso do IRA ou da ETA); o internacional, que projeta as suas ações para além das fronteiras de um Estado, prosseguindo assim a internacionalização do conflito nacional (caso de grupos terroristas palestinianos); e terrorismo transnacional, caracterizado pela sua propagação por todo o planeta, mas sem ter qualquer referência local.

¹⁵³ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, Derecho penal del enemigo y teoría del Derecho Penal, In PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Terrorismo y contraterrorismo en el Seculo XXI. Una análisis penal y político-criminal*, Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2016, p.36.

¹⁵⁴ European Union (EU) Terrorism Situation and Trend Report (TE-SAT) 2021, p.11:” While there is no universally agreed definition of extremism, extremists generally aim to replace the liberal democratic order and alter the fundamental constitutional principles linked to it. Terrorism, therefore, can be considered to be a set of violent tactics employed mainly by extremists”.

religioso radical, ao qual subjaz a radicalização salafista-jihadista, o fenómeno do terrorismo converteu-se numa das principais ameaças à segurança internacional.

No contexto das diversas manifestações de terrorismo, BACELAR GOUVEIA identifica quatro tipos fundamentais de terrorismo identificáveis “ao longo dos últimos dois séculos”¹⁵⁵: o terrorismo anarquista, o terrorismo político-ideológico, o terrorismo nacionalista e o terrorismo salafista-jihadista.

Do ponto de vista do Direito Internacional, existe consenso sobre a atribuição à Sociedade das Nações de uma primeira aproximação a uma definição de “actos de terrorismo”, levada a cabo através da Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo, que foi adotada por 24 países membros da Liga das Nações, em 16 de novembro de 1937, sem que, todavia, se tenha tornado efetiva¹⁵⁶.

A literatura, praticamente inabarcável, sobre a temática do terrorismo, mostra que “não existe consenso internacional relativamente à formulação de uma definição legal de terrorismo”¹⁵⁷ ou, como diz CANCIO MELIÁ¹⁵⁸, a falta de consenso¹⁵⁹ sobre o conceito deriva de uma

¹⁵⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da segurança, Cidadania, Soberania e Cosmopolitismo*, 2ª ed.. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2020, pp. 87-88: ” (a) terrorismo anarquista, dominante no Séc. XIX e que esteve na base da I Guerra Mundial, tendo tido em Grávido Princip o seu máximo expoente; (b) Terrorismo político-ideológico, de cunho marxista, que se comprovou pelos atentados perpetrados, n Alemanha, pelo grupo Baader-Meinhof e, na Itália, pelas Brigate Rosse; (c) o terrorismo nacionalista, que se manifestou em diversos atentados que visavam lutar pela independência do território da Irlanda do Norte em relação ao Reino Unido e do País Basco em relação á Espanha e à França; (d) o terrorismo salafista-jihadista que em 11 de setembro de 2001 teve o seu maior momento, perpetrado pela Al Qaeda, ao que se seguiram diversos outros atentados em Londres, Madrid, Paris e noutros lugares”.

¹⁵⁶ O governo francês propôs, após o assassinato do Rei Alexandre I da Iugoslávia, em Marselha, por separatistas croatas e macedónios, que a Liga adotasse uma convenção sobre terrorismo. O artigo 1º, nº2 define atos de terrorismo como “atos criminosos dirigidos contra um Estado e com a intenção calculada de criar um estado de terror nas mentes de pessoas específicas ou de um grupo de pessoas ou do público em geral”. A Convenção especificava os tipos de ações antiestatais que eram considerados atos de terror (como, atacar funcionários públicos, chefes de Estado e suas famílias ou destruir instalações públicas) e requeria que os Estados signatários promulgassem leis que tornassem os atos terroristas ofensas extraditáveis na eventualidade de seus cidadãos cometerem o crime em um país estrangeiro. A convenção nunca se tornou efetiva, em parte porque as disputas entre os Estados membros sobre os artigos sobre a extradição evitaram a respetiva ratificação. Neste contexto, merece igualmente referência a Convenção para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, a qual, até 31/05/1938, contava com treze Altas Partes Contratantes. O Tribunal Penal Internacional que pretendeu criar, destinava-se a julgar pessoas acusadas apenas das condutas descritas na Convenção para a Prevenção e a Punição do Terrorismo (Artigo 1) e em cujo Preâmbulo se declarava: : “Um tribunal Penal Internacional com vista a progredir na luta contra as infrações de carácter internacional”. À semelhança da Convenção referida no parágrafo anterior, também esta não chegou a entrar em vigor.

¹⁵⁷ KAI AMBOS, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, 1ª ed., Madrid: Dykinson, 2007, pp. 16-17.

¹⁵⁸ MANUEL CANCIO MELIÁ *apud* ALEXANDRE WUNDERLICH, A criminalização do terrorismo no Brasil: a exceção do crime político a partir da Lei Nº 13260/2016, *In* VALENTE, Manuel Guedes, *Os Desafios do Direito (Penal) do Séc. XXI*. Lisboa: LEGIT Edições, 2008, p.112.

¹⁵⁹ Poderá dizer-se que haverá pelo menos consenso quanto à conotação pejorativa do termo terrorismo, geralmente utilizado contra inimigos ou oponentes, ou para aqueles de quem se discorda ou se prefere ignorar.

“enorme amplitude de situações que podem chegar a compreender um termo tão ambivalente”, pelo que «nenhuma definição pode abarcar todas as variedades de terrorismo que existiram ao longo da história»¹⁶⁰.

Parece poder afirmar-se, de acordo com a doutrina mais relevante, que o terrorismo é um conceito polissémico e de difícil definição, podendo ser considerado como subespécie da criminalidade altamente organizada. Escreve GUEDES VALENTE que o fenómeno do terrorismo é indubitavelmente um fenómeno político e, por isso, de consequências políticas, mas os atos terroristas são, na sua essência, um fenómeno jurídico-criminal pelo que, nesse sentido, pertencem ao mundo da justiça¹⁶¹.

Do ponto de vista jurídico-penal, para CANCIO MELIÁ o conceito jurídico-penal nuclear de terrorismo pode definir-se pela combinação de três fatores: a organização¹⁶², sublinhando-se a sua especial perigosidade, a utilização do terror como estratégia de comunicação, com a despersonalização das vítimas que tal implica, e, como terceiro fator, a direção política dos actos perpetrados¹⁶³.

A comunidade internacional continua dividida sobre uma definição universalmente consensualizada de terrorismo¹⁶⁴. Apesar do amplo consenso de que a ameaça do terrorismo deve ser abordada com sentido de urgência, as posições adotadas por cada país, organizações regionais e internacionais resultaram numa diversidade de abordagens, que radicam

Cfr. BRUCE HOFFMAN, *Inside Terrorism*. Revised and expanded edition. New York: Columbia University Press, 2006, p.23.

¹⁶⁰ WALTER LAQUEUR, *Una historia del terrorismo*, Barcelona: Paidós Iberica, 2003, p.7.

¹⁶¹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação judiciária...*, p.84.

¹⁶² MANUEL CANCIO MELIÁ, Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia, p.52:” [El] concepto operativo de organización es un concepto funcional. Esto significa que el contenido de la estructura que da lugar a la organización terrorista depende, fundamentalmente, de su idoneidad para la realización de las infracciones que caracterizan a la especie (cualificada) de organización criminal que constituyen las organizaciones terroristas. Desde esta perspectiva, la determinación de lo que son organizaciones terroristas está marcada por lo que hacen. Para la realización de la actividad terrorista, la primera necesidad es una especial densidad de la estructura interna, en la permanencia de una organización autónoma que está por encima de sus miembros individuales. En la doctrina científica y jurisprudencial se han elaborado diversos elementos para una concreción del concepto de organización. Cabe condensarlos en cuatro características esenciales: primera, debe haber habido un acto de asociación, de constitución como colectivo; segunda, vinculación de los intervinientes al colectivo (un «régimen de pertenencia»); tercera, permanencia de la organización; y cuarta, una determinada estructura interna, un modo de gobierno”.

¹⁶³ MANUEL CANCIO MELIÁ, Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia, In AA.VV. CUERDA RIEZU, Antonio (Coord.), *El Derecho Penal Ante el Fin de la ETA*. Madrid: Technos, 2016, p. 55.

¹⁶⁴ ALEX SCHMID, *Revisiting the Relationship between International Terrorism and Transnational Organized Crime 22 years Later*, p.5: “Embora as Nações Unidas não tenham feito um esforço no sentido de uma definição exata sobre o que considera “grupo terrorista”, tal não obsta a que tenham colocado numa “lista negra” centenas de entidades violentas como “terroristas”. A lista sancionatória de 2018 contém 385 entidades e 683 indivíduos “.

fundamentalmente em a opiniões divergentes sobre o que constitui terrorismo, em oposição ao exercício do direito dos povos à autodeterminação¹⁶⁵, consagrado na Carta das Nações Unidas. CHERIF BASSIOUNI exemplifica esta dificuldade com o caso do conflito israelo-palestiniano¹⁶⁶.

Já no final do ano de 2004, a Assembleia Geral das Nações Unidas, na Reunião A/59/565, de 2 de dezembro de 2004¹⁶⁷, divulgou o Relatório do Painel de Alto nível sobre ameaças, desafios e mudança, intitulado: «*Um mundo mais seguro: uma responsabilidade partilhada*» no qual os seus autores consideram que, no âmbito a segurança coletiva, em particular no desafio da prevenção, “a existência de seis *clusters* de ameaças que devem merecer a atenção e a preocupação do mundo, quer a nível atual, quer futuro, entre as quais o terrorismo¹⁶⁸.

¹⁶⁵ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo*, p. 76: “[D]urante décadas, os actos de violência de elementos dissidentes do poder instituído eram legitimados por uma ideologia de libertação da opressão política – própria dos sistemas jurídico-políticos totalitários e autoritários – ou destinada a implementar um sistema político (abstratamente) republicano democrático ou não, liberal, socialista ou marxista, e eram defendidos e apoiados por Estados ou movimentos revolucionários internacionais. Esta violência era direcionada ao titular do poder ou aos representantes legais do poder instituído. A violência gerada legitimava-se como originária e justificava-se como necessária a instauração de uma nova ordem jurídico-política”.

¹⁶⁶ CHERIF BASSIOUNI, Terrorismo: o persistente dilema da legitimidade, *Revista Liberdades*, nº 6, (2011), p.4: “[P]ara os Estados Unidos, sempre foi mais fácil advogar a autodefesa e a legitimidade, enquanto para os grupos prejudicados, as mesmas pretensões são mais difíceis de conseguir. Um bom exemplo é o conflito Israel-Palestina, no qual não importa o quão violento seja o ato de ataque: quando executado por Israel é legítimo, embora se admita eventual uso de força excessiva em casos isolados; por outro lado, quando a performance vem da Palestina, isso é quase sempre terrorismo”

¹⁶⁷ Cfr. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/59/565, 2 de dezembro de 2004. [Em linha]. Disponível em https://www.un.org/ruleoflaw/files/gaA.59.565_En.pdf. [Consulta em 27 de março de 2021].

¹⁶⁸ (1) ameaças de natureza económica e social, incluindo a pobreza, as doenças infecciosas e a degradação ambiental; (2) os conflitos entre Estados; (3) conflitos internos, incluindo guerra civil; (4) genocídio e outras atrocidades de grande escala; (5) armamento nuclear, radiológico, químico e biológico; terrorismo e; (6) criminalidade organizada transnacional.

2. O “COMBATE AO TERRORISMO” E A SOCIEDADE MUNDIAL DO RISCO

2.1. O “combate ao terrorismo”: uma estratégia multinível

2.1.1. A Organização das Nações Unidas e o “combate ao terrorismo”

No que ao terrorismo diz respeito, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem envidado esforços no sentido de abordar a questão do terrorismo internacional, embora não tenha optado, “inicial e vincadamente, por ‘condenar’ política e jurídico-criminalmente os actos terroristas. Iniciou a censurabilidade jurídico-criminal com a estatuição de actos ilícitos contra alvos diversos”¹⁶⁹. Reflexo disso é o apreciável número de convenções internacionais¹⁷⁰ sobre o fenómeno do terrorismo, embora de “fraca normatividade, face ao reduzido número de Estados vinculados e à imperfeição das soluções de ordem substantiva e processual que delas constam”¹⁷¹. Assim, embora afluando o objetivo da necessidade de repressão do terrorismo em circunstâncias discretas e de tipos específicos como uma questão de direito positivo, não foi possível, até à data, formular a definição de um “crime de terrorismo” baseado numa convenção global.

Tal não obsta que deva referir-se, pela sua relevância, que o Conselho de Segurança das Nações Unidas, enquanto principal responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais (Art.º 39º da Carta das Nações Unidas), tem vindo a adotar, ao longo dos anos, várias Resoluções, ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, destinadas a desenvolver mecanismos para lutar contra o terrorismo, que têm natureza obrigatória, impondo medidas vinculativas para os Estados-Membros sob a forma de sanções de natureza financeira, conhecidas por *smart sanctions*, dirigidas contra pessoas e entidades concretamente identificadas numa listagem comumente designada por “lista negra” e que têm como objetivo o congelamento de todos os fundos e recursos económicos que sejam propriedade das pessoas físicas e jurídicas. Com esta nova abordagem, o Conselho de

¹⁶⁹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação Judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo*, p.77.

¹⁷⁰ Convenção das Nações Unidas sobre a repressão da tomada ilícita de aeronaves, de 16 de dezembro de 1970; Convenção das Nações Unidas para a repressão de atos ilícitos contra a segurança da aviação civil, de 23 de setembro de 1971; Convenção das Nações Unidas sobre prevenção e punição de crimes contra pessoas internacionalmente protegidas, de 14 de dezembro de 1973; 6 Protocolo das Nações Unidas para a Supressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos ao serviço da Aviação Internacional, complemento da Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, de 24 de fevereiro de 1988; Convenção de Roma das Nações Unidas para a repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, de 10 de março de 1988; Convenção de Montreal sobre a deteção de explosivos plásticos, de 1 de março de 1991; Convenção de Nova Iorque para a repressão de atentados terroristas cometidos com bombas, de 15 de dezembro de 1997; 10 Convenção de Nova Iorque para a eliminação do financiamento do terrorismo, de 9 de dezembro de 1999 ; Convenção de Nova Iorque para a eliminação de actos de terrorismo nuclear, de 13 de abril de 2005.

¹⁷¹ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da segurança...*, p.220.

Segurança abriu caminho para um novo modelo de sanções que, diferentemente das tradicionais medidas, visam pessoas, grupos, empresas e entidades concretas, sendo que, salvaguardados aspetos relacionados com a proteção dos direitos fundamentais dos visados¹⁷², a doutrina valoriza na medida em que, para além de serem mais eficazes, são também mais justas e menos punitivas do que as sanções dirigidas contra Estados, cujo alcance acaba por afetar o bem-estar de toda a sua população civil¹⁷³.

No seguimento da Resolução 1267 (1999)¹⁷⁴, que estabeleceu um regime de “sanções inteligentes” (*smart sanctions*), no rescaldo dos atentados terroristas de «11 de setembro», o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 1373 (2001), datada de 28 de setembro de 2001, estabelecendo determinadas medidas para a prevenção e repressão do financiamento dos actos de terrorismo (*smart sanctions*), manifestando, igualmente, a preocupação sobre a estreita conexão que existe entre o terrorismo internacional e a criminalidade transnacional organizada e, mais tarde, a Resolução 1390 (2002) que, por sua vez, estabeleceu medidas em relação a Osama bin Laden, aos membros da organização Al-Qaeda, aos talibãs e outras pessoas, grupos, empresas e entidades com eles associadas, que figuram na lista elaborada em cumprimento das Resoluções 1267 (1999) e 1333 (2000), que foi alvo de atualizações com carácter regular pelo Comité de Sanções, órgão criado pela Resolução n.º 1267 (1999)¹⁷⁵.

Merece igualmente ser citada, entre outras, a Resolução 1566 (2004), datada de 8 de outubro de 2004, do Conselho de Segurança, instando a que os Estados cooperem com o “Comité contra o terrorismo”, quer com a sua Direção executiva, quer com o Comité de sanções contra a Al-Queda e contra os Talibãs. Esta Resolução formula indiretamente uma definição dos actos terroristas baseada na tipologia de crimes definida nos Convénios, Convenções e

¹⁷² Um passo importante no que respeita ao direito ao contraditório dos visados pelas *smart sanctions*, face à discricionariedade do Comité de Sanções na listagem ou deslistagem de pessoas, foi a criação, pela Resolução 1904 (2009), aprovada em 17 de dezembro de 2009, do “Gabinete do Provedor (Office of the Ombudsperson), independente e imparcial, com a ampliação do seu mandato nas Resoluções n.os 1989 (2011), 2083 (2012), e 2161 (2015), assinalando o Conselho de segurança na Resolução n.º 2253 (2015) adotada na sua 7587.ª sessão, em 17 de Dezembro de 2015 a contribuição significativa do Gabinete do Provedor para o reforço da imparcialidade e transparência, e recordando o firme compromisso do Conselho de Segurança em assegurar que o Gabinete do Provedor esteja em condições de levar a cabo o seu papel de forma eficaz e independente, em conformidade com o seu mandato. Acresce que, de acordo com o parágrafo 13 da Resolução 1822 (2008) e Resoluções subsequentes com ela relacionadas, nomeadamente o parágrafo 55 Resolução 2368 (2017), o Conselho de Segurança deliberou tornar acessível um sumário descritivo das razões subjacentes à inclusão na lista de sanções de uma pessoa, grupo, empresa ou entidade. A lista de sumários está disponível em linha: https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1267/aq_sanctions_list/summaries.

¹⁷³ MARIA LUÍSA DUARTE, O Tribunal de Justiça da União Europeia e o controlo indireto das decisões do Conselho de Segurança: sobre os critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais, *Themis*, nº 24-25, (2013), p.50.

¹⁷⁴ Cfr. Resolução do Conselho de Segurança 1267 (1999), de 15 de Outubro de 1999.

¹⁷⁵ Cfr. Resolução do Conselho de Segurança, 1390 (2002), de 16 de janeiro de 2002, nº2.

Protocolos internacionais relativos ao terrorismo¹⁷⁶, bem como recorda que as medidas a tomar pelos Estados devem ser adotadas em conformidade com o Direito Internacional e, em particular com as normas internacionais de Direitos Humanos, o Direito dos refugiados e o Direito Humanitário.

Saliente-se, ainda, a Resolução nº 2253 (2015), adotada na sequência dos graves atentados ocorridos em Paris em novembro de 2015 que insta todos os Estados-Membros a participarem ativamente na manutenção e na atualização da “Lista de Sanções” contra o ISIL (Da’esh) e Al-Qaeda¹⁷⁷, ao mesmo tempo que recorda a Resolução nº 2178 (2014) na qual expressava a preocupação com a ameaça contínua que o ISIL, a Al-Qaeda e as pessoas, grupos, empresas e entidades a estes associados representam para a paz e segurança internacionais, reafirmando a sua determinação em fazer face a essa ameaça em todos os aspetos, incluindo os actos terroristas perpetrados por combatentes terroristas estrangeiros.

Refira-se, por último, que, através da Resolução nº 60/228 da Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁷⁸, foi adotada, em 8 de setembro de 2006, a Estratégia Global Contraterrorista das Nações Unidas, que configura um quadro estratégico e operacional comum contra o terrorismo e assenta em quatro pilares: enfrentar as condições propícias à propagação do terrorismo, prevenção e combate ao terrorismo, fortalecimento da capacidade dos Estados para prevenir e combater o terrorismo e para fortalecer o papel do sistema das Nações Unidas e *assegurar o respeito pelos direitos humanos de todos e do Estado de Direito como base fundamental da luta contra o terrorismo*. No âmbito destes pilares fundamentais, foram elencadas medidas que visam prevenir e combater o terrorismo a nível global.

2.1.2. O Conselho da Europa, a União Europeia (UE) e Portugal no “combate ao terrorismo”.

A nível legislativo e no que concerne aos mais relevantes veículos jurídicos no domínio da prevenção e repressão do terrorismo, destacam-se a “Convenção do Conselho da Europa para a prevenção do terrorismo (2005)”¹⁷⁹ e a Diretiva 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra terrorismo, que substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho e altera a Decisão 2005/671/JAI do Conselho.

¹⁷⁶ “Actos criminais, incluindo contra civis, cometidos com a intenção de causar a morte ou lesões corporais graves, ou de tomar reféns com o propósito de provocar em estado de terror na população em geral, num grupo de pessoas ou numa determinada pessoa, intimidar uma população ou obrigar um governo ou uma organização internacional a realizar um acto, ou abster-se de o realizar”.

¹⁷⁷ Cfr. Resolução 2253 (2015), do Conselho de Segurança das Nações Unidas em 17 de Dezembro de 2015.

¹⁷⁸ A/RES/60/288, disponível em <https://undocs.org/A/RES/60/288> [Consulta em 8 de junho de 2021]

¹⁷⁹ Publicada no Diário da República I, n.º 142, de 23/07/2015.

No contexto europeu e no âmbito do Conselho da Europa, um instrumento multilateral relevante foi a Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo¹⁸⁰, concluída em Estrasburgo em 27 de janeiro de 1977 e assinada por Portugal na mesma data, com início de vigência na ordem jurídica internacional em 4 de agosto de 1978 e em 15 de março de 1982 na ordem jurídica interna. Pelo facto da Convenção da Liga das Nações de 1937 nunca ter entrado em vigor, a Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo foi o primeiro instrumento normativo internacional com carácter vinculativo explicitamente dirigido ao combate ao terrorismo¹⁸¹. Trata-se, como refere Manuel GUEDES VALENTE, de “uma Convenção que adota como censuráveis e antijurídicos os actos que convenções da ONU já tinham previsto, mas sem uma obrigação legal de cooperar – extraditar – indivíduos perseguidos criminalmente por crimes de terrorismo”¹⁸². Esta Convenção foi posteriormente modificada pela Decisão-Quadro do Conselho de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI), que substituiu as disposições da Convenção em matéria de extradição a partir de 01/01/2004 e pelo Protocolo à Convenção Europeia para a repressão do terrorismo¹⁸³.

Mais tarde, o Conselho da Europa, na linha de defesa da sociedade europeia do fenómeno do terrorismo, adotou para assinatura, aprovação e ratificação dos seus Estados-Membros a “Convenção Europeia para a Prevenção do Terrorismo”, em Varsóvia, a 16 de Maio de 2005, com o intuito de fortalecer a efetividade dos textos legais que já existem no âmbito do combate ao terrorismo, que veio a ser aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 101/2015 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 74/2015, vigente em Portugal desde 1 de dezembro de 2015¹⁸⁴. Posteriormente, no seguimento da aprovação, em 2014, da Resolução n.º 2178 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que estabeleceu algumas obrigações adicionais aos Estados-Membros relativamente à criminalização de um âmbito mais alargado do que se considera ser uma atividade terrorista, foi aberto à assinatura

¹⁸⁰ Aprovada pela Lei n.º 19/81, de 18 de agosto, publicada no Diário da República I, n.º 188 de 18 de agosto de 1981. Nota importante é que ao texto da Convenção foi formulada a reserva de que Portugal não aceitará a extradição como Estado requisitado quando as infrações sejam punidas com a pena de morte ou com penas ou medidas de segurança privativas da liberdade com carácter perpétuo no Estado requisitante.

¹⁸¹ PEDRO CAEIRO e MIGUEL ÂNGELO LEMOS, Content and impact of approximation: the case of terrorist offences, In GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne, coord., *Approximation of substantive criminal law in the EU The way forward*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 156. Nota 12.

¹⁸² MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação Judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo*, p.81.

¹⁸³ Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 133/2015, DR I, n.º 196, de 07 de outubro de 2015.

¹⁸⁴ Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/69861872>.

em Riga do Protocolo Adicional do Conselho da Europa para a prevenção do terrorismo¹⁸⁵, em 22 de outubro de 2015, que veio a ser assinado por Portugal em 15 de março de 2016.

O fim perseguido pela Convenção está essencialmente centrado na intensificação dos esforços a realizar pelas Partes no sentido de mitigar os seus efeitos negativos, pelo que a cooperação deverá privilegiar a troca de informações, o reforço da proteção física das pessoas e das infraestruturas e o aperfeiçoamento dos planos de formação e coordenação em contexto de crise¹⁸⁶.

Nos artigos 5º a 8º, a Convenção explicita os conceitos de “incitamento público à prática de condutas terroristas”, recrutamento” e “treino para o terrorismo”, esclarecendo o Art. 8º a irrelevância do resultado: “[P]ara que um acto constitua uma infração, tal como definido nos artigos 5º a 7º da presente Convenção não é necessário que a infração terrorista seja efetivamente cometida”. Porém, importa sublinhar que a Convenção não se aplica quando as infrações foram cometidas no território de um único Estado, o presumível autor for nacional desse Estado e se encontrar no seu território e, ainda, se nenhum outro estado tiver fundamento para, nos termos do disposto nos nºs 1 e 2 do Art.º 14º da Convenção, exercer essa competência.

Finalmente, no que se refere à proteção, reparação e auxílio às vítimas do terrorismo, o Art.º 13º da Convenção faz recair sobre os Estados a obrigação de adotar medidas para proteger e apoiar as vítimas de terrorismo, *as quais devem incluir, nomeadamente, de acordo com os sistemas nacionais adequados e sob reserva da legislação interna, o auxílio financeiro e a compensação das vítimas do terrorismo e dos membros do seu agregado familiar.*

A reforma institucional operada pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa também contribuiu de forma significativa para o reforço da atuação da União Europeia (UE) no

¹⁸⁵ Disponível em <https://rm.coe.int/168047c5ea>. Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2018; ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 7/2018. Diário da República I, n.º 9, de 12/01/2018

¹⁸⁶ No que tange à Convenção, destacam-se, pela sua relevância, os seguintes aspetos: (a) o reconhecimento da importância da intensificação da cooperação; (b) a necessidade de tomar medidas eficazes para prevenir o terrorismo e, em particular, para fazer face ao incitamento público à prática de infrações terroristas. Bem como no que diz respeito ao treino para o terrorismo; (c) a colocação da ênfase na situação precária das pessoas confrontadas com o fenómeno do terrorismo e, nesse contexto, reafirmando a sua profunda solidariedade com as vítimas do terrorismo, bem como com as suas famílias; (d) a afirmação inequívoca de que as infrações terroristas, bem como as infrações presentes na Convenção, independentemente dos seus autores, não são em caso algum, justificáveis por razões de natureza política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou similar; (e) o reconhecimento da necessidade de reforçar a luta contra o terrorismo e de reafirmação de que todas as medidas tomadas, quer para a prevenção, quer para a repressão das infrações terroristas *devem respeitar o Estado de Direito e os valores democráticos*, os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

combate ao terrorismo. A par com o terrorismo, a criminalidade grave e organizada continua a constituir o mais urgente desafio de segurança interna à UE ¹⁸⁷. No mais recente Relatório TESAT 2021 afirma-se que: “O reforço da cooperação policial e judiciária e a harmonização da legislação em matéria de terrorismo e da jurisprudência entre os Estados-Membros da UE ajudarão a consolidar o espaço de liberdade, segurança e justiça da UE” ¹⁸⁸.

É importante referir que, de facto, a “luta contra o terrorismo” constitui a primeira área relacionada com a Segurança interna da União Europeia em que os Estados-Membros decidiram trabalhar em conjunto. A cláusula de solidariedade do Art.º 222 (1) do TFUE no contexto da luta antiterrorista é particularmente elucidativa¹⁸⁹. Originária de uma declaração do Conselho Europeu, emitida após os atentados de Madrid, a cláusula foi inserida, primeiro no Tratado Constitucional¹⁹⁰ (Art.º I-43) e posteriormente, na sua substituição, no Tratado de Lisboa¹⁹¹. Dispõe o Art.º 222 que, para “impedir a ameaça terrorista no território dos Estados-Membros ou para “proteger as instituições democráticas e a população civil de um eventual ataque terrorista, deve a UE mobilizar todos os instrumentos ao seu dispor, incluindo os meios militares dos Estados-Membros”. Dispõe, ainda, que “a União deve agir de modo eficaz, procedendo para tal o Conselho Europeu “a uma avaliação periódica das ameaças com que a União se confronta”.

O evento do «11 de Setembro» promoveu, como afirma Anne WEYEMBERGH, o consenso da importância que a luta contra o terrorismo encerra no quadro do espaço da União e fez com que os Estados-Membros sentissem necessidade de “modernizar (ou dever-se-á dizer «ultrapassar?») os meios tradicionais de cooperação e progredir na construção de um espaço penal europeu”¹⁹².

Pouco antes dos eventos do «11 de setembro», o Parlamento Europeu adotou, em 5 de setembro de 2001, uma recomendação "Sobre o papel da UE na luta contra o terrorismo"¹⁹³, na qual exortou o Conselho da União a adotar decisões-quadro para harmonizar a

¹⁸⁷ EUROPOL (2021), European Union Serious and Organized Crime Threat Assessment (SOCTA), p.14.

¹⁸⁸ EU Terrorism Situation & Trend Report (TESAT), 22 de junho de 2021, p.11.

¹⁸⁹ As disposições contidas neste artigo manifestam uma vontade de coerência na ação global contra o terrorismo e demonstram o nível de ambição política e a importância crescente que a ameaça do terrorismo tem na arquitetura de segurança da União Europeia.

¹⁹⁰ O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa está publicado no JOUE C 310, de 16 de Dezembro de 2004. Devido aos referendos negativos em França e na Holanda, em Maio e Junho de 2005, respetivamente, este Tratado não entrou em vigor.

¹⁹¹ GIUSEPPE AMMENDOLA, *Brexit, the European Union...*, p.34.

¹⁹² ANNE WEYEMBERGH *apud* MANUEL GUEDES VALENTE, *Do mandado de detenção europeu*, p.60, Nota 129.

¹⁹³ Recomendação do Parlamento Europeu sobre o papel da União Europeia na luta contra o terrorismo (2001/2016 (INI)), 5 de setembro de 2001. (OJ C 72 E, 21.3.2002, p. 235)

criminalização do terrorismo, simplificar a extradição dos seus autores e criar um mandado de detenção europeu geral¹⁹⁴.

Uma semana após os ataques do «11 de setembro», a Comissão Europeia aprovou uma proposta de Decisão-Quadro sobre a “luta contra o terrorismo”¹⁹⁵, cujo memorando explicativo reitera que os métodos terroristas mudaram e considera que a nova legislação deve basear-se nas Convenções das Nações Unidas sobre atentados bombistas (1997) e no financiamento do terrorismo (1999), bem como na Convenção Europeia de 1977. A Comissão considera essencial proceder a essa harmonização, uma vez que a legislação contra o terrorismo difere consideravelmente de um país para outro. Alguns carecem de regulamentação específica e punem estes crimes como crimes comuns. Outros, por outro lado, dispõem de leis ou instrumentos jurídicos específicos relativos ao terrorismo, nos quais as palavras "terrorismo" ou "terrorista" são expressamente mencionadas e em que algumas destas infrações são definidas separadamente. É o caso em França, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Reino Unido¹⁹⁶.

A Decisão-Quadro (DQ) 2002/475/JAI, relativa à luta contra o terrorismo¹⁹⁷, teve como objetivo harmonizar as disposições penais¹⁹⁸ dos Estados-Membros da União Europeia em matéria de terrorismo. Mediante a necessidade cada vez mais premente de uma definição e incriminação uniforme de “atos terroristas”, a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, constituiu, sem dúvida, um marco importante na medida em que permitiu que a política de prevenção e repressão do terrorismo da União Europeia esteja dirigida contra uma ameaça unanimemente identificada e definida. Assim, a DQ 2002/475/JAI tem como objetivo garantir que os atos

¹⁹⁴ Foram quatro as Recomendações do Parlamento Europeu: Recomendação nº 1: Convida o Conselho a adotar uma decisão-quadro com o objetivo de aproximar as disposições legais que consagrem regras mínimas, a nível europeu, quanto aos elementos constitutivos das infrações penais e às sanções aplicáveis no domínio do terrorismo; Recomendação nº 2: Convida o Conselho a adotar uma decisão-quadro, tendo por objetivo a harmonização legislativa e a criação de um espaço europeu comum de liberdade, segurança e justiça, que instaure a supressão dos procedimentos formais de extradição e a adoção do princípio do Recomendado nº 3: Convida o Conselho a adotar uma decisão-quadro que preveja medidas que regulamentem e garantam a execução de um "mandado europeu de busca e captura" para efeitos de combate ao terrorismo, no contexto da ação contra a criminalidade, organizada ou não, o tráfico de seres humanos e os crimes contra crianças, o tráfico ilegal de drogas e armas, a corrupção e a fraude, tomando em consideração, em caso de multiplicidade de delitos, a gravidade respetiva das infrações em causa; Recomendação nº 4: Convida o Conselho a adotar os instrumentos jurídicos apropriados para que se proceda a uma aproximação das legislações nacionais em matéria de indemnização das vítimas de crimes de terrorismo.

¹⁹⁵ Cfr. COM (2001) 521 final, de 19 de setembro de 2001.

¹⁹⁶ Para uma análise das discrepâncias entre as legislações dos Estados-Membros ver COM (2001) 521 final, pp.19-21.

¹⁹⁷ Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 relativa à luta contra o terrorismo, 2002/475/JAI, JOCE, L 164, p. 21 e ss.

¹⁹⁸ A harmonização das sanções previstas teve como objetivo impedir que alguns Estados-Membros se tornem alvos mais fáceis do que outros para o estabelecimento de células terroristas.

terroristas sejam considerados como infrações¹⁹⁹ em todos os Estados-Membros da União e que sejam passíveis de sanções penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas²⁰⁰. À luz da DQ 2002/475/JAI, consideram-se como infrações terroristas todas as que sejam “susceptíveis de afetar gravemente um país ou uma organização internacional” com o propósito de “intimidar gravemente uma população”, “constranger indevidamente os poderes públicos ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato” ou ainda “desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país ou de uma organização internacional”²⁰¹.

Em 2007, a Comissão submeteu uma proposta para uma nova Decisão-Quadro²⁰², alterando a DQ 2002/475/JAI, tendo como objetivo introduzir a criminalização de três novas categorias de infrações relacionadas com as atividades terroristas, nomeadamente, «incitamento público à prática de infrações terroristas», o «recrutamento para o terrorismo» e o «treino para o terrorismo», que, do ponto de vista da Comissão se tornaram particularmente perigosas em face do alcance global viabilizado pelo uso das novas tecnologias, tais como a *internet*²⁰³.

A DQ 2008/919/JAI²⁰⁴ do Conselho, de 28 de novembro²⁰⁵, que altera a DQ 2002/475/JAI sobre a luta contra o terrorismo, estabeleceu três novas infrações ligadas ao terrorismo: o «incitamento público à prática de infrações terroristas», o «recrutamento para o terrorismo» e o «treino para o terrorismo»²⁰⁶, designadas por “Infrações relacionadas com as atividades

¹⁹⁹ A Decisão-Quadro 2002/475/JAI impõe a criminalização de três tipos de infrações: as infrações terroristas, previstas no artigo 1.º, as infrações relativas a um grupo terrorista, previstas no artigo 2.º e as infrações relacionadas com as atividades terroristas, no artigo 3.º.

²⁰⁰ Cf. Art.º 5.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI.

²⁰¹ Art.º 1.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI.

²⁰² Proposta para uma Decisão-Quadro do Conselho, alterando a Decisão-Quadro 2002/475/JAI sobre a luta contra o terrorismo COM (2007) 650 final, de 6 de novembro de 2007.

²⁰³ PEDRO CAEIRO e MIGUEL LEMOS, *Content, and impact of approximation: the case of terrorist offences*, p. 155.

²⁰⁴ Decisão-Quadro 2008/919/JAI, publicada no JO L 330 de 9.12.2008, p. 21-23

²⁰⁵ Nos considerandos Decisão-Quadro esta reforma justifica-se pelo facto de, nos últimos anos, a ameaça terrorista se ter intensificado por via das mudanças no *modus operandi*, incluindo a substituição de grupos estruturados e hierárquicos por pequenos grupos semiautónomos ligados entre si de forma flexível, que utilizam cada vez mais as novas tecnologias, nomeadamente a Internet, para inspirar e mobilizar redes terroristas locais e individuais na Europa e servem também de fonte de informação sobre meios e métodos terroristas, funcionando como um “campo de treino virtual”.

²⁰⁶ Cf. Art.º 1.º, n.º 1, da DQ 2008, que altera o artigo 3.º. As infrações relacionadas com atividades terroristas, definidas no artigo 3.º da DQ 2002, incluíam apenas o roubo agravado, a extorsão e a emissão de documentos administrativos falsos com vista à prática de infrações terroristas. As novas infrações foram acrescentadas nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 3.º e as infrações anteriores figuram agora nas alíneas d) a f) desse mesmo número. O Art.º 3.º da DQ 2002 passou a ter a seguinte redação: a) “Incitamento público à prática de infrações terroristas”, a distribuição, ou a difusão por qualquer outro modo, de uma mensagem ao público destinada a incitar à prática de qualquer das infrações enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º, sempre que tal conduta, ainda que não promova diretamente a prática de infrações terroristas, provoque o perigo de uma ou mais dessas infrações poderem ser cometidas; b) “Recrutamento para o terrorismo”, a solicitação a outra pessoa

terroristas”, que já haviam sido introduzidas na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, de 2005. Nos termos desta DQ, os Estados-Membros devem passar a criminalizar a cumplicidade na prática das novas infrações²⁰⁷, sendo que a criminalização da tentativa de recrutamento e de treino para o terrorismo é facultativa²⁰⁸.

O Art.º 2.º da DQ 2008 esclarece que não tem por efeito impor aos Estados-Membros a obrigação de tomarem medidas contrárias aos princípios fundamentais relativos à liberdade de expressão. O Art.º 3.º, n.º 1, recorda aos Estados-Membros a necessidade de assegurar que a criminalização seja proporcionada aos objetivos legítimos visados e necessários numa sociedade democrática, excluindo todas as formas de arbitrariedade e discriminação²⁰⁹.

No âmbito da estratégia da União Europeia para a segurança, no horizonte 2015-2020, visando a criação de uma «União da Segurança genuína e eficaz», o Conselho da União Europeia para os Assuntos Internos aprovou em junho de 2015, com uma revisão em dezembro do mesmo ano, um plano de ação que integrava um conjunto de medidas no sentido de melhorar a eficiência da luta contra o terrorismo, assente numa abordagem global e multidisciplinar, entre as quais se incluíam três iniciativas legislativas, aprovadas pelo Parlamento e pelo Conselho: uma nova Diretiva sobre o terrorismo²¹⁰, a Diretiva sobre armas de fogo²¹¹ e o Regulamento que modifica o Código Europeu de Fronteiras²¹².

Restringiremos voluntariamente a nossa análise, ainda que sumária, à Diretiva nº 2017/541, de 15 de março de 2017. De notar que esta nova Diretiva surge na sequência de uma onda de atentados terroristas ocorridos em solo europeu, dez anos depois dos atentados de Madrid (2004) e Londres (2005), de forte impacto mediático e geradores de um forte estado emotivo

para a prática de qualquer das infrações enumeradas nas alíneas a) a h) do nº 1 do artigo 1º ou no nº 2 do artigo 2º; c) “Treino para o terrorismo”, a instrução dada 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 efeitos da prática de qualquer das infrações enumeradas nas alíneas a) a h) do nº 1 do artigo 1º, sabendo que os conhecimentos ministrados se destinam a ser utilizados para essa finalidade.

²⁰⁷ Cfr. Art.º 1º, n.º 2, da DQ 2008, que altera o artigo 4.º da DQ 2002 (introduzindo um n.º 1).

²⁰⁸ Cfr. Art.º 1.º, n.º 2, da DQ 2008, que altera o artigo 4.º da DQ 2002 (aditando um n.º 4).

²⁰⁹ Cfr. COM (2014) 554 final, Bruxelas, 5 de setembro de 2014, p. 4: “Estas disposições refletem as garantias previstas no artigo 12.º da Convenção do Conselho da Europa. Além disso, as novas infrações não incluem de forma alguma a divulgação de material com objetivos científicos, académicos ou jornalísticos ou a manifestação de posições polémicas ou controversas em debates públicos acerca de questões políticas delicadas, que são garantidos pelo direito à liberdade de expressão”.

²¹⁰ A Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, sobre a luta contra o terrorismo, pela qual procedeu à substituição da Decisão-Quadro do Conselho 2002/475/JAI e se promoveu a alteração da Decisão do Conselho 2005/671/JAI.

²¹¹ A Diretiva (UE) 2017/433 da Comissão, de 7 de março de 2017, que modifica la Diretiva 2009/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, no que se refere à lista de produtos relacionados com a defesa.

²¹² Regulamento (UE) 2017/458 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, pelo qual se modifica o Regulamento (UE) 2016/399 no que se refere ao reforço dos controlos mediante comprovação nas bases de dados pertinentes nas fronteiras exteriores.

nas sociedades europeias suscetível de gerar, como diz GÓRRIZ ROYO, uma reação da política criminal de combate à chamada *last war* ²¹³.

No seu considerando nº 2, a Diretiva nº 2017/541²¹⁴ recorda que: “Os atos terroristas constituem uma das mais graves violações dos valores universais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade e do gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em que a União se funda. Esses atos representam também um dos atentados mais graves à democracia e ao Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros e nos quais assenta a União” E acrescenta no Considerando nº 4 que: “A ameaça terrorista cresceu e evoluiu rapidamente nos últimos anos. Os chamados «combatentes terroristas estrangeiros»²¹⁵ deslocam-se ao estrangeiro para fins de terrorismo e, quando regressam, representam uma ameaça grave para a segurança de todos os Estados-Membros, tendo, de resto, vindo a ser associados aos recentes atentados perpetrados e planeados em vários Estados-Membros. Além disso, a União e os seus Estados-Membros enfrentam a ameaça crescente de indivíduos que permanecem na Europa e que são inspirados ou instruídos por grupos terroristas no estrangeiro”. Reconhece, ainda, no seu Considerando nº 7, que: “Além disso, a natureza transfronteiriça do terrorismo requer uma resposta coordenada firme e uma cooperação forte nos Estados-Membros e entre estes e as agências e os órgãos da União competentes para a luta contra o terrorismo, incluindo a Eurojust e a Europol, e entre estes órgãos e agências²¹⁶”.

O principal objetivo da Diretiva nº 2017/541 foi o de unificar ou harmonizar a definição de determinadas infrações terroristas no domínio espacial da UE, bem como harmonizar a legislação europeia com a Resolução nº2178 do Conselho de Segurança das Nações Unidas,

²¹³ ELENA GÓRRIZ ROYO, Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO 1/2019 de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22-01, (2020), p.3. Tradução nossa.

²¹⁴Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0541&from=PT>.

²¹⁵ ALICIA GONZÁLEZ MONGE, Amenazas a la seguridad y privacidad *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, (2017), p. 272, nota 26: “[S]egún un estudio reciente, de los 4.000 combatientes extranjeros que proceden presuntamente de Estados miembros de la UE, alrededor del 30% han regresado a sus países de origen. Estos combatientes extranjeros retornados han estado vinculados a los atentados terroristas de 2015 y 2016. Algunos han recibido instrucciones específicas de volver a Europa a cometer atentados terroristas, difundir propaganda de Daesh y radicalizar y reclutar a más personas. B. Van Ginkel y E. Entenmann (eds.), *The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union, Profiles, Threats & Policies*, ICCT International Centre for Counterterrorism, The Hague, April 2016. Disponible en: https://www.icct.nl/wp-content/uploads/2016/03/ICCT-Report_ForeignFighters-Phenomenon-in-the-EU_1-April-2016_including-AnnexesLinks.pdf.”

²¹⁶ Para esse fim, há que utilizar eficazmente os instrumentos e os recursos de cooperação disponíveis, como as equipas conjuntas de investigação e as reuniões de coordenação assistidas pela Eurojust. O caráter global do terrorismo requer uma resposta internacional, o que implica o reforço da cooperação da União e dos Estados-Membros com os países terceiros relevantes. Tendo em vista a preservação e obtenção de provas eletrónicas, são também necessárias uma resposta coordenada firme e uma cooperação forte”.

de 2014, sobre combatentes estrangeiros. E, concretamente em matéria penal, tem por objeto o estabelecimento regras mínimas relativas à definição detalhada das infrações penais e das sanções em matéria de infrações terroristas, infrações relacionadas com um grupo terrorista e infrações relacionadas com atividades terroristas, bem como como medidas de proteção, apoio e assistência às vítimas do terrorismo.

Tem-se argumentado que uma definição comum de terrorismo tal como foi introduzida pela legislação europeia terá tido um papel relevante no âmbito da cooperação policial e judiciária no sentido em que ajudou a construir uma “linguagem comum” que contribuiu para o reforço da confiança mútua no âmbito da cooperação entre os Estados-Membros²¹⁷.

Impõe-se uma nota sobre a questão da execução das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU (*smart sanctions*), por parte da União Europeia, que requer um duplo acto, articulando-se, portanto, em dois momentos: num primeiro momento, o Conselho adota uma decisão em matéria de PESC (Política Externa e de Segurança Comum), que prevê sanções contra pessoas inscritas na lista elaborada pelo do Comité de sanções e, num segundo momento, essa decisão é executada através de um Regulamento²¹⁸. Termos em que foi aprovada a Posição Comum 2001/930/PESC, de 27 de dezembro de 2001, relativa à luta contra o terrorismo, que criminaliza o fornecimento ou recolha voluntária de fundos, por parte dos cidadãos, ou no território dos Estados-Membros da União Europeia, quando haja intenção de serem utilizados para perpetrar atos de terrorismo e prevê, em consequência, o congelamento de bens e outros ativos financeiros ou recursos económicos²¹⁹ e a Posição Comum 2001/931/PESC, de 27 de dezembro de 2001²²⁰, relativa à implementação de medidas específicas de combate ao terrorismo, que estabelece uma *lista* de pessoas, grupos ou entidades envolvidas em atos terroristas aos quais se aplicam medidas de congelamento de fundos e outros ativos financeiros ou recursos económicos, que deve ser regularmente revista²²¹ e “deve ser elaborada com base em informações precisas ou em elementos do processo que demonstrem que foi tomada uma decisão por uma autoridade competente sobre as pessoas, grupos e

²¹⁷ PEDRO CAEIRO, Concluding Remarks, In GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne (Coords.), *EU Counterterrorism Offences. What impact on National legislation and case-law?*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p.305.

²¹⁸ NUNO PIÇARRA, Terrorismo e direitos fundamentais: as smart sanctions na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e no Tratado de Lisboa, In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.717.

²¹⁹ Cfr. Artigos 1º e 2º da Posição Comum do Conselho de 27 de Dezembro de 2001 sobre o combate ao terrorismo (2001/930/PESC), JOCE L 344 de 28/12/2001, p. 90 e ss.

²²⁰ Cfr. Posição Comum 2001/931/PESC do Conselho, de 27 de dezembro de 2001, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo (JO L 344 de 28.12.2001, p. 93)

²²¹ Cfr. Artigo 1º, nº6 da Posição Comum de Conselho de 27 de Dezembro de 2001 relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo (2001/931/PESC), JOCE L 344 de 28/12/2001, p.93 e ss.

entidades visados”²²². Em 5 de fevereiro de 2021, o Conselho adotou a Decisão (PESC) 2021/1422 , que atualiza a lista de pessoas, grupos e entidades a que se aplicam os artigos 2.º, 3.º e 4.º da Posição Comum 2001/931/PESC (“a lista”)²²³. Foi igualmente aprovado o Regulamento (CE) n.º881/2002 de 27 de Maio, que impõe certas medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas às organizações EIIL (Daesh) e Al-Qaeda, nomeadamente o Art.º 7º , n.º 1, alínea a), e o Art.º 7º -A, n.º 5²²⁴, alterado pelo Regulamento de execução (UE) 2021/350 da Comissão, de 25 de fevereiro de 2021, que altera pela 318ª vez o Regulamento (CE) n.º 881/2002 do Conselho²²⁵.

No que diz respeito a Portugal, são de assinalar dois veículos jurídicos de natureza distinta: a Resolução do Conselho de Ministros nº7-A/2015, de 20 de fevereiro²²⁶, que aprovou a “Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo” (ENCT) e a Lei nº 52/2003, de 22 de agosto, entre outros diplomas que entretanto entraram em vigor.

A referida estratégia “funda-se no compromisso²²⁷ de combate ao terrorismo em todas as suas manifestações, que implica a “mobilização, coordenação e cooperação de todas as estruturas nacionais com responsabilidade direta e indireta no domínio do combate à ameaça terrorista e uma concretização, ao nível nacional, dos imperativos de natureza interna, europeia e internacional de combate ao terrorismo” e assenta essencialmente no reconhecimento de que o “terrorismo constitui uma das mais sérias ameaças à subsistência do Espaço europeu de liberdade, segurança e justiça e do Estado de Direito democrático, enquanto ameaça difusa, que encontra na Europa um terreno fértil para eventuais manifestações extremistas, radicais e de agressões violentas”. Por outro lado, esta nova orientação governamental surgiu na sequência das estratégias europeias sobre a matéria do terrorismo, conforme consta do parágrafo 3º do preâmbulo da ENCT²²⁸.

²²² Idem, artigo 1º, nº4.

²²³ Decisão (PESC) 2021/142 do Conselho, de 5 de fevereiro de 2021, que atualiza a lista de pessoas, grupos e entidades a que se aplicam os artigos 2.º, 3.º e 4.º da Posição Comum 2001/931/PESC, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo, e que revoga a Decisão (PESC) 2020/1132 (JO L 43 de 8.2.2021, p. 14).

²²⁴ JO L 139 de 29.5.2002, p. 9.

²²⁵ JO L 68 de 26.2.2021, p. 182.

²²⁶ Publicada no Diário da República, 1.ª série — N.º 36 — 20 de fevereiro de 2015, pp. 1022 e ss.

²²⁷ Compromisso que, nos termos do ponto nº 2 da “Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo”: “respeita a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa, o direito originário da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os princípios constitucionais do Estado Português, a política de luta contra o terrorismo da União Europeia e desenvolve -se na estrita observância dos princípios da necessidade, da adequação, da proporcionalidade e da eficácia, das liberdades cívicas, do Estado de Direito e de liberdade de escrutínio”.

²²⁸ “A Estratégia Antiterrorista da União Europeia, complementada pela Estratégia da União Europeia de Combate à Radicalização e ao Recrutamento para o Terrorismo e pelos planos de ação relativos à sua

A ENCT aponta como objetivos estratégicos detetar, prevenir, proteger perseguir e responder, procurando, deste modo, combater o terrorismo em todas as suas manifestações²²⁹. Neste documento, o Governo indica, ainda, como linhas de ação para o objetivo estratégico da deteção, “o robustecimento das estruturas responsáveis pela produção, coordenação e partilha de informações relevantes na identificação da ameaça terrorista” e “o reforço dos meios de produção, tratamento e análise de informações”, entre outras.

Em matéria de “combate” ao terrorismo, realça-se a Lei de Combate ao Terrorismo (LCT), aprovada pela Lei nº 52/2003, de 22 de agosto, alterada pela Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, pela Lei nº 25/2008, de 5 de julho, pela Lei nº 17/2011, de 3 de maio e pela Lei nº 60/2015, de 24 de junho, na sequência da Decisão-Quadro nº 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de junho. A 7ª alteração, introduzida pela Lei nº 16/2019, de 14 de fevereiro, é a versão mais recente, em vigor, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI e altera a Decisão 2005/671/JAI do Conselho (Art.º 1º da LCT).

A Lei nº 52/2003, de 22 de agosto, que transpõe para a ordem interna a Decisão-Quadro nº 2002/475/JAI, do Conselho, apresenta, de acordo com FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO, as seguintes inovações: “No plano formal-sistemático, a disciplina das ditas infrações foi retirada do Código Penal²³⁰ e passa a encontrar-se em legislação extravagante. No plano substantivo, o direito português incrimina agora as condutas relativas ao terrorismo

implementação e da Estratégia revista sobre o financiamento do terrorismo, representam marcos importantes no combate integrado ao terrorismo, promovendo a abordagem coesa e concertada do fenómeno, bem como o seu acompanhamento e avaliação permanentes”.

²²⁹ JÚLIO PEREIRA, Vigilância Vídeo, Interseção preventiva de Comunicações e Contraterrorismo, *Revista Nação e Defesa*, nº 152, (2019), pp. 39-41: *Detetar*, identificando precocemente potenciais ameaças terroristas, mediante a aquisição do conhecimento essencial para um combate eficaz, tanto na perspetiva do seu desmantelamento isolado, quanto na deteção de outros focos de ação terrorista. A recolha, tratamento e análise de dados e informações e a sua disponibilização recíproca entre entidades responsáveis neste domínio, quer no território nacional, quer no estrangeiro, permite antecipar o conhecimento e a avaliação de ofensivas em preparação; *Prevenir*, conhecendo e identificando as causas que determinam o surgimento de processos de radicalização, de recrutamento e de atos terroristas. O domínio dos factos que potenciam a sua expansão permite a adoção de medidas que obstem ao seu surgimento e desenvolvimento; *Proteger*, fortalecendo a segurança dos alvos prioritários, reduzindo, quer a sua vulnerabilidade, quer o impacto de potenciais ameaças terroristas. A proteção concretiza-se no aumento da segurança das pessoas, das fronteiras, da circulação de capitais, das mercadorias, dos transportes, da energia e das infraestruturas críticas, nacionais e europeias; *Perseguir*, desmantelando ou neutralizando as iniciativas terroristas, projetadas ou em execução, bem como as suas redes de apoio, impedindo as deslocações e as comunicações e o acesso ao financiamento e aos materiais utilizados em atentados e submetendo os agentes das condutas terroristas à justiça; *Responder*, gerindo operacionalmente todos os meios a utilizar na reação a ocorrências terroristas. A capacidade de resposta permite limitar as suas consequências, quer ao nível humano, quer das infraestruturas. A resposta incide, ainda, na assistência, tendo em consideração as necessidades especiais das vítimas e das testemunhas.

²³⁰ O artigo 11.º da LCT revogou os artigos 300.º e 301.º do Código Penal.

internacional (Art.º 3º - Outras organizações terroristas -, e Art.º 5º- Terrorismo internacional). Além disso, as modalidades de ação foram modificadas de acordo com o disposto na Decisão-quadro e as pessoas coletivas e equiparadas passam a responder pelo cometimento destes crimes, em termos que, aliás, não são totalmente coincidentes com aqueles que usualmente regulam tal responsabilidade”²³¹.

Ainda no que respeita à nossa ordem jurídica, em matéria de prevenção e repressão do terrorismo, parecem-nos relevantes as duas notas seguintes. Em primeiro lugar, realçar a importância da Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, constante da Lei nº 83/2017, de 18 de agosto, alterada pelo Decreto-Lei nº 144/2019, de 23 de setembro e pela Lei nº 58/2020, de 31 de agosto, através da qual se “...estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e transpõe parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção e utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, bem como a Diretiva 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016 que altera a Diretiva 2011/16/EU, no que respeita ao acesso a informações anti branqueamento de capitais por parte das autoridades fiscais”. E, em segundo lugar, no âmbito da segurança interna, a LSI (Lei da Segurança Interna) foi objeto de importante alteração, operada pela Lei nº 59/2015, de 24 de junho, modificando a organização e o funcionamento da Unidade de Coordenação Antiterrorismo (UCAT), que sofreu uma revisão assinalável²³², confirmada pelo Decreto Regulamentar nº 2/2006, de 23 de agosto, que estabeleceu o “... regime aplicável à organização e funcionamento da UCAT” (Art.º 1º). De acordo com HERMÍNIO JOAQUIM DE MATOS: “a UCAT poderá vir a assumir um papel preponderante na recolha, processamento, análise e difusão de informações relativas à prevenção do fenómeno terrorista, em geral, bem

²³¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO, A lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 52/2003, de 22 de agosto), *RLJ*, Ano 135º, n.º 3935, (2005), p.70. No que respeita às penas aplicáveis, consideram os Autores que: “Já as penas aplicáveis aos chefes e participantes de uma organização terrorista (respetivamente, 15 a 20 anos de prisão e 8 a 15 anos de prisão) surgem como manifestamente desproporcionadas, sobretudo se comparadas com as penas aplicáveis aos crimes de terrorismo propriamente ditos, que implicam as mais das vezes lesões efetivas de bens jurídicos de elevada dignidade. Porém, a agravação injustificada das molduras penais (45) deve-se, não a uma escolha do legislador português, mas sim a uma deficiência da versão portuguesa do artigo 5.º, n.º 2, da Decisão- quadro, que é diferente de todas as outras. Com efeito, aquilo que as outras versões da norma preveem é que o limite máximo da pena aplicável ao chefe de uma organização terrorista não possa ser inferior a 15 anos de prisão, e que o limite máximo da pena aplicável ao participante da organização não possa ser inferior a 8 anos de prisão (46)!”

²³² JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da Segurança* ... (2ª ed.). p. 703

como no que concerne ao terrorismo internacional de matriz islamista, em particular”²³³, questão que, dizemos nós, poderá assumir relevância acrescida num futuro próximo, em que o terrorismo islâmico poderá voltar a configurar-se como uma ameaça de primeira ordem no cenário geopolítico internacional.

2.2. As reações dos Estados Democráticos ao fenómeno do terrorismo

A prevenção e a repressão do terrorismo integram-se num sector dos sistemas jurídicos das sociedades democráticas, onde dois princípios essenciais, tanto dos indivíduos como dos próprios Estados, entram em conflito de forma mais intensa: a liberdade e a segurança²³⁴.

Na regulação jurídica do fenómeno do terrorismo colidem, com especial veemência²³⁵ e relevância, garantias dos direitos e liberdades individuais com exigências de segurança coletiva²³⁶, entendendo-se o terrorismo como algo que atenta contra os fundamentos e valores básicos dos sistemas constitucionais liberais. Razão pela qual os governos consideram que a sua prevenção e repressão se impõe como algo necessário para preservar o próprio Estado de Direito Democrático, vinculando a efetividade do referido objetivo com a adoção de medidas excecionais²³⁷, muitas delas nos limites, outras que infringem claramente os limites constitucionais do Direito penal de um Estado de Direito, como é o caso do *USA Patriot Act*, e da militarização de justiça no seguimento dos ataque terroristas do 11 de setembro de 2001, “cujos meios não interessam, mas sim os fins, aumenta o nível de violência, aumenta o número de aderentes à causa e aumenta as receitas e as formas de financiamento do terrorismo”²³⁸.

Em 1999, no prefácio de um estudo realizado nos Estados Unidos da América, JENKINS colocava a questão sobre a forma de “combater o novo terrorismo”, configurando, em alternativa, duas opções ou conceitos de abordagem: guerra ou crime, identificando, sobre

²³³ HERMÍNIO JOAQUIM DE MATOS *apud* JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da Segurança ...* (2ª ed.). p. 704.

²³⁴ ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal, *In* AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2007, p.95.

²³⁵ MANUEL CANCIO MELIÁ, Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo, p. 163: “[A] questão que se coloca é a de saber se a nossa sociedade está disposta a sucumbir perante os riscos emanados do terrorismo, ou estará, pelo contrário, disposta a assumir restrições às liberdades”.

²³⁶ JOSÉ LUÍS GONZÁLEZ CUSSAC, *El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, *In* GÓMEZ COLOMER, J.L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. coord., *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 80.

²³⁷ MANUEL CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p.1: “[E]xiste uma preocupação relativamente ao facto do excesso de garantias induza passividade dos órgãos de persecução penal e da jurisdição penal”.

²³⁸ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação Judicial em matéria penal no âmbito do terrorismo*, p.86.

cada uma delas, os prós e os contras²³⁹. Neste registo, WILLIAM H. TAFT IV (Assessor do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América), defendeu que o quadro jurídico mais adequado para regulamentar o uso da força na guerra contra o terrorismo seria o Direito dos conflitos armados²⁴⁰.

Ao inegável excesso cometido pelos terroristas nos ataques do «11 de setembro», responderam os EUA com excesso, igualmente manifesto, designado por “guerra contra o terrorismo”, reação imediata que derrubou todos os muros de contenção. O *USA Patriot Act* “desedificou a pessoa como sujeito de direitos e deveres”²⁴¹ e abriu caminho à aberração jurídica – à crueldade humana - da prisão de Guantanamo.

A assunção mimética da lógica bélica, essa lógica de inimigo de que se nutre o terrorismo, como gérmen da esquizofrenia belicista²⁴², conduziu, mais uma vez, “a cair na armadilha do provocador: abandonar os caminhos do Direito e deixar-se seduzir pelo poder da força”²⁴³. A declaração de “guerra ao terrorismo” por parte dos Estados Unidos da América materializou-se em “terrorismo de Estado”, que ZOI ALIOSI considera “a pior, mais perigosa e imoral forma

²³⁹ BRYAN MICHAEL JENKINS, Prefácio. In LESSER, Ian O.; HOFFMAN, Bruce; ARQUILLA, John; RONFELDT, David; ZANINI, Michele, *Countering the new terrorism*. Washington: RAND, 1999: “*Should the United States deal with terrorism as crime or as a mode of warfare? The two concepts have entirely different operational implications. If terrorism is considered a criminal matter, we are concerned with gathering evidence, correctly determining the culpability of the individuals responsible for a particular act, and apprehending and bringing the perpetrators to trial. Dealing with terrorism as a criminal matter, however, presents a number of problems. Evidence is extremely difficult to gather in an international investigation where all countries might not cooperate with the investigators. Apprehending terrorists abroad is also difficult. Moreover, the criminal approach does not provide an entirely satisfactory response to a continuing campaign of terrorism waged by a distant group, and it may not work against a state sponsor of terrorism [...]. Whether military force is an effective deterrent is problematical. Military force also has its drawbacks. It can result in friendly casualties and the death of innocent bystanders; it can create terrorist martyrs and provoke retaliation; it can alienate world public opinion and reduce international cooperation; and declaring war on terrorism leaders puts the United States into open-ended asymmetrical contests*”.

²⁴⁰ WILLIAM H. TAFT IV, *The Law of Armed Conflict After 9/11: Some Salient Features*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 28, nº 2, (2003), p. 320: “[O] Direito dos conflitos armados constitui o quadro jurídico mais adequado para regulamentar o uso da força na guerra contra o terrorismo. As primeiras reações internacionais ao 11 de setembro, iniciadas pela Resolução 1368 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 12 de setembro de 2001, incluindo a invocação da Organização do Tratado do Atlântico Norte (NATO) da disposição do Artigo V do Tratado sobre a autodefesa coletiva, demonstraram o reconhecimento generalizado de que a situação deveria ser encarada como um início de um conflito armado. Teria sido difícil prever tal reação antes do 11 de setembro. No entanto, considerar estes ataques como implicando o Direito dos conflitos armados refletiu a compreensão de que eram diferentes em escala, efeito, motivação e caráter de outros atos terroristas”. Tradução nossa.

²⁴¹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do inimigo e o terrorismo*, p.140.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ ADELA ASÚA BATARRITA, Terrorismo y conductas periféricas. la tensión de los principios penales en los límites del derecho In ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Coord.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Tomo II, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp.35-36.

de terrorismo”²⁴⁴. Nas palavras de GUEDES VALENTE: “adoção de uma reação belicista, securitária e justicialista a todos os níveis e justificadora de toda e qualquer restrição ou limitação desproporcional dos direitos e liberdades fundamentais pessoais”²⁴⁵. Primeiro pela invasão do Afeganistão, perpetrada por uma coligação internacional, devidamente sancionada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas [Resolução nº 1368(2001)]²⁴⁶, sob a liderança do Estados Unidos, justificando a ação armada como um exercício do "direito imanente de autodefesa", previsto no Art.º 51.º da Carta das Nações Unidas, com base em "ataques preventivos" e "ameaças iminentes”. Posteriormente, os Estados Unidos conduziram, com o apoio de vários outros Estados, uma intervenção armada no Iraque, desta feita sob uma grande controvérsia internacional e sem a aprovação expressa do Conselho de Segurança.

O USA *Patriot Act*²⁴⁷, de 26 de Outubro de 2001, aprovado pelo Congresso norte-americano, através das Resoluções nºs 107-39 e 107-40²⁴⁸, apenas com o voto contra do senador democrata Russell Feingold²⁴⁹, “eliminou a ideia de ser humano e reintroduziu na esfera da topologia segurança a teoria do inimigo sob a égide do Direito Penal”²⁵⁰, demonstrando a

²⁴⁴ ZOI ALIOZI, A critique of state terrorism, *The crit: critical legal studies journal*, Vol. 6, Nº 1, (2012-2013), p.66.

²⁴⁵ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação Judicial em matéria penal no âmbito do terrorismo*, p.86

²⁴⁶ Em 12 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança aprovou, por unanimidade, a Resolução 1368 (2001), cuja principal novidade reside na invocação do direito à autodefesa individual ou coletiva nos termos do Art.º 51º da Carta das Nações Unidas, apelando solenemente a todos os Estados-Membros para que trabalhem em conjunto "para levar à justiça os autores, organizadores e patrocinadores" dos atos terroristas e para "redobrar os seus esforços para os impedir e suprimir". Esta Resolução é considerada um ponto de viragem, uma vez que legitimava o uso da força para combater o terrorismo

²⁴⁷ Este diploma é o acrónimo para “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001”, constituindo uma resposta, por parte do Congresso Norte-Americano, aos atentados terroristas que tiveram como alvo as Torres Gémeas do World Trade Center, na cidade de Nova Iorque, e o Pentágono, no dia 11 de Setembro de 2001. Tendo sido implementado na vigência da Administração do Presidente George W. Bush, esta medida legislativa concedeu largos poderes à Administração Norte-Americana, ampliando o seu poder na luta contra o terrorismo, o que culminou num forte cerceamento das liberdades dos cidadãos, em especial no que diz respeito ao direito à reserva da intimidade da vida privada.

²⁴⁸ Resolução nº107-39, que outorga a legitimidade, por parte do Senado e da Câmara dos Representantes, para responder aos ataques em termos bélicos. [Em linha]. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ39/pdf/PLAW-107publ39.pdf> [Consulta em 2 de junho de 2021]; Resolução nº107-40, que autoriza ao Presidente a fazer uso das Forças Armadas contra "nações, organizações ou pessoas que, conforme determinado por elas, tenham planeado, autorizado, cometido ou apoiado ataques ou protegido tais organizações ou pessoas, ou para impedir qualquer acto futuro de terrorismo internacional contra os Estados Unidos por tais nações, organizações ou pessoas". [Em linha]. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf> [Consulta em 2 de junho de 2021]

²⁴⁹ CHRISTOPHER MICHAELSEN, Balancing Civil Liberties against national security? A critique of Counterterrorism, *UNSW Law Journal*, vol.29, nº2, (2006), p. 2, nota 6: “[Na] sua declaração de voto, o senador democrata do Wisconsin, Russell Feingold salientou que "preservar a nossa liberdade é uma das principais razões pelas quais estamos agora envolvidos nesta nova guerra contra o terrorismo. Perderemos essa guerra sem disparar um tiro se sacrificarmos as liberdades do povo americano”. Tradução nossa.

²⁵⁰ MANUEL GUEDES VALENTE, *Segurança. Um tópico em reconstrução*, p.125.

influência da teoria de Gunther Jakobs (Direito penal do inimigo ver *infra*, Ponto 4) no ordenamento jurídico norte-americano²⁵¹.

O *USA Patriot Act*, enquanto legislação de emergência que atribuiu poderes excepcionais ao Presidente²⁵², restringiu severamente os direitos fundamentais dos cidadãos²⁵³, em especial estrangeiros, permitindo a interseção de comunicações sem autorização judicial prévia, a possibilidade de detenção de pessoas por tempo indeterminado, sem qualquer acusação formal, caso fosse considerado haver motivos bastantes para crer que constituíssem um “perigo a segurança nacional”, a (re)abertura do debate sobre a legalização da tortura como meio eficaz de investigação ou de obtenção de informações no âmbito da “luta contra o terrorismo, a criação de tribunais especiais que primavam pela ausência de garantias processuais (v.g. habeas corpus, regras especiais, limitações ao direito de defesa, etc.), ou, *last but not the least*, o programa de sequestros ilegais e detenções em cárceres secretos realizados pela CIA, em alguns países europeus²⁵⁴, com especial destaque para o programa de detenção secreta e de entregas extraordinárias da CIA, que contribuiu para um enfraquecimento da proteção dos direitos humanos.

A cumplicidade e participação de certos Estados europeus no transporte e detenção ilegais de prisioneiros suscitou, em 2005, a atenção do Parlamento Europeu, que manifestou a sua preocupação com “a possibilidade de, no contexto da luta contra o terrorismo internacional

²⁵¹ No mesmo sentido, ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal pós-moderno*, pp. 165 e ss.

²⁵² MIREILLE DELMAS-MARTY, *Libertés et sécurité. Les mutations de l'État de Droit*, p. 471: « [Le] système constitutionnel américain, inspiré du droit anglais, ne prévoit pas explicitement d'état d'exception. Mais il admet (selon la Common Law en Angleterre et selon la Constitution aux États-Unis) la possibilité, dans la seule hypothèse d'un acte de guerre, de suspendre l'habeas corpus et donner des pouvoirs exceptionnels à l'exécutif. Le dispositif post 11 septembre 2001 n'est donc pas fondé sur une habilitation constitutionnelle explicite mais sur les pouvoirs exceptionnels reconnus au président en raison de l'état de guerre par la résolution votée par le Congrès (à la quasi-unanimité) le 14 septembre 2001 ».

²⁵³ Sobre o impacto do *USA Patriot Act* na restrição dos direitos fundamentais ver JOHN VERVAELE, *La Legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges*, passim.

²⁵⁴ Sobre este asunto GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, *El regreso del concepto “seguridad del Estado” como bien jurídico autónomo y una consecuencia: La participación de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EE.UU.*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 43, (2009), p. 98: “[Al] respecto, la Organización de las Naciones Unidas, en la Aplicación de la Resolución de la Asamblea General 60/251, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos” 25, se ha pronunciado sobre la práctica por parte de EE.UU. de detenciones ilegales, torturas, vuelos y cárceles secretas, contraviniendo el artículo 9 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos. Además, se denuncia la existencia de centros de detención secretos, ubicados fuera de los territorios sometidos a la jurisdicción de Estados Unidos y administrados por la CIA, donde se aplican técnicas de interrogatorio contrarias a los Convenios internacionales. También se reconoce la existencia de cárceles secretas en otros países a los que Estados Unidos traslada a los detenidos, bajo la administración de los países anfitriones con asistencia financiera de la CIA y, a veces, con su misma dirección —desde Afganistán y países del Oriente Medio a Europa Oriental—. Igualmente, la citada Resolución confirma la realización de “entregas extraordinarias” en las que los detenidos son interrogados por agentes de inteligencia extranjeros con el objetivo de intercambiar información”.

em curso desde o 11 de Setembro, terem sido violados direitos fundamentais europeus e internacionais”²⁵⁵, e a sua “profunda preocupação com o papel alegadamente desempenhado pela CIA no rapto, no transporte e na detenção secreta de suspeitos de atos de terrorismo”²⁵⁶, bem como com a existência de locais secretos de detenção da CIA no território da União Europeia e de países candidatos e em vias de adesão”²⁵⁷

Como afirma, com razão, PORTILLA CONTRERAS: “Os campos de concentração – Guantanamo (que nas palavras de MIR PUIG: “é a *expressão mais descarnada do abandono do Estado de Direito*”²⁵⁸) -, os cárceres e os voos secretos da CIA, os centros de tortura no Iraque, etc., são os lugares eleitos na pós-modernidade para suspender o Direito, as garantias jurídicas, os sítios em que a violência fundadora do “não-Direito” se transforma numa contra violência preventiva legalizada. Uma excecionalidade que transcende de um direito que se suspende a si mesmo quando o “príncipe” decide la existência de um perigo para a conservação do Estado”²⁵⁹.

Na Europa, porém, foi adotada uma linha de atuação substancialmente diferente. Enquanto o modelo norte-americano concebeu a resposta como um problema de defesa nacional, o modelo europeu considerou a resposta como um problema de segurança interna²⁶⁰. Tanto as medidas adotadas pelo Conselho da Europa como, posteriormente, as tomadas a nível da União Europeia (UE) não assumem a posição de direito da "guerra", enquadrando-se no sistema jurídico comum, valendo aqui a referência ao papel desempenhado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que tem repetidamente salientado que “nem tudo vale” na luta contra o terrorismo e que os direitos humanos devem, de qualquer modo, ser respeitados. Por outro lado, embora a complexidade do terrorismo como fenómeno criminal requeira uma resposta em que convergem múltiplos fatores, as evidências empíricas sobre os

²⁵⁵ Resolução do Parlamento Europeu de 15 de Dezembro de 2005 sobre a alegada utilização de países europeus para o transporte e detenção ilegal de prisioneiros pela CIA, Parágrafo D, JOUE 286 E de 23/11/2006, p. 509.

²⁵⁶ As “*extraordinary renditions*” (entregas extraordinárias) consistem na prática extrajudicial pela qual um indivíduo suspeito de terrorismo é detido de forma ilegal ou irregular pelas autoridades de um Estado para ser entregue aos agentes dos EUA ou transferidos para um terceiro Estado de forma secreta e submetidos a métodos “reforçados” de interrogatório, no sentido da extração de informações posteriormente transmitidas às autoridades norte-americanas. As restituições extraordinárias levantam problemas jurídicos sem precedentes, uma vez que essas transferências são realizadas em clara violação do normativo normas nacional e internacional em matéria de extradição e deportação, mas também de vários instrumentos de proteção dos direitos humanos, nomeadamente através da práticas de prisão arbitrária, desaparecimentos forçados, transferência forçada, tortura, negação de acesso a funcionários consulares, e negação de tribunais imparciais

²⁵⁷ Cfr. Nota 255 *supra*, parágrafo 6.

²⁵⁸ SANTIAGO MIR PUIG, Evolución de las ideas políticas y evolución del Derecho penal, *Libertas- Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 0, (2012), p.16. Tradução nossa.

²⁵⁹ GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, *El regreso del concepto “seguridad del Estado” como bien jurídico autónomo y una consecuencia...*, p. 100.

²⁶⁰ ANTONIO FERNÁNDEZ TOMÁS, *Terrorismo, Direito Internacional Público e Direito da União Europeia*, p. 5.

resultados de uma política criminal orientada no sentido, quase exclusivo, do endurecimento penal, que embora em certa medida pareça inevitável²⁶¹, podem mostrar-se, *a posteriori* contraproducentes e disfuncionais.

2.3. Em busca da segurança: um novo paradigma?

“Parafraseando Beck (2017) no seu livro póstumo ”A Metamorfose do Mundo”²⁶², os êxitos que acontecem diante de nós, próprios da sociedade moderna, já não se tornam compreensíveis mediante termos como «evolução», «revolução» ou «transformação», porque não vivemos apenas num mundo que se encontra apenas a mudar, mas antes no meio de uma metamorfose”²⁶³

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

2.3.1. Sobre a «sociedade do risco» e a (re)interpretação da segurança

Num mundo globalizado, pensar a segurança é, reconhecidamente, uma tarefa complexa, um tópico jurídico em reconstrução²⁶⁴. A natureza e o significado da segurança foram alvo de uma mudança de perspetiva na sociedade pós-moderna, face à ampliação da agenda da segurança internacional em resultado de surgimento de uma nova criminalidade, desterritorializada e mais violenta e difusa, com repercussão indelével nas sociedades, em geral, e, em especial, nas que se organizam em Estados sociais e democráticos de Direito.

Fala-se, hoje, da necessidade de uma «segurança global», no seio da qual se podem perspetivar, basicamente, duas abordagens. Uma que mantém o Estado como objeto central da Segurança (perspetiva estadocêntrica) enquanto a outra, de enfoque humanista, prioriza a sua atenção na pessoa e nos seus inerentes Direitos Humanos, dotados da característica de universalidade que lhe é conferida pela DUDH.

²⁶¹ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...*, pp. 86-87: “[A] necessidade de responder à globalização e à sua criminalidade é geralmente concebida em termos punitivistas, isto é, de evitar hipotéticas lacunas, bem como de reforçar os modelos jurídicos e criminais face a manifestações de criminalidade que criam uma forte sensação de insegurança, não só para os indivíduos, mas também - e de uma forma muito especial - para os próprios Estados. Se a isto se acrescentar o défice óbvio de execução (*Vollzugsdefizit*) das regulamentações penais nestas áreas, dada a magnitude da tarefa assumida, parece razoável pensar que a menor certeza da consequência jurídico-criminal (ou seja, a natureza seletiva inevitável da repressão) se possa ver compensada por uma maior severidade da repressão (isto é, com um reforço dos aspetos simbólicos da sanção)”. Tradução nossa.

²⁶² ULRICH BECK, *A Metamorfose do Mundo*. Lisboa: Edições 70, 2017.

²⁶³ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *A Metamorfose do Direito penal no Estado de Direito*, p. 85.

²⁶⁴ MANUEL GUEDES VALENTE, *Segurança – um tópico jurídico em reconstrução, passim*.

Num contexto de governança global, surge o novo “paradigma da segurança humana”, orientado no sentido da proteção de valores fundamentais de toda a Comunidade Internacional, que veio substituir o tradicional conceito político-estadual. Trata-se de um conceito omnicomprensivo, que a todos respeita, apresentado de forma pioneira, em 1994, no âmbito do Relatório sobre Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), tendo-se densificado desde então²⁶⁵. Na sua essência, este documento estabelece uma agenda de segurança concentrada na proteção dos requisitos básicos da vida humana, secundarizando a soberania do Estado face às questões de segurança humana, dando prioridade aos interesses vitais dos seres humanos sobre os do próprio Estado.

Parece poder afirmar-se que vivemos hoje numa sociedade de risco, conceito cunhado e desenvolvido por ULRICH BECK (1944-2015), em 1986²⁶⁶, sintetizando um novo e crescente interesse pela temática do risco, elevando-o ao nível de paradigma explicativo e representativo da sociedade contemporânea²⁶⁷. Simbolicamente, traduz-se em uma espécie de metáfora do presente que se infiltrou na consciência política e quotidiana²⁶⁸, com influência indelével ao nível do Direito Penal. Acompanhamos SOUSA MENDES quando afirma que: “[N]enhum outro sociólogo teve tanta influência no pensamento jurídico nosso contemporâneo como ULRICH BECK”²⁶⁹.

De acordo com o diagnóstico de ULRICH BECK, reiteradamente (re)confirmado por indesmentíveis evidências e que ainda hoje se mantém atual²⁷⁰, as sociedades contemporâneas confrontam-se, num ambiente de «modernidade reflexiva»²⁷¹, indutor de um “dinamismo

²⁶⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional da segurança*, pp.16 e 17. Refere o Autor que a segurança humana está baseada na seguinte tipologia de dimensões: segurança económica, alimentar, sanitária, ambiental, comunitária e política.

²⁶⁶ ULRICH BECK, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne* (Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1986).

²⁶⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE e Ana ISABEL PÉREZ CEPEDA, *Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones*, p.50.

²⁶⁸ DAVID SAN MARTIN SEGURA, *Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo*, In PÉREZ CEPEDA; Ana Isabel; BERNUZ BENEITEZ, María José (Coord.), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, Logroño: Universidad de la Rioja, 2006, p.81.

²⁶⁹ *Idem*, p.116.

²⁷⁰ ULRICH BECK, Retorno a la teoría de la «sociedad del riesgo», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, nº 30, (2000), pp. 9 e 19: “[Os] pilares básicos que sustentavam a teoria da sociedade do risco no princípio dos anos 90, mantêm-se no Séc. XXI, ao mesmo tempo que se reforça o seu carácter global, a tal ponto que hoje a «sociedade do risco passou a ser a «sociedade do risco global. Fala-se hoje de uma «glocalização dos riscos», na medida em que eles são reconstruídos global e localmente”. (Tradução nossa). Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Controlar e punir – o direito penal em mudança?*, p. 159: “[o] seu diagnóstico não perdeu atualidade e é hoje reforçado pela crise energética, as alterações climáticas, a disrupção dos sistemas económico e financeiro, as pandemias ou pela criminalidade grave organizada e pelo terrorismo global”.

²⁷¹ ULRICH BECK, La reinvencción de la política: hacia una teoría da modernización reflexiva, In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony y LASH, Scott, *Modernización reflexiva Política, tradición y estética en el orden social*

conflitual”²⁷², com a insegurança inerente ao projeto de sociedade industrial da pós-modernidade, por via da ocorrência de situações globais de ameaça provenientes, fundamentalmente, da própria ação humana²⁷³, cujo potencial deletério é inimaginável”²⁷⁴, e que podem ter como consequência, pura e simplesmente, o fim da vida”²⁷⁵.

Após o 11 de setembro, ULRICH BECK identificou três tipos diferentes de riscos globais fundamentais, cujos efeitos se potenciam mutuamente: Riscos ecológicos (derivados do desenvolvimento tecnológico-crise ecológica), riscos financeiros (crises financeiras globais) e riscos ligados ao terrorismo internacional (redes terroristas globais)²⁷⁶. Na tese de ULRICH BECK vislumbram-se, ainda, alguns aspetos, cuja explicitação nos parece pertinente. Em primeiro lugar, o Autor define a sociedade atual como *uma segunda modernidade*²⁷⁷, como resultado da globalização das atividades económicas, políticas e culturais²⁷⁸. Um segundo aspeto prende-se com a realidade dos nossos dias, vista aos olhos do Autor: “Emerge, assim, na sociedade do risco, em pequenos e grandes saltos (...) o potencial político das catástrofes.

moderno. Madrid: Alianza Editorial, 1997 (2001, 2ª Reimpresión), p. 17: “[a] «modernidade reflexiva», enquanto modernização em grande escala, é um fenómeno que reveste grande importância no contexto da política, essencialmente por duas razões. Por um lado, implica profundas inseguranças, dificilmente delimitáveis e, por outro, virá acompanhada de nacionalismos, pobreza massiva, fundamentalismo religioso, de facções e fés diversas, crises económicas, crises ecológicas, possivelmente de guerras e revoluções, sem esquecer os estados de emergência provocados pelos grandes acidentes catastróficos”.

²⁷² ULRICH BECK, *La reinvencción de la Política: hacia una teoría da modernización reflexiva*, p. 17.

²⁷³ ULRICH BECK, *Sociedade do risco. Rumo a uma outra modernidade*. No início da sua obra que relata a sociedade do risco, Ulrich Beck dá um exemplo que de certa forma sintetiza muitas das conclusões da sua teoria. Através de uma diferenciação entre a sociedade industrial e a sociedade do risco, o Autor refere o acidente de Chernobyl, uma vez que a catástrofe que ali ocorreu afetou milhares de pessoas que nada tinham que ver com a atividade de produção energética que aí ocorria. O risco derivou da própria ação humana.

²⁷⁴ PAULO SOUSA MENDES, *Sociedade de risco, política ambiental europeia e direito penal do risco*, In GOMES, Carla Amado e TERRINHA, Luís Heleno (Coord.), *In memoriam Ulrich Beck*, Atas do colóquio promovido pelo ICJP e pelo CIDP em 22 de Outubro de 2015, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas-Centro de Investigação de Direito Público, 2016 p. 118.

²⁷⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da Doutrina Penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.158.

²⁷⁶ ULRICH BECK, *The terrorist Threat. World risk society revisited*, *Theory, Culture & Society*, vol. 19, nº4. (2002), pp. 41,43 e 44.

²⁷⁷ ULRICH BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo y respuestas a la globalización*, p. 27 e ss. Segundo o Autor “A primeira modernidade foi produzida com a construção política do Estado-Nação que configurou fortemente a sociedade circunscrita ao território correspondente”. Tradução nossa.

²⁷⁸ ULRICH BECK, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, p. 307 e ss. De acordo com o Autor, “Numa primeira etapa o Estado-Nação era uma espécie de «Estado - contentor», porque no interior das suas fronteiras os diversos aspetos da vida dos súbditos ou cidadãos estavam bem definidos: a língua oficial, a religião, o sistema económico e político e o sistema educativo. Com a globalização das atividades económicas, políticas e culturais, quebrou-se o contentor. Há aspetos que revelam uma transição no sentido de uma segunda modernidade: os imigrantes formaram grupos culturais ou religiosos homogéneos dentro dos estados; por outro lado, porque, graças à internet formam-se comunidades «virtuais» que contribuem para a união dos que estão distantes; e porque há cidadãos que sentem que pertencem simultaneamente a diversos países”. (Tradução nossa)

A sociedade do risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o “estado de exceção” ameaça converter-se em normalidade”²⁷⁹. Um terceiro e último aspeto refere-se à diferença entre a instituição social básica que se verifica na sociedade de classes e na sociedade do risco. Nas palavras do Autor: “A solidariedade da carência é substituída pela *solidariedade do medo*, que emerge como força política. Em lugar do sistema axiológico da sociedade «desigual» (a sociedade de classes), surge o sistema axiológico da sociedade «insegura»²⁸⁰ (sociedade do risco) em que o “trato com o medo e com a insegurança se convertem, biográfica e politicamente, em uma qualificação civilizatória chave”²⁸¹.

A sociedade do risco é uma sociedade *complexa*²⁸² que infunde medo e insegurança que, por sua vez, alimenta e amplia perigos e ameaças de difícil responsabilização individual, devido ao seu carácter volátil e grande amplitude. A globalização encarregou-se de ampliar a percepção de vulnerabilidade e de incerteza, face ao impacto e alcance das novas ameaças, pelo que a segurança ganha especial relevo enquanto antónimo da incerteza.

Um sentimento de insegurança originado por uma experiência de uma época de fluidez, de uma «modernidade líquida», como lhe chamou ZIGMUNT BAUMAN, que se traduz no ruir dos referenciais de estabilidade que regulavam a vida social, antes das profundas transformações sociais originadas pelo processo de globalização neoliberal. Nas palavras do Autor:” Chegou o tempo da liquefação dos padrões de dependência e interação”²⁸³.

Na sociedade do risco e “governada pelo risco”²⁸⁴, o referido sentimento de insegurança na comunidade, ampliado pelos meios de comunicação social, que “comercializam a criminalidade e a sua repressão”²⁸⁵ e reforçam, frequentemente, reivindicações vingativas e exemplares²⁸⁶, gera uma insegurança subjetiva que extravasa, muitas vezes, os níveis de risco objetivo (real)²⁸⁷, para além de percepções inexatas quanto ao objeto sobre o qual deva recair

²⁷⁹ ULRICH BECK, *Sociedad del riesgo...*, p.28.

²⁸⁰ ULRICH BECK, *Sociedad del riesgo...*, p.58.

²⁸¹ DAVID SAN MARTIN SEGURA, *Retórica y gobierno del riesgo. La construcción...*, p.85

²⁸² DANIEL INNERARITY, *A sociedade invisível. Como observar e interpretar as transformações no mundo atual*, Lisboa: Editorial Teorema, 2009, pp. 8-9.

²⁸³ ZIGMUNT BAUMAN, *Modernidade Líquida*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 13.

²⁸⁴ DAVID SAN MARTIN SEGURA, *Retórica y gobierno del riesgo. La construcción...*, p.73.

²⁸⁵ PETER-ALEXIS ALBRECHT, *El derecho penal en la intervención de la política populista*, Granada: Comares, 2000, p. 480: “[C]omercializa-se a criminalidade e a sua repressão como mercadoria da indústria cultural. Consequentemente, a imagem pública dessa mercadoria é trazida de forma espetacular e omnipresente, superando inclusivamente a fronteira do que é empiricamente constatável”.

²⁸⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*, p.156.

²⁸⁷ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...* (2001), p.28.

o medo do cidadão²⁸⁸. Uma realidade aumentada por uma sensação de impotência²⁸⁹ que, por seu turno, alimenta a descrença da população nas tradicionais instâncias de ordenação social, levando-as a buscar no Direito Penal a resposta às suas demandas de proteção em relação aos novos riscos que são percebidos como ameaçadores.

A clássica dialética entre liberdade e segurança (re)ganhou especial relevância no contexto da atual sociedade globalizada, «sociedade de risco mundial», sobretudo a partir dos acontecimentos do 11 de setembro de 2001, data que marcou indelevelmente o panorama da comunidade internacional. A literatura sobre o tema é praticamente inabarcável e uma grande parte dela tem tentado calibrar o impacto daquele evento epocal no que respeita ao conceito de segurança, mas não subsistem quaisquer dúvidas de que, desde então, uma onda de temor se estendeu pela grande maioria dos países ocidentais, transformando o risco de terrorismo numa ameaça global credível. A envergadura destes atentados terroristas tornou evidente para as sociedades ocidentais a sua vulnerabilidade, chegando a afirmar-se que tais atos terroristas constituíram uma ameaça à vida e convivência das sociedades democráticas, ao mesmo tempo que geraram uma sensação de alarme e de insegurança, com reflexos na alteração dos sistemas penais dos Estados de Direito democráticos.

A globalização e o rápido progresso dos meios tecnológicos e de comunicação permitiram a rápida difusão de ideias extremistas as quais, por serem exploradas por grupos terroristas, tem potenciado a criação de um clima de medo e ameaça a nível internacional. A nível europeu, este panorama de “insegurança global”, amplificado com o 11 de Setembro de 2001 e pelos atentados que se lhe seguiram em território europeu, complexificou a definição da “ameaça” bem como o trabalho das forças governamentais e de segurança na elaboração de políticas contrterroristas: o terrorismo é uma ameaça não só de origem externa, mas também interna, planeado e perpetrado por indivíduos que vivem e são radicalizados em território europeu.

Das lições que se podem retirar dos atentados de «11 de setembro», ULRICH BECK entende que, face á ameaça terrorista, o contexto de risco individual se transformou em risco sistémico e retira a seguinte lição: “a segurança nacional já não é nacional [...]. Todos os sinais de identidade que caracterizam a imagem genérica do Estado moderno, as fronteiras que separam

²⁸⁸ JOSÉ LUÍS DIÉZ RIPOLLÉS, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº7, (2005), p.4.

²⁸⁹ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...* (1999), p.22.

o interior do exterior, a polícia do exército, o crime da guerra e da paz, são derrubadas. Sem elas, o Estado-Nação é um conceito *zombi*. Parece estar vivo, mas já não está”²⁹⁰.

A chamada pós-modernidade ou tardo-modernidade trouxe uma sociedade cognitivamente insegura e demonstra que a segurança tende a erigir-se como um valor quase absoluto, suplantando a liberdade e a igualdade, especialmente em episódios de crise ou de grande incerteza. Realidade que ULRICH BECK captou com especial acuidade, como se pode concluir das suas palavras: “[O] poder e a legitimidade do Estado baseiam-se na promessa de segurança. A liberdade chega a parecer, ou parece a todo o momento, secundária. Como sociólogo, estou convencido que o risco da liberdade é o mais frágil dentre os riscos globais que a sociedade experimentou até agora”²⁹¹.

Face a uma profunda transformação da atitude social face ao crime²⁹², a segurança tornou-se uma preocupação permanente e a sociedade mostra-se cada vez mais disponível para ceder liberdade a troco de segurança²⁹³, reclamando do Estado um arsenal de meios efetivos de luta contra o crime e de repressão da violência, como forma de obter uma proteção total, sem qualquer lacuna, frente às novas situações de ameaça²⁹⁴. O termo "sociedade de risco" tornou-se, pois, uma referência constante na Política Criminal e na Dogmática Penal.

Uma sociedade que vive com medo, na angústia da incerteza que gera um sentimento geral de insegurança sobre o qual se constrói, no seio de um substrato emocional favorável, um processo de reordenação axiológico que conduz à priorização e redefinição da segurança enquanto valor político. O medo e o sentimento de insegurança que emergem no seio da sociedade da pós-modernidade, «sociedade do risco global», de ULRICH BECK ou da «sociedade líquida» de ZIGMUNT BAUMAN, criam a desconfiança na capacidade do Direito Penal para fazer face à prevenção e repressão de uma nova criminalidade de elevada danosidade social²⁹⁵.

Em oposição aos movimentos clássicos do liberalismo, orientados no sentido de restringir o *ius puniendi* do Estado, a “sociedade pós-industrial do risco” reclama a expansão do Direito

²⁹⁰ ULRICH BECK, *As instituições de governança global*, ..., p.52.

²⁹¹ ULRICH BECK, El riesgo de la libertad digital: un reconocimiento demasiado frágil, *Cuadernos del Mediterráneo*, n.º 22, (2015), p.313.

²⁹² ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Prefácio (Lei e Crime, O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador...), pp.5-8.

²⁹³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, A Política Criminal no Estado de Direito do século XXI – os desafios da segurança, *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Vol. 1, nº1, 2020, p. 19.

²⁹⁴ BLANCA MENDOZA BUERGO, Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo, *In La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, p.83.

²⁹⁵ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*, p. 76.

Penal, para que este ponha um fim “ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança”²⁹⁶, sem se importar que, para isso, seja necessária a mitigação das garantias clássicas do Estado de Direito, fruto do Iluminismo.

Como escreve Anabela MIRANDA RODRIGUES, em reflexão dirigida ao crime na sociedade globalizada: “Criminalidade e medo da criminalidade marcam a contemporaneidade” e passaram a ter eco numa “política criminal de segurança”²⁹⁷, em que “a pena é a metáfora para apontar o remédio”²⁹⁸ e a “segurança emerge com um novo estatuto, cujo traço é a redução ao penal”²⁹⁹.

Parece, pois, poder afirmar-se, com GUEDES VALENTE que o “apaziguamento da comunidade cognitivamente insegura tem promovido uma política criminal e consequentemente um Direito penal instrumento de políticas de segurança”³⁰⁰.

A metáfora da “guerra contra o crime”, configura-se, nas palavras de Mireille DELMAS-MARTY, como “propaganda ideológica do populismo penal, a metamorfose de uma inquietude”³⁰¹, que se consolida nas democracias pós-modernas³⁰². Entre as principais causas explicativas desta nova abordagem funcionalista está a politização do Direito penal enquanto instrumento de propaganda política da “ideia de segurança”³⁰³ que, como nos recorda FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA: “só faz sentido se servir à liberdade e não se servir a si própria”³⁰⁴.

2.4. (De novo) o binómio liberdade-segurança: um equilíbrio (im)possível?

*“A liberdade presume-se, a restrição da liberdade
justifica-se”*³⁰⁵

LUÍS GRECO

²⁹⁶ *Idem*, p.30

²⁹⁷ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Política criminal – Novos desafios, velhos rumos, In AA.VV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 207 e ss.

²⁹⁸ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Controlar e punir..., p.162.

²⁹⁹ *Idem*, p.163.

³⁰⁰ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito penal. Fundamentos político-criminais*, p. 118.

³⁰¹ MIREILLE DELMAS-MARTY, ¿Il paradigma della guerra..., p.21.

³⁰² ELENA LARRAURI, Populismo Punitivo y como Resistirlo, *Jueces para la Democracia*, nº 55, (2006), pp. 15-18. A Autora aponta quatro fatores explicativos condições de consolidação do “populismo punitivo” nos países ocidentais: (a) o *neoliberalismo económico*, que rompe com a ideia de Estado Social e define formas de governar através do crime, consolidando Estados punitivos; (b) o neoconservadorismo político, que enfatiza a mensagem da periculosidade da delinquência; (c) o sentimento de insegurança ontológica, derivado dos novos riscos e da desagregação da comunidade local e do grupo familiar tradicional, que se projeta nos grupos económico-sociais mais vulneráveis; e (d) o aumento continuado do delito e seu redimensionamento em formas de crime organizado e transnacional”

³⁰³ MAXIMO DONINI, ¿Una nueva Edad Media penal? ..., pp. 197 e ss.

³⁰⁴ FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA, Liberdade e Segurança em Direito Penal: O Problema da Expansão da Intervenção Penal, *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Vol. 1, nº 1, (2013), p.71.

³⁰⁵ LUÍS GRECO, Por que inexistem deveres absolutos de punir, *Católica Law Review*, Vol. 1, nº 3, (2017), p.117

A posição maioritária, quer no discurso político e na opinião pública, quer na doutrina e na jurisprudência, é a de que no âmbito da prevenção e repressão do terrorismo o que está em causa é o (difícil e delicado) balanço entre liberdade e segurança, influenciado pelo binómio, igualmente sensível, “liberalismo-comunitarismo”³⁰⁷. Sublinha, com acerto, GEORG JELLINNEK que: “[A]o redor de dois pontos candentes gira toda a vida do género humano: o indivíduo e a coletividade. Compreender a relação entre ambos, unir harmoniosamente essas duas grandes potências que determinam o curso da história, pertence aos maiores e mais árduos problemas com que a ciência e a vida se defrontam. Na ação, como no pensamento, prepondera ora um, ora outro, dentre esses fatores”³⁰⁸.

O equilíbrio, sempre delicado³⁰⁹, do clássico binómio liberdade-segurança revitaliza-se pelo sinal de alarme que deriva das consequências das novas formas de criminalidade organizada e altamente violenta e, em especial, do «novo terrorismo», que se revela de alcance global.

A denominada “guerra contra o terrorismo” tem sido responsável por levar a já antiga tensão entre segurança e liberdade ao seu limite mais extremo. Pode afirmar-se que o binómio liberdade-segurança está mais do lado da segurança do que nunca esteve³¹⁰. Nas palavras expressivas de GONZÁLEZ CUSSAC:” [P]assámos da desculpa da “liberdade como pretexto”

³⁰⁶ WINFRIED HASSEMER, *Processo Penal e Direitos fundamentais*, p. 18.

³⁰⁷ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Seguridad, libertad, sociedad de riesgo y “derecho penal del enemigo*, In BERNUZ BENEITEZ, María José y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Coord.), *La Tensión entre Libertad y Seguridad. Una Aproximación Socio-jurídica*, Logroño: Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, 2006, p. 108. “[A] dialética liberdade-segurança estão subjacentes diferentes tradições filosófico-políticas que explicam os termos da relação de modo diverso: o liberalismo e o comunitarismo. Contrariamente à ênfase liberal na razão e nos direitos individuais básicos, o comunitarismo defende que, dessa forma, se desvaloriza a importância da comunidade, condição indispensável para a criação de um quadro social coeso e justo”.

³⁰⁸ GEORG JELLINNEK *apud* PAULO BONEVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8º ed. São Paulo: Malheiros Editores Lda., 2007, p. XVII.

³⁰⁹ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *A cooperação judiciária internacional*, In: PALMA, Maria Fernanda, (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Almedina, S.A., 2004, p.402.: “[a] tensão entre a segurança e a liberdade não é nova, pelo contrário sempre fez parte do direito processual penal, todavia, quando se pensava ter alcançado um equilíbrio minimamente satisfatório e a tendência era para o reforço das garantias de defesa e avanços no controlo dos excessos securitários, as novas formas de criminalidade organizada vieram inverter esse movimento, assistindo-se, de alguns anos a esta parte ao acumular de «exceções» a princípios que tinham levado séculos a consolidar”.

³¹⁰ ROBERTO BERGALLI, *Libertad y seguridad. Un equilibrio extraviado en la modernidad tardía*, In LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE. Francisco, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo: “Cedant arma togae”*, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, 2004, p.62; CORNELIUS PRITTWITZ, *La desigual competencia entre seguridad y libertad*, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 7, (2007), pp. 6 e ss.

para limitar a liberdade, à justificação da segurança como pretexto” para afogar a liberdade”³¹¹.

De acordo com VIEIRA DE ANDRADE, a luta contra a criminalidade especialmente violenta e contra o terrorismo representa um desafio notório da segurança e das propensões securitárias que lhes estão associadas. Nesse “esforço de garantia da segurança global” a cultura constitucional dos Estados é de importância crucial ³¹².

No ponto seguinte analisaremos diversas posições doutrinárias relativas à forma como o conceito de segurança se inscreve na Constituição da República Portuguesa (CRP).

2.4.1. O binómio Liberdade-segurança na nossa Constituição

Na evolução das diferentes fases do Constitucionalismo, a segurança como fim do Estado, de acordo com BACELAR GOUVEIA “permanece sólida como o seu mais consensual e elementar fim”³¹³. Relativamente ao percurso da positivação da segurança nas Constituições Portuguesas, BACELAR GOUVEIA propõe a seguinte periodificação, em termos da sua evolução histórico-normativa: o período liberal-monárquico; o período liberal-republicano; o período nacionalista-autoritário; e o período democrático-social³¹⁴. Da análise dos traços essenciais constatáveis em cada uma dos períodos referidos³¹⁵, conclui o Autor que “[A] segurança esteve sempre presente no discurso constitucional desde a primeira hora, ainda que variando a sua regulação e a sua posição na contraposição Estado-Poder e Estado-Comunidade”³¹⁶.

Em idêntico objeto de análise, RUI PEREIRA conclui: “Em suma, os textos mais marcantes em matéria de segurança, na nossa história constitucional, foram os de 1822 e 1826. O primeiro consagra-a como direito fundamental e define-a, em termos muito atuais, como garantia do exercício de outros direitos. O segundo assume-a como função essencial do Estado. São, afinal, as Constituições de pendor mais liberal e democrático que assumem a necessidade de prever e regular a segurança. As Constituições de orientação contrária tendem a ignorá-la no discurso sobre os direitos dos cidadãos”³¹⁷.

³¹¹ JOSÉ LUÍS GONZÁLES CUSSAC, *El derecho penal frente al terrorismo....* p. 4.

³¹² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Conclusões*, p.183.

³¹³ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da Segurança*,..., 1ª ed., p.101

³¹⁴ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da segurança*, 2ª ed., p.389.

³¹⁵ *Idem*, pp. 389-392.

³¹⁶ *Idem*, p.392.

³¹⁷ RUI PEREIRA, *A Segurança na Constituição*, In GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.), *Estudos de Direito e Segurança*, Vol. II, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012, pp.410-411.

O art.º 27º da CRP tem a seguinte redação: “Todos têm o direito á liberdade e à segurança”. tem formulação que colheu inspiração no artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, “denotando a indissociabilidade e a tensão dialética entre os dois valores fundamentais no Estado de Direito democrático, formando um todo, no sentido de que o direito à segurança carece de ser entendido de modo estritamente associado à liberdade”³¹⁸.

No que respeita à interpretação do preceito consagrado no Art.º 27º da CRP, a nossa doutrina mais relevante e autorizada revela dois entendimentos distintos. De um lado, aqueles que identificam a segurança como um verdadeiro direito fundamental autónomo, caso de BACELAR GOUVEIA pelo que defende que o direito à segurança não deve ser objeto de “desvalorização dogmática” pelo discurso comum”, ao considerá-lo como “direito auxiliar” no sentido do entendimento de que se trataria de uma “mera garantia do exercício de outros direitos fundamentais”³¹⁹. No entendimento do Autor: “[O] direito á segurança assume-se como um “direito fundamental sobreposto”, com um conteúdo geral que é o somatório dos conteúdos específicos de cada um dos outros tipos de direitos fundamentais”³²⁰, não devendo o intérprete ser levado ao equívoco de pensar, em consequência do “erro da sua localização sistemática” no contexto do direito à liberdade, que “o direito à segurança se limita à segurança física perante a prisão ou detenção ilegal”³²¹. Na mesma linha de entendimento, considerando o direito à segurança como direito autónomo, o voto de vencido do Conselheiro Fernando ALVES CORREIA, expresso no Acórdão do TC nº 479/94³²².

De outro lado, aqueles que entendem que o direito à segurança, sendo um direito subjetivo, é um direito-garantia do exercício dos restantes direitos fundamentais, mais do que um direito

³¹⁸ FERNANDO VENTURA, *O controlo da constitucionalidade das medidas antiterroristas*- Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal..., p.4. Itálico nosso.

³¹⁹ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da segurança*..., 2ª ed, p.311.

³²⁰ *Idem*, p.306.

³²¹ *Ibidem*

³²² Ver Tribunal Constitucional – Acórdão TC nº 479/94 - Processo nº 208/94 – Declaração de Voto de vencido do Conselheiro FERNANDO ALVES CORREIA: “O artigo 27º, n.º 1, da lei fundamental consagra, no entanto, como direito fundamental do cidadão não apenas o direito à liberdade, mas também o direito à segurança. A segurança dos cidadãos é, assim, elevada pelo texto constitucional também ao nível de um direito fundamental, cuja garantia constitui, segundo o artigo 272º, nº 1, da Constituição, uma das funções da polícia. [...] Às objeções que, com base no artigo 18º, nº 2, da Constituição, se levantam no sentido da impossibilidade de restringir o direito fundamental à liberdade fora das hipóteses nela previstas, poder-se-á retorquir que a própria Constituição prevê uma válvula de escape para situações limites. Na verdade, prevê a lei fundamental, no artigo 16º, nº 2, que a interpretação e integração dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais se deve fazer de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Declaração esta que, no artigo 29º, nº 2, prevê precisamente que os direitos nela referidos poderão ser limitados pela lei «com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática». Pelo que se nos afigura defensável a constitucionalidade de limitações ou restrições aos direitos fundamentais em certas situações limites em que estão em causa deveres públicos inquestionáveis - como é o caso do dever de identificação - essenciais para o respeito do direito à segurança pessoal dos cidadãos e para assecuramento da ordem na sociedade”

autónomo., caso de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA para quem o preceito constitucional consagrado no Art.º27º “garante dois direitos distintos – o direito à liberdade e o direito à segurança -, embora intimamente ligados desde a sua formulação nas primeiras constituições liberais, em que a segurança representa mais uma *garantia* de direitos do que um direito autónomo”³²³. No que concerne à interpretação de JORGE MIRANDA³²⁴, no sentido da não consideração da segurança como direito fundamental autónomo, atente-se nos seguintes trechos da sua obra: Escreve o Autor: “[...] a efetivação das liberdades depende sobretudo das condições socioculturais e institucionais. Condições socioculturais: o sentido cívico dominante da comunidade. Condições institucionais: a segurança (Art.º 27º, nº 1 e 272º, nº 1), a legalidade democrática, a ordem constitucional democrática e o aparelho judiciário”³²⁵. E acrescenta que: “[O]s direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e muitas delas adjetivas; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se, direta e imediatamente, por isso, nas respetivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam, pelo nexo que possuem com os direitos; os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”³²⁶. Em entendimento semelhante, GUEDES VALENTE refere expressamente: “[a] segurança deve ser vista como um direito fundamental garantia (dos demais direitos) que se relativiza face ao *princípio da liberdade*, “kantianamente concebido como o mais alto valor da justiça”, pelo que a “absolutização do direito à segurança promoveria a niilificação dos demais direitos fundamentais, consequência inaceitável numa comunidade que se arroga de valores humanitários”³²⁷.

Aqui chegados e com respaldo na doutrina maioritária, parece-nos poder afirmar que o valor segurança não pode ser maximizado ao ponto de fraturar-se irremissivelmente, o “equilíbrio

³²³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada...*, p.478. Para estes Autores, “o sentido do texto atual comporta duas dimensões: (a) uma dimensão negativa, estritamente associada ao direito à liberdade, traduzindo-se num direito subjetivo à segurança(direito de defesa perante agressão dos poderes públicos); (b) uma dimensão positiva, traduzindo-se num direito positivo à proteção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem (segurança da pessoa, do domicílio, dos bens)”, p 479.

³²⁴ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, pp. 637 a 641. Comentário ao Art.º 27º: “[A]pesar de terem aflorado, aqui e ali, outras leituras – mormente uma interpretação, passe a expressão, securitária do direito à segurança, entendido como como direito à segurança coletiva da comunidade ou dos cidadãos, vários elementos permitem asseverar aquilo que já foi apontado relativamente à Constituição Europeia, a saber: que os termos liberdade e segurança devem ser “lidos em conjunto”, enquanto formam um todo, devendo o direito à segurança ser entendido de modo estritamente associado à liberdade, enquanto contém a garantia de que o indivíduo só poderá ver a sua liberdade limitada nos casos e com as garantias que a Constituição admite”.

³²⁵ JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2017, p. 125.

³²⁶ JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, p.152.

³²⁷ MANUEL GUEDES VALENTE, *Segurança. Um tópico em reconstrução*, p.43.

instável”³²⁸ de uma “harmonia subtil”³²⁹ existente entre ele e o valor liberdade, equilíbrio de forças a ser sempre preservado e defendido em um Estado que se reconheça como democrático e constitucional de Direito. No mesmo sentido FERNANDO VENTURA afirma: [No] Estado de Direito democrático, a segurança não é um fim em si mesmo, mas um instrumento, ou, se se quiser, um fim instrumental colocado ao serviço de outros fins: segurança dos direitos, segurança das liberdades, segurança das instituições”³³⁰

2.5. Terrorismo e Segurança: uma «união de facto»?

Pode afirmar-se que o «11 de setembro», e a sucessão de outros actos terroristas que se lhe seguiram, puseram em crise a ilusão de segurança e de invulnerabilidade, mudaram para sempre o olhar sobre a liberdade, a justiça e a segurança e mostraram que o terrorismo se transformou, enquanto fenómeno político-criminal, numa “realidade endémica”³³¹, provocando uma mudança de paradigma das políticas de segurança, normalizando situações de exceção que colocam em risco os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Em consequência, a reação da maioria dos Estados materializou-se no incremento de uma presumida eficácia do sistema punitivo orientado para a prevenção e repressão do terrorismo, revelando-se como característica essencial a redução das garantias e direitos fundamentais, tradicionalmente ínsitos nos sistemas penais dos Estados de Direito democráticos, desafiando os limites da democracia e pondo à prova a resistência dos princípios e garantias que vigoram no chamado Estado social e democrático de Direito³³². Termos em que, como escreve GUEDES VALENTE “alguns Estados admitiram, nos respetivos sistemas jurídicos, a construção ser humano como coisa ou como objeto da ação penal, legitimando no quadro persecutório

³²⁸ JOSÉ DE FARIA COSTA, Poder e Direito Penal – Atribuições em torno da liberdade e da segurança, *RLJ*, Ano 136º, nº 3942, 2007, pp. 151 e ss.; o mesmo, O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado. *¿Babel ou Esperanto Universal?*, In D´AVILA, Fábio Roberto (Org.), *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milénio: Perspetivas e Tendências*, Porto Alegre: EDIPUCRS – Editora Universitária, 2011, pp.11-24: “[Q]uando se joga com a segurança e de forma muito particular com derivas securitárias o que temos de perguntar prende-se com as restrições à liberdade determinadas pela exaltação do valor segurança. Que a segurança é um valor jurídico todos o afirmam e nós reafirmamos. Que a segurança faz parte de uma certa ideia de Direito é, para nós, pedra de toque de toda a noção de comunidade jurídica. Que a segurança representa simbolicamente um pilar para toda a narrativa jurídico-política é, também para nós, um dado. Tudo isto temos por verdadeiro e indiscutível, o que já nos parece falaz, frágil e inconsequente é elevar as coisas quase ao patamar do absoluto, esmagando, de todo em todo, o valor da liberdade”, p.24.

³²⁹ JOSÉ DE FARIA COSTA, Poder e Direito Penal..., p.156.

³³⁰ FERNANDO VENTURA, *O controlo da constitucionalidade das medidas antiterroristas*- Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal..., p.2.

³³¹ AGOSTINHO COSTA, Estratégia de segurança nacional –Horizonte 2030, *passim*.

³³² FERNANDO MIRÓ LLINARES, Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo: política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 87, (2005), p.212.

medidas de intervenção policial e judiciária ajurídicas e aconstitucionais”³³³. Nas palavras de PIZARRO DE ALMEIDA: “[P]arece haver cada vez menos reбуço em admitir medidas de exceção supostamente justificadas pela especificidade da criminalidade altamente organizada e da dita ameaça terrorista, fazendo temer que na falta de um esforço reflexivo, acabemos por ter os nossos Guantánamos, onde o Direito e a civilização se afundam na barbárie”³³⁴.

No contexto do fenómeno expansivo do Direito Penal, o terrorismo é, possivelmente, o âmbito em que as demandas de segurança provocado pelo “clima de medo coletivo”³³⁵, se revelam mais intensas, que anulam a liberdade e a democracia. Como afirma acertadamente BRANDARIZ GARCÍA: “[O] risco de ameaça, geralmente «em forma de inimigo», é apresentado e vivido como uma emergência, como um perigo ante o qual há que responder de forma urgente e excecional”³³⁶.

A segurança passa a assumir-se como prioridade da ação pública estatal, mas jamais a narrativa do terror e do seu legítimo combate “poderá servir de espelho para se fazerem constringões insuportáveis à liberdade”³³⁷. No mesmo sentido, na Declaração de Berlim da Comissão Internacional de Juristas se afirma que: “[T]ratar a segurança como prioridade pode ser desastroso pelo que tal resulta no sacrifício de liberdades fundamentais em nome da segurança: salvaguardar as pessoas de atos terroristas e respeitar os direitos humanos são ambos parte de uma rede de proteção que incumbe ao Estado”³³⁸.

Num clima de ameaça difusa de um ataque terrorista, as demandas e segurança, pretensamente absoluta, turvam a lógica sistemática da intervenção penal, legitimando intervenções “em que se convertem polícias em militares e militares em polícias”³³⁹, diluindo as fronteiras que o Estado de Direito estabeleceu entre as autoridades responsáveis pela persecução penal, polícia, serviços secretos e forças armadas³⁴⁰.

A necessidade de enfrentar novas formas e manifestações de criminalidade, em especial a criminalidade altamente organizada e o terrorismo, colocam a ciência penal perante desafios

³³³ MANUEL GUEDES VALENTE, *Criminalidade organizada...*, p.134.

³³⁴ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *A Cooperação judiciária Internacional*, p.410.

³³⁵ ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, *El paradigma de la seguridad en la globalización...*, pp. 95-96

³³⁶ JOSÉ LUÍS BRANDARIZ GARCÍA, *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social...*, p.59.

³³⁷ JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado...*, p.24

³³⁸ *The Berlin Declaration: the International Commission of Jurists Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism*, adopted 28 August 2004. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2004/08/Berlin-Declaration-human-rights-in-fight-terrorism-analysis-brief-2004-eng.pdf> [Acesso em 2 de abril de 2021]

³³⁹ AGOSTINHO COSTA, *Estratégia de segurança nacional –Horizonte 2030*.

³⁴⁰ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do inimigo...*, p.37.

complexos e potenciam a procura de novos caminhos que, por via de regra, abrem a porta a teses autoritárias que restringem a sua função garantística e descaracterizam a sua matriz humanista.

Os discursos e práticas que, em nome da segurança e da razão de Estado, atentam contra valores e princípios estruturantes do nosso modelo de sociedade, que se precipitam na formulação do Estado de Direito social e democrático como pilar civilizacional, e colocam em risco os direitos liberdades e garantias dos cidadãos, estão a modificar a imagem do Direito Penal do Estado de Direito, transformando-o, como alerta MUÑOZ CONDE ³⁴¹, num «Direito Penal do inimigo» (expressão cunhada por GUNTHER JAKOBS) que pressupõe que o delinquente considerado como “sujeito perigoso” deixa de ser pessoa e, como tal, deve ser neutralizado, quanto antes, e pode ser inocuízado.

A uma política criminal securitária, que gera um Direito da segurança, deve opor-se uma política criminal do ser humano, própria de um Direito Penal humanista, fundado na Dignidade do ser humano e, portanto, na sua Humanidade³⁴², continuando a constituir-se como um “verdadeiro legado civilizacional”³⁴³. Sublinhando, com CANÇADO TRINDADE que “o princípio da humanidade, como expressão da *raison d’humanité*, impõe limites à *raison d’État*” ³⁴⁴.

As dificuldades de articulação entre liberdade e segurança no contexto da prevenção e repressão do terrorismo e dos actos terroristas, responsabilidade que se encontra constitucionalmente atribuída ao Estado³⁴⁵, refletem, assim, o dilema que se coloca aos regimes democráticos em defender o Estado de Direito Democrático, que tem na soberania popular e na dignidade da pessoa humana os seus pilares mestres (Art.º 1º da CRP)³⁴⁶.

Por isso, no que à liberdade e à segurança diz respeito, a tarefa fundamental do Estado de Direito social e democrático tem sido, e deverá continuar a ser, a de “navegar entre estes dois polos, delimitando-os o melhor possível e procurando que estejam em equilíbrio e harmonia,

³⁴¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE *apud* MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do Inimigo...*, p. 32.

³⁴² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Humanitas*, p.7: “[O] Direito reclama sempre *humanitas*, simplesmente porque o saber jurídico não é mais do que um instrumento para a realização do ser humano e, como tal, carece de bússola quando se afasta da antropologia básica que faz do ser humano uma pessoa, para coisificá-lo, para reduzi-lo a uma coisa entre as coisas”.

³⁴³ FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA, *Liberdade e Segurança em Direito Penal...*, p.68.

³⁴⁴ ANTÓNIO CANÇADO TRINDADE, *La Misión de los Tribunales Internacionales Contemporáneos en la Humanización del Derecho Internacional*, *Revista do Instituto brasileiro de Direitos Humanos*, Vol. 17/18, (2018), p.289.

³⁴⁵ No caso de Portugal consagrada no Art.º 9º da CRP.

³⁴⁶ MANUEL GUEDES VALENTE, *Terrorismo- Fundamento para a restrição de direitos?*, In: MOREIRA, Adriano (Coord.), *Terrorismo*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 379.

criando para isso um conjunto de normas e princípios que se converteram nos direitos fundamentais de qualquer Carta Magna ou Constituição de um Estado Social e Democrático de Direito”³⁴⁷. Impõe-se, por isso, um equilíbrio no âmbito das políticas públicas de segurança que deverá resultar de uma adequada ponderação de interesses, tendo em conta que a segurança é um valor jurídico ínsito na Ideia de Direito, jamais poderá «esmagar o valor da liberdade»³⁴⁸.

Anabela MIRANDA RODRIGUES toca no ponto crucial, absolutamente fulcral, quando se interroga sobre o contexto da sociedade de risco global: “Mas até onde se pode ir na perseguição e punição da criminalidade mais grave, sobretudo daquele que emerge nos nossos dias como desafio aos fundamentos da própria democracia? E até onde se pode oferecer proteção àqueles que se propõem destruí-la?”³⁴⁹. E, perante as desafiantes questões formuladas, refere: “O Direito Penal e, com ele, o direito de punir, tocam o seu próprio destino. A interrogação, ao mesmo tempo mais genérica e mais funda, atravessa o nosso tempo: até onde pode recuar a liberdade para assegurar a segurança? Tinha razão Saramago quando se referiu ao nosso tempo como o tempo das perguntas: sobram-nos as perguntas e faltam-nos as respostas...”³⁵⁰.

Não temos nós, também, uma resposta concreta, mas, em conclusão, permitimo-nos transcrever um trecho de GUEDES VALENTE, que traduz bem, do nosso ponto de vista, a forma de olhar para a liberdade e a segurança num Estado social e democrático de Direito, enquanto pilar civilizacional³⁵¹.

O sábio não é aquele que fundamentaliza as posições, ou aquele que em prol da defesa inatacável do coletivo e da economia cede à ideia mais ténue e simples, ou aquele que se deixa embrenhar na lógica da eficácia. Mas antes aquele que procura e estuda a causa, analisa e aprofunda o fundamento, reafirma as barreiras inultrapassáveis e inabaláveis da Constituição e congloba e harmoniza os fins do indivíduo com os do Estado para que se construa um espaço jurídico de liberdade adequado a gerar um espaço de segurança, assente na justiça como baluarte da democracia³⁵².

³⁴⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, El nuevo derecho penal autoritario, p.807.

³⁴⁸ JOSÉ DE FARIA COSTA, O Direito Penal, a linguagem e o mundo globalizado..., p. 15.

³⁴⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, A Política Criminal no Estado de Direito do século XXI..., p.20.

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ AGOSTINHO COSTA, Estratégia de segurança nacional –Horizonte 2030: “[D]ebater o Estado de Direito e a Segurança é um exercício oportuno e necessário, perante indicadores preocupantes que em boa parte decorrem da crise de segurança que a Europa enfrentou recentemente. O ressurgir, um pouco por todos os quadrantes geográficos, de discursos e práticas atentatórias dos valores e princípios que suportam o nosso modelo de sociedade de matriz humanista, herdada do iluminismo e da revolução das luzes, que tem na Declaração Universal dos Direitos Humanos uma referência maior, constitui preocupação para aqueles que, como nós, consideram o Estado de Direito Democrático um pilar civilizacional”.

³⁵² MANUEL GUEDES VALENTE Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Ano 1, nº1, (2015), p.107 (Itálico nosso)

3. O DIREITO PENAL DA PÓS-MODERNIDADE NUMA “ENCRUZILHADA”. NOVOS DESAFIOS: ¿NOVOS RUMOS?

*“La complejidad y la desorientación, propias de un Derecho penal que ha ido perdiendo sus referentes, sólo podrán ser reducidas si se parte de la persona, de la familia, de las asociaciones e instituciones básicas y de sus necesidades. Sólo si se advierte que el Estado, el Derecho y especialmente el Derecho penal se justifican únicamente por su intervención subsidiaria se habrá asentado la primera premisa para salir del mar de los sargazos”*³⁵³

JESÚS- MARÍA SILVA SÁNCHEZ

3.1. Enquadramento geral

A *potestas puniendi* sempre dependeu e continuará a depender, quer na forma, quer no conteúdo, do modelo histórico de sociedade, pelo que a sua adequação e validade são condicionadas pela sobrevivência do modelo de sociedade que lhe subjaz³⁵⁴.

O Direito Penal é naturalmente moldado nas suas interações com a estrutura social na qual se desenvolve. A crise do Estado Social induzida pelos processos de “globalização neoliberal”³⁵⁵ e de «globalização dos riscos»³⁵⁶, provocaram uma transformação, tão notável quanto indelével, na sociedade e no Estado³⁵⁷, afetando de forma decisiva a génese, a extensão e a metamorfose da criminalidade. Para SILVA SÁNCHEZ, na era da “globalização punitiva”, a busca da solução para a “insegurança sentida” deixa de se fazer no seu lugar natural e clássico- o Direito de Polícia -, para se passar a fazer através do Direito penal³⁵⁸.

A crise do ideal ressocializador, a par de uma orientação neoretributiva do fim das penas³⁵⁹, acentua uma tendência para a redução dos fins da pena à inocuização³⁶⁰, numa transição de

³⁵³ JESÚS- MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La sociedad del Derecho Penal*, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, (2017), p.3.

³⁵⁴ LUÍS GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización...*, p. 52.

³⁵⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Política Criminal no Estado de Direito do século XXI*, p.22.

³⁵⁶ JURGEN HABERMAS, *La Paix Perpétuelle : Le Bicentenaire D'une Idée Kantienne*, Paris: CERF, 1996, p. 74.

³⁵⁷ SANTIAGO MIR PUIG, *Constitución, derecho penal...*, p.5: “O Estado neoliberal é um Estado não solidário, tanto com os perdedores do económico como com os delinquentes

³⁵⁸ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal...*, (2001), p. 41.

³⁵⁹ JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, *Itinerarios de Evolución del Sistema Penal...*, pp. 15-63.

³⁶⁰ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *El retorno a la inocuización*, In ARROYO ZAPATERO, Luís Alberto; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Coord.), *Libro homenaje a Marino Babero Santos*, Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla la Mancha, 2001 pp. 699 e ss. Refere o Autor que a ressocialização parece ser vista como um esforço imerecido para a maioria dos criminosos e, para um sector que não é muito numeroso,

um ideal reabilitador para uma espécie de “ideal assegurador”, em que as penas substitutivas não são mais que uma peça na estratégia de reforço do controlo social formal por via do “*risk management*”³⁶¹ (gestão de riscos) e “convertendo o risco como referente essencial da intervenção penal”³⁶².

O paradigma da «sociedade do risco» exprime a ideia de que, nas complexas sociedades contemporâneas, os cidadãos têm a percepção da existência de grandes riscos que dominam o discurso sobre liberdade e segurança³⁶³. A atual demanda de segurança³⁶⁴, resultante da conjugação da onnipresença do risco e da angústia da (in)segurança, manifesta-se de forma sensível no «destino do Direito penal». Reclama-se um Direito Penal mais musculado e com maior eficácia, *maxime* na disponibilização de meios adequados ao “combate” à criminalidade em geral e, sobretudo, relativamente às situações sentidas como mais ameaçadoras, consubstanciadas na criminalidade organizada violenta, em particular o “novo terrorismo transnacional”. Ao invés de um Direito Penal reativo, preventivo e reintegrador, clama-se por um Direito Penal prospetivo, repressivo, célere e com penas mais elevadas que, no limite, segreguem os “inimigos” da sociedade.

Fala-se, hoje, em uma “crise do Direito Penal”³⁶⁵ e na “situação insustentável do Direito Penal”³⁶⁶. Alguns autores interrogam-se sobre a possibilidade de se voltar ao “bom e velho

mas muito ativo, absolutamente desnecessário. Em as mesmas sociedades que têm sido a favor do reconhecimento de origens sociais da delinquência, revive a ideia de inocuização, se não em geral, pelo menos face a crimes sexuais e crimes violentos em geral. Tradução nossa.

³⁶¹ ANDRÉ DAMAS LEITE, Nueva penología», punitive turn y Derecho Penal: quo vadimus?, *InDret-Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, (2013), p.6.

³⁶² BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, ¿Hacia el derecho penal de la posmodernidad?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11, (2009), p. 19: “[P]orque é certo que os nossos sistemas penais, não só castigam mais com penas de prisão de duração cada vez maior, e fazem-no, primeiro, num contexto de evolução interrompida no que diz respeito à racionalidade e à humanização, que se orientava no sentido de uma utilização mais moderada e restrita da pena de prisão e, em segundo lugar, fazem-no reduzindo os fins da pena à inocuização, convertendo o risco no referente essencial da intervenção penal, aplicando técnicas atuariais de gestão do risco, fazendo uso do populismo penal, convertendo a vítima num ícone e implicando de forma diferente a sociedade no desenho e na execução das políticas penais, fazendo inclusivamente renascer sanções que se consideravam obsoletas e impróprias de sistemas penais avançados”. Tradução nossa.

³⁶³ WINFRIED HASSEMER, Limites da intervenção penal em tempos de terrorismo, *Revista Lusíada. Direito*, nº 4/5, (2007), p.196.

³⁶⁴ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Política Criminal – novos desafios..., p.16: “[No] cenário da globalização regista-se um crescimento da demanda de segurança, à medida que que a criminalidade e o medo da criminalidade marcam os tempos atuais”.

³⁶⁵ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, Del Derecho Penal liberal al Derecho..., p.93. Nota 4: “[A] expressão «Direito penal em crise» ou a “crise do direito penal”, frequente desde há alguns anos, refere-se a um “défice de legitimidade”, que, no entanto, à luz da sua atual expansão, produz um notável paradoxo, dado que, visto do ponto de vista da inflação legislativa, parece que o Direito Penal está de boa saúde. Por outro lado, a doutrina entende que, juntamente com esta crise de legitimidade, se pode falar de uma crise de identidade da Ciência Criminal e, por sua vez, de uma crise epistemológica ou de validade científica”. Tradução nossa.

³⁶⁶ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, A Metamorfose do Direito Penal..., p.81; o mesmo, Libertad, seguridad, sociedad del riesgo..., p.112: “No entanto, neste momento, a divergência entre as abordagens do direito penal

Direito penal liberal “³⁶⁷. Outros, como por exemplo SILVA SÁNCHEZ, dizem que é impossível³⁶⁸. Outros, ainda, falam de uma “metamorfose” do Direito Penal³⁶⁹. Como refere, de forma contundente, DOMENICO PULITANÒ: “Reivindicar o papel dos princípios clássicos garantistas do Direito penal liberal na atualidade poderá ser visto como uma “ingenuidade iluminística”³⁷⁰.

Assiste-se a uma progressiva “desconstrução do paradigma liberal” do Direito penal ³⁷¹, contexto em que se afirma que a “expressão «Direito penal mínimo» é já um tópico desprovido de conteúdo concreto”³⁷². No âmbito da moderna criminologia fala-se de «tolerância zero» e, no âmbito jurídico, fala-se da emergência de «direito penal do inimigo», formulação teórica com a qual, como diz MUÑOZ CONDE: “se pretende legitimar um Direito penal máximo ou de exceção, de cariz autoritário e dificilmente compatível com os princípios e bases do Estado de Direito”³⁷³.

3.2. «Direito Penal do risco»: Rumo a um «Direito penal contra inimigos» ?

Nos Estados de Direito democráticos pode observar-se uma “hipertrofia legislativa”³⁷⁴ no domínio do Direito Penal, consubstanciada em um movimento de hipercriminalização que se traduz no recurso ao Direito Penal enquanto mecanismo de controlo social formalizado, por via do sentimento de que falharam outras formas de controlo social, jurídicas ou não³⁷⁵, e na crença da capacidade do Direito Penal para resolver todos os problemas sociais de uma sociedade globalizada e complexa, emitindo sinais - simbólicos - que são um mero expediente

mínimo, bem como as diferentes propostas abolicionistas e reducionistas do sistema penal, e a realidade, é tão forte que até tornou possível falar da situação insustentável do direito penal”. Tradução nossa.

³⁶⁷ EDGARDO ALBERTO DONNA, ¿Es posible el Derecho penal liberal?, In LOSANO, Mario G. y MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 209.

³⁶⁸ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* (1999), p. 115.

³⁶⁹ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *A Metamorfose do Direito Penal...*, p. 85.

³⁷⁰ DOMENICO PULITANÒ, *Sicurezza e Diritto Penale*, In: DONINI, M.; PAVARINI, M. (Eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bononia University Press, 2011, p. 127.

³⁷¹ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Libertad, seguridad, sociedad del riesgo...*, p.110; o mesmo, *Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho Penal*, p. 191.

³⁷² JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, p.15 (2001)

³⁷³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La generalización del Derecho Penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales. Entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo*. *Ciencia Jurídica*, Ano 1, nº1, (2011), p. 115.

³⁷⁴ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do inimigo...*, p.20: “[U]ma hipertrofia legislativa do Direito Penal que tudo quer tutelar e nada tutela, vulgarizando o Direito Penal, acompanhado de fenómenos de securitização e justicialismo”.

³⁷⁵ ANDRÉ DAMAS LEITE, *Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: Linhas de um esboço*, p. 5: “[A] neo-hipertrofia penal que vem caracterizando os nossos dias e as sociedades ditas «evoluídas» nada mais é que uma admissão do falhanço comunitário no desenvolvimento dos demais instrumentos sociais, económicos, políticos e culturais que, mais do que o Direito, têm uma decisiva palavra na contenção dos delitos em níveis aceitáveis”.

para tranquilizar uma sociedade que está sobretudo interessada na redução das margens de risco que ameaçam a vida em comunidade³⁷⁶.

Nas sociedades contemporâneas, “sociedades do risco” e “governadas pelo risco”, o Direito penal encontra-se numa «encruzilhada», ou dito de outra forma, entre duas situações extremas. Para alguns, como defende WINFRIED HASSEMER, as palavras-chave modernização e globalização ameaçam as garantias clássicas do Processo Penal e da Constituição, provavelmente a nível mundial, mas com particular incidência nos países ocidentais³⁷⁷, pelo que a opção deveria ser a de um “discurso de resistência”, no sentido de manter Direito Penal reduzido ao seu núcleo essencial³⁷⁸, um “Direito penal nuclear”, de tal modo que os «grandes riscos» ficariam fora do âmbito da sua tutela³⁷⁹. Outros, pelo contrário, defendem a necessidade de “modernização do Direito penal”, traduzindo um ajustamento do sistema penal à mutação do Estado Liberal para o Estado social de Direito, um tipo de Estado intervencionista, mais preocupado na conquista das condições mínimas de subsistência material, moral e cultural dos indivíduos para que a sua liberdade possa ser real e eficaz³⁸⁰, contexto que induz a necessária adaptação do Direito Penal, que deveria abandonar a função minimalista de tutela de bens jurídicos individuais, assumindo uma função promocional de valores orientados à vida comunitária³⁸¹.

³⁷⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, A Política Criminal no Estado de Direito do século XXI, p.29.

³⁷⁷ WINFRIED HASSEMER, Processo Penal e Direitos Fundamentais, p. 15.

³⁷⁸ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal. Fundamentos político-criminais*, p. 228: “[Em] sentido semelhante, LUIGI FERRAJOLI, na “linha de resistência garantista frente às alterações expressas pela política criminal modernizadora”; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 476 e ss., em especial 477 e 478: “Um programa mínimo de Direito Penal deve visar uma deflação maciça dos “bens” penais e das proibições legais, como condição da sua legitimidade política e jurídica. Como restrição qualitativa, considera que o princípio da intervenção mínima permite considerar «bens» só aqueles cuja lesão se concretiza através de um ataque lesivo a outras pessoas de “carne e osso”.

³⁷⁹ WINFRIED HASSEMER, *Direito penal libertário*, p. 52: “[É] de grande significado que se afastem do Direito Penal os problemas que nos tempos atuais foram nele introduzidos. Poder-se-ia aconselhar quanto àqueles problemas da sociedade moderna que provocaram a modernização do Direito penal que fossem regulados em Direito de intervenção especial, o qual está situado entre o Direito penal e o direito da contrariedade à ordem pública, entre o Direito civil e o Direito público, o qual dispõe na verdade de garantias e regimentos processuais menos exigentes que o Direito penal mas que, em contrapartida, está equipado com sanções menos intensas diante do indivíduo. Um Direito de natureza “moderna” não seria somente menos grave normativamente, ele seria, de facto, mais adequado para a receção dos problemas sociais da sociedade moderna”.

³⁸⁰ LUÍS GRACÍA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión...*, pp.199 e ss.

³⁸¹ LUÍS GRACÍA MARTÍN, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho, In CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís; ORTS BERENGUER, Enrique; CUERDA ARNAU, María Luisa, Coords., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009 pp. 914-916. “[As] condições de liberdade e igualdade, relativamente à dignidade e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, constituem, na sua opinião do Autor, a formulação abstrata do conteúdo da orientação normativa que rege a determinação dos diferentes bens jurídicos coletivos. É por isso que a proteção penal desses bens deve ser considerada legítima e de acordo com o Estado de Direito, desde que baseada nos princípios políticos e

Tendemos no sentido de sufragar a posição de equilíbrio que defende Anabela MIRANDA RODRIGUES, recusando estratégias de excesso ou de resistência à criminalização de condutas que lesam bens jurídicos supra-individuais essenciais, perante lesões insuportáveis de que sejam objeto, de acordo com o princípio da necessidade da intervenção penal. Como bem nos recorda a Autora: “*Ultima ratio* não é *nula ratio*”³⁸².

É certo que, como ensina GUEDES VALENTE: “[V]ivemos e vamos viver sempre na busca de um equilíbrio entre o securativismo e o garantismo”³⁸³. Também é certo que, como põe em relevo SILVA SÁNCHEZ, “existe um espaço de expansão razoável do Direito Penal”³⁸⁴. Note-se que os principais problemas da ciência penal contemporânea não decorrem do mero aumento da área de intervenção da regulação jurídico-penal, isto é, do simples fato de haver “mais Direito penal”, mas sim da forma como se dá corpo, em termos qualitativos, a esta regulação, quer sob uma perspetiva dogmática, quer sob uma perspetiva político-criminal³⁸⁵. Por isso, face à “viragem preventiva” que nos foi trazida pela pós-modernidade, deveremos adotar, um programa político criminal que, no juízo de SANTIAGO MIR PUIG, se pode resumir em duas

penais que legitimam a intervenção penal. No que se refere à legitimidade dos crimes de perigo abstrato, que, em princípio, poderiam ter como objeto de proteção, quer os bens jurídicos individuais, quer os coletivos, considera que são absolutamente irrefutáveis do ponto de vista dos princípios político-criminais e das garantias do Estado de Direito; Constituem um recurso necessário e insubstituível para a proteção de bens individuais de maior valor nas áreas específicas de risco características das sociedades modernas e, por outro lado, estão absolutamente de acordo com o princípio da proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*”; BERND SCHUNEMANN, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, nº 1, (1996), pp.199-202: “[As] transformações da sociedade na pós-modernidade refletiram-se na criminalidade que acarreta uma inevitável modernização do Direito penal por forma a adaptá-lo a responder à especial danosidade social de algumas formas específicas de criminalidade. Chama a atenção para a necessidade de, no âmbito dos bens jurídicos coletivos, haver uma cuidadosa separação entre os “puros” e os meramente “aparentes”. No contexto da «sociedade do risco», perante a substituição de contextos de ação individual por contextos de ação coletiva, em que o contacto interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anonimizada e padronizada, reconhece que o processo de produção e distribuição de bens deve-se subordinar ao controlo social pelo que a necessidade da utilização da técnica legislativa de crimes de perigo abstrato resulta da própria natureza das coisas, pelo que recusa a “anatemização” deste tipo de crimes que, já existindo na época da Ilustração, só pelo aspeto quantitativo poderão ser qualificados como forma legislativa da pós-modernidade”.

³⁸² ANABELA MIRANDA RODRIGUES, A Política Criminal no Estado de Direito do século XXI..., pp. 31-32: “[Não] se trata de dar cobertura a uma indiscriminada criminalização, que não apenas seria ilegítima, mas também disfuncional. Mas o que se diz é que tampouco cabe a «inibição», a «resistência», quando essas condutas atingem bens jurídicos essenciais. Entre o excesso e a abstenção punitivistas, entre «fugir para o direito penal» e «fugir do direito penal», ambas as opções incompatíveis com estratégias preventivas eficazes, está o equilíbrio entre as exigências de proteção de bens jurídicos coletivos de grande importância e claramente identificados, perante lesões insuportáveis de que sejam objeto, de acordo com o princípio da necessidade da intervenção penal”.

³⁸³ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito penal. Fundamentos político-criminais*, p. 52.

³⁸⁴ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* (2001), p. 26

³⁸⁵ FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA, *Liberdade e Segurança em Direito Penal...*, p. 53.

palavras: “prevenção limitada”³⁸⁶, para que a intervenção penal, que utiliza o risco como seu referente principal, se faça no respeito pelos primados do Estado Constitucional de Direito.

A traço grosso, podemos dizer que o “direito penal do risco” se traduz na perda dos critérios de imputação próprios do direito penal liberal, na flexibilização do princípio da taxatividade dos tipos penais, na tendência inflacionista do Direito Penal, em grande parte através da criação de bens jurídicos supra-individuais e universais, e uma orientação no sentido dos crimes de perigo, nomeadamente nos crimes de perigo abstrato, que dispensam a prova de uma relação de causalidade frequentemente incerta, fazendo desta tipologia criminal o seu principal instrumento de ação. Termos em que o Direito Penal tende a deixar de ser um instrumento de reação aos danos, tornando-se um instrumento de política de segurança. Acresce que a lei deixa de se orientar de forma privativa para a descrição de condutas materiais lesivas de bens jurídicos empiricamente verificáveis, reorientando-se, privilegiadamente, para a descrição de funções³⁸⁷.

Constata-se, por outro lado, um endurecimento da repressão, uma ampliação da legislação penal a condutas pré-delitivas, ainda muito distantes da colocação em perigo de bens jurídicos³⁸⁸, podendo ser designadas como de perigo presumido³⁸⁹, desvinculadas do resultado lesivo e com o fundamento de que se possam tornar, no futuro, condutas perigosas, adotando-se “o comportamento perigoso com modelo autónomo de tipificação penal”³⁹⁰. Regista-se, igualmente, um aumento draconiano das penas, renunciando ao princípio da proporcionalidade, impondo sanções que vão para além das que corresponderiam à gravidade do delito, e um tratamento desigual de certos sujeitos delinquentes, etiquetados de “perigosos

³⁸⁶ SANTIAGO MIR PUIG, *Evolución de las ideas políticas...*, p.8.

³⁸⁷ SERGIO MOCCIA, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales*, In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Coord.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: J. M. Bosch, 1997, pp. 113-144; BLANCA MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp.68-78.

³⁸⁸ No caso do Direito Português: Segundo o art.º 21.º do Código Penal, «os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário.» O art.º 2.º, n.º 4, da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, com alterações subsequentes) é um exemplo de uma disposição em contrário, já que pune com pena de prisão de 1 a 8 anos «quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista.»

³⁸⁹ FERNANDO TORRÃO, *Direito Penal, Globalização e Pós-Modernidade*, In BELEZA, Teresa Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico Lacerda Costa, Orgs., *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra: Edições Almedina, SA, 2014, p.83.

³⁹⁰ JAIME MIGUEL PERIS RIERA, *Delitos de peligro y sociedad del riesgo: Una constante discusión en la dogmática penal de la última década*, In CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2005 *passim*.

para sociedade”³⁹¹ num processo seletivo da intervenção penal, a quem se aplica um regime penológico e de execução penal mais gravoso visando a sua neutralização ou inocuização (incapacitação)³⁹², ou seja, negando-se-lhes, no limite, a condição de “pessoa”.

Releva-se um «frenesim securitário» que tende a transformar o contrato social numa espécie de contrato de “seguro contra todos os riscos” que caracteriza os regimes de suspeição: cada indivíduo é um suspeito potencial ³⁹³. A utilização de tecnologias digitais para a vigilância e controlo dos cidadãos para fins de *targeting* e *profiling* a pretexto do “combate ao terrorismo” ³⁹⁴ conduz a derivas securitárias que entram em «rota de colisão» com os direitos fundamentais pessoais que, supostamente, o Estado de Democrático de Direito deve proteger.

Do exposto, fica-nos a convicção de que nos encontramos perante uma “criminocracia contemporânea” ³⁹⁵ que induz uma verdadeira “*involução*”³⁹⁶ do Direito Penal, não apenas quanto à política criminal e à dogmática jurídico-penal, mas do próprio Estado Social e Democrático de Direito, para apoiar e justificar um leque alargado de atuações repressivas, orientadas no sentido de legitimar e validar um “direito da segurança” próprio de um “Estado de preventivo”³⁹⁷ ou mesmo de um “Estado vigilante”, com uma lógica funcional indutora de um “modelo estrito de vigilância baseado na perigosidade”³⁹⁸, justificando uma intervenção

³⁹¹ VERA REGINA DE ANDRADE, *Sistema Penal Máximo y Ciudadanía mínima. Códigos da violência na era da globalização*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.37: [E] é esse potencial de periculosidade social que os positivistas identificaram com anormalidade e situaram no coração do Direito Penal. Foi Garofalo, em 1983, quem, projetando as conceções antropológicas e sociológicas do positivismo para o Direito Penal, formulou o conceito de “temibilidade do delinquente”, significando a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que há que se temer por parte dele, depois substituído pelo termo mais expressivo de periculosidade; PEDRO CAEIRO e FREDERICO COSTA PINTO, A frantic mayfly at the turn of the century: The positivist movement and Portuguese criminal law, *GLOSSAE-European Journal of Legal History*, nº 17, (2020), p. 421. Nota 124: “[F]oi Caeiro da Matta quem, entre nós, tal como Garofalo, baseou a legitimidade da defesa social na temibilidade do agressor”.

³⁹² MANUEL CANCIO MELIÁ, ¿«Derecho penal» del enemigo?, In JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.73 :” [R]eabilitação de noções abandonadas desde há anos no discurso teórico dos ordenamentos penais continentais, como seja a inocuização”. Tradução nossa.

³⁹³ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Libertés et Sûreté...*, p.470.

³⁹⁴ AGOSTINHO COSTA, *O Regresso da Geopolítica...*, pp.7-13.

³⁹⁵ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Terrorismo e Direitos Fundamentais*, p.30.

³⁹⁶ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Del Derecho Penal Liberal...*, p. 1052:” [É] imprescindível não ignorar que a modernização do Direito Penal, se na verdade se pretende configurar como uma «evolução», deve levar-se a cabo com escrupuloso respeito pelas garantias do Estado de Direito e não à custa de exigências de segurança de uma sociedade que não conhece critérios de razoabilidade no que concerne à intervenção penal, pois, de outra forma, esta não pode considerar-se justificada”

³⁹⁷ Como lhe chamou E. DENNINGER *apud* EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Derecho penal del enemigo y teoría del Derecho Penal*, p.35.

³⁹⁸ JOSÉ RAMON SERRANO-PIEDecasas FERNANDEZ e EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Del Estado de Derecho al Estado preventivo*, In SERRANO-PIEDecasas FERNANDEZ, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Org.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel, 2010, p. 264: ” [A] traços largos, o Direito penal teria

penal cada vez mais antecipada e mais ampla, abandonando a ponderação bens jurídicos em favor de um pensamento preventivo da segurança, “assumindo a eficácia preventiva como uma questão quase pragmática”³⁹⁹. Um “direito da segurança” que, *a final*, não é de todos os cidadãos, mas apenas daqueles que não foram excluídos do sistema.

No mundo ocidental, em particular em determinados países com caldos culturais complexos, o nível de ameaça terrorista de inspiração islâmico-radical é elevado⁴⁰⁰. O “novo terrorismo”, uma nova fase evolutiva do fenómeno que foi batizada como “formato do terceiro milénio”⁴⁰¹, que constitui uma ameaça transformada em “pneconomia”, a consolidação da “sociedade de risco” e a instalação de uma “cultura do medo”, são fatores cujo concurso fez «disparar» as taxas de alarme social e se configuram como vetores fundamentais na análise das transformações do Estado e da atual realidade social e jurídica, elevando o estatuto da segurança à condição de direito fundamental, ameaçando “aniquilar a liberdade individual”⁴⁰².

O sentimento de que está a nascer um Direito Penal de deriva securitária e belicista⁴⁰³ - “Direito Penal do inimigo” - funda-se, aliás, na ideia de afirmar a segurança como a primeira das liberdades. As preocupações com a segurança, elevada a valor político, assumem especial gravidade no que concerne às liberdades individuais. A percepção subjetiva do risco gera uma espécie de «câmara de eco preventiva» que induz a demanda de segurança e propicia a manipulação dos cidadãos eleitores que tendem a recompensar eleitoralmente os políticos que levam a sério as suas preocupações, os quais, *a final*, acabarão por implementar políticas públicas de segurança cada vez mais rígidas (e mais restritivas) para as liberdades dos cidadãos, todavia destinadas a (cor)responder aos seus receios⁴⁰⁴.

transitado desde o modelo disciplinar do século XIX para um modelo de controlo do século XX, para terminar recuperando um modelo estrito de vigilância baseado na perigosidade”. Tradução nossa.

³⁹⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*, p. 154.

⁴⁰⁰ JOSÉ TORRES, Terrorismo no Século XXI: Lidar com o risco ou com a incerteza?, *Revista de Segurança e Defesa*, nº 38, 2018, p.16.

⁴⁰¹ MANUEL CANCIO MELIÁ, *Internacionalización del Derecho penal y de la Política Criminal...*, p.222.

⁴⁰² MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação judiciária em matéria penal...*, p.89: “[A] sacralização do bem «segurança» em prejuízo do bem «liberdade» ganhou protagonismo nos finais do séc. XX e início do séc. XXI e atingiu um patamar de quase esquizofrenia societária: tudo é e passa a ser segurança. Receamos que a paneconomia do terrorismo gere uma “sacralização da segurança” e uma aniquilação da liberdade individual: princípio este erigido por Kant como o mais alto valor da justiça”

⁴⁰³ MANUEL GUEDES VALENTE, *Teoria geral do Direito Policial*, 6º ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2019, p. 195, Nota 364.

⁴⁰⁴ ROBERTT GOODIN e FRANK JACKSON, *Freedom from Fear*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 35, n.º 3, (2007), pp. 261 e ss.; No mesmo sentido MIRENTXU CORCOY BISADOLO, *Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales*, *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, (2012), p. 46: “[I]mpôs-se a crença,

Contexto em que têm surgido novas abordagens doutrinárias de uma política criminal que configura um regresso a um Direito Penal “mais autoritário que o normal”⁴⁰⁵, considerando que “os direitos fundamentais tendem a constituir-se como obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade”⁴⁰⁶. Como manifestação de uma “cultura de emergência”⁴⁰⁷, a promoção de medidas reativas perante os supostos riscos e ameaças, geralmente em forma de inimigo, deu origem às legislações de exceção que têm vindo a surgir como respostas a fenómenos de terrorismo internacional, configurando um “direito penal máximo ou de exceção”⁴⁰⁸, dificilmente compatibilizável com os princípios e bases do Estado de Direito, fundado na ideia de que a efetividade do Direito depende da sua capacidade para neutralizar, ou mesmo inocuizar o “inimigo”, aquele que põe em perigo a segurança da sociedade.

A ideia que está subjacente é a que esse «novo Direito Penal» “é o único capaz de assegurar a segurança cognitiva do sistema social, político, jurídico e económico, frente aos que vivem nas suas margens ou que querem destruí-lo”⁴⁰⁹. Um “novo Direito penal autoritário”, a que alguns chamam «direito penal do inimigo», que antepõe a segurança acima de qualquer outro valor⁴¹⁰, reinterpretando-a como valor autónomo, subordinando todos os direitos à “razão de Estado”⁴¹¹ e criando um “direito à segurança”⁴¹² em clara contradição com a função clássica de garantia dos Direitos Fundamentais. Tem razão SILVA SÁNCHEZ quando afirma que” depois de dois séculos de trabalho sobre o Direito penal da culpabilidade”, talvez seja agora “o turno do Direito Penal da segurança”, que também terá de ser de *ultima ratio*”⁴¹³, respeitando os direitos e liberdades dos afetados pelo sistema penal.

generalizada na classe política, de que o endurecimento das penas e o incremento dos delitos propicia um maior número de votos”.

⁴⁰⁵ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, El nuevo Derecho penal autoritario, In TOLEDO, Emilio Octavio de; UBIETO, Manuel Gurdíel Sierra; CORTÉS BECHARIELLI, Emilio (Coords.), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2003, p. 804: “[M]as quando falamos do “novo Direito penal autoritário”, estamos a referir-nos a um Direito penal mais autoritário que o normal, de um Direito penal que entrou de roldão pela “porta falsa” de um ordenamento jurídico cujos parâmetros constitucionais reconheceram um conjunto de direitos humanos fundamentais e de garantias que, pelo menos formalmente, servem de barreira infranqueável ao poder punitivo do Estado”. Tradução nossa.

⁴⁰⁶ WINFRIED HASSEMER, Processo Penal e Direitos fundamentais, p.22.

⁴⁰⁷ ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, La seguridad como fundamento de la deriva..., p.17.

⁴⁰⁸ GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, El regreso del concepto “seguridad del Estado” como bien jurídico autónomo..., p.115.

⁴⁰⁹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, La generalización del Derecho penal de excepción..., p.114.

⁴¹⁰ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, El nuevo Derecho penal autoritario, pp.804-805.

⁴¹¹ GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, El regreso del concepto “seguridad del Estado” como bien jurídico autónomo..., p.92.

⁴¹² ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, La seguridad como fundamento de la deriva..., pp. 22-23.

⁴¹³ JESÚS- MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Peligrosidad, In *Dret Penal*, nº 4, 2007, p. 3.

Para CORNELIUS PRITTWITZ, o “Direito penal do risco” e o chamado “direito penal do inimigo” não são conceitos independentes. À medida que aumenta progressivamente o poder do Estado, reduzem-se paulatinamente os direitos e liberdades dos cidadãos : “[O] direito penal do inimigo é uma *consequência fatal* do Direito Penal do risco”⁴¹⁴. Posição semelhante tem CANCIO MELIÁ quando afirma que o processo de modernização do Direito penal “cristalizou” no conceito de «Direito penal do inimigo», que foi introduzido em meados dos anos 80 do Século XX por GÜNTHER JAKOBS ⁴¹⁵, de modo um tanto macabro, *avant la lettre* (das consequências) do 11 de setembro de 2001, na discussão da ciência do Direito penal⁴¹⁶, com o objetivo de descrever um subconjunto de leis penais, centradas em áreas significativas da “nova criminalidade” da sociedade global, designadamente a criminalidade organizada e a sua subespécie, terrorismo internacional, elegendo *ab initio* como fundamento do sistema penal a defesa da segurança do Estado e da sociedade.

3.3. “Direito Penal do inimigo”: um oxímoro

“O Direito reclama sempre Humanitas, simplesmente porque o saber jurídico não é mais do que um instrumento para a realização do ser humano e, como tal, carece de bússola quando se afasta da antropologia básica que faz do ser humano uma pessoa, para coisificá-lo, para reduzi-lo a uma coisa entre as coisas”
⁴¹⁷

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

A orientação funcionalista⁴¹⁸, baseada na sociologia germânica, especialmente na doutrina de NIKLAS LUHMANN e na sua teoria sistémica, procura inspiração nos mecanismos de interação social para lidar com o Direito Penal.

⁴¹⁴ CORNELIUS PRITTWITZ, O Direito penal entre Direito penal do risco e Direito penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 12, nº 47, (2004), pp.31-32. Itálico nosso.

⁴¹⁵ GÜNTHER JAKOBS, La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, In: JAKOBS, Gunther, *Dogmática del Derecho penal y la configuración normativa da sociedad*, Madrid: Civitas Ediciones, 2004, pp. 119-146.

⁴¹⁶ MANUEL CANCIO MELIÁ, De nuevo: ¿Derecho penal” del enemigo?, In CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.), *Derecho Penal de Enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Bdef, 2006, p.342.

⁴¹⁷ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Humanitas*, p.7.

⁴¹⁸ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, Crítica ao funcionalismo normativista, *REJUR - Revista Jurídica da UFERSA*, Vol. 3, nº 5, (2019). p.1: “[...] deve entender-se por funcionalismo as orientações da dogmática jurídico-penal

Na perspectiva de GÜNTHER JAKOBS, o Direito, em especial o Direito Penal, é parte integrante do sistema social, tem como função primária a defesa do sistema social vigente e é orientado no sentido de garantir a identidade normativa, a Constituição e a sociedade⁴¹⁹. Os defensores do «Direito penal contra o inimigo» entendem que o “inimigo” se nega a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão e exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula⁴²⁰. Pela sua manifesta infidelidade à ordem jurídica, o inimigo perderá a “condição de pessoa” e deverá, portanto, ser heteroadministrado⁴²¹.

Relativamente aos aspetos típicos do «Direito penal do inimigo», GÜNTHER JAKOBS identifica os seguintes: (i) "Amplio adiantamento da punibilidade, ou seja, mudança da perspectiva do facto produzido para o que se irá produzir no futuro, sendo exemplos os tipos de criação de associações criminosas ou terroristas (...) ou de culturas de narcóticos por parte do crime organizado; (ii) Falta de uma redução da pena em proporção do referido adiantamento; (iii) Mudança da legislação do Direito penal para a legislação de luta para o combate da delinquência. iv) Supressão das garantias processuais⁴²².

GÜNTHER JAKOBS afirma não ter “inventado” o «Direito penal do inimigo», limitando-se apenas a descrever os traços analíticos de uma serie de leis normalmente denominadas como de *luta ou combate*, assim como de outros preceitos legais desenhados para enfrentar um problema real: a existência de um conjunto de indivíduos que colocam em perigo a sociedade⁴²³, justificando, assim, “uma cruzada contra malfeitores «arquimalvados»”⁴²⁴, uma

que procuram construir as categorias do sistema a partir dos fins do Direito Penal, diferenciando, entre os vários tipos de funcionalismo, as abordagens de CLAUS ROXIN e de GÜNTHER JAKOBS. O primeiro, defensor de um funcionalismo puramente político-criminal, moderado e garantista, procura a “acomodação do Direito Penal a certos fins e princípios politico-criminalmente assentes na Constituição própria do Estado de Direito”. O segundo, defensor de um funcionalismo sociológico ou sistémico, define “o Direito como uma prestação consistente em garantir a identidade normativa e, com ele, a própria constituição da sociedade”. Referindo-se em concreto ao funcionalismo sistémico de GÜNTHER JAKOBS, considera EDUARDO DEMETRIO CRESPO que ele “constitui a intenção mais radical e acabada, até à data, de construir a teoria do crime e da pena em termos de funcionalidade para a manutenção do sistema social”

⁴¹⁹ GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Reimpressão, (1ª ed., 1996), Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p.15.

⁴²⁰ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Terrorismo e Direitos Fundamentais*, In VALENTE, Manuel M. Guedes, *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2009, p. 23.

⁴²¹ GÜNTHER JAKOBS, ¿Terroristas como personas en Derecho?, In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra: Civitas, 2006, pp. 68 e 69.

⁴²² GÜNTHER JAKOBS, La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente, In ESER, Albín; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coords.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 58-59.

⁴²³ GÜNTHER JAKOBS, ¿‘Derecho penal’ del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, In CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Madrid: Edisofer, p. 105.

guerra que o Estado tem que travar contra os seus inimigos, “uma guerra cujo carácter limitado ou total depende (também) de quanto se tema o inimigo⁴²⁵”, o “irreconciliavelmente oposto”⁴²⁶, com vista à sua inocuização (incapacitação), eliminando, de forma preventiva, a fonte de perigo. Termos em que, para CANCIO MELIÁ: “O Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva) mas demoniza determinados grupos de infratores, pelo que não é um Direito penal do facto, mas sim um Direito penal de autor”⁴²⁷.

Um «Direito (?)» que, como postulado fundamental, expressamente reconhecido por GUNTHER JAKOBS, reconhece que a diferença entre pessoas e inimigos (não-pessoas) é a base fundamental do seu discurso e nega a qualidade de “pessoa” a determinados sujeitos: “*Este é o núcleo das minhas considerações: se se eliminar este núcleo, cai a minha tese; se se mantiver, tudo o resto só afeta questões de detalhe, não de princípio*”⁴²⁸ - e que, por essa razão, é rejeitado por um amplo setor da doutrina, que o considera como uma “espécie de Direito “útil e temível” ou, inclusivamente, um não-Direito”⁴²⁹.

A doutrina maioritária considera, também, que a formulação teórico – doutrinal de JAKOBS, o «Direito penal do inimigo», exprime ou reformula um pensamento de cariz autoritário⁴³⁰, configurando-se como uma ferramenta apta para legitimar uma qualquer intervenção penal imaginável⁴³¹, por falta de limites ao *ius puniendi* do Estado, tornando-se uma “doutrina

⁴²⁴ MANUEL CANCIO MELIÁ, ¿«Derecho Penal» del Enemigo?, p.87.

⁴²⁵ GÜNTHER JAKOBS, La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal..., p. 61.

⁴²⁶ JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, Uma convivência cómplice En torno a la construcción teórica del denominado Derecho Penal del enemigo, In CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos, coord., *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Madrid: Edisofer, 2006, p. 1016.

⁴²⁷ MANUEL CANCIO MELIÁ, ¿«Derecho Penal» del Enemigo?, p.102.

⁴²⁸ GÜNTHER JAKOBS, ¿'Derecho penal' del enemigo? Un estudio..., 106:” “[...] una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe ‘participar’, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser complementada: todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos. Sus deberes siguen incólumes (aunque cognitivamente ya no se cuente con el cumplimiento del deber); de lo contrario no sería delincuente, en ausencia de infracción de deber. En la medida en que se lo prive de derechos no es tratado –por definición– como persona en Derecho. Éste es el núcleo de mis consideraciones: si se elimina este núcleo, mi tesis se derrumba; si se mantiene, todo lo demás sólo afecta a cuestiones de detalle, no al principio”. Itálicos nossos.

⁴²⁹ MASSIMO DONINI, El derecho penal frente al enemigo, In FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (Coords.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p.41.

⁴³⁰ JOSÉ LUÍS GONZÁLEZ CUSSAC, El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo, *Revista Penal*, nº 19, 2007, p.52.

⁴³¹ LUÍS GRECO, Acerca del llamado Derecho Penal del enemigo, In CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid: Edisofer, 2006, p. 1100: “[...] dificuldades próprias de determinação, alcance e limites que apresenta um termo tão “emocionalmente carregado” como é o “Direito penal e Processual de inimigos”, mas, fundamentalmente, o

prescritiva inevitavelmente autoritária”⁴³², ao invés de essencialmente descritiva, como refere, de forma reiterada, o seu “criador”⁴³³.

A doutrina⁴³⁴ distingue, em geral, três fases diferentes no pensamento de JAKOBS, que oscilam entre uma abordagem descritiva e legitimadora da sua formulação teórico-doutrinal – o «Direito penal do inimigo». No início de 1985, durante o Congresso dos penalistas alemães que teve lugar em Frankfurt (16-19 de fevereiro), o Autor apresentou um artigo⁴³⁵ no qual observou, de forma crítica e descritiva, a presença na legislação alemã de alguns preceitos que ele, na circunstância, denominou de «Direito penal do inimigo» (*Feindstrafrecht*), interpretando estas tendências como um deslocamento do Direito Penal Liberal para um Direito Penal “orientado pra o inimigo”⁴³⁶. Na circunstância, o Autor criticou o avanço do poder punitivo do Estado a “esferas proibidas”⁴³⁷ e afirmou que o «Direito penal do inimigo»

perigo que pressupõe como ferramenta capaz de legitimar qualquer intervenção penal imaginável”. Tradução nossa.

⁴³² LUIGI FERRAJOLI, El principio de lesividad como garantía penal, *Nuevo Foro Penal*, nº 79, (2012), p. 104:” [E]stá claro que una doctrina así, al identificar autorreferencialmente el fin del Derecho penal con la estabilidad y la preservación del orden jurídico mismo, es una doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo. Además, el funcionalismo luhmaniano, y sobre todo su aplicación al Derecho penal, no es nada más que una versión sociológica del viejo estatismo ético: la idea de la primacía del Estado, o si se prefiere del sistema social, sobre las personas, concebidas como subsistemas cuya tutela se admite sólo si es funcional a la conservación del sistema y por ello claramente inidónea para imponer límites a la potestad punitiva del Estado”

⁴³³ GÜNTHER JAKOBS, ¿‘Derecho penal’ del enemigo? ..., p. 97: “[R]epetiré que mis consideraciones se formulan con intención descriptiva, no prescriptiva. Hasta me resultaría agradable que pudiera disolverse la detestable imagen del Derecho penal del enemigo; ahora bien, no veo ninguna posibilidad de disolución incondicionada, y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable. Intentaré mostrar que el cuerpo del emperador, es decir, del Estado, en algunos lugares no está cubierto por una vestimenta como es debido, propia del Estado de Derecho, sino está desnudo, más aún, que debe estar desnudo en las actuales condiciones, si se quiere evitar que quede lesionado en su conjunto por un recalentamiento garantista. La objeción estándar contra este intento de proseguir con la ilustración es que el discurso de la desnudez, es decir, del Derecho penal del enemigo, es obsceno, llevándolo a lo político; fascista. Sin embargo, lo único decisivo es si el discurso acierta con su objeto”.

⁴³⁴ MANUEL CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo: estrutura típica e injusto, p.25; ANDRÉ DAMAS LEITE, Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização..., p.6. Nota 5.

⁴³⁵ GÜNTHER JAKOBS, Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico, *In* JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, p.298: “[Y]a una mirada muy superficial al StGB pone de manifiesto que numerosos preceptos caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal de ciudadanos y pertenecen al Derecho penal de enemigos, en concreto todas las criminalizaciones de lo que materialmente son actos preparatorios, en la medida en que la conducta preparatoria se efectúe en el ámbito privado”.

⁴³⁶ ALESSANDRO BARATTA, Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica, p.46.

⁴³⁷ GÜNTHER JAKOBS, Criminalización en el estado previo..., pp. 295 e 297:” “[...] A la definición de autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro... se ha de contraponer aquí una definición de autor como ciudadano... Todo el Derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor. En la medida en que rige el principio cogitationis poenam nemo patitur, hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las cogitaciones” (p. 295); “... cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y, con ella, la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe... así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga

deveria ser considerado como uma emergência⁴³⁸, descrevendo com essa terminologia uma tipologia penal que, flexibilizando garantias do Direito Penal liberal, criminaliza condutas prévias à lesão do bem jurídico, não tendo, por isso, lugar no Direito Penal de um Estado Democrático de liberdades, uma vez que, nesse tipo de Estado, só seria legitimamente apropriado referir-se a um Direito penal dos cidadãos. Por isso, defendeu JAKOBS uma “separação estrita” entre as normas do “Direito penal do inimigo” e as do “Direito penal dos cidadãos”⁴³⁹. Posteriormente, em 1999, por ocasião das «Jornadas Alemãs de Professores de Direito Penal», realizadas em Berlim, o discurso de JAKOBS radicalizou-se, tornando-se mais definido o que se pretende abarcar com o Direito Penal do inimigo, passando da descrição⁴⁴⁰ à justificação⁴⁴¹. Após 2003, JAKOBS evidencia alguma regressão na sua formulação doutrinal, passando a ver «cidadão» e «inimigo» como tipos ideais: o cidadão como indivíduo competente para participar na vida social, reafirmando, contudo, que o inimigo não faz parte da função de estabilização da norma⁴⁴². Na segunda edição da obra conjunta com CANCIO MELIÁ, publicada em 2006, JAKOBS incluiu um artigo intitulado “Terroristas como personas en Derecho? “ no qual legitima e justifica o «Direito penal do inimigo» como única possibilidade de o Estado de Direito não “quebrar” em face aos ataques dos “inimigos.

en la esfera privada, en la medida en que la esfera privada no concurra con la de otra persona y deje entonces de ser privada (p.297)

⁴³⁸GÜNTHER JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo...*, pp. 296-298. Cotejando as figuras do “cidadão” e do “inimigo”, afirma o Autor: “[L]a existencia de un derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente, son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en que las normas imprescindibles para un estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente”.

⁴³⁹GÜNTHER JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo...*, p. 322: “[E]l derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el derecho penal de ciudadanos”.

⁴⁴⁰BERND SCHÜNEMANN *apud* GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, *Bases teóricas del "nuevo" derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del "enemigo"*, p. 25, Nota 8, *in fine*: “[A] posição de GÜNTHER JAKOBS sobre o Direito Penal do inimigo, expressa em 1985 de uma forma descritiva, simbolizou como que uma “bomba de espoleta retardada”, uma vez que nessa altura já JAKOBS reconhecia a sua necessidade”

⁴⁴¹CORNELIUS PRITTWITZ, *Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?*, In CORCOY BISADOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MIR PUIG, Santiago (Coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier, 2004, p.111: “[M]ientras en su ponencia de 1985 Jakobs declaró la guerra al ilegítimo “derecho penal del enemigo”, en su intervención de 1999 declaró la guerra a los enemigos de la sociedad”.

⁴⁴²GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, In JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*. 2ª ed., Madrid: Thomson - Civitas, 2006, p.23: “[Q]uando se faz referencia ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, tal é feito no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão na realidade em modo puro”.

Para LUIGI FERRAJOLI, o modelo do que se vem chamando «Direito penal do inimigo»⁴⁴³, “uma contradição de termos”, com “*absoluta firmeza um oximoro*”⁴⁴⁴, faz-nos recordar que este modelo não é privativo de uma determinada ideologia ou sistema político, mas sim produto de “uma amarga realidade”⁴⁴⁵, com elevado potencial de destruição dos princípios e garantias do Estado de Direito.

Sobre esta questão, JAKOBS formula a seguinte pergunta: ¿Pode conduzir-se uma “guerra contra o terror” com os instrumentos do Direito Penal de um Estado de Direito?⁴⁴⁶, à qual responde negativamente, afirmando: “Se não se quiser privar o Direito penal do cidadão das suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito, deveria chamar-se de outro modo a aquilo que há que fazer contra os terroristas se não se quiser sucumbir, ou seja, deveria chamar-se-lhe *Direito penal do inimigo, uma guerra desenfreada*. Um Direito penal do inimigo é lícito no quadro do imprescindível, porque, de contrário, o Estado (cuja vigência não pode ser entendida de modo abstrato) cairia a pique”⁴⁴⁷. Aquilo que GÜNTHER JAKOBS parece reconhecer é a utopia de um “Estado de Direito puro e perfeito”, que contrasta com um “Estado de Direito ótimo na prática”, que deverá incluir o «Direito penal do inimigo», em caso de necessidade, assumindo, como refere CANCIO MELIÁ, a figura de “Direito de exceção”⁴⁴⁸.

Em síntese, nas palavras de JAKOBS: "O Direito penal especificamente dirigido contra os terroristas tem mais o propósito de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico, como pode ser inferido a partir do fim da pena e dos tipos penais correspondentes. O Direito penal do cidadão, a garantia da vigência do Direito, transforma-se em Direito penal do inimigo, em defesa contra um risco... A "luta" contra o terrorismo não é apenas uma palavra, mas um conceito; trata-se de uma empresa contra inimigos".⁴⁴⁹

⁴⁴³ LUIGI FERRAJOLI, Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX, (2009), p.17.

⁴⁴⁴ LUIGI FERRAJOLI, El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, nº 19, (2007), p. 16: “[...] É preciso perguntar: ¿o que é realmente se discute quando falamos de Direito penal do inimigo? Do paradigma do inimigo em Direito penal? Creio que há que reconhecer, com absoluta firmeza, que falamos de um oximoro, de uma contradição de termos, que representa, de facto, a negação do Direito Penal, a dissolução da sua lógica e da sua íntima essência, dado que a figura do inimigo pertence à guerra, que é a negação do Direito, do mesmo modo que este é a negação da guerra”. Itálico nosso. Tradução nossa.

⁴⁴⁵ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, As origens ideológicas do Direito penal do inimigo, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Vol. 3, nº 4, (2011), p.28.

⁴⁴⁶ GÜNTHER JAKOBS, ¿Terroristas como personas en Derecho?, p. 57.

⁴⁴⁷ GÜNTHER JAKOBS, Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, p.43. Itálicos nossos. Tradução nossa.

⁴⁴⁸ MANUEL CANCIO MELIÁ, De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?, pp.149-150. (2ª ed., 2006)

⁴⁴⁹ GÜNTHER JAKOBS, ¿Terroristas como personas en Derecho?, p. 74.

A oposição doutrinária ao «Direito penal do inimigo» focou-se inicialmente na crítica à teoria dos sistemas como a base metodológica das teses de JAKOBS, atribuindo-lhe um substrato autoritário.⁴⁵⁰ Posteriormente, as críticas, que são muitas, têm sido dirigidas quase exclusivamente à noção de "direito penal do inimigo" e às suas repercussões político-criminais⁴⁵¹

PEDRO CAEIRO aponta a notoriedade pouco comum deste conceito, considerando a sua natureza provocatória e algo anacrónica, seja como modelo analítico, seja como proposta político-criminal, tanto mais que no dealbar do Sec. XXI a defesa dos direitos humanos foi uma bandeira arvorada no plano internacional. Para este Autor, o «Direito penal do inimigo» configura uma “alucinação normativista”⁴⁵² com uma vocação intrínseca de *arena romana*, lugar para o combate entre as mais diversas concepções e idiossincrasias político-criminais e jurídico-penais, desde o humanismo penal ao punitivismo»⁴⁵³.

Por seu turno, GUEDES VALENTE⁴⁵⁴, considera que “[O] “Direito penal do inimigo” é a negação do Direito penal”. As novas ameaças e os novos perigos que caracterizam a sociedade do risco estão a colocar em causa o Direito penal de garantia e, por outro lado, a legitimar a defesa de um Direito Penal do inimigo, fundado na dogmática do Direito penal de autor, que, visto como inimigo (não pessoa) representa um perigo, uma ameaça ou um risco para a segurança, não real, mas cognitiva⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Por exemplo, ALESSANDRO BARATTA *apud* EDUARDO DEMETRIO CRESPO, Crítica do funcionalismo normativista, p.3.

⁴⁵¹ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante, *InDret- Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, (2019), p.4.

⁴⁵² PEDRO CAEIRO, Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “Direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal, *Livro de Atas do Congresso de Investigação Criminal – Investigação criminal: novas perspectivas e desafios*, 29 e 30 março 2012, Figueira da Foz, p.130: “[a] conceção de GÜNTHER JAKOBS pode ser considerada como uma “alucinação normativista” uma vez que “a atribuição do estatuto de pessoa é função do modo como o indivíduo se coloca relativamente ao *dever ser* jurídico e, nesse sentido, um estado variável e eventual, numa espécie de regresso à *persona* romana ou ao *subjectum* medieval. Ora, a pessoa, constituindo uma entidade pré-jurídica, trans-jurídica, criadora do Direito, não pode, por impossibilidade lógica, ser o seu produto.”

⁴⁵³ PEDRO CAEIRO, Algumas considerações sobre a dimensão substantiva..., p.127.

⁴⁵⁴ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do Inimigo*..., pp. 93 e 243.

⁴⁵⁵ Termos em que defende que, em sede da política criminal no domínio do terrorismo, se deve voltar a refletir sobre se o fenómeno do terrorismo é de natureza jurídico-criminal ou se, pelo contrário, se deve enquadrar no Direito da Guerra. No primeiro caso, num Estado de Direito Democrático, o Direito Penal não pode envolver-se numa lógica de punibilidade de «leão americano ferido». Deve, outrossim, continuar a ser um Direito Penal do Ser Humano, construído sobre a égide de uma política criminal humanista, promovendo a prevenção do terrorismo dentro dos ditames e dos comandos constitucionais.

Para JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ ⁴⁵⁶ “O direito penal do inimigo seria, sobretudo, o direito de medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos”.

Mais contundente na crítica ao conceito de direito penal do inimigo é LUÍS GRECO, quando conclui pela sua total infecundidade, “que não deverá ter lugar no Direito Penal”, pelo que “[o] mesmo deveria voltar aos seu *status* prévio de opinião isolada que habita no máximo em notas de rodapé”⁴⁵⁷.

Termos em que, seja o «direito penal do inimigo», nas palavras de ALBIN ESER⁴⁵⁸, “a proposta de um tratamento diferenciado relativamente ao que se outorga para o «velho terrorismo» e, portanto, baseado na ideia duplamente perigosa de que será admissível a exceção da exceção”, ou, como expressa SILVA SÁNCHEZ ⁴⁵⁹, um «Direito de medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos»⁴⁶⁰, ou um “mal menor, por se fundar em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em contexto de emergência” ⁴⁶¹, ou, ainda, que para DAMAS LEITE⁴⁶² o que pretende JAKOBS seja a disponibilização de “instrumentos mais “musculados” do nosso ramo de Direito (nas suas feições substantiva e adjetiva) sejam aplicados, se não apenas, pelo menos sobretudo àqueles que, por praticarem crimes como o

⁴⁵⁶ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito Penal*, p.195 (2002).

⁴⁵⁷ LUÍS GRECO, *Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo...*, p. 223 e 247. Refere o A.: “[o] conceito não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador-afirmativo ele é nocivo, como conceito descritivo, inimaginável e como conceito critico, na melhor das hipóteses desnecessário

⁴⁵⁸ ALBIN ESER, *Consideraciones finales*, In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.472: “[E]sta “frialidad” que se deduce de la concepción reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contrapone el frente construido por Jakobs entre un “Derecho penal del ciudadano” respetuoso con el Estado de Derecho y un “Derecho penal del enemigo” emanado del poder estatal. Enemigos como “no personas”, es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quién es “ciudadano” y quién “enemigo”. ¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo?, ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar, y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica”.

⁴⁵⁹ Refira-se, todavia, que JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura*, In: DA AGRA, Cándido *et al* (Coord.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Madrid: S.A. Atelier, 2003, pp.130-133, tempera a sua posição expressa em JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p.166 (2001), reconhecendo os potenciais abusos resultantes do uso normalizado do da «terceira velocidade do Direito penal», pelo que insiste no seu carácter absolutamente excecional e na necessidade do respeito pelos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, evitando a contaminação do Direito penal normal (o de primeira velocidade) por este direito penal. Assim JOSÉ LUÍS DIÉZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...*, p.26.

⁴⁶⁰ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p.165 (2001)

⁴⁶¹ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p.166 (2001)

⁴⁶² ANDRÉ DAMAS LEITE, *Recensão de MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE*, *Direito Penal do inimigo e o terrorismo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017. *AB INSTANTIA -Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Ano V, nº7, (2017), p.303. Itálico nosso.

terrorismo, se colocam voluntariamente à margem de toda a vida societária possível, existindo legitimação constitucional e filosófica para *os tratar como verdadeiras bestas*”, não pode, nem deve, ser admitido e legitimado, por ser contrário aos fundamentos do Estado de Direito Democrático. Não é admissível, porque viola grosseiramente o princípio de dignidade humana, que é «intocável», utilizando aqui a terminologia da doutrina germânica⁴⁶³. Não poderá, pois, ser legitimado, porque é inumano e, nessa perspetiva, é obviamente inconstitucional.

De acordo com esta construção doutrinal⁴⁶⁴, em que o “Direito Penal surge imbuído da matriz de Direito penal de autor”⁴⁶⁵ e representa a “negação do direito penal”⁴⁶⁶, o legislador atua preventiva e proativamente, atacando o sujeito perigoso antes que ele cometa o facto, procurando como interesse único a segurança dos cidadãos obedientes e fiéis ao Direito e justificando o seu carácter excecional pela desestabilização que o fenómeno do terrorismo gera no sistema político.

Os terroristas também são seres humanos e, como tal, são portadores de direitos, entre os quais o direito à vida, a um tratamento humano e a um processo penal justo, que exige máxima otimização possível dos valores consagrados na Constituição⁴⁶⁷. Um Estado de Direito deve tratar os terroristas com humanidade⁴⁶⁸, pelo que somente de forma excecionalíssima o direito à vida em tempos de paz poderá ser parcialmente suspenso, especificamente em caso de legítima defesa. A superioridade política e moral de uma sociedade livre e democrática consiste justamente, como afirma KAI AMBOS: “ [...] em tratar os seus inimigos como pessoas, não se colocando ao mesmo nível deles. Não se leva a cabo

⁴⁶³ LUÍS GRECO, Introdução, In WOLTER, Jürgen; GRECO, Luís (Organização e Introdução), *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.32: “[E] há uma categoria especial de direitos fundamentais, a daqueles em que as intervenções são impassíveis de qualquer justificação, em que intervenção e violação se confundem. Esses direitos, especialmente protegidos, são intocáveis [...] a dignidade humana e o conteúdo essencial de um direito fundamental são intocáveis”.

⁴⁶⁴ GUNTHER JAKOBS, ¿Terroristas como personas en Derecho?, pp. 77 e ss.: “... debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que haya que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir”.

⁴⁶⁵ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do inimigo...*, p.95.

⁴⁶⁶ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do inimigo...*, p.131.

⁴⁶⁷ CLAUD ROXIN e BERND SCHUNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed. Buenos Aires: Didot, 2019, p. 148.

⁴⁶⁸ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo», p.136: “[O] delincente “inimigo” ou terrorista não deve ser visto como um objeto a vigiar e castigar, como um ser daninho que deve ser encerrado pelo maior tempo possível, porventura perpetuamente, abandonando liminarmente a esperança quanto à possibilidade de reinserção na sociedade, ou simplesmente eliminado fisicamente como uma alimária, como alguém que não merece ser tratado como pessoa”

uma “guerra” contra os terroristas, deve-se sim procurar combatê-los com os meios do Direito Penal do Estado de Direito”⁴⁶⁹.

Este novo “olhar” para o delinquente, percecionado como “perigoso”, com a consequente atribuição da condição de “inimigo” ou de “não-pessoa” traduz uma inaceitável involução do Direito Penal, condenando-o a uma inevitável “progressão para o retrocesso”⁴⁷⁰. A despersonalização do ser humano, tal como é propugnada na tese do «Direito Penal do Inimigo», fundada em uma restrição intolerável de direitos, liberdades e garantias jurídico-processuais e constitucionais e “justificada” pelo rótulo de inimigo da sociedade em resultado da sua “especial perigosidade”, deve, pois, ser rejeitada em absoluto no contexto do Direito Penal de um Estado de Direito material, social e democrático⁴⁷¹, sob pena de um regresso ao passado em que a «repressão do socialmente perigoso» ocupava o primeiro plano do Processo Penal⁴⁷².

Ao admitir-se a introdução, ainda que lenta e dissimulada, de áreas de cultivo de “Direito Penal do Inimigo” dentro da seara do Direito Penal, admite-se simultaneamente o surgimento do sério risco de que, em breve, todos os cidadãos sejam considerados suspeitos, ao menos potencialmente, e todo o Direito Penal se transforme em um Direito radicalmente defensivista e fundamentado na perigosidade ou periculosidade. Como diz JAKOBS, quem se comporta constantemente como o diabo, não pode ser tratado como pessoa jurídica' ... porque lhe falta para tanto a garantia cognitiva⁴⁷³.

Mas, como notou, com perspicácia, SILVA DIAS: “O diabo a que Jakobs se refere vive no meio de nós e, se o combatemos com os métodos dele, acabamos por lhe vender a alma, quando não por nos colocarmos também sob mira”⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ KAI AMBOS, Os terroristas também têm direitos. Osama Bin Laden não deveria ter sido executado, nem mesmo em conflito armado. *Boletim IBERCRIM.*, Vol. 19, nº 233, 2011, p. 2.

⁴⁷⁰ MANUEL GUEDES VALENTE, Direito Penal do inimigo..., p. 22.

⁴⁷¹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Teoria geral do Direito Policial*, p. 209. Nota 406.

⁴⁷² CLAUS ROXIN e BERND SCHUNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, p.69.

⁴⁷³ AUGUSTO DA SILVA DIAS, Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado, *In MONTE, Mário Ferreira (Coord.), Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 785.

⁴⁷⁴ AUGUSTO DA SILVA DIAS, Os criminosos são pessoas? Eficácia..., p. 794. Itálico nosso.

3.4. O Direito Penal na prevenção, repressão e perseguição do terrorismo num Estado de Direito, material, social e democrático

“We have to fight the terrorists as if there were no rules and preserve our open society as if there were no terrorists” ⁴⁷⁵.

THOMAS FRIEDMAN

Atentados como o do 11 de setembro⁴⁷⁶, perpetrados pela al-Qaeda⁴⁷⁷ com o recurso a aviões como armas de destruição massiva, dirigidas a alvos com valor simbólico indelével⁴⁷⁸, bem como todos os actos terroristas que se lhe seguiram⁴⁷⁹, colocaram os Estados perante uma ameaça global, fluida, difusa e geograficamente dispersa, desprovida de limites, quer territoriais, quer éticos, que persegue objetivos políticos e estratégicos e emprega estratégias de ataque diferentes das que apresentavam, no passado, os grupos terroristas domésticos, de raiz interna e com motivação essencialmente nacionalista.

⁴⁷⁵ THOMAS FRIEDMAN, *Longitudes & Attitudes: The World in the Age of Terrorism*, New York: Anchor Books, 2002, p.35

⁴⁷⁶ JORGE MIRANDA, Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para o outro, In MIRANDA, Jorge, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, 1.ª Ed., Estoril: Princípa Editora, 2006, p.499: “[Os] atentados de 11 de setembro [...] apenas têm de singular os meios utilizados, o número de vítimas e as suas repercussões globais “

⁴⁷⁷ Sobre a referida organização terrorista, diz-nos MARIA DO CÉU PINTO, A jihad global e o contexto europeu, In GUEDES VALENTE, Manuel, coord., *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009, pp.85-86.: «[A] al-Qaeda é uma organização amorfa se comparada com as organizações terroristas clássicas que têm uma estrutura interna formal, do tipo rígido e hierárquico. Mais do que uma organização, a al-Qaeda é uma rede global de relações, aquilo que em linguagem sociológica se classifica como uma SPIN: Rede Segmentada, Policêntrica e Ideologicamente Integrada. A al-Qaeda, formada em 1989, no final da guerra do Afeganistão, é uma estrutura de coordenação pouco hierarquizada, flexível e descentralizada. Era inicialmente constituída por elementos terroristas de todo o mundo que se juntavam esporadicamente, numa base casuística, para organizarem operações de terror e que tinham duas coisas em comum: a experiência da luta na jihad afegã e a mesma ideologia intransigente”.

⁴⁷⁸ O *World Trade Center*, como emblema da cidade mais próspera dos Estados Unidos da América e símbolo internacionalmente reconhecido da liderança americana no empreendedorismo livre e no comércio internacional e o Pentágono, cuja construção tinha sido iniciada precisamente 60 anos antes (11 de setembro de 1941), com semelhante simbolismo, relacionado com o poder, força e aparente invencibilidade de um povo livre. Cfr. THEODORE OLSON, in memory of Barbara K. Olson. In: REUTER, Dean; YOO, John, *Confronting Terror. 9/11 and future of America National Security*, New York: Encounter Books, 2011.ISBN 978-1594035630; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Introducción a Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial de Wayne Morrison, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 2, (2012), p.2: “El World Trade Center, a diferencia del Empire State Building –que es un alarde imperial-, era la representación del mundo funcional y utilitarista de la globalización (...) El WTC era el máximo exponente de la tecnología y la seguridad”.

⁴⁷⁹ ELENA GÓRRIZ ROYO, *Contraterrorismo....* p.3: “[S]e recuarmos no tempo até aos atentados de Madrid (2004) e Londres (2005), há praticamente um salto de 10 anos na onda de atentados graves [...] a este respeito, podemos considerar, entre outros, o ataque terrorista al Semanário Charlie Hebdo (2015), os ataques em Paris, Londres, Berlim, ou Copenhaga (2015), los atentados de Bruxelas, Paris, Nice, Berlim (2016), assim como os de Londres, Estocolmo, Manchester (2017) ou o atentado Estrasburgo (2018)”. Tradução nossa.

A emergência deste «novo terrorismo»⁴⁸⁰, enquanto discurso político e fenómeno político-criminal, que se deslocou de uma realidade periférica para o âmago da civilização ocidental, tornou-se uma realidade fortemente marcada pelo projeto de uma *jihad* global sob os auspícios da Al-Qaeda (uma entidade “sem remetente”⁴⁸¹) e de outras organizações salafistas (jihadistas) violentas, como seja o Da’esh⁴⁸², que atinge as democracias, abalando fortemente a consciência coletiva das sociedades ocidentais. A gravidade da ameaça que representa é profunda: o terrorismo atual, corrente jihadista que defende a violência como meio de atingir objetivos político-religiosos, não se circunscreve a um número reduzido de pessoas, não se encontra limitado a áreas geográficas concretas, assumindo antes uma estrutura fluída, uma geometria variável de meios e procedimentos e alvos indiscriminados. Como consequência do desenvolvimento tecnológico, o dano que pode causar é muito elevado e, por outro lado, é muito frequentemente indiferente aos valores do sistema penal e à contra motivação através da ameaça de imposição de uma pena (v.g. os atentados terroristas suicidas, em busca de um reconhecimento transcendente)⁴⁸³.

Como bem nota FRÉDÉRIC MÉGRET: “[o] «11 de setembro» é uma manifestação do que se pode designar por “hiperterrorismo” e simboliza “o lado obscuro da globalização”⁴⁸⁴.

A desterritorialização do crime originou o surgimento de novas formas delitivas, integradas numa tipologia criminal caracterizada pela ideia de organização em rede, poder económico e transnacionalidade. O medo da criminalidade e o sentimento de insegurança⁴⁸⁵, gerados por uma ameaça difusa, crescem no contexto de uma «sociedade mundial do risco» - “último avatar do progresso”⁴⁸⁶ - e governada pelo risco⁴⁸⁷, quer corresponda ou não à existência

⁴⁸⁰ MYTHTEN e WALKLATE, Communicating the terrorist risk: harnessing a culture of fear? *Crime media culture*, Vol. 2, nº 2, (2006), pp.125-126: “[O] termo “novo terrorismo” só foi popularizado depois do 11 de setembro, e baseia-se numa combinação do alcance global dos novos grupos terroristas, na sua formação fluida e na capacidade que detêm de usar armamento de destruição massiva”; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho Penal autoritário*, p.167.

⁴⁸¹ ALAN DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*. New Haven: Yale University Press, 2002, p.2: “[I]n Dershowitz's terms, Al Qaeda has no return address”.

⁴⁸² Da’esh é o acrónimo árabe “*al Dawla al Islamiya fi al Iraq wa al sham*”, que significa Estado Islâmico de Iraque e Levante, ainda que também possa ser designado como Estado Islâmico “EI” ou, desde a sua posterior evolução em abril de 2013, como “ISIS”.

⁴⁸³ FERNANDO VENTURA, *O controlo da constitucionalidade...*, p.1

⁴⁸⁴ FRÉDÉRIC MÉGRET, *Justice in Times of Violence*, *European Journal of International Law*, vol. 14, nº 2, (2003), pp. 331-332.

⁴⁸⁵ ZIGMUNT BAUMAN, *Modernidade Líquida*, p.21: “[T]udo é líquido no mundo moderno”. O Autor refere-se à «síndrome de Titanic» na perspetiva de que as pessoas se encontram imersas na sensação de que, a qualquer momento, será alvo de uma catástrofe imprevisível que destruirá a estrutura de convívio social, instaurando-se uma ordem de pânico. Por outro lado, o Autor reserva uma posição especial relativamente ao que designa por «iceberg terrorista» que considera ser a ameaça mais temida atualmente”

⁴⁸⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Globalização, democracia e crime*, p. 978

objetiva do risco, fazendo emergir uma demanda exacerbada por segurança, incluindo a cognitiva, influenciada pela necessidade de substituição ativa de outros mecanismos de controlo social que se debilitaram nas sociedades avançadas, que ajuda a fechar o “círculo de fogo” em que o Direito Penal é chamado a cumprir as suas funções e finalidades e sobre cujo conteúdo e alcance não existe consenso. Como escrevem GONZÁLEZ CUSSAC e FLORES GIMENEZ: “[A] não distinção entre necessidades objetivas de segurança e sentimento subjetivos de insegurança faz emergir a ideia de segurança como fator legitimador de todas as políticas de intervenção punitiva”⁴⁸⁸, com o sacrifício de direitos fundamentais em nome da segurança.

Como consequência da emergência de uma “justiça penal preventiva”⁴⁸⁹, tributária da ideologia neoliberal que subjaz ao “processo de Globalização” e associada a “uma resposta contundente, efficientista e simbólica dos poderes públicos”⁴⁹⁰, o primado do respeito pela liberdade e pelas garantias do individuo foi cedendo, progressivamente, face a bens públicos difusos como a “segurança” ou a “preservação da vida das sociedades ocidentais”, refletindo uma tensão crescente entre o valor intrínseco que se outorga à liberdade individual e à dignidade dos seres humanos, e a necessidade percecionada de restringir e limitar essa mesma liberdade, em nome da segurança⁴⁹¹.

Assiste-se a uma verdadeira “cultura de segurança”⁴⁹², em resultado de uma reconstrução do valor segurança como axioma político, evidenciando-se a sua priorização e inscrevendo a segurança⁴⁹³ na semântica da «sociedade do risco» (ULRICH BECK).

As reformas do Direito penal material têm-se concentrado sobretudo na criação de novos tipos penais e em agravações dos já existentes, e, no domínio do Direito Processual Penal, em

⁴⁸⁷ BARBARA ADAM e JOOST VAN LOON, Introduction: repositioning risk – the challenge for social theory, *In* ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; VAN LOON, Joost (Org.), *Risk Society and Beyond: critical Issues for Social Theory*. London: Sage, 2000, p.2:” [A] essência do risco não é o que acontece mas o que pode vir a acontecer”.

⁴⁸⁸ GONZÁLEZ CUSSAC e FLORES GIMÉNEZ, Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad, *In Cuadernos de Estrategia 188- Seguridad Global y Derechos Fundamentales*, Madrid: Ministerio de Defensa, 2017, p.31.

⁴⁸⁹ EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo, *ADPCP*, Vol. LXX, (2017), p.28.

⁴⁹⁰ Idem, p.47.

⁴⁹¹ HENRIQUE CARVALHO, *The preventive turn in criminal law*, Oxford: Oxford University Press, 2017 p. X.

⁴⁹² ROBERTO BERGALLI, Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado..., p.66.

⁴⁹³ DAVID SAN MARTIN SEGURA, Retórica e gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad..., pp. 71 e ss. Neste entendimento, pode perscrutar-se uma dupla dimensão da ideia em torno do valor segurança. Por um lado, uma dimensão simbólica, nela se inscrevendo todo um universo retórico que envolve o discurso político-normativo sobre a segurança para determinados fins, designadamente réditos eleitorais e convencimento da população de um legislador atento e decidido. Por outro lado, uma dimensão instrumental, nela se incluindo os dispositivos e as «novas tecnologias» implementadas para a “gestão política da insegurança”. (Tradução nossa)

que a restrição de direitos opera com maior expressão, a tendência caminha no mesmo sentido, concentrando-se as reformas levadas a cabo na fase de investigação, onde surgem novos, mais sofisticados e mais insidiosos métodos de obtenção de prova, com recurso a instrumentos secretos que colocam naturalmente em causa o *nemo tenetur se ipso accusare*, ínsito no princípio de presunção de inocência. Importa, todavia, ter (bem) presente que os limites à restrição de direitos surgem na Constituição⁴⁹⁴ e materializam-se no Direito Penal e no Direito Processual Penal, que poderá ser considerado como “sismógrafo da Constituição do Estado” e a *Magna Charta* do Cidadão⁴⁹⁵.

Contexto em que importa chamar a atenção para os perigos de uma policialização da investigação criminal, dotando a Polícia com um arsenal de métodos ocultos de intervenção e investigação, com potenciais efeitos perversos ao nível do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais e, em outro plano, pondo em perigo o princípio da investigação sob garantia judicial, quebrando garantias constitucionais⁴⁹⁶.

Como forma de prevenir e reprimir o terrorismo a política criminal e a legislação penal, evidenciam sinais de mudança de um modelo preventivo para um modelo cautelar ou de precaução. O risco de dano potencial causado por um acto terrorista, sendo incerto e imprevisível, podendo os respetivos efeitos ser irreversíveis, não justifica, pois, a não intervenção (inação) do Estado⁴⁹⁷, antes promovendo, como ensina GUEDES VALENTE: “[U]ma policialização do Processo Penal e uma funcionalização do Direito Penal, assente na ideia de que o Direito penal material e processual está a transformar-se em instrumento de segurança”⁴⁹⁸, afetando de maneira especialmente aguda o exercício de determinados direitos fundamentais, como sejam a liberdade, a igualdade, a inviolabilidade do domicílio e o segredo das comunicações.

Um Direito penal preventivo, com uma (acentuada) antecipação da prevenção da lesão dos bens jurídicos dignos da tutela penal, em que ocorrem sistematicamente ações de “vigilância em massa”, técnica que, de resto, se tornou uma característica das políticas de prevenção e

⁴⁹⁴ O artigo 18º, nºs 2 e 3, nos quais são prescritos os pressupostos e requisitos que devem ser observados para a que a restrição de direitos seja legítima.

⁴⁹⁵ CLAUS ROXIN e BERND SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, p.55.

⁴⁹⁶ MANUEL GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, p. 518 e ss.; No mesmo sentido CLAUS ROXIN e BERND SCHÜNEMANN, *Derecho Procesal Penal*, p.136.

⁴⁹⁷ SIMON BRONITT, *Balancing Liberty and Security: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform*, p.78

⁴⁹⁸ MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação*, pp. 106 e 108.

repressão do terrorismo⁴⁹⁹, violadores da intimidade de todos os cidadãos em geral, de investigação antecipada ou de “campo avançado”⁵⁰⁰ no quadro processual penal, em busca de indivíduos previamente categorizados como potencialmente perigosos, “inimigos indeterminados” cujas potenciais condutas são suscetíveis de criar perigo ou risco para a segurança⁵⁰¹.

Parece-nos, todavia, inevitável que o Direito Processual Penal se tenha que adaptar⁵⁰² a uma realidade que não para de evoluir a nível técnico-científico, sentido em que os meios que obtenção de prova, com potencial crescente de danosidade social, devem acompanhar o progresso, harmonizando-se obrigatoriamente com os valores jurídico-constitucionais essenciais de um Estado de Direito Democrático. Parece-nos, igualmente, ser inegável a constatação da existência de um traço característico do atual discurso político e académico no que concerne à estratégia e à legislação antiterrorista que surgiu após o 11 de setembro, considerando que o terrorismo, pela sua especial e reconhecida perigosidade, constitui fundamento bastante para uma restrição de Direitos, pese embora essa restrição deva obrigatoriamente respeitar os limites que jurídico-constitucionalmente se lhe impõem, com a barreira intransponível da dignidade da pessoa humana⁵⁰³ enquanto limite último e fundamento da própria ação do Estado⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ *Sophie in 't Veld, Rapporteur of the Civil Liberties Committee of the European Parliament, speaking on the issue of counter-terrorism formulates this in following terms: “whereas mass surveillance has become a key feature of counter-terrorism policies, and whereas the large-scale collection of personal data, detection and identification technologies, tracking and tracing, data mining and profiling, risk assessment and behavioral analysis are all used for the purpose of preventing terrorism;” (Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2011, p.5)*

⁵⁰⁰ MANUEL GUEDES VALENTE, Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação, p.112.

⁵⁰¹ JOHN VERVAELE, Surveillance and Criminal Investigation: Blurring of Thresholds and Boundaries in the Criminal Justice System? In GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (Ed.), *Reloading Data Protection. Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*, Utrecht: Springer Netherlands, 2014, p.121.

⁵⁰² MARIA LÚCIA AMARAL, A proteção da confiança, In: GOMES, Carla Amado (Org.), *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, 2012. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas-Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 21-29: “[A]ssim, o tempo traz ao Direito uma demanda ambivalente: pede-lhe que permaneça e pede-lhe que mude. Num Estado de direito, a ambivalência desta demanda deve resolver-se desde logo tendo em conta o princípio objetivo da segurança jurídica, esse mesmo do qual decorrem também as exigências de determinabilidade das leis e dos demais actos estaduais, da publicidade desses actos e da proporcionalidade de todo o agir estadual”. O tempo é para o Direito uma dimensão tão essencial quanto ambivalente. Por definição, o Direito tende para a continuidade: só ordena se for estável, ou se for dotado de alguma estabilidade. Mas só ordena eficazmente se souber responder à mudança”

⁵⁰² ULRICH BECK, Poder y contrapoder..., p.39: “[A]nte a alternativa entre segurança e liberdade, os governos, parlamentos, partidos e população decidem-se, tão unânime como rapidamente, pela restrição das liberdades fundamentais”.

⁵⁰³ MANUEL GUEDES VALENTE, Terrorismo: Restrição de Direitos (?), p.412.

⁵⁰⁴ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p.53.

É certo que o Direito Internacional deixa aos Estados europeus confrontados com situações sérias de emergência uma certa “margem de apreciação” (Art.15º da CEDH) ou de flexibilidade na determinação dos meios a utilizar para cumprir os seus compromissos em matéria de direitos humanos, deixando transparecer a ideia de proteger a «razão de Estado», permitindo a derrogação de garantias inerentes ao Estado de Direito. A este respeito, as Convenções internacionais relativas aos direitos humanos reconhecem aos Estados o direito de limitarem ou derrogarem determinadas obrigações em tempos de crise⁵⁰⁵. Por outro lado, os Tribunais reconheceram, em alguns casos, uma “margem de apreciação” (Art.º 15º da CEDH) mais ampla no que concerne ao respeito por certos direitos humanos em tempos de emergência ou de crise, sem, no entanto, minar a substância dos direitos salvaguardados. Recorde-se que qualquer derrogação ao abrigo do Artº 15º da CEDH será avaliada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos casos que sejam trazidos ao seu conhecimento⁵⁰⁶. A título de exemplo, MARIANA GOMES MACHADO, referindo-se à jurisprudência do TJUE e do TEDH escreve o seguinte: “ [...] em matéria de combate ao terrorismo e à criminalidade violenta, *a malha não é apertada* (...) a jurisprudência aceita o recurso a interseções telefónicas, a *metadados*, a dados de localização, as “vigilâncias em massa”, com uso de algoritmos para selecionar as comunicações relevantes, aceitando, inclusive, que os parâmetros desse algoritmo não sejam tornados públicos, nem constem da ordem que ordenou a pesquisa”⁵⁰⁷. Mas, como bem recorda MIREILLE DELMAS-MARTY, não devemos ignorar que as derrogações são limitadas, como é, por exemplo o caso da tortura⁵⁰⁸,

⁵⁰⁵ Resolução da Assembleia Geral AG2200A (XXI), 16 de dezembro de 1966, com entrada em vigor a 23 de março de 1976. “Em caso de emergência pública que ameace a sobrevivência da nação e desde que proclamada por um ato oficial, os Estados Partes neste Pacto podem tomar, na estrita medida que a situação exija, medidas que derroguem obrigações decorrentes do presente Pacto”. Disponível em : <http://www.ohchr.org/french/law/ccpr.htm> [Consulta em 29 de maio de 2021];

⁵⁰⁶ Cfr. Guia sobre o Art.º 15º, de 31 de dezembro de 2019, publicado no sítio da internet do TEDH.

⁵⁰⁷ MARIANA GOMES MACHADO, *O Acesso aos metadados pelos Serviços de Informações da República Portuguesa à luz da Lei e da Constituição*, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2019, p. 89. Itálicos no original.

⁵⁰⁸ Considerada uma norma de *jus cogens*, a proibição de tortura e de tratamentos degradantes, prevista em vários instrumentos internacionais, é absoluta, mesmo “em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”, nos termos do artigo 15º da CEDH. O caráter inderrogável da proibição da tortura encontra-se também consagrado na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que prevê que “nenhuma circunstância excepcional, qualquer que seja, quer se trate de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de exceção, poderá ser invocada para justificar a tortura. A este propósito, o TEDH dispõe que a proibição contida no artigo 3º da CEDH consagra um dos valores mais fundamentais das sociedades democráticas e que mesmo nas circunstâncias mais difíceis, tais como a luta contra o terrorismo, a Convenção proíbe, de forma absoluta, tortura e outras formas de penas ou tratamentos, desumanos ou degradantes, independentemente da conduta da vítima (Cfr. Ac. do TEDH de 06/04/2000, Labita c. Itália).

que não é admissível em qualquer circunstância⁵⁰⁹, e, por outro lado, as relações entre a razão de Estado e o Estado de Direito são enquadradas, no caso da União Europeia, pelos Tribunais regionais – TEDH e TJUE ⁵¹⁰.

Os acontecimentos de «11 de setembro» reacenderam o debate sobre a legitimidade da tortura em casos de extrema necessidade, “desenterrando a tortura, pelo menos do ponto de vista jurídico, do museu da história do Direito”⁵¹¹ e questionando a sua proibição absoluta⁵¹². A erradicação da prática da tortura no mundo constitui um dos maiores desafios que as Nações Unidas se propuseram poucos anos após a sua criação⁵¹³.

A proposta mais controversa foi apresentada por ALAN DERSHOWITZ, que advoga a defesa do uso de tortura não letal, sancionada por um mandado judicial de um tribunal para limitar o uso da tortura contra suspeitos de terrorismo⁵¹⁴, como forma de forçar um suspeito terrorista a

⁵⁰⁹ Certos direitos da CEDH não permitem qualquer derrogação: o direito à vida, exceto no contexto de atos de guerra legais (artigo 2.º), a proibição da tortura e do tratamento ou punição desumanos ou degradantes (artigo 3.º), a proibição da escravatura e da servidão (artigo 4.º, §1) e a regra de “não punição sem lei” (artigo 7º).

⁵¹⁰ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Libertés et Sûreté...*, p. 469.

⁵¹¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Actualidad del pensamiento de Beccaria...*, p.232.

⁵¹² A Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi assinada por Portugal em 4 de fevereiro de 1985 e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/88, publicada no Diário da República, I Série, n.º 118, de 21 de maio, e ratificada pelo Decreto do presidente da República n.º 57, de 20 de julho de 1988. De acordo com o Aviso publicado no Diário da República, I série, n.º 128 de 5 de junho de 1989, a República Portuguesa depositou junto do Secretário-Geral da Nações Unidas o seu instrumento de ratificação da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada em 10 de dezembro de 1984, com início de vigência na ordem jurídica internacional em 26 de junho de 1987 e na ordem jurídica interna em 11 de março de 1989. No momento do depósito do instrumento de ratificação, Portugal declarou reconhecer, nos termos dos artigos 21.º, n.º1 e 22.º, n.º1, da Convenção, respetivamente, as competências do Comité contra a Tortura para receber e analisar comunicações dos Estados Partes no sentido de que outro Estado Parte não está a cumprir as suas obrigações decorrentes da Convenção e comunicações apresentadas por ou em nome de particulares sujeitos à sua jurisdição e que afirmem ter sido vítimas de violação, por um Estado Parte, das disposições da Convenção. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/...> [Consulta em 10 de junho de 2021].

⁵¹³ Cfr. Ministério Público -Gabinete de Documentação e Direito Comparado, *Direitos Humanos. Comité contra a Tortura.*, p.1 “A erradicação da prática da tortura no mundo constitui um dos maiores desafios que as Nações Unidas se propuseram poucos anos após a sua criação. Com o objetivo de garantir a adequada proteção de todas as pessoas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, as Nações Unidas foram adotando ao longo dos anos normas de aplicação universal. Estas acabariam por ser incorporadas em declarações e convenções internacionais. A adoção, a 10 de Dezembro de 1984, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, representou o culminar do processo de codificação das normas destinadas a combater a prática da tortura” . Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/ficha_informativa_17_comite_contra_tortura.pdf [Consulta em 10 de junho de 2021]

⁵¹⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Actualidad del pensamiento de Beccaria...*, p.232: “[...] Alan Dershowitz propõe claramente a prática de uma “tortura controlada”, não diretamente letal, sob a supervisão de um tribunal de justiça que diria até onde se poderia chegar. Numa palavra, para Dershowitz, o terrorismo funciona porque o Estado não sabe como contra-atacar com as suas mesmas armas, pelo que a solução é a que o Estado também aja contra terroristas (ou aqueles que suspeita ser) com as mesmas armas de terror que usam contra ele. Isto é, face ao terrorismo contra o Estado, o terrorismo do Estado. *Tertium non datur*”.

divulgar informações que impeçam um ataque terrorista iminente e massivo, como por exemplo, o cenário de "bomba-relógio (*ticking- time bomb*)"⁵¹⁵.

Todo este movimento político a favor da tortura, considerada como uma violação do direito das pessoas à integridade pessoal, uma ofensa à dignidade humana, uma das suas violações mais atrozes, foi acompanhado, nos últimos anos, quer nos Estados Unidos da América⁵¹⁶, quer noutros países, do desenvolvimento, em paralelo, de um discurso que tende a justificar a sua utilização em casos extremos e como forma eficaz e admissível juridicamente de “lutar” contra o terrorismo⁵¹⁷.

A Conferência realizada no quadro da Comissão Nacional dos Direitos Humanos (CNDH)⁵¹⁸ para comemorar o 30º aniversário da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a 26 junho de 2017, permitiu realçar a importância e atualidade da Convenção contra a Tortura, volvidos 30 anos da sua aprovação, e sublinhar a relevância de uma diplomacia de direitos humanos tendo em conta a *plasticidade do conceito de tortura e a problemática legitimação da tortura na conjuntura atual*, em que o debate entre segurança e liberdade se agudiza. Como bem assinala GUNTHER FRANKENBERG⁵¹⁹: “[...] Mas a “segurança” é a palavra-chave que nos remete para fora deste “tabu”, convidando a que se baixem as barreiras contra os mecanismos de coerção do Estado.

⁵¹⁵ ALAN DERSHOWITZ, *Why terrorism works: understanding the threat...*, pp. 140-158. Fala-se de uma situação hipotética em que uma bomba foi ativada e a única pessoa que pode ter informações para prevenir ou minimizar os potenciais danos de uma explosão da bomba é o suspeito, que se recusa a divulgar esta informação, podendo desta forma salvar muitas vidas.

⁵¹⁶ MARIONA LLOBET ANGLI, ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?, *InDret- Revista para el Análisis del Derecho*, nº3, (2010), p.2: “[E]m particular, o seu debate é especialmente intenso nos Estados Unidos da América, onde a Administração Bush, preocupada com a legalidade da utilização de técnicas severas de interrogatório proibidas pelo direito internacional, compreendeu a necessidade de estabelecer argumentos jurídicos viáveis para legitimar tal forma de proceder. Assim, desde 2001, funcionários do governo elaboraram vários documentos que justificam práticas coercivas de interrogatório e tortura, compostas por memorandos e relatórios e conhecidos como “Os Memorandos de Tortura”. Além disso, veio a lume o uso de tortura e tratamento desumano e degradante na prisão iraquiana de Abu Ghraib e na base militar de Guantanamo”. Tradução nossa.

⁵¹⁷ Recorde-se e sublinhe-se, no entanto, que na nossa Ordem jurídica, ao nível das provas em Processo Penal, independentemente da consagração constitucional (Art.º 32º, nº 8 da CRP) e infraconstitucional Art.º 126º do CPP – regime jurídico das proibições de prova), são proibidas quaisquer provas que violem os valores da pessoa humana num Estado de Direito democrático Cfr. MANUEL GUEDES VALENTE, Os direitos e liberdades fundamentais pessoais como barreira “intransponível” na produção de prova penal, *In VALENTE, Manuel M. Guedes [et. al.] Prova penal. Estado democrático de Direito*, Lisboa: Letras e Conceitos, Lda., 2015, pp.137-138. O nosso CPP acolhe o princípio da inadmissibilidade de provas obtidas com ofensa à integridade física ou moral das pessoas ex-vi do nº 1 do artigo 126º do CPP, destacando-se, no mesmo articulado, as provas obtidas sob tortura e coação, no cumprimento pleno do artigo 25º, nº 2 e do artigo 32º, nº8, ambos da CRP.

⁵¹⁸ Cfr. *Relatório da Comissão Nacional dos Direitos Humanos. Ano de 2017*, p.14. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/upload/ficheiros/i007109.pdf> [Consulta em 10 de junho de 2021].

⁵¹⁹ GUNTHER FRANKENBERG, *Torture and Taboo: An essay comparing paradigms of organized cruelty*, *Sistema Penal & Violência*, Vol. 1, nº 1, (2009), p. 135.

A ética do salvamento de pessoas inocentes, presente no debate na Alemanha, e a ética da necessidade, que atravessa o discurso dos EUA, sejam quais forem as diferenças de estilo entre ambas, sobrepõem-se nos dois seguintes aspetos. Por um lado, apoiam-se no racional de que bons fins justificam maus meios e, por outro, operam na base da perspectiva utilitarista de que o que realmente conta não é o indivíduo, mas sim a felicidade do maior número”.

Considerando que a tortura é universalmente considerada um atentado inadmissível à dignidade humana e ao direito das pessoas à integridade pessoal⁵²⁰, será que em contexto de impedimento de actos terroristas iminentes, designadamente em situações de *ticking time bomb*, se poderá considerar admissível, embora controverso, o uso da «tortura preventiva»⁵²¹ ao abrigo de um direito de necessidade ou de legítima defesa, para salvar vidas inocentes? Ou que dizer acerca do convite ao debate proposto por Maria da Conceição FERREIRA DA CUNHA que, embora expressando claramente a sua posição de afastamento do conceito de “Direito Penal do Inimigo”, se interroga sobre se «se deve impedir a defesa de vidas inocentes para não beliscar a dignidade dos agressores»? ⁵²². Numa posição que nos permitimos partilhar, SILVA DIAS entende que: “[T]orturar o terrorista, ainda que com propósitos «louváveis», é libertar da garrafa o «génio do mal». É em tempos conturbados, como o que vivemos, quando as restrições aos impulsos mais primitivos esmorecem, que mais sentido faz e mais útil é a contenção de métodos que a modernidade condenou e enterrou”⁵²³.

Ora, um dos problemas mais complexos que se colocam no âmbito do “combate ao terrorismo” é precisamente o de garantir a segurança e assegurar, ao mesmo tempo, o respeito pelos direitos humanos, surgindo o dilema de determinar em que medida as democracias podem derrogar os direitos e as liberdades dos cidadãos com o objetivo de assegurar a sua proteção.

Note-se, todavia, que o discurso da sabedoria convencional de que, quanto mais direito penal dispusermos, mais segurança teremos⁵²⁴, não é empiricamente constatável na realidade. Com

⁵²⁰ A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art.º 5º), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.º 7º), a Convenção Internacional contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis e degradantes (Art.2º, nº2, A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (Art.º 3º), a Carta dos Direitos Fundamentais da UE (art.º 4º, a que se junta a CRP (art.º 25º, nº2 art.º 32º, nº 8) e, a nível infraconstitucional, o Art.º 126º do CPP, proíbem a tortura de uma forma perentória. De resto, poucas são as práticas tão consensual e redondamente proibidas como a tortura.

⁵²¹ KAI AMBOS, O uso “transnacional” da prova obtida por meio de tortura, pp. 93 e 100.

⁵²² MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Uso da tortura e impedimento de actos terroristas, p. 57.

⁵²³ AUGUSTO DA SILVA DIAS, Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal. Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre: AMP, nº 71, (Jan - abril 2012), p. 276.

⁵²⁴ MANUEL CANCIO MELIÁ, *Terrorism and Criminal Law: the dream of Prevention...*, p. 114.

efeito, a existência real de um impulso de criminalização (fortemente antecipada) no domínio do terrorismo, com sanções mais severas e à custa de uma maior compressão dos direitos fundamentais das pessoas, remete-nos para a seguinte questão: Por que razão os atos terroristas continuam a ocorrer?

Uma tentativa de resposta a esta questão remete-nos para duas ordens de razões diferentes. Por um lado, há que reconhecer que o chamado "novo terrorismo islâmico", fortemente inspirado por crenças religiosas, tem características específicas, quer de motivação, quer de organização, que dificultam em larga medida a prevenção eficaz de actos futuros⁵²⁵. Nesta linha de entendimento, RUI PEREIRA refere: "[I]ndependentemente das medidas tomadas, torna-se extremamente difícil, para não dizer quase impossível, evitar por completo a ocorrência de atentados terroristas, devido essencialmente à confluência de dois fatores: a configuração democrática dos Estados e a posse da iniciativa por parte das organizações terroristas"⁵²⁶, numa luta "sem regras morais, jurídicas, ou de qualquer outra natureza"⁵²⁷. Por outro lado, há que reconhecer que a política criminal orientada para a prevenção e repressão do terrorismo privilegia as consequências dos atos terroristas em detrimento das causas que subjazem ao terrorismo⁵²⁸, enquanto "linguagem de violência"⁵²⁹, ou, nas palavras de Manuel CANCIO MELIÁ: "[u]ma determinada forma de uso simbólico ou comunicativo da violência"⁵³⁰.

A resposta dos Estados democráticos de Direito ao fenómeno do terrorismo permite observar em que medida as sociedades ocidentais levam a sério os direitos fundamentais constitucionalizados. Como reação aos atentados terroristas os Estados têm vindo a reforçar as medidas jurídicas, assistindo-se a criação de uma *legislação de emergência permanente*, cuja *vis expansiva* e natureza excecional⁵³¹ converteram a legislação antiterrorista num

⁵²⁵ No mesmo sentido, MANUEL CANCIO MELIÁ, *Terrorism and Criminal Law ...*, p. 122.

⁵²⁶ RUI PEREIRA, *Terrorismo e insegurança: a resposta portuguesa*, *Revista do Ministério Público*, n.º 98, (2004), pp. 82-87.

⁵²⁷ RUI PEREIRA, *Entrevista à Ordem dos Advogados*, *ROA*, nº 133-134, (2016), p. 38.

⁵²⁸ No mesmo sentido EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Del Derecho Penal...*, p.90: "[...] y en la praxis de la política internacional (la que, de forma cruda, no se pregunta por «las causas» de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que sólo quiere combatir «los efectos», incluso mediante «guerras preventivas» o «asesinatos selectivos»)"

⁵²⁹ MANUEL CANCIO MELIÁ, *Terrorism and Criminal Law...*, p.117.

⁵³⁰ MANUEL CANCIO MELIÁ, *Concepto Jurídico-penal de terrorismo...*, p.53.

⁵³¹ MANUEL CARRASCO DURÁN, *Medidas antiterroristas y Constitution*, tras el 11 de septiembre de 2001, pp.18 e ss.: "[o] perigo maior é a legitimação de diversos espaços de exceção para combater o "perigo difuso" do terrorismo".

autêntico “laboratório”⁵³² ou “banco de provas”, cuja análise permite conhecer o estado de saúde de que goza o Estado democrático de Direito, já que é precisamente nesta matéria em que os sistemas políticos, mesmo os mais democráticos, revelam tendências de cariz autoritário, lesando de forma grave as garantias individuais⁵³³. No que diz respeito à proteção dos direitos e garantias individuais, a Declaração de Berlim – Declaração sobre a defesa dos Direitos Humanos e do Estado de Direito⁵³⁴ (2004) – expressa, com clareza, uma denúncia de violações dos direitos fundamentais, por parte de alguns Estados, no contexto da luta contra o terrorismo, semelhante, aliás, à que o Secretário-Geral das Nações Unidas assumiria, em 2005, no seu discurso na sessão de encerramento da Cimeira de Madrid⁵³⁵. Recentemente, no quadro da crise sanitária da COVID-19, o Conselho da Europa, pela voz da sua Secretária-Geral, chamou a atenção dos governos em geral (Documento informativo da Secretária-Geral, de 7 de abril de 2020 ⁵³⁶) para a necessidade de respeitarem a democracia, a “Rule of Law” (Estado de Direito) e os direitos humanos ⁵³⁷. No referido documento recorda-se que, mesmo em tempos de crise ou emergência, devem ser respeitados o Estado de Direito e os princípios democráticos. No que diz respeito, em concreto, ao Princípio da Legalidade, afirma-se que:”

⁵³² CHRISTOFER MICHAELSEN, *Balancing Liberty against Security?...*, pp.1 e 2.: “[A] legislação penal excecional do terrorismo, da criminalidade organizada e do tráfico de drogas tem sido o laboratório no qual têm vindo a ser geridos uma série de instrumentos penais dificilmente compatíveis com os princípios do Estado de Direito”.

⁵³³ CARMEN LAMARCA PÉREZ, *Terrorismo transnacional*, In PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Coord.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p.460.

⁵³⁴ The Berlin Declaration: The International Commission of Jurists Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism, adopted 28 August 2004. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2004/08/Berlin-Declaration-human-rights-in-fight-terrorism-analysis-brief-2004-eng.pdf> [Consulta em 18 de março de 2021].

⁵³⁵ Excerto do discurso Secretário-Geral das Nações Unidas perante o Plenário de Encerramento da Cimeira Internacional de Madrid sobre Democracia, Terrorismo e Segurança – Uma estratégia mundial e luta contra o terrorismo, Madrid, 10 de março de 2005: “[L]amento dizer que os peritos internacionais em Direitos Humanos, incluídos no sistema das Nações Unidas, coincidem em considerar que muitas das medidas que os Estados adotam atualmente para lutar contra o terrorismo vulneram os direitos humanos e as liberdades fundamentais. A preservação dos direitos humanos não apenas é compatível com uma estratégia eficaz de luta contra o terrorismo, mas, pelo contrário é um elemento essencial dessa estratégia”. Disponível em: https://www.un.org/es/sg/annan_messages/2005/cumbremadrid.htm [Acesso em 19 de março de 2021]. Itálicos nossos.

⁵³⁶ Information Documents - SG/Inf (2020)11, 7 April 2020: *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis A toolkit for member states*. Disponível em: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40> [Acesso em 3 de junho de 2021]

⁵³⁷ ANA MARIA GUERRA MARTINS, O Impacto da COVID 19 nos Direitos Humanos A resposta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 7, nº 1, (2020), pp. 156-157.

Mesmo em situação de emergência o Estado de direito deve prevalecer⁵³⁸. É um princípio fundamental do Estado de Direito que a ação do Estado deve estar de acordo com a Lei⁵³⁹.

As reiteradas Declarações dos organismos internacionais, enfatizando a necessidade de respeitar os limites do Direito, não devem ser interpretadas como mera retórica bem-intencionada. A DUDH, de 1948, e os Pactos de 1966 têm que ser “levados a sério”⁵⁴⁰, na feliz expressão de RONALD DWORKIN⁵⁴¹.

A democracia tem compromissos éticos que são universais, não distinguindo os cidadãos dos «seus inimigos». Os Direitos fundamentais, entre os quais a dignidade da pessoa humana, e os princípios garantias constitucionais, como sejam a culpabilidade e a presunção de inocência não são disponíveis numa democracia liberal, uma ordem constitucional que estabelece limites ao uso da força por parte de qualquer governo⁵⁴². Por isso, o que está verdadeiramente em causa é a questão de se saber se a resposta dos Estados ao fenómeno do terrorismo é adequada e proporcionada⁵⁴³.

Num Estado Constitucional de Derecho não pode haver dois Direitos Penais⁵⁴⁴, um «oficial» para os “amigos”⁵⁴⁵ e outro «nas sombras» para os “inimigos”⁵⁴⁶, como propôs EDMUND

⁵³⁸ Cfr. “Venice Commission, *Opinion on the protection of human rights in emergency situation*, (CDL-AD (2006)015)”, § 13.

⁵³⁹ Cfr. “Venice Commission Rule of Law Checklist (CDL- AD (2016)007)”, §. 44 e 45.

⁵⁴⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Lo enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 158: “[A] Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e os Pactos Internacionais das Nações Unidas (sobre direitos civis e políticos e sobre direitos económicos, sociais e culturais) são factos jurídicos indiscutíveis e reais, mesmo que sejam violados em muitas partes do mundo. Se a impunidade fosse suficiente para excluir a validade de uma lei penal, não haveria lei penal em vigor no planeta, dado que a grande maioria dos crimes ficam impunes em todo o mundo”. Tradução nossa.

⁵⁴¹ LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999, p.31.

⁵⁴² MICHAEL IGNATIEFF, *El Mal Menor. Ética Política En Una Época De Terror*, Madrid: Penguin Random House -Grupo Editorial España, 2005, p.23.

⁵⁴³ ANDRÁS JAKAB, *Incumplir la Constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo*, ..., p.420

⁵⁴⁴ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Metamorfose do Direito penal...*, p.21: “[n]em as garantias jurídicas são divisíveis, nem o Direito penal conhece duas classes de destinatários”.

⁵⁴⁵ LUIGI FERRAJOLI, *El derecho penal del enemigo y la disolución...*, p .21: “[a] razão jurídica do Estado de Direito não conhece inimigos e amigos, só culpados e inocentes”.

⁵⁴⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal*, p.6: “[A] nossa tese é que o inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado coo ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, a partir da teoria política, só é compatível com um modelo de Estado absoluto total e, por isso, as concessões do penalismo foram, definitivamente, rémoras absolutistas que a doutrina penal colocou como campas no cemitério da realização dos Estados Constitucionais de Direito.” E acrescenta o Autor: “A categoria jurídica de inimigo é intolerável em um Estado Constitucional de Direito, que só pode admiti-la nas previsões do Direto de guerra e, ainda assim, com as limitações que a este lhe impõe o Direito internacional dos Direitos Humanos, no seu ramo de Direito Humanitário (Convenção de Genebra), havendo que ter em linha de conta de nem sequer este priva o inimigo bélico a condição de pessoa”, p.12.

MEZGER, em 1943, no contexto do regime nacional-socialista alemão⁵⁴⁷, mas apenas um Direito Penal que abarque no seu âmbito, quer a chamada criminalidade comum, quer a criminalidade altamente organizada e violenta, em especial o chamado «terrorismo global», quer, ainda, os crimes contra a humanidade. Um Direito penal do “ser humano”⁵⁴⁸, ou um “direito humano” na formulação de ZAFFARONI, que advoga a substituição do binómio Direito Penal liberal- Direito Penal autoritário pelo Direito penal humano-Direito penal inumano, que sufragamos⁵⁴⁹.

Em um Estado de Direito, os seus defensores fundam as suas decisões e ações no princípio da legalidade, agindo sempre contra um suspeito objetivo e não um qualquer suspeito e dentro dos ditames do princípio da proibição do excesso e da proporcionalidade constitucional – a Constituição reconhece Direitos inalienáveis do indivíduo – e age, com a força adequada e necessária, só contra o suspeito e não contra uma pessoa em abstrato, um anónimo, um coletivo⁵⁵⁰. O abandono do Direito penal do facto ou o anseio de implementação do Direito penal de autor, ou de um Direito penal de segurança nacional, cujo coletivo prepondera sobre

⁵⁴⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La generalización del Derecho penal de excepción...*, p.113: “[E]videntemente, y dada que esta cuestión no es nueva, también en el pasado se ha dado algún tipo de fundamentación doctrinal a la existencia de «dos Derechos penales». Así, por ejemplo, decía el famoso penalista alemán Edmund Mezger en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista sobre un Proyecto de Ley sobre el tratamiento de «Extraños a la Comunidad» lo siguiente: «En el futuro habrá dos (o más) «Derechos penales»: — Un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y —Un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el «Derecho especial» (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un «nuevo comienzo»).”

⁵⁴⁸ MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito penal do inimigo...*, p.143; KAI AMBOS, *El Derecho penal frente a amenazas extremas*, p.125: “[um] direito penal adequado ao ser humano compreende o homem como um ser de carne e osso, como sujeito de imputação. Dispõe de fundamentos jurídico-estatais e constitucionais, sobretudo a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade (...) a dignidade humana deve ser o ponto fixo e ao mesmo tempo ponto de partida de todo o sistema de direito penal”

⁵⁴⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Conferencia Magistral – Características del Derecho penal autoritario*, IX Encontro Internacional «Justicia y Derecho», Tribunal Supremo Popular Cuba, maio 2016: “[C]onsecuentemente, mientras el derecho penal liberal tiende a ser idealista, el derecho penal humano debe reconocer una base realista y, por ende, una teoría del conocimiento de esta naturaleza. La selectividad punitiva conforme a vulnerabilidad y a estereotipo es un dato de la realidad, que todas las racionalizaciones del conjunto llamado derecho penal autoritario y que ahora llamaríamos mejor derecho penal inhumano, trata de legitimar. El derecho penal liberal, por su parte, no puede deglutir el dato de esa realidad molesta y, por lo general, trata de minimizarlo o ignorarlo. El derecho penal humano lo asume con realismo y proyecta su reducción.”

⁵⁵⁰ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação judiciária em matéria penal...*, p.85.

o individual e admite toda e qualquer restrição penal e processual penal, é, no espírito dogmático de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, o “progresso ao ‘retrocesso’”⁵⁵¹.

A punição dos que cometem crimes horríveis, como sejam alguns atentados terroristas, “não é um «acto de vingança» mas um «acto de justiça», praticado de acordo com as regras e procedimentos do Direito ⁵⁵². É imperativo sublinhar-se que: “[A] função do juiz no Estado Constitucional de Direito, não é, em caso algum, a de satisfazer instintos de vingança, mas antes o exercício de um poder-saber baseado no esquema epistemológico e nos valores nos quais aquele [poder-saber] se fundamenta”⁵⁵³.

Em nome da “exigência de uma superioridade ética do Estado (Eberhard. Schmidt)”⁵⁵⁴, na hora da tomada de decisões políticas por parte dos governos dos Estados Democráticos de Direito no contexto de uma reação a um acto terrorista, MICHAEL IGNATIEFF propõe que a decisão a tomar deverá precedida por um conjunto de “provas de procedimento”⁵⁵⁵. E conclui: “Se tudo isto tiver por resultado uma série de limitações que deixem os nossos governos de mãos atadas, que assim seja. É parte da sua própria natureza que a democracia não só tenha de lutar com uma mão atrás das costas, mas que é seu dever que o faça dessa forma. Também é parte da natureza da democracia que prevaleça frente aos seus inimigos, precisamente porque procede desta forma”⁵⁵⁶.

Em geral, as políticas antiterroristas situam-se entre o defeito e o excesso. Por defeito quando trivializam o terrorismo, reduzindo-o ao contexto meramente criminal, negando a sua vinculação a situações de conflitualidade política. Por excesso, quando são tomadas atitudes

⁵⁵¹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação judiciária em matéria penal...* p. 86

⁵⁵² MANUEL GUEDES VALENTE, *Terrorismo- Fundamento de restrição de direitos?* p. 378.

⁵⁵³ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *A metamorfose do Direito Penal...*, p. 73.

⁵⁵⁴ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1ª ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2013, p.73.

⁵⁵⁵ MICHAEL IGNATIEFF, *La Democracia y el Mal Menor*, *Anuario de Derechos Humanos*, (2005), pp.30-31: “Esta prueba de la eficacia debe enfocarse no solamente en el corto plazo sino también en las implicaciones políticas de largo plazo que tendrán las medidas. ¿Fortalecerán o debilitarán el apoyo político de aquel Estado que adopte tales medidas? Una consideración adicional es la prueba del último recurso: ¿se han probado medidas menos represivas que no han dado resultado? Otro tema importante es si las medidas han pasado la prueba del examen abierto y adversarial por parte de entidades legislativas y judiciales, ya sea en su momento o en cuanto lo permita la necesidad. Por último, “el respeto decente por las opiniones de la humanidad” junto con una necesidad más pragmática de obtener el apoyo de otras naciones en una guerra global contra el terrorismo requiere que cualquier Estado que combate el terrorismo respete sus obligaciones internacionales como también las opiniones ponderadas de sus aliados y amigos”.

⁵⁵⁶ MICHAEL IGNATIEFF, *La Democracia y el Mal Menor*, p.31 (Tradução e itálico nossos).

que exageram as dimensões dos atos terroristas e propensas a justificar uma utilização desproporcionada do uso da força para controlar a violência⁵⁵⁷.

A única reação válida perante um ataque terrorista é a de reclamar a aplicação efetiva de um Direito Penal respeitador dos valores e princípios jurídico-constitucionais que são negados pelo terrorismo. “A luta contra o terrorismo há-se ser, também, a luta pela legitimidade”⁵⁵⁸, quer a nível interno, quer no plano da comunidade internacional⁵⁵⁹.

A desejável eficácia da prevenção e repressão da macrocriminalidade, *maxime* dos crimes de terrorismo, tem de respeitar limites constitucionais em um Estado democrático de Direito⁵⁶⁰, “por muito evidente que seja a inimizade entre um sujeito e o ordenamento jurídico”⁵⁶¹. Um esforço que se revela tanto mais necessário quando tomadas em conta as questões de legitimidade que sempre o acompanham: “[A] nation that responds to terrorism within the rule of law, with respect for individual liberties, is more likely to be viewed as legitimate. The state that overreacts and is seen as trampling on the rights of individuals undermines its own legitimacy and consequently breeds both antipathy towards itself and sympathy for its opponent.”^{562 563}

A prevenção e a repressão do “novo terrorismo”, bem como a persecução penal dos responsáveis por actos terroristas tipificados na Lei, que devem ser punidos, desde que sejam

⁵⁵⁷ MANUEL GUEDES VALENTE, Terrorismo- Fundamento de restrição de direitos?, p.412: “[Q]uem se arroga da moral para defender a legalidade democrática, garantir a segurança interna e internacional e garantir e salvaguardar os direitos dos cidadãos não pode socorrer-se das restrições legalmente consagradas e legítimas, como fundamento exacerbado de uma atuação desleal, ilegítima e ilegal”; MANUEL CANCIO MELIÁ, Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación, p. 488.

⁵⁵⁸ SANTIAGO MIR PUIG, Evolución de las ideas políticas..., p.15.

⁵⁵⁹ DAVID COLE, Enemy Aliens, *Stanford Law Review*, Vol. 54, n° 5, (2002), p. 958:” [A] legitimidade é também essencial ao nível internacional. Como ilustrou o 11 de setembro, o terrorismo é um fenómeno transnacional que exige uma resposta igualmente transnacional. Devemos manter uma coligação alargada, se quisermos ser bem-sucedidos nos nossos esforços, não só porque necessitamos da cooperação dos serviços secretos e de todos os instrumentos de aplicação da lei (*law enforcement*), mas também porque, se formos vistos como estando a lutar no sentido dos nossos próprios interesses e não no sentido dos interesses da justiça e da paz num contexto mais alargado, estaremos provavelmente a inspirar mais pessoas a destapar o manto do terrorismo contra nós. (Tradução nossa).

⁵⁶⁰ SANTIAGO MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 7ª ed. Barcelona: Reppertor, 2004, pp. 113 e ss.

⁵⁶¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, De nuevo sobre ‘el derecho penal del enemigo, p. 135.

⁵⁶² DAVID COLE, No Reason to Believe: Radical Skepticism, Emergency Power, and Constitutional Constraint, *University of Chicago Law Review*, Vol. 75, n. ° 1, (2008), p.1337.

⁵⁶³ MANUEL CANCIO MELIÁ, Terrorism and Criminal Law: the dream of Prevention..., p. 120: “[T]his same idea was recently expressed by Lord Hoffmann, a member of the British Chamber of Lords: [...] such a power [to be able to place in custody without time constraints and without any kind of evidence] in any form is not compatible with our constitution. The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory”

considerados culpados no âmbito de um “*due process of law*”, vem sendo indevidamente associada à ideia de um Direito Penal de Emergência⁵⁶⁴, excecional à própria Constituição, que a doutrina designa como “direito penal do inimigo” no qual as regras de responsabilidade penal e a própria razão jurídica sucumbem diante das razões do Estado, que impõem o combate a qualquer preço, traduzindo-se, pois, em uma “involução da política criminal”⁵⁶⁵.

A ameaça ao Estado de Direito pode não depender tanto dos fatores externos que procura neutralizar, mas sobretudo de uma reação interna desmedida, perante as ameaças à segurança⁵⁶⁶, pelo que, como escreve JORGE MIRANDA: “[O] pior que poderia acontecer aos regimes liberais e pluralistas do Ocidente, seria, a pretexto do terrorismo, afastarem-se dos grandes princípios jurídicos que tanto custaram a conquistar e ficarem abalados os fundamentos do Estado de Direito”⁵⁶⁷.

Quanto ao chamado «Direito penal do inimigo», cunhado por Günther Jakobs e “tão criticado pelos penalistas humanistas e garantistas”⁵⁶⁸, diremos, com José de SOUSA E BRITO que:” A questão do direito penal do inimigo em cujo âmbito, como escreve LUIGI FERRAJOLI⁵⁶⁹, o que se discute na realidade, citando ZAFFARONI⁵⁷⁰, é o “Direito Penal e os seus inimigos”, não se resolve com nomes, mas com respostas baseadas nos princípios constitucionais”⁵⁷¹ A *final*, a Constituição é o limite e fundamento da intervenção penal⁵⁷².

⁵⁶⁴ O termo «Direito Penal de Emergência» tem origem na Itália, designando as modificações estruturais promovidas em seu sistema penal (nas vertentes material, processual e de execução), a partir da década de 70 do último século, como o fim de combater primordialmente o terrorismo e o crime organizado. Tais modificações consistiram na reforma das leis penais existentes e da criação de novos dispositivos legais, visando a oferecer uma resposta estatal imediatista à então nova criminalidade, na esteira de um apelo social fortemente influenciado pelos meios de comunicação. A adoção dessa legislação penal de emergência ocorreu inicialmente em caráter provisório, embora essas leis tenham acabado se incorporando no ordenamento jurídico de modo definitivo. Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, ... pp.664 e ss.

⁵⁶⁵ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Libertad, seguridad, sociedad de riesgo...*, p.109

⁵⁶⁶ GONZÁLEZ CUSSAC E FLORES JIMÉNEZ, *Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad, la evaluación de las respuestas...*, p. 22.

⁵⁶⁷ JORGE MIRANDA, *Os direitos fundamentais e o terrorismo: Os fins nunca justificam os meios...*, p.501.

⁵⁶⁸ MANUEL GUEDES VALENTE, *Cooperação jurídica em matéria penal...*, p.86.

⁵⁶⁹ LUIGI FERRAJOLI, *El derecho penal del enemigo y la disolución...*, p. 16.

⁵⁷⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*, pp.153-177.

⁵⁷¹ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *O inimigo no Direito penal, Lusíada. Direito*, nº 4/5, (2007), p.85; Com uma formulação idêntica, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el ‘Derecho penal del enemigo’*, pp. 74-75 y 81.

⁵⁷² FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Prólogo, In DEMETRIO CRESPO, Eduardo, El Derecho Penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*. 1.ª edición. Madrid: REUS, S.A., 2020, p. 8: [...] não deixando se ser admissíveis interpretações da Constituição que se afastem da interpretação dominante dos seus intérpretes, a verdade é que não pode admitir-se que, por via de um “afã de adaptação ao espírito dos tempos” e para lutar com maior eficácia contra os que são habitualmente chamados “inimigos”, se converta a Constituição em uma mera retórica jurídica, desvirtuando o princípios reitores do Direito penal, até ao ponto de

O chamado “novo terrorismo” configura-se, de facto, como uma clara e grave⁵⁷³ ameaça ao Estado Social e Democrático de Direito, nomeadamente aos direitos e liberdades fundamentais constitucionalmente consagradas, para todas as pessoas, sem exceção. De acordo com PHILLIP HEYMANN: “[a] «escala de perigo» e a «envergadura do grupo» do novo terrorismo *neosalafí*, de alcance global, cujo objetivo é provocar alterações no quadro de valores e no modo de vida das sociedades democráticas e fomentar o terror e o medo, através da utilização de violência em larga escala e da capacidade potencial de atuação a nível global, evidencia um salto qualitativo no que concerne aos terrorismos precedentes, de raiz nacionalista”.

Ao Direito, ficará confiado o importante desafio de encontrar *ratio* jurídica que, no respeito pela Constituição, justifique os meios através dos quais o fenómeno terrorista possa vir a ser concretamente enfrentado, sendo certo, logo à partida, que o problema essencial que este coloca “é o de encontrar um novo equilíbrio entre as necessidades da segurança nacional e as do respeito pelos direitos fundamentais. A primeira não pode ser subestimada, mas os segundos não podem ser sacrificados para além do razoável”^{574 575}.

Escreve FERREIRA DA CUNHA: “[Um] olhar mais cínico diria que há no combate ao terrorismo dois tipos de ações, a das pombas da ONU e a dos falcões dos EUA”⁵⁷⁶. E o mesmo Autor, numa alusão à posição de GUEDES VALENTE de que a prevenção e a repressão do terrorismo terão obrigatoriamente que se fazer no respeito pelo Estado de Direito e pela

os tornar irreconhecíveis ou, inclusivamente, incompatíveis com a sua formulação originária; MARIA JOÃO ANTUNES, Constituição, Lei Penal..., p. 43.

⁵⁷³ ANDRÁS JAKAB, Incumplir la Constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo..., p.420: “[L]a gravedad de la amenaza aparece comúnmente definida por los siguientes cinco elementos : 1) el terrorismo actual no se circunscribe necesariamente a un reducido número de personas, idea difundida entre los movimientos extremistas; 2) no se encuentra limitado a áreas geográficas concretas; 3) como consecuencia de los desarrollos tecnológicos, el daño puede llegar a ser inmenso; 4) la amenaza de una pena es inefectiva frente a ellas (cfr. ataques suicidas), y 5) posee un carácter sistemático (ya que de ordinario aparece dirigido directamente contra el modo de vida occidental, no contra un Estado o sus instituciones concretas)”.

⁵⁷⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, Reflexões sobre alguns aspetos jurídicos do 11 de Setembro e suas sequelas. In *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2002 , p. 777.

⁵⁷⁵ A jurisprudência do TEDH, se bem que acolha a possibilidade de restrições aos direitos consagrados na CEDH, fundadas no reconhecimento do dever dos Estados de proteger a sociedade contra o terrorismo e de outras formas de ameaça aos valores democráticos, tem-se mostrado particularmente exigente no que respeita ao escrutínio das circunstâncias de cada caso concreto. Um exemplo concreto desta postura do TEDH pode ser constatado na decisão do caso *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, de 13 de setembro de 2018, relativo à recolha em massa de dados e à interceção das comunicações, foi o da exigência ao Reino Unido de previsão, pela legislação nacional, de providências para a supervisão das medidas secretas de vigilância, designadamente mecanismos de notificação das pessoas visadas, bem como vias de recurso que permitam, retrospectivamente, o questionamento da legalidade das medidas adotadas.

⁵⁷⁶ PAULO FERREIRA DA CUNHA, Do terrorismo: reflexões jurídico-políticas, *Direitos Fundamentais e Justiça*, Vol.3, n.º 8, (2009), p.72.

Constituição, interroga-se sobre se ainda poderá o Estado fazer alguma coisa para se defender e aos seus cidadãos (?)⁵⁷⁷.

Naturalmente que, embora recusando a abordagem belicista, seria temerária, ingénua e desprovida de sentido a defesa de uma posição fundada numa eventual inação dos Estados democráticos de Direito, face à eventualidade de ataques terroristas, em nome de uma pretensa “intocabilidade” dos direitos fundamentais, com exceção óbvia da dignidade da pessoa humana, essa sim, do nosso ponto de vista, intocável. Porém, no sentido da metáfora de FERREIRA DA CUNHA reforçamos, de novo, a posição da “pomba” no “combate” ao terrorismo, símbolo da paz enquanto Direito dos Povos, lembrando que um Estado Constitucional é aquele que, por definição, sujeita o próprio legislador a limites muito concretos que resultam da minimização da violência estadual e da busca da paz, cujo fundamento último radica na proteção dos Direitos Humanos de todas as pessoas⁵⁷⁸, agindo no respeito pelas obrigações decorrentes do Direito Internacional⁵⁷⁹.

É inegável que existe hoje em dia uma tendência para a utilização do Direito Penal de um modo mais enérgico e contundente como forma de reação a manifestações da chamada “macrocriminalidade”, nela se incluindo o “ novo terrorismo do terceiro milénio”, a criminalidade altamente organizada e violenta, que tem originado o recurso a um Direito Penal excecional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e aos direitos fundamentais reconhecidos e consagrados nas Constituições, bem como nas declarações internacionais e direitos humanos.

No que concerne ao importante desafio da segurança e das conseqüentes derivas securitárias associadas ao paradigma da “luta/combate” contra a criminalidade organizada violenta, nela se incluindo o terrorismo, parece poder intuir-se, como diz PAULO RANGEL, que “o século XXI será o século dos tribunais”⁵⁸⁰. Não faltam exemplos do papel relevante desempenhado

⁵⁷⁷ PAULO FERREIRA DA CUNHA, Do terrorismo: reflexões jurídico-políticas, p.70

⁵⁷⁸ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, A metamorfose do Direito penal..., p. 73.

⁵⁷⁹ Resolução do Conselho de Segurança nº 2178 (*Threats to international peace and security caused by terrorist acts*), de 24 de setembro de 2014. E, neste registo, parece-nos pertinente transcrever um excerto do preâmbulo: “[...] a necessidade de o seu combate [o do terrorismo] ser compatível com o Direito Internacional: “Reafirmando que os Estados-Membros devem assegurar que quaisquer medidas adotadas para combater o terrorismo estejam em conformidade com todas as suas obrigações decorrentes do Direito Internacional [...] e nota a importância de se respeitar o Estado de Direito de modo a prevenir e combater eficazmente o terrorismo e observando que o incumprimento destas e de outras obrigações internacionais, nomeadamente as contidas na Carta das Nações Unidas é um dos fatores que contribuem para o aumento da radicalização e que estimulam o sentimento de impunidade” (parágrafo 7º)”. Disponível em: [https://undocs.org/en/S/RES/2178\(2014\)](https://undocs.org/en/S/RES/2178(2014)) [Acesso em 12 de maio de 2021].

⁵⁸⁰ PAULO RANGEL, Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade, In AA.VV., *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2012, p. 172.

pelos tribunais, em geral, e pelos tribunais constitucionais, em especial, na defesa do Estado Constitucional de Direito, podendo apontar-se, entre muitos outros: a declaração de inconstitucionalidade decretada pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 15 de fevereiro de 2006⁵⁸¹, da secção §14 (3) da Lei de segurança do transporte aéreo, que havia entrado em vigor em 2005 e que permitia o abate de aviões sequestrados; a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, de 2008, quanto ao reconhecimento do direito ao *habeas corpus* dos estrangeiros detidos na prisão de Guantánamo, capturados fora dos Estados Unidos e, entre nós, o Tribunal Constitucional português (TC), nos dois casos que seguidamente abordaremos.

Trazemos à colação dois exemplos recentes no contexto nacional, ambos alvo de intervenção do TC, para efeitos de fiscalização de constitucionalidade de normas constantes de propostas de lei do Governo, *ambas aprovadas por maioria na Assembleia da República*. O primeiro refere-se ao Acórdão n.º 464/2019⁵⁸², que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, na parte em que admite o acesso dos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança (SIS) e do Serviço de Informações Estratégicas e de Defesa (SIED), relativamente a dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação (metadados), para efeitos de produção de informações

⁵⁸¹ OLIVER LEPSIUS, Human Dignity, and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act. *German Law Journal*, Vol. 7, n.º 9, (2006), p. 769: “[A] secção §14 (3) da Lei de segurança do transporte aéreo, claramente redigida com os ataques do 11 de setembro em mente, autorizava o Ministro da Defesa a ordenar que um avião de passageiros fosse abatido, se se pudesse presumir que a aeronave seria usada contra a vida de outros e se o abate fosse o único meio de prevenir este perigo atual [...] O Tribunal de Karlsruhe corrigiu a redução das liberdades individuais operada pelo Parlamento e, ao mesmo tempo, limita efetivamente as abordagens estatutárias contemporâneas para, presumivelmente, aumentar o nível de segurança, diminuindo o nível das liberdades civis. No processo legislativo, o equilíbrio entre liberdade e segurança, privilegiou apenas um dos termos do binómio- a segurança. É o Tribunal Constitucional Federal, e não o Parlamento, que guarda a liberdade individual nos dias de hoje”.

⁵⁸² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019, publicado Diário da República, 1.ª série, n.º 202, 21 de outubro de 2019, pp. 5-124. O Tribunal Constitucional considera que, fora do processo penal, vigora uma proibição absoluta de ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação, incluindo em matéria de dados de tráfego. Assim sendo, importa então saber se o acesso de oficiais de informações a dados de tráfego, incluindo os dados de localização, se pode considerar como uma atividade “em matéria de processo criminal”. A resposta do TC é “seguramente” negativa, porquanto “os fins e interesses que a lei incumbe ao SIRP de prosseguir, os poderes funcionais que confere ao seu pessoal e os procedimentos de atuação e de controlo que estabelece, colocam o acesso aos dados de tráfego fora do âmbito da investigação criminal” (Acórdão TC n.º 464/2019, p.6). Através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 403/2015, publicado no Diário da República n.º 182/2015, Série I, de 17 de setembro de 2015, pp. 8245-8279, já o TC se tinha pronunciado pela inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 78.º do Decreto n.º 426/XII da Assembleia da República que «Aprovou o Regime Jurídico do Sistema de Informações da República Portuguesa», referindo-se igualmente ao acesso a metadados pelos mesmos funcionários.

necessárias à salvaguarda da defesa nacional e da segurança interna. Do douto Acórdão do TC nº 464/2019 respinga-se o seguinte excerto, pela relevância contextual em análise:

[O] Tribunal Constitucional é o garante de um determinado parâmetro constitucional, em que muitas das ponderações entre direitos e valores constitucionais potencialmente em conflito foram já levadas a cabo pelo legislador constituinte. Não lhe cabe, pois, no quadro de um Estado de Direito democrático, substituir-se-lhe, pelo que deve, na questão ora em análise, respeitar-se a operação de concordância prática realizada pelo legislador e consagrada no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, *porque foi esta a opção do poder constituinte democraticamente legitimado*⁵⁸³.

Sobre a decisão do TC, nesta matéria, têm-se levantado vozes críticas discordantes⁵⁸⁴. O segundo caso diz respeito ao pedido de apreciação de conformidade com a Constituição, formulado por Sua Excelência o Presidente da República⁵⁸⁵, das normas constantes do Art.º 5º do Decreto n.º 167/XIV⁵⁸⁶ da Assembleia da República, na parte em que altera o artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro – a “Lei do Cibercrime”, passando a permitir ao Ministério Público o acesso ao conteúdo das comunicações eletrónicas sem a prévia autorização de um juiz, tendo-se o TC pronunciado, por unanimidade, pela inconstitucionalidade, através do Ac. nº 687/2021⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019 (nota 511), pp. 41-42. Itálico nosso.

⁵⁸⁴ Veja-se, por exemplo, RUI PEREIRA, Terrorismo e Insegurança: A Resposta Portuguesa, p.90: “um regime democrático [...] não pode regozijar-se por possuir apenas um sistema de informações que não põe em causa direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, mas não está apetrechado para responder aos desafios complexos que o terrorismo [coloca]. Na verdade, um sistema que se limite a não incorrer em abusos é um sistema inútil, que gasta abusivamente o dinheiro dos contribuintes e, pior do que tudo, não promove a tutela antecipada do Estado de direito democrático e dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos – a qual deveria constituir a sua ultima ratio.”; JOSÉ ANTÓNIO TELES PEREIRA, O 11 de Setembro e o Debate sobre o Modelo de Serviços de Informações em Portugal, *Revista do Ministério Público*, Ano 23, n.º 89, (2002), p.158: “[A] legítima preocupação em evitar que os serviços de informações se convertam numa ameaça para o Estado de Direito democrático não deve representar um fator de ineficácia ou mesmo a paralisia da sua atividade.”, concluindo que “[A] não se ponderar a introdução de mecanismos de eficácia [...], os serviços de informações arriscam-se a ser uma benfeitoria voluptuária que, para mais, criam uma aparência de segurança onde ela verdadeiramente não existe”.

⁵⁸⁵ Refere, e bem, Sua Excelência o Presidente da República, doravante PR, que, deste modo, a alteração em causa não constitui um *mero “ajustamento”, mas a uma mudança substancial no paradigma de acesso ao conteúdo das comunicações eletrónicas*, admitindo-se que esse acesso caiba, em primeira linha, ao Ministério Público, que só posteriormente o apresenta ao juiz Refira-se, ainda, que no Artº 7º do Requerimento do PR, acima citado (nota nº 1078), faz-se referência ao Parecer nº 2021/74 da Comissão Nacional de Proteção da Dados (CNPd), no qual se alerta que o TJUE, em jurisprudência recente e em caso semelhante, considerou que o Ministério Público, por ser o detentor da ação penal, não possui a independência requerida para apreciar a necessidade de acesso ao conteúdo das comunicações, razão pela qual essa tarefa deve ser cometida o juiz. Requerimento disponível em <https://www.presidencia.pt/media/vaapy2vy/requerimento-tribunal-constitucional-20210804.pdf> [Consulta em 25 de julho de 2021].

⁵⁸⁶ Pelo Decreto n.º 167/XIV, a Assembleia da República aprovou a lei relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, que aprova a Lei do Cibercrime, e outros atos legislativos. O Decreto em causa procede à transposição de Diretiva europeia. Contudo, e como se admite na exposição de motivos da própria proposta de lei, o legislador aproveitou a oportunidade para alterar normas não diretamente visadas pela Diretiva.

⁵⁸⁷ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html> [Consulta em 31 de julho de 2021].

Estes dois exemplos confirmam a constatação de SILVA SÁNCHEZ de que se regista uma “dissociação das noções de democracia e de garantismo”, materializada na expressão de um populismo autoritário que, por vezes, a legislação penal evidencia, endossando aos tribunais e, em última análise, ao Tribunal Constitucional a competência de proteção das garantias fundamentais⁵⁸⁸.

Na chamada “sociedade do risco mundial” da pós-modernidade, a ideologia da segurança como antídoto da insegurança sentida, individual e coletivamente, projeta-se numa evidente mutação da intervenção do Direito Penal de um modelo garantista e ressocializador, para um modelo securitário e justicialista⁵⁸⁹, impregnado de um discurso belicista, modelo este que se traduz, entre outras manifestações, por uma obsessão, quase pragmática, de uma abordagem preventiva e de uma demonização de alguns segmentos de pessoas, entre os quais os terroristas, que tem subjacente a configuração do «Direito penal do inimigo», contra os quais se “organiza” uma cruzada de “luta”, fundada e legitimada na ideia de que são “malfeitores maléficos e inimigos do bem”⁵⁹⁰, que há que neutralizar a todo o custo. O Direito Penal tende, assim, a mostrar “um rosto ameaçador”, em detrimento do rosto “garantista e protetor”, ampliando o poder do Estado na restrição do direito de e à liberdade dos cidadãos, de todos os cidadãos, numa lógica de pura prevenção que pode terminar em “terrorismo de Estado”⁵⁹¹. O fenómeno terrorista inflacionou a teoria do Direito Penal preventivo subjugado à lógica de guerra preventiva e tende a transformar o «Direito penal do terrorismo» em «Direito penal do inimigo»⁵⁹². Reflexo disso é a presença do paradigma da criminalização antecipada nos sistemas penais europeus, evidenciando traços do «Direito penal do inimigo»⁵⁹³. E, na nossa

⁵⁸⁸ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, ¿Legalidad penal líquida?, *Indret- Revista para el Análisis del Derecho*, nº3, (2015), p.2.

⁵⁸⁹ Seguimos a qui a lição de MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal. Fundamentos político-criminais*, pp. 52 e ss.

⁵⁹⁰ MANUEL CANCIO MELIÁ, *Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention...*, p.116.

⁵⁹¹ WINFRIED HASSEMER, *Los rostros del Derecho Penal*, pp. 107 e 113.

⁵⁹² MANUEL GUEDES VALENTE, *Direito Penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso*, p. 26 (2010)

⁵⁹³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Terrorismo e Direitos Fundamentais...*, p. 237: “[o] paradigma de criminalização antecipada que tem vindo, cada vez mais, a marcar presença na legislação antiterrorista dos sistemas penais europeus denota a opção progressiva por um modelo que assenta em conceções próprias de um «direito penal do inimigo», fundamentalmente reconduzível às seguintes características: 1) a tutela marcadamente antecipada de bens jurídicos; 2) a centralidade do paradigma de perigo indireto, que viabiliza a incriminação de condutas que, em abstrato, se revelam inidóneas e desadequadas para criar situações de perigosidade legitimadoras da antecipação da intervenção penal; 3) a formulação estrutural dos pressupostos incriminadores, com particular subvalorarão dos pressupostos objetivos essenciais, caracterizadores de um direito penal do agente; 4) a inversão do ónus de prova, atenuando a presunção de inocência do arguido; e 5) a radicalização da pena de prisão nos seus limites mínimos e máximos, acompanhada pela intensificação do rigor repressivo nas várias modalidades de execução de penas e pelo bloqueio de políticas criminais alternativas”.

Ordem Jurídica, têm vindo a ser progressivamente positivados instrumentos com a mesma «marca de água»⁵⁹⁴.

Expandem-se o pensamento pragmático-eficientista, típico de correntes funcionais extremas no Direito Penal, que acompanha a exigência de uma validade renovada da teoria do Estado de exceção na legislação penal⁵⁹⁵ e que encontrou no pensamento de autores como JAKOBS e aqueles que o desenvolvem, a melhor base teórica possível para atribuir ao Estado já não o *ius puniendi*, mas o *ius bello*⁵⁹⁶.

Pergunta DAMAS LEITE:

[Per] *summa capita*, tudo se reduz a determinar o “criminoso nato”/“inimigo”, a um retrocesso em direção ao já assinalado Direito Penal do agente, punindo este último por uma dada “atitude interna”/opinião (*Gesinnung*)? Não se resumirá tudo à clássica oposição entre o Estado de Direito e o “Estado de Segurança”? Estaremos, nas palavras do próprio Jakobs, a “matar o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa”, ao recusarmo-nos a aceitar a politicamente incorreta chamada de atenção que aquele Professor nos vem trazendo?⁵⁹⁷.

GÜNTHER JAKOBS nada diz, porém, sobre o modo como pode existir uma legislação excecional sem «contaminar» a ordem jurídica global, mas “*interroga-se sobre se o Estado pode permanecer sempre em Direito frente a todos*”⁵⁹⁸. Pelo que CANCIO MELIÁ formula a

⁵⁹⁴ ANDRÉ DAMAS LEITE, Recensão a Manuel M. Guedes Valente..., pp. 305-306: “[A] ideia de uma “custódia de segurança” que subjaz ao delito de associação criminosa (Artº. 299.º, n.º 1, do CP, e Artº. 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro); a Lei de Segurança Interna (Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto), em que se estabelecem competências do Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna no caso de “situações extraordinárias” como “ataques terroristas ou de acidentes graves ou catástrofes” – Artº. 19.º, n.º 1; a vulgarização de expressões belicistas como “medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira” – Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, a Lei de Combate ao Terrorismo – Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, a mais recente Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, que reforça o combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo, introduzindo, quanto às entidades financeiras e não financeiras abrangidas verdadeiros sistemas de compliance criminal¹²; em certo sentido, o “princípio da universalidade” na aplicação no espaço da lei penal e sua concretização na Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho (violações do Direito Internacional Humanitário). Especificamente no processo criminal – alguns meios de obtenção da prova: escutas telefónicas, telemáticas, interceções ambientais, ações encobertas (“agente infiltrado”: Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto); a regulação da criminalidade organizada e económico-financeira: Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (regime especial de recolha da prova, quebra do segredo profissional e perda de bens); a criação da base de dados de perfis de ADN para efeitos de identificação e investigação criminal – Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro (mesmo contra a vontade do arguido ou condenado e obrigatoria em decisões condenatórias iguais ou superiores a três anos de prisão, ainda que aplicada pena de substituição – Artº. 8.º, n.º 2); a comunicação da data de libertação do recluso: Artº. 23.º, n.º 3, do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade (cf., também, Artº. 480.º, n.º 3, do Código de Processo Penal); as medidas de polícia, em particular as “especiais”, constantes, na citada Lei de Segurança Interna, do Artº. 29.º, sujeitas ao princípio da necessidade (Artº. 30.º) e reserva (de princípio) de juiz (Artº. 32.º), com regime de proibição de prova (Artº. 33.º, n.º 4)”

⁵⁹⁵ ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra..., pp. 100 e ss.

⁵⁹⁶ GÜNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ, El Derecho penal del enemigo, pp. 23 e ss. (2ª ed., 2006)

⁵⁹⁷ ANDRÉ DAMAS LEITE, Recensão a Manuel M. Guedes Valente..., p.309.

⁵⁹⁸ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura, p.235: “[S]obre a questão da tortura FRANCISCO MUÑOZ CONDE cita a posição de GÜNTHER JAKOBS sobre esta matéria, posição que reputa de, pelo menos, ambígua. Diz GÜNTHER JAKOBS: “Tortura? Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes no puede

seguinte pergunta: Pode um Estado de Direito incorporar uma tal lógica securitária., de exceção, sem implodir, isto é, sem corromper a sua configuração política?⁵⁹⁹. Com base na ideia, aparente e perigosamente sedutora, de que os fins justificam os meios, pode ser possível, como diz MUÑOZ CONDE, que “se possa *lutar* “eficazmente” contra o *inimigo*”⁶⁰⁰, mas a questão central é a desse saber se é essa a forma de “lutar” eficazmente contra o terrorismo.

Estariamos porventura em presença de um «direito penal de quarta velocidade», só que já não seria Direito Penal, mas Direito da segurança, e o Estado teria deixado de ser um Estado Democrático de Direito, assumindo a configuração de Estado de Polícia.

Na nossa perspetiva, a solução passa pelo reforço dos alicerces do Estado democrático de Direito e das suas instituições, dotando-os com uma “proteção antissísmica”, para que possa resistir a abalos como o dos ataques perpetrados pelo novo terrorismo global, sem se descaracterizar, ou mesmo “desmantelar”, em resultado de se admitir a derrogação, ainda que em casos extremos e muito graves, de garantias irrenunciáveis do Estado de Direito⁶⁰¹. Numa palavra, para melhorar “o seu grau de perfeição” no contexto da “eterna dialética entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia”⁶⁰², que “permanece encapsulado dentro de todo Estado de Direito historicamente dado”⁶⁰³.

conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras, las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que éste intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad. Todavía una vez más, con otras palabras, en Derecho existe una prohibición absoluta de la tortura, que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes términos: *Si el Estado puede permanecer en Derecho siempre y frente a todos*”. Itálicos nossos.

⁵⁹⁹ MANUEL CANCIO MELIÁ, Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo, eficacia y contaminación, pp.168 e ss.

⁶⁰⁰ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003. Da “tolerância zero” ao “Direito Penal do inimigo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 3, 2005, p.29: “[...] o que é seguro é com isso se está abrindo uma porta pela qual pode entrar, sem que demos conta, um Direito penal de cunho marcadamente autoritário, tão incompatível com o Estado de Direito quanto são as legislações excepcionais das mais brutais ditaduras”.

⁶⁰¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, El nuevo Derecho penal autoritario, p.171: “[Se] for admitida a derrogação de garantias configuráveis como pressupostos irrenunciáveis do Estado de Direito, mesmo em casos específicos, extremos e muito graves, o desmantelamento do Estado de direito deve também ser admitido.

⁶⁰² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO SLOKAR e ALEJANDRO ALAGIA, *Manual de derecho penal. Parte general*, p.21: “[O] Estado de Direito é um produto da modernidade, que se estendeu por uma parte limitada do planeta, mas que não fez desaparecer o poder exercido conforme o modelo do estado de polícia. A luta entre o modelo de estado de direito e estado de polícia continua em todo o mundo, mas não somente frente aos autoritarismos instalados, mas sim também dentro das democracias. O Estado de Direito ideal é justamente ideal, ou seja, que não há estados de direito perfeitos na realidade, mas sim que todos os estados reais de direito (por óbvio que também os estados latino-americanos) são de direito até certo grau de perfeição”

⁶⁰³ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *En Torno de la Cuestión Penal*, p. 122.

Nos tempos atuais, mais do nunca, não nos podemos dar ao luxo de conceber o Estado de Direito como uma conquista definitiva⁶⁰⁴, a defender apenas contra ataques externos ⁶⁰⁵. De novo com ULRICH BECK:“ [...] quando as sociedades ocidentais escrevem segurança e milícia com letras maiúsculas e liberdade e democracia em minúsculas, outorgam uma vitória aos terroristas, já que as sociedades modernas se privam espontaneamente do que as faz atrativas e superiores: a liberdade e a democracia”⁶⁰⁶.

Concluimos, dizendo, com apoio nas palavras certas de LUIGI FERRAJOLI: “Responder ao desafio de terrorismo com a alternativa do Direito e da razão é essencial, não apenas para a salvaguarda dos princípios de garantia do correto processo, mas também do futuro da democracia”⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ RONALD DWORKIN, O terror e o ataque às liberdades civis, p.186: “[O]s direitos não teriam valor algum – a ideia de direito seria incompreensível – a menos que os respeitar signifique correr algum risco. Podemos e devemos tentar limitar esses riscos, mas alguns deles permanecerão. Talvez estivéssemos marginalmente mais seguros se decidíssemos ignorar os direitos humanos de quaisquer outras pessoas. Isso também se aplica à política nacional. Corremos um risco um pouco maior de morte violenta nas mãos de assassinos todos os dias ao insistir em direitos para acusados de crimes, para nos mantermos fiéis a nossa própria humanidade. Pela mesma razão, também devemos correr um risco um pouco maior de terrorismo. É claro que nossa vigilância deve ser aprimorada, mas também devemos disciplinar nosso medo. O governo diz que apenas nossa própria segurança importa, uma visão lastimável, pois somos mais bravos do que isso, e temos mais respeito próprio.”

⁶⁰⁵ JOSÉ LUÍS GONZÁLEZ CUSSAC, El Derecho Penal frente al terrorismo..., p.94: “[H]á que defender a democracia tanto contra inimigos externos como internos”.

⁶⁰⁶ ULRICH BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp.54-55.

⁶⁰⁷ LUIGI FERRAJOLI, El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal, p.22.

CONCLUSÃO

1. Na esteira do, sempre atual, manifesto de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) da defesa da humanização do sistema penal – Dos Delitos e das Penas –, o princípio do Estado de Direito é hoje aceite como um valor fundamental de qualquer sociedade democrática, fundada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana enquanto pilar do Estado de direito material, social e democrático, constituindo-se como limite último e fundamento da própria ação do Estado. Todavia, ao Estado de Direito não é apenas exigível a tutela dos direitos e interesses das pessoas, pelo que se lhe exige, também, a administração de uma justiça penal eficaz, sem a qual não será possível o restabelecimento da paz jurídica, nem o afastamento do perigo da justiça privada, sendo certo que a paz jurídica se deve alcançar no respeito pelo princípio da legalidade, que tem como espinha dorsal os valores do Estado Constitucional de Direito;
2. A complexidade do cenário que o Direito Penal enfrenta atualmente a chamada sociedade do risco mundial, é uma consequência de uma globalização desregulada, marcada por uma ideologia neoliberal de mercado, “inimiga” do Estado de Bem-Estar e portadora de uma dinâmica que operou profundas transformações sociais, em consequência do enfraquecimento, quer das instâncias não jurídicas de controlo social, quer das instâncias estaduais de regulação, nos domínios económico e jurídico;
3. Ademais, o fenómeno da globalização catalisou a criação de bolsas de pobreza, fortemente engrossadas pelos “excluídos”, sectorizando grupos étnicos marginalizados, de diferentes culturas e civilizações, que têm em comum, por um lado, um sentimento de rejeição para com o Ocidente, contribuindo para a propagação do terrorismo a nível global e, por outro, o facto de constituírem um “mercado” privilegiado de captação de simpatizantes da causa jihadista, despoletando e facilitando processos de recrutamento, de doutrinação e de radicalização violenta, influenciados por dinâmicas grupais, que ganharam expressão crescente a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001;
4. Na sociedade de risco mundial (re)nascem discursos de defesa social, sobretudo após os trágicos eventos do 11 de setembro, fundados na reconhecida excecionalidade da ameaça, que afetaram de forma indelével o delicado equilíbrio do binómio liberdade – segurança, priorizando a segurança, enquanto valor coletivo e (re)interpretada como direito fundamental autónomo, relativamente à liberdade e à defesa dos direitos fundamentais pessoais dos cidadãos, frequentemente restringidos em manifesta violação do princípio *odiosa sunt restringenda*;

5. Na perspetiva de enfrentamento eficaz de novas, mais complexas e mais violentas manifestações de criminalidade, entre as quais se inclui o (novo) terrorismo islâmico de carácter transnacional, elevado à categoria de ameaça à segurança mundial e percecionado como uma ameaça difusa, com potencial de gerar um terror germinador de uma insegurança pública cognitiva, esquizofrénica e paneónica, regista-se uma especial ênfase na segurança, transformada em novo paradigma e valor “quase absoluto”, que se foi progressivamente implantando como valor político e como eixo central de uma estratégia jurídico-política da comunidade internacional, passando a assumir-se como prioridade máxima da intervenção estatal, instrumentalizando o Direito Penal em políticas de segurança;
6. A ideologia da segurança como antídoto da insegurança sentida, individual e coletivamente, e a denúncia por parte dos defensores do “Estado da Segurança” de uma “hipertrofia garantística”, em que as liberdades e os direitos fundamentais são vistos como obstáculos de um desejado efficientismo da intervenção penal, projetam-se conjuntamente na mutação da intervenção do Direito Penal, de um modelo garantista e ressocializador para um modelo securitário e justicialista, impregnado de um discurso belicista, modelo este que se traduz, entre outras manifestações, por uma obsessão, quase pragmática, de uma abordagem preventiva e de uma demonização de alguns segmentos de pessoas, entre os quais os terroristas, que tem subjacente a configuração do «Direito penal do inimigo», contra os quais se organiza uma cruzada de luta, fundada e legitimada na ideia de que são “malfeitores maléficos e inimigos do bem”, que há que neutralizar a todo o custo, por constituírem um perigo para a sociedade que, por seu turno, se mostra disponível ara trocar liberdade por segurança, mas manifesta pouca ou nenhuma disponibilidade para aceitar a possibilidade de reincidência;
7. Assiste-se a um frenesim securitário, materializado em uma notável ampliação da legislação penal a condutas pré-delitivas, de perigo presumido, adotando-se o comportamento perigoso com modelo autónomo de tipificação penal, cuja legitimidade pode ser posta em causa face aos princípios da culpa e da legalidade e, no âmbito do direito processual penal, constata-se uma aspiração ao domínio total do risco através da legitimação e progressiva legalização de meios ocultos de obtenção de prova, com recurso a técnicas de vigilância secreta e massiva que, atuando à margem do processo penal e da salvaguarda das irrenunciáveis garantias do Estado de Direito, são todavia consideradas profiláticas para a defesa da segurança nacional, associadas a sistemas de interseção de comunicações numa lógica de funcionamento em rede, contribuindo para a

afirmação da sociedade de controlo e ameaçando transformar o Estado de Direito num Estado vigilante e o Direito Penal num Direito penal da suspeita, abrindo a porta a derivas autoritárias que põem em causa os direitos fundamentais dos cidadãos e a própria democracia. Sem excluir a reabertura do debate sobre a possibilidade e vantagem da utilização da tortura, sujeita a mandado judicial, para fins investigatórios, eufemisticamente denominada de “técnicas avançadas de interrogatório”, e como forma de evitar ataques terroristas eminentes que, para além de uma proibição constitucional e internacional absolutas, a maior parte da doutrina considerava uma realidade abstrata que, pelo menos do ponto de vista jurídico, havia desaparecido sem deixar rasto, enterrada no cemitério da história do Direito penal de sangue e lágrimas;

8. O «novo» terrorismo transnacional configura-se, de facto, como uma ameaça grave e como um autêntico desafio para os Estados, *maxime* para os Estados de Direito democráticos, para que não coloquem em risco as garantias irrenunciáveis que estão subjacentes aos alicerces do Estado de Direito. No binómio terrorismo- Estado de Direito, o sonho de uma prevenção real (realmente efetiva), que transformaria o contrato social numa espécie de seguro contra todos os riscos, convive com o pesadelo da resposta que, sendo obviamente necessária, terá que ser adequada e proporcionada;
9. Importa realçar que a ameaça ao Estado de Direito pode não depender tanto dos fatores externos que procura neutralizar, mas sobretudo de uma reação interna desmedida e desproporcionada. A resposta dos Estados de Direito democráticos ao fenómeno do terrorismo permite avaliar em que medida as sociedades ocidentais levam a sério os direitos fundamentais constitucionalizados. Como reação aos atentados terroristas, assiste-se à criação de uma legislação de emergência permanente, cuja *vis* expansiva e natureza excecional converteram a legislação antiterrorista num autêntico “laboratório” ou “banco de provas”, cuja análise permite conhecer o estado de saúde de que goza o Estado de Direito democrático, ou, por outras palavras, como se revela a sua cultura constitucional;
10. Embora recusando a abordagem belicista, fundada no conceito de “guerra ao terrorismo” que acaba por se converter em “terrorismo de Estado”, e em que a busca de justiça se torna indistinguível do desejo de vingança, seria temerária, ingénua e desprovida de sentido a defesa de uma posição fundada numa eventual inação dos Estados de Direito democráticos, face à eventualidade de ataques terroristas, em nome de uma pretensa “intocabilidade” dos direitos fundamentais, com exceção óbvia da dignidade da pessoa humana, essa sim, do nosso ponto de vista, intocável;

11. A prevenção, a investigação e a posterior responsabilização penal, julgamento e punição dos agentes terroristas têm que se legitimar na essência do Estado de Direito, como função limitadora do *ius puniendi*, que se deve fundar no respeito pela dignidade da pessoa humana, que constitui um limite que a construção teórico-doutrinal do Direito penal do Inimigo não consegue superar. A despersonalização do ser humano propugnada na tese do Direito Penal do Inimigo, fundada na ausência de direitos, liberdades e garantias jurídico-processuais e constitucionais e “justificada” pelo rótulo de inimigo da sociedade e pela sua “especial perigosidade” deve, pois, ser rejeitada em absoluto no contexto do Direito Penal de um Estado de Direito material, social e democrático. Tratar o terrorista como um inimigo, uma coisa ou um objeto de prova, sem direitos, liberdades e garantias processuais, deslegitima qualquer cooperação judiciária europeia e internacional em matéria penal, ao mesmo tempo que (re)vigora o processo de radicalização de novos aderentes, pondo em causa uma das principais linhas de força da política internacional de “combate ao terrorismo”;
12. Salah Abdeslam, o alegado terrorista de 31 anos, atualmente a ser julgado no Tribunal Criminal de Paris, queixou-se no tribunal sobre o regime a que estão submetidos na prisão, proferindo as seguintes afirmações: *"Perigosos ou não, somos homens, somos seres humanos. Temos direitos. Tratam-nos como cães. Há mais de seis anos que me tratam como um cão. Não me queixei por uma única razão, porque quando morrer, ressuscitarei"*. Perguntamos nós, com a consciência de que tais afirmações foram de imediato reproduzidas por todos os órgãos de comunicação social e chegaram, de forma quase instantânea, a todos os cantos do mundo: Quantos novos apoiantes da causa jihadista já foram entretanto, ou virão a ser, radicalizados no futuro?;
13. Razão pela qual poderíamos subscrever as palavras do preâmbulo da “Ley Orgánica 2/2015”⁶⁰⁸, que modificou o Código Penal espanhol em matéria de terrorismo, quando recorda que as novas ameaças devem ser combatidas através da Lei, como ferramenta mais eficaz que os democratas têm para empregar contra o fanatismo totalitário dos terroristas;

⁶⁰⁸ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. [Em linha]. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185: *“El terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley”* (preâmbulo, parágrafo 4º, p. 27177) Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3440 [Consulta em 25 de julho de 2021]

14. Atentas as características específicas do chamado novo terrorismo, a “luta” contra esta manifestação de criminalidade violenta, suscetível de fazer perigar os alicerces do Estado de Direito, será pouco mais do que inócua se não assentar, previamente, numa aturada investigação dirigida, não apenas aos efeitos dos crimes praticados e dos perigos produzidos, mas também orientada para a identificação das suas causas e das estruturas que o suportam e alimentam;
15. Considerando que existe a probabilidade de a ameaça do terrorismo vir a (re)ganhar relevo no atual contexto geopolítico, e tendo em conta que são cada vez mais difusos os limites entre o Direito Penal do Estado de Direito e o Direito Penal do inimigo, sustentamos a posição de Winfried Hassemer de que o Direito Penal é a *segurança da liberdade*, relevando que uma das funções mais relevantes do Direito Penal é a do equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos individuais e supra-individuais e a tutela dos interesses e direitos do delinquente, equilíbrio este que deve procurar-se no respeito pela Constituição, enquanto ponto de convergência de direitos e garantias fundamentais, como forma de defender os direitos fundamentais de todas as pessoas, que se vêm afetados de forma inaceitável quando o Direito penal se configura a partir do valor segurança e não do valor da Dignidade Humana;
16. Por isso, importa relembrar e sublinhar que a pessoa constitui o fim supremo do Estado e do Direito. Se, por um lado, por via da evolução do sistema de proteção multinível dos Direitos Humanos, o Ser Humano passou a ocupar a posição que lhe corresponde, enquanto sujeito de Direito interno e de Direito internacional, convirá ter bem presente, por outro lado, que em matéria de Dignidade Humana, o processo de proteção da humanidade é um processo em “projeto de realização”⁶⁰⁹, congruente com a ideia de Estado de Direitos Humanos. Em tempos que evidenciam sinais preocupantes de uma securitização dos Direitos Humanos, combater o terrorismo, respeitando a Constituição e a Lei, é uma obrigação do Estado de Direito material, social e democrático para a salvaguarda da sua legitimidade e da democracia, mas também como forma de alimentar positivamente a concretização desse nobre projeto. Como escreveu IMMANUEL KANT: “[O] direito dos homens deve considerar-se sagrado, por maiores que sejam os sacrifícios que ele custa ao poder dominante...”⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Princípio da Jurisdição Penal Universal e Tribunal Penal Internacional...*, p.61.

⁶¹⁰IMMANUEL KANT, *A paz perpétua - Um projeto filosófico*, p. 45.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAM, Barbara; VAN LOON, Joost -Introduction: repositioning risk – the challenge for social theory. In ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; VAN LOON, Joost (Org.), *Risk Society and Beyond: critical Issues for Social Theory*. London: Sage, 2000, pp. 1-31. ISBN: 978-076-196-469-8,
- ALBRECHT, Peter-Alexis - El derecho penal en la intervención de la política populista. In AA. VV., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000, pp. 471-487. ISBN 978-84-8151-967-7.
- ALEXANDRINO, José de Melo - Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In SILVA, Paula Costa; VASCONCELOS, Pedro Pais de; CORDEIRO, António Menezes, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Vol. 1*, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008. ISBN 978-972-40-3568-0.
- ALIOZI, Zoi - A critique of state terrorism. *The crit: critical legal studies journal*, Vol. 6, Nº 1, (2012-2013), pp. 54-69. ISSN: 2055-1428.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de - A Cooperação Judiciária internacional. In: PALMA, Maria Fernanda, (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Almedina, S.A., 2004, pp. 393-410.
- AMARAL, Diogo Freitas do - *Manual de Introdução do Direito*. Vol. I. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2014. ISBN 978-972-40-2378-6.
- _____ - Reflexões sobre alguns aspetos jurídicos do 11 de Setembro e suas sequelas. In *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2002, pp. 765-777. ISBN 978-972-40-1814-0.
- AMARAL, Maria Lúcia - *A Forma da República. Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora (Reimp.), 2012. ISBN: 978-972-32-2103-9.
- _____ - A proteção da confiança. In: GOMES, Carla Amado (Org.), *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, 2012. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas-Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 21-29. ISBN 978-989-97834-1-6..
- AMBOS, Kai - Cesare Beccaria e a humanização do Direito Penal. Uma leitura crítica com especial ênfase em seus argumentos contra a pena de morte e a tortura. In AMBOS,

- Kai, *Ensaio de Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 21-47. ISBN 978-85-66722-38-3.
- _____ - *El Derecho penal frente a amenazas extremas*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2007. ISBN 978-84-849-100-5.
- _____ - O uso “transnacional” da prova obtida por meio de tortura. *Panóptica*, , Ano 4, nº 20, (2011), pp. 92-128. ISSN 1980-7775.
- _____ - Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não deveria ter sido executado nem mesmo num conflito armado. *Boletim IBERCRIM.*, Vol. 19, nº 233, 2011, p. 2 (Publicado originariamente em Frankfurter Allgemeine Zeitung, p. 6, 5 de maio 2011).
- AMMENDOLA, Giuseppe - *Brexit, The European Union, and Globalization Political and Economic Perspectives*. Lisboa: OBSERVARE – Universidade Autónoma de Lisboa, 2019. e-ISBN 978-989-8191-98-4.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de - Conclusões. In AA.VV., *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2012, pp. 175-189. ISBN 978-972-32-2006-3.
- _____ - *Os direitos fundamentais da Constituição portuguesa de 1976*, 5ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A. 2013, ISBN 978-972-40-4669-3
- ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. 1º ed. Reimp., Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2013. ISBN 978-972-32-2196-1.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de - *Sistema Penal Máximo y Ciudadanía mínima. Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. ISBN 978-85-7348-284-2.
- ANTUNES, Maria João - *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2019. ISBN 978-972-40-8213-4.
- ASÚA BATARRITA, Adela - Reivindicación o superación del programa Beccaria. In ASÚA BATARRITA, Adela. *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1990, pp. 9-36. ISBN 978- 84-7485-184-X.
- _____ - Terrorismo y conductas periféricas. la tensión de los principios penales en los límites del derecho. In ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga; GARCÍA RAMIREZ, Sergio (Coord.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y*

- sistemas jurídicos comparados*, Tomo II, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 35-68. ISBN 978-970-32-4414-0.
- AVANCINI, Helenara Braga - A dignidade da pessoa humana e a incorporação do direito internacional dos direitos do homem no direito interno luso-brasileiro. *PIDCC*, n.º 4, (2013)., p. 76-98. ISSN 2316-8080.
- BARATTA, Alessandro - Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.), *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur Lta, 1995, pp. 37-56. ISBN 978-956 -238-057-2.
- BASSIOUNI, Cherif - Terrorismo: o persistente dilema da legitimidade. *Revista Liberdades*, nº 6, (2011), pp.1-12. ISSN 2175-5280.
- BAUMAN, Zigmunt - *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. ISBN 978-85-711-0598-6.
- BECCARIA, Cesare - Dos Delitos e das Penas. Tradução do italiano *Dei Delitti e delle Pene* de José Faria Costa, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. ISBN: 978-972-310-816-3.
- BECK, Ulrich - Reinventar Europa: una visión cosmopolita. *Cuadernos del Mediterráneo*, n.º 10, (2008), pp. 319-325. ISSN 1577-9297.
- _____ - *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998. ISBN 978-84-493-0528-3.
- _____ - *A metamorfose do mundo*. Lisboa: Edições 70, 2017. ISBN 9789724419206
- _____ - As instituições de governança global na sociedade mundial. In CASTELLS, Manuel; SERRA, Narcis, coord., *Guerra e Paz no Século XXI – uma perspetiva europeia*, Lisboa: Editora Fim de Século, 2007. ISBN 978-972-754-222-2.
- _____ - La reinención de la política: hacia una teoría da modernización reflexiva. In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony y LASH, Scott, *Modernización reflexiva Política, tradición y estética en el orden social moderno*. Madrid: Alianza Editorial, 1997 (2001, 2ª Reimpresión), pp. 13-75. ISBN 978-84-206-2879-4.
- _____ - *Poder y contrapoder en la era global*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2004. ISBN 978-8449-316-17-3.
- _____ - Retorno a la teoría de la Sociedad del Riesgo. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, nº 30, (2000), pp. 9-20. ISSN 2605-3322.

- _____ - *Sobre el terrorismo y la guerra*. Barcelona: Editorial Paidós, 2003. ISBN: 978-84-493-1386-8.
- _____ - *Sociedade do Risco. Rumo a uma outra modernidade*. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 1998. ISBN 978-85-7326-450-0 (2ª ed. 2011 - ISBN 978-85-732-6450-0; *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage Publications, 1992. ISBN 978-144-62-2342-0)
- _____ - The terrorist Threat. World risk society revisited. *Theory, Culture & Society*, vol. 19, nº4. (2002), pp. 39-55. ISSN 0263-2764.
- _____ - El riesgo de la libertad digital: un reconocimiento demasiado frágil. *Cuadernos del Mediterraneo*, n.º 22, (2015), pp. 311-314. ISSN 1577-9297.
- BELLAMY, Richard - Introduction. In BECCARIA, Cesare, *On crimes and punishments and other writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995. ISBN 978-0-5118-0248-5.
- BERGALLI, Roberto - Libertad y seguridad. Un equilibrio extraviado en la modernidad tardía. In LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE. Francisco, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae"*, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, 2004, pp. 59-78. ISBN 978-84-8456-052-X.
- BONAVIDES, Paulo - *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8º ed. São Paulo: Malheiros Editores Lda., 2007. ISBN 978-85-7420-826-8.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano - Globalización y Concepciones del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, (2009), pp. 141-206. ISSN 1137-7550.
- _____ - Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo. *ADPCP*, Vol. LXX, (2017), pp. 28-71. ISSN: 0210-3001.
- _____ - A base intercultural do sistema penal. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Vol. 8, nº 13, (2015), pp. 159-188. ISSN 2447-8253.
- BRANDÃO, Ana Paula - O nexo interno-externo na narrativa securitária da União Europeia. *JANUS.NET, e-Journal of International Relations*, Vol. 6, n.º 1, (2015), pp. 1-20. ISSN 1647-7251.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel - Itinerarios de Evolución del Sistema Penal como Mecanismo de Control Social en las Sociedades Contemporáneas In PATRICIA FARALDO CABANA, Patricia; PUENTE ABA, Luz María; BRANDARIZ

- GARCÍA, José Ángel (Coords.), *Nuevos Retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. pp. 15-63. ISBN 978- 84-8456-103-8,
- BRITO, José de Sousa - O inimigo no Direito penal. *Lusíada. Direito*, nº 4/5, (2007), pp. 79-85. ISSN: 2182-4118.
- _____ - A Lei penal na Constituição. In MIRANDA, Jorge, coord., *Estudos sobre a Constituição*, Vol. II, Lisboa: Petrony, 1978.
- CAEIRO, Pedro - Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e sua incidência na investigação criminal. *Livro de Atas do Congresso de Investigação Criminal – Investigação criminal: novas perspetivas e desafios*, 29 e 30 março 2012, Figueira da Foz. pp. 125-136.
- _____ - Concluding Remarks. In GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne (Coords.), *EU Counterterrorism Offences. What impact on National legislation and case-law?*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, pp.305-312.ISBN 978-2-8004-1527-7.
- _____ - *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1879-4.
- CAEIRO, Pedro; LEMOS, Miguel Ângelo - Content and impact of approximation: the case of terrorist offences. In GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne, (Coord.), *Approximation of substantive criminal law in the EU The way forward*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, pp. 153-168. ISBN 9782800415444.
- CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - A frantic mayfly at the turn of the century: The positivist movement and Portuguese criminal law”. *GLOSSAE-European Journal of Legal History*, [em linha]. nº 17, (2020), pp. 396-439.. Disponível em <http://www.glossae.eu> [Consulta em 23 de março de 2021]. ISSN 2255-2707.
- CALLEGARI, André Luís - Crimen Organizado: Concepto y Posibilidad de Tipificación delante del Contexto de la Expansión del Derecho Penal. *Derecho Penal y Criminología*, nº 91, (2010), pp. 15-39. ISSN-e 2346-2108.
- CANCIO MELIÁ, Manuel - ¿«Derecho penal» del enemigo? In JAKOBS, Günther, Manuel CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 58-100. ISBN: 978-84-470-2063-0.

-
- _____ - ¿De nuevo Derecho Penal” del enemigo? In CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.), *Derecho Penal de Enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Bdef, 2006, pp. 341-382. ISBN 978-84-96361-28-X.
-
- _____ - Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo. Eficacia y Contaminación. In FARALDO CABANA, Patricia; PUENTE ABA, Luz María; SOUTO GARCIA, Eva María, coord., *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, 2007, pp. 161-170. ISBN 978-84-8456-851-3.
-
- _____ - Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia. In AA.VV. CUERDA RIEZU, Antonio (Coord.), *El Derecho Penal Ante el Fin de la ETA*. Madrid: Technos, 2016, pp. 44-66. ISBN: 978-84-309-6940-1.
-
- _____ - Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo. *Revista CENIPEC*, nº 29, (2011), pp. 221-242. ISSN 0798-9202.
-
- _____ - *Los delitos de terrorismo. Estructura típica y injusto*. Madrid: Editorial REUS, 2010. ISBN: 978-84-290-1584-3.
-
- _____ - Terrorism and Criminal Law: the dream of Prevention, the nightmare of the Rule of Law. *New Criminal Law Review*, Vol. 14, nº1, (2011), pp. 108-122. ISSN 1933-4192.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel - Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo. *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 7, Artículo 7, (2009), pp.1-30. ISSN 1696-9219.
- CANOTILHO, José J. Gomes - Terrorismo e Direitos Fundamentais. In VALENTE, Manuel M. Guedes, *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2009, pp.19-30. ISBN 978-972-40-3831-5.
-
- _____ - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.
- CARRASCO DURÁN, Manuel. Medidas antiterroristas y Constitución, tras em 11 de septiembre de 2001. In: PÉREZ ROYO Francisco Javier; CARRASCO DURÁN,

- Manuel (Coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp.13-56. ISBN 978-4-9768772-0-5.
- CARVALHO, Henrique - *The preventive turn in criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2017. ISBN 978-0198737858.
- CASTELLS, Manuel - *The Information Age: Economy, Society and Culture, vol. I: The Rise of the Network Society*, 2nd Edition. Oxford: Blackwell Publishing, 2010. ISBN 978-1-4051-9686-4.
- CERDA-GUZMAN, Carolina - La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? *Revue française de droit constitutionnel*, nº 73, (2008), pp. 41-63. ISSN 1151-2385.
- COLE, David - Enemy Aliens, *Stanford Law Review*, vol 54, nº 5, (2002), pp. 953-1004.. ISSN 1939-8581.
- _____ - No Reason to Believe: Radical Skepticism, Emergency Power, and Constitutional Constraint. *University of Chicago Law Review*, Vol. 75, n.º 1, (2008), pp. 1329-1364. ISSN 0041-9494.
- CORCOY BISADOLO, Mirentxu - Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, (2012), pp. 45-76. ISSN-e 0719-1669.
- COSTA, Agostinho - Estratégia de segurança nacional –Horizonte 2030. [Em linha]. In Conferência Estado de Direito e Segurança Nacional, Assembleia da República, Lisboa, 23 abril 2019.. Disponível em: <https://eurodefense.pt/estrategia-de-seguranca-nacional-e-nova-arquitetura-de-seguranca-nacional/>[Consulta em 25 de abril de 2021].
- _____ - O Regresso da Geopolítica – Repercussões na estratégia nacional de segurança. *Revista de Segurança e Defesa*, nº 38, (2018), pp.7-13. ISBN 978-989-54463-2-2.
- COSTA, José de Faria - A globalização e o tráfico de seres humanos. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 135, nº 3944, (2007). ISSN 0870-8487.
- _____ - Ler Beccaria hoje. Ensaio Introdutório. In BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas* (Tradução de José de Faria Costa), 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp.5-27. ISBN 978-972-31-0816-3.
- _____ - O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado. *¿Babel ou Esperanto Universal?* In D ´AVILA, Fábio Roberto (Org.), *Direito Penal e Política*

Criminal no Terceiro Milénio: Perspetivas e Tendências. Atas do Congresso Internacional – Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milénio Humboldt-Kolleg in Strafrecht, VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais, 8 e 9 de junho de 2009. Porto Alegre: EDIPUCRS – Editora Universitária, 2011, pp. 11-24. ISBN: 978-85-397-0099-8.

_____ – Atribuições em torno da liberdade e da segurança. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 136º, nº 3942, (2007). ISSN 0870-8487.

_____ - *Direito Penal e Globalização – Reflexões locais e pouco globais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1820-6.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - Uso da tortura e impedimento de actos terroristas. In BELEZA, Teresa Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico Lacerda Costa, (Org.), *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2014, pp. 33-57. ISBN 978-972-40-5227-4.

CUNHA, Paulo Ferreira da - Do terrorismo: reflexões jurídico-políticas. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Vol.3, n.º 8, (2009). ISSN 1982-1921.

D'AVILA, Fábio Roberto - Liberdade e Segurança em Direito Penal: O Problema da Expansão da Intervenção Penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Vol. 1, nº 1, (2013), pp. 65-73. ISSN: 2318-4892.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luís - ¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos. *Revista Electrónica del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 1, (2013), pp. 149-176. ISSN 2255-3479.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo - ¿Hacia el derecho penal de la posmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11, (2009), pp. 08:01-08:64. ISSN 1695-0194.

DELMAS-MARTY, Mireille - ¿Il paradigma della guerra contro il crimine legittimare l'inumano? *Studi sulla questione criminale*, vol. 2, nº 2, (2007), pp. 21-28. ISSN 1828-4973.

_____ - Global crime calls for global justice. *European Journal of crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 10, n. 4, (2002), pp.286-293. ISSN 1571-8174.

_____ - Governing Globalization through Law. *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 11, nº2, (2020), pp. 195-201. ISSN 1867-299X.

-
- _____ - Libertés et Sûreté les Mutations de L'État de Droit. *Revue de Synthèse*, Vol. 130, n° 3, (2009), pp.465-491. ISSN 1955-2343.
-
- _____ - O direito penal como ética da mundialização. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n. 3, (2004), pp. 287-304. ISSN 0871-8563.
-
- _____ - *Towards a truly common law: Europe as a laboratory of legal pluralism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. ISBN 978-0-521-81231-3.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo - A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito. *Católica Law Review*, Vol. 1, n° 3, (2017), pp.71-89. ISSN 2183-9336.
-
- _____ - Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho Penal. In PÉREZ ÁLVAREZ; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GARCÍA ALFARAZ, Isabel (Coord.). *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007, pp. 179-196. ISBN 978-84-7800-346-4.
-
- _____ - Crítica ao funcionalismo normativista. *REJUR - Revista Jurídica da UFERSA*, Vol. 3, n° 5, (2019), pp. 1-13. ISSN 2526-9488.
-
- _____ - Del Derecho Penal liberal al Derecho Penal del enemigo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 14, (2004), pp.87-116. ISSN 1132-9955.
-
- _____ - Derecho penal del enemigo y Teoría del Derecho penal. In PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Terrorismo y contraterrorismo en el Seculo XXI. Una análisis penal y político-criminal*, Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2016, pp. 35-45. ISBN 978 -84-16324-24-8.
-
- _____ -. Libertad, Seguridad, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo. In BERNUZ BENEITEZ, María José y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Coord.), *La Tensión entre Libertad y Seguridad. Una Aproximación Socio-jurídica*, Logroño: Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 107-120. ISBN 84- 96487- 09-1.
- DERSHOWITZ, Alan M. - *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*. New Haven: Yale University Press, 2002. ISBN 978-0300097665.

DIAS, Augusto da Silva - «*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, 2008. ISBN 978-972-32-1656-1.

- Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado. In MONTE, Mário Ferreira, coord., *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 783-794. ISBN: 978-972-32-1657-8.

- Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal. Sobre a tortura em tempos de terror. [Em linha]. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre: AMP, nº 71, (Jan - abril 2012), p.235-276. Disponível em <http://www.amprs.com.br/revista-do-mp/>. [Consulta em 5 julho de 2021]

DIAS, Jorge de Figueiredo - O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 20, nº. 99, (2012), pp. 35-53. ISSN 1415-5400.

- Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In AA.VV. *Para uma nova justiça penal (Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados)*, Reimp., Coimbra: Livraria Almedina, 1996. ISBN 978-972-40-0321-4.

- *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN 972-32-1012-6.(1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, ISBN 978-972-32-1012-5).

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *O Homem Delinquente e a Sociedade Criminogénea*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Reimp., 2011. ISBN 978-972-32-2016-2.

DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro - Lei de Combate ao Terrorismo (lei nº 52/2003, de 22 de agosto). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 135º, nº 3935, (2005), pp. 70-89. ISSN 0870-8487.

DÍAZ, Elías - *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1ª Edición, Barcelona: Taurus, 1988. ISBN 978-84-3060-818-8.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís - De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº7, (2005). pp. 1-37. ISSN 1695-0194, (O mesmo In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA

- DÍEZ, Carlos (Eds.). *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol.1, Buenos Aires: Edisofer, 2006, pp. 553-602 ISBN 978-84-29626-28-X).
- DONINI, Massimo - ¿Una nueva Edad Media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico. In ACALE SANCHÉZ, María; TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Temas de Derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 187-218, ISBN 978-84-8164-692-X.
- _____ - El derecho penal frente al enemigo. In FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (Coords.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 15-94. ISBN: 978-84-8456-851-3.
- DONNA, Edgardo Alberto - ¿Es posible el Derecho penal liberal? In LOSANO, Mario G. y MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, “Cedant arma togae”: actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo*, abril 2003, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 209-219. ISBN 978-84-8456-052-X.
- DUARTE, Maria Luísa - O Tribunal de Justiça da União Europeia e o Controlo Indireto das Decisões do Conselho de Segurança – sobre os critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais. *Themis*, nº 24-25, (2013), pp.49-76. ISSN 2182-9438.
- DWORKIN, Ronald - O terror e o ataque às liberdades civis. *Revista Direito e Democracia*, Vol. 5, nº1, (2004), pp. 169-186. ISSN 158-1685.
- ESER, Albin - Consideraciones finales. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN 978-84-8442-998-2.
- FARIA, Maria Paula Ribeiro de - Cesare Beccaria: a influência do seu pensamento no sistema de justiça criminal norte americano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 7, n.º 7, (2015), pp.162-200. ISSN 2182-6994.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, António - Terrorismo, Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea. Universidad del País Vasco. [Em linha]. Disponível em: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/10234/177696/1/terrorismo_fernandez_2004.pdf [Consulta em 1 de junho de 2021]

- FERRAJOLI, Luigi - *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999. ISBN 978- 84-8164-285-1.
- _____ - *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. ISBN 978- 84-87699-94-4.
- _____ - El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, nº 19, (2007), pp.5-22. ISSN 1870-2147.
- _____ - El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, nº 79, (2012), pp. 100-114. ISSN 0120-8179.
- _____ - Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX, (2009), pp. 13-33. ISSN 1870-4654.
- _____ - Lógica del Derecho, método axiomático y garantismo. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 42, (2019), pp. 15-34. ISSN 0214-8676.
- _____ - Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, nº 16, (2002), pp.7-20. ISSN 1405-0218.
- _____ - Passado y futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 17, (2001), pp.31-45. ISSN 1132-9432.
- FOUCAULT, Michel - *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York: Vintage Books, 1979. ISBN 9780140137224.
- FRANKENBERG, Gunter - Torture and Taboo: An essay comparing paradigms of organized cruelty. *Sistema Penal & Violência*, Vol. 1, nº 1, (2009), pp. 126-139. ISSN 2177-6784.
- FRIEDMAN, Thomas L. - *Longitudes & Attitudes: The World in the Age of Terrorism*. New York: Anchor Books, 2002. ISBN 978-0374190668.
- GIL, Ana Rita - *Imigração e Direitos Humanos*. Lisboa: Petrony Editora, 2017. ISBN 978-972-68-5236-0.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio - *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid; Iustel, 2012. ISBN: 978-84-9890-206-8.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel - Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones. *Revista Penal México*, nº 1, (2011), pp.39-63. ISSN: 2007-4700.

- GOMÉZ, Flavio - Globalización y Derecho penal. In DIÉZ RIPOLLÉZ, José Luís, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 331-348. ISBN 978-84-309-3921-0.
- GONZALEZ CUSSAC, José Luís - El derecho penal frente al terrorismo Cuestiones y perspectivas. In GÓMEZ COLOMER, J.L.; GONZALEZ CUSSAC, J.L. coord., *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 57-128. ISBN 84-8456-532-7.
-
- _____ - El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo. *Revista Penal*, nº 19, (2007), pp.52-69. ISSN 1138-9168.
-
- _____ - Tecnocrimen. In GONZALEZ CUSSAC, José Luís; CUERDA ARNAU, María Luisa; FERNÁNDEZ HERNANDEZ, Antonio, (Org.), *Nuevas Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 205-243. ISBN 978-84-9004-639-5.
- GONZALEZ CUSSAC, José Luís; FLORES GIMENEZ, Fernando - Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad, la evaluación de las respuestas y su impacto sobre los derechos fundamentales. In *Cuadernos de Estrategia 188- Seguridad Global y Derechos Fundamentales*, Madrid: Ministerio de Defensa, 2017, pp. 15-64. ISBN 978-84- 9091-302-4.
- GONZÁLEZ MONGE, Alicia - Amenazas a la seguridad y privacidad: La dificultad del equilibrio perfecto. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, (2017), pp. 267-294. ISSN 1699-1524.
- GOODIN, Robert E.; JACKSON, Frank - Freedom from Fear. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 35, n.º 3, (2007), pp. 249-265. ISSN 1088-4963.
- GÓRRIZ ROYO, Elena - Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO 1/2019, de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 22-01, (2020), pp. 1-55. ISSN 1695-0194.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar - A Democracia na teoria do direito constitucional. In: AA.VV. *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 493-527. ISBN 978-972-3221-16-9.

- _____ - *Direito da Segurança-Cidadania, Soberania e Cosmopolitismo*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2018. ISBN 978-972-40-7492-4. (2ª ed., 2020. ISBN 978-972-40-8685-9)
- _____ - *Direito Internacional da Segurança*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015. ISBN 978-972-40-5372-1.
- _____ - *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, 5ª ed., Rev. e Ampliada. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2014. ISBN 978-972- 40- 5393 – 6.
- _____ - *Manual de Direito Constitucional*. Vol. I, 6ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2016. ISBN 978-972- 40- 6796 – 4.
- GRACIA MARTÍN, Luís - Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho. In CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZALÉZ CUSSAC, José Luís; ORTS BERENGUER, Enrique; CUERDA ARNAU, María Luisa, Coords., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo I, Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 879-922. ISBN 978-84-9876-546-5.
- _____ - *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. ISBN 978-84-8442-776-6.
- GRECO, Luis - Acerca del llamado Derecho Penal del enemigo. In CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid: Edisofer, 2006, pp. 1081-1111. ISBN 978-84-96261-28-X.
- _____ - Introdução. In WOLTER, Jürgen; GRECO, Luís (Organização e Introdução), *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 21-82. ISBN 978-8566722581.
- _____ - Porque inexitem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review*, Vol. 1, nº 3, (2017), pp. 115-126. ISSN 2183-9336.
- _____ - Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 7, (2005), pp. 211- 247. ISSN 1518-6067.

- HABËRLE, Peter - Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de Direito Constitucional Europeu*, n.º 13, (2010), pp. 379-414. ISSN 1697-7890.
- HABERMAS, Jürgen - Crossing Globalization's Valley of Tears, *New Perspectives Quarterly*, Vol. 17, nº 4, (2000), pp.51-57. ISSN 1540-5842.
- _____ - *La Paix Perpétuelle: Le Bicentenaire D'une Idée Kantienne*. Paris: CERF, 1996. ISBN 978-2204054607.
- HASSEMER, Winfried - Direito penal libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN 978-85-7308-881-8.
- _____ - Limites da intervenção Penal em tempos de terrorismo (Tradução de Nuno Casal). *Revista Lusíada. Direito*, nº 4/5, (2007), p. 191-200. ISSN 2182-4118.
- _____ - Los rostros del derecho penal, *Cahiers de défense sociale : bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, nº 31, (2004), pp. 105-116. ISSN 0223-582X.
- _____ - Processo Penal e Direitos Fundamentais (Tradução de Augusto da Silva Dias). In PALMA, Maria Fernanda, (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. pp. 15 -25.
- HERZOG, Félix - Alguns riscos do Direito penal do risco. *Revista Penal*, nº 4, (1999), pp.54-57. ISSN 1138-9168.
- IGNATIEFF, Michael - *El Mal Menor. Ética Política En Una Época De Terror*. Madrid: Penguin Random House -Grupo Editorial España, 2005. ISBN: 978-84-306-1996-2.
- _____ - La Democracia y el Mal Menor. *Anuario de Derechos Humanos*, (2005), pp. 11-31. ISSN 0718-2279.
- INNERARITY, Daniel - *A sociedade invisível. Como observar e interpretar as transformações no mundo atual*. Lisboa: Editorial Teorema, 2009. ISBN 978-972-69-5863-5.
- _____ - ¿Quiénes somos “nosotros”? Preliminares para una política de identidad. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 113, (2001), pp.225-236. ISSN 0048-7694.
- _____ - La gobernanza del Capitalismo Global. *HERMES - Revista de Pensamento e Historia*, n.º 43, (2013), pp. 6-13. ISSN 1578-005.
- JAKAB, András - Incumplir la Constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo. Un análisis pragmático de las suposiciones implícitas y de las soluciones propuestas en los discursos europeo y estadounidense en el debate «Estado de

derecho vs. terrorismo». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35, (2012), pp. 413-435. ISSN 0214-8676.

JAKOBS, Günther - Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 293-324. ISBN 978-84-470-0905-X

_____ - ¿‘Derecho penal’ del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Madrid: Edisofer, pp. 93-116. ISBN 978- 84-96261-28-X.

_____ - ¿Terroristas como personas en Derecho? In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra: Civitas, 2006, pp. 57-84. ISBN 978-84-470- 2536-5.

_____ - Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. In JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*. 2ª ed., Madrid: Thomson - Civitas, 2006, pp. 22-56. ISBN 978- 84-470-2536-5 (1ª ed., 2003, pp. 19-56. ISBN 978-84-470-2063-0).

_____ - La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. In ESER, Albín; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coords.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 53-63. ISBN 978-84-8442-998-2.

_____ - La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente. In: JAKOBS, Gunther, *Dogmática del Derecho penal y la configuración normativa da sociedad*, Madrid: Civitas Ediciones, 2004, pp.27-50. ISBN 978-84-470-2281-1.(También publicado em *Estudios de derecho judicial*, nº 20, 1999, pp. 119-146. ISBN 84-89324-76-X).

_____ - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Reimpressao (1ª ed., 1996), Madrid: Cuadernos Civitas, 2000. ISBN 978-84-470-0784-7.

JENKINS, Bryan Michael - Prefácio. In LESSER, Ian O.; HOFFMAN, Bruce; ARQUILLA, John; RONFELDT, David; ZANINI, Michele, *Countering the new terrorism*. Washington: RAND, 1999. ISBN 978-0-8330-2667-4.

KANT, Immanuel (1724-1804) - A paz perpétua. Um projeto filosófico (Tradução de Artur Morão). [Em linha]. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. Disponível em

http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. [Consulta em 28 de maio 2021].

-
- _____ - *Foundations of the metaphysics of morals and What is enlightenment?* 2ª ed. (Tradução de Lewis White Beck). New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1997. ISBN 0-02-307825-1.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen - Terrorismo transnacional. In PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Coord.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. ISBN 978-84-908-6799-0.
- LAQUEUR, Walter - *Una historia del terrorismo*. Barcelona: Paidós Iberica, 2003. ISBN: 978-844-93137-38.
- LARRAURI, Elena - Populismo Punitivo... y como Resistirlo. *Jueces para la Democracia*, nº 55, (2006), pp. 15-22. ISSN: 1133-0627.
- LEITE, André Damas - Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: Linhas de um esboço. *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, nº1, (2011), pp. 1-34. ISSN 2238-1678.
-
- _____ - Nueva penología», punitive turn y Derecho Penal: ¿quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna. *InDret-Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, (2013), pp. 1-62. ISSN 1698-739X.
-
- _____ - Recensão de MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Direito Penal do inimigo e o terrorismo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017. *AB INSTANTIA -Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Ano V, nº7, (2017), pp. 301-309. ISSN 2182-9497.
- LEPSIUS, Oliver - Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act. *German Law Journal*, Vol. 7, nº 9, (2006), pp. 761-776. ISSN-e 2071-8322.
- LIEBERMAN, Jethro K. - Constitutionalism. In GIBBONS, Michael T.; COOLE, Diana; ELLIS, Elisabeth; FERGUSON, Kennan, *The Encyclopedia of Political Thought*, New York: Wiley- Blackwell, 2014, pp. 730-732. ISBN 978-1-405-19129-6.
- LLOBET ANGLI, Mariona - ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *InDret-Revista para el Análisis del Derecho*, nº3, (2010). ISSN-e: 1698-739X.
- MACHADO, Mariana Gomes - *O Acesso aos metadados pelos Serviços de Informações da República Portuguesa à luz da Lei e da Constituição*. Coimbra : Edições Almedina S.A., 2019. ISBN 978-972-40-8199-1.

- MARINUCCI, Giorgio - Cesare Beccaria, Um nosso contemporâneo. Ensaio introdutório. In: BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas* (Tradução de José de Faria Costa), 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 29-53. ISBN 978-972-31-0816-3.
- MARTINS, Ana Maria Guerra - O Impacto da COVID 19 nos Direitos Humanos A resposta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 7, nº 1, (2020), pp. 153-169. ISSN 2183-184x,.
- MÉGRET, Frédéric - Justice in Times of Violence. *European Journal of International Law*, vol. 14, nº 2, (2003), pp. 327-345. ISSN 1464-3596,.
- MENDES, Paulo Sousa - Sociedade de risco, política ambiental europeia e direito penal do risco. In GOMES, Carla Amado e TERRINHA, Luís Heleno (Coord.), *In memoriam Ulrich Beck*, Atas do colóquio promovido pelo ICJP e pelo CIDP em 22 de Outubro de 2015, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas-Centro de Investigação de Direito Público, 2016, pp.116-124. ISBN: 978-989-8722-14-0.
- MENDOZA BUERGO, Blanca - *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Ediciones Civitas, 2001, ISBN 978-84-470-1604-4.
- _____ - Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, pp.67-89. ISBN 978- 84-95458-92-6.
- MICHAELSEN. Christofer - Balancing Liberty against Security? A Critique of Counterterrorism Rhetoric. *UNSW Law Journal*, vol.29, nº2, (2006), pp.1-21. ISSN 0313-0096.
- MIR PUIG, Santiago - Constitución, derecho penal y globalización. In GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.), *Política criminal y reforma penal*. Madrid, Buenos Aires, Montevideo: Bdef, Edisofer, 2007, pp. 3-13. ISBN 978-84-96261-43-3.
- _____ - *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. Barcelona: Reppertor, 2004. ISBN 978-9974578364.
- _____ - Evolución de las ideas políticas y evolución del Derecho penal. *Libertas- Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 0, (2012), pp.4-16. ISSN: 2254-6278.
- MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2017. ISBN 978-972-40-7217-3.

-
- Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para o outro. In MIRANDA, Jorge, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, 1.ª Ed., Estoril: Princípia Editora, 2006, pp. 489-501. ISBN 978-972-88-1862-3.
- MIRANDA, Jorge; DUARTE, Maria Luisa - Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux - Les droits culturels. Table ronde : La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : Coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Évolution d'une décennie [Em linha]. In *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 29-2013, 2014., pp. 393-409. Disponível em : www.persee.fr/issue/aijc_0995-3817_2014_num_29_2013 [Consulta em 2 de abril de 2021]. ISSN 0995-3817.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 978- 972-32-1308-7 (2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-3218-22-0).
- MIRÓ LLINARES, Fernando - Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo: política criminal frente al terrorismo en los Estados Democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 87, (2005), pp. 185-228. ISSN: 0210-4059.
- MOCCIA, Sergio - De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Coord.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: J. M. Bosch, 1997, pp. 113-144. ISBN: 978-84-7698-439-1.
- MONCADA, Luís Cabral de - *O Estado Pós-Moderno. Para um novo paradigma de compreensão das atuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil*. Lisboa: Quid Juris, 2018. ISBN 978-972-72-4795-0.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo - Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología*, nº 4, (2002), pp. 1-23. ISSN-e: 1695-0194.
- MORÓN PENDÁS, Isabel - Riesgos que genera el ciberespacio para los derechos fundamentales. *Revista Penal México*, nº 18, (2021), pp.185-200. ISSN 2007-4700.
- MOURA, José Souto - Prefácio. In DAVIN, João. *A Criminalidade Organizada Transnacional, a Cooperação Judiciária e Policial na EU*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3256-6.

MUÑOZ CONDE, Francisco - As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003. Da “tolerância zero” ao “Direito Penal do inimigo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 3, (2005), pp. 1-31. ISSN-e 1698-1189.

_____ - El nuevo derecho penal autoritario. In TOLEDO, Emilio Octavio de; UBIETO, Manuel Gurdíel Sierra; CORTÉS BECHARIELLI, Emilio (Coords.), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2003, pp. 803-824. ISBN 978- 84-8456-082-1.

_____ - Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura. *Revista Penal México*, n.º 14-15, (2018-2019), pp. 227-236. ISSN 2007-4700.

_____ - As origens ideológicas do Direito penal do inimigo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Vol. 3, nº 4, (2011), pp. 7-32. ISSN: 2447-8253.

_____ - De nuevo sobre ‘el derecho penal del enemigo’. *Revista penal*, n.º 16, (2005), pp. 123-137. ISSN: 1138-9168.

_____ - La generalización del Derecho Penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales. Entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo. *Ciencia Jurídica*, Año 1, nº1, (2011), pp.113-142. ISSN 2007-6142.

_____ - Prólogo. In DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *El Derecho Penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*. 1.ª edición. Madrid: REUS, S.A., 2020. ISBN: 978-84-290-2315-2.

MYHTTEN, Gabriel; WALKLATE, Sandra - Communicating the terrorist risk: harnessing a culture of fear? *Crime media culture*, Vol. 2, nº 2, (2006), pp. 123-142. ISSN 1741-6590.

NOVAIS, Jorge Reis - *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 978-972-32-1254-4.

PEREIRA, José António Teles - Relatório – Tribunal Constitucional Português. *The rule of law and Constitutional justice in the modern World*, [Em linha]. 4th Congress of the World Conference on Constitutional Justice, 11–14 September 2017, Vilnius, Lithuania. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cmjc/relatorio_cmj_c_04_20170914_lt_pt.pdf [Consulta em 18 de abril de 2021].

_____ - O 11 de Setembro e o Debate sobre o Modelo de Serviços de Informações em Portugal. *Revista do Ministério Público*, Ano 23, n.º 89, (2002), pp. 155-164. ISSN 0870-6107.

- PEREIRA, Júlio - Vigilância Vídeo, Interseção preventiva de Comunicações e Contraterrorismo. *Revista Nação e Defesa*, nº 152, (2019), pp. 39-47. ISSN 0870-757X.
- PEREIRA, Rui - Terrorismo e insegurança: a resposta portuguesa. *Revista do Ministério Público*, n.º 98, (2004), pp. 77-110. ISSN 0870-6107.
- _____ - A segurança na Constituição. In GOUVEIA, Jorge Bacelar, coord., *Estudos de Direito e Segurança, Vol. II*, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012, pp. 409-421. ISBN 978-972-40-4997-7.
- _____ - Entrevista à OA. *ROA*, nº 133-134, (2016), pp. 36-39. ISSN 0870-8118.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel - El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal. In AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2007, pp. 85-122. ISBN 978-84-967-2106-7.
- _____ - *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*. Madrid: IUSTEL, 2007. ISBN 978-84-96717-41-1.
- PERIS RIERA, Jaime Miguel. Delitos de peligro y sociedad del riesgo: Una constante discusión en la dogmática penal de la última década. In CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 687-710. ISBN 978-84-9772-777-0.
- PETZSCHE, Anneke; CANCIO MELIA, Manuel - Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences. In LENNON, Genevieve; KING, Colin and MCCARTNEY, Carole (Eds.), *Counterterrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker*. Oxford: Hart Publishing, 2018, pp. 151-166. ISBN 978-1509915729.
- PIÇARRA, Nuno - Terrorismo e direitos fundamentais: as smart sanctions na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e no Tratado de Lisboa. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2053-7.
- PINTO, Maria do Céu - A jihad global e o contexto europeu. In GUEDES VALENTE, Manuel (Coord.), *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009, pp. 85- 93. ISBN 978-972-40-3831-5.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo - El regreso del concepto “seguridad del Estado” como bien jurídico autónomo y una consecuencia: La participación de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EE.

UU, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 43, (2009), pp. 93-115. ISSN 0008-7750.

- Bases teóricas del "nuevo" derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del "enemigo". *IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, nº 19, (2007), pp. 23-45. ISSN: 1870-2147.

PRITTWITZ, Cornelius - Derecho Penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal? In CORCOY BISADOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTIN, Víctor; MIR PUIG, Santiago (Coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier, 2004, pp. 107-120. ISBN 978- 84-95458-95-0.

- La desigual competencia entre seguridad y libertad. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 7, (2007). ISSN-e: 1698-1189.

- O Direito penal entre Direito penal do risco e Direito penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 12, nº 47, (2004), pp.32-45. ISSN 1415-5400.

PULITANÒ, Domenico - Sicurezza e Diritto Penale. In: DONINI, M.; PAVARINI, M. (Eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bononia University Press, 2011, pp. 119-142. ISBN 978-88-739-5612-9.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo - *Curso de Derecho penal. Parte general*. 1ª ed. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996. ISBN 978-84-891-7121-3.

- Beccaria y el Iluminismo italiano en la cultura jurídica hispana. In ARROYO ZAPATERO, Luís Alberto; ESTRADA MICHEL, Rafael; NIETO MARTÍN, Adán; ALVARADO URIZÁR, Agustina (Coords.), *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-la-Mancha, 2016, pp. 53-78. ISBN 978-84-9044-278-4.

RANGEL, Paulo - Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. In AA.VV., *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2012, pp. 151-173. ISBN 978-972-32-2006-3.

ROBERTSON, Roland - Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad. In: FERNÁNDEZ-GALA, Juan Carlos. Monedero, coord., *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 261-284. ISBN 978- 84-8164-625-2.

RODRIGUES, Anabela Miranda - Princípio da Jurisdição Penal Universal e Tribunal Penal Internacional – exclusão ou complementaridade? *In Direito Penal Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos*. Lisboa: Editora Fim de Século, 2003. ISBN 978-972-754-201-8.

- Política Criminal- Novos desafios, velhos rumos. *Revista Lusíada. Direito*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora.. nº 3, (2005), p. 15-37. ISSN 0872-2498, (também publicado *In AA.VV, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN 978-972-321-193-1)

- “Criminalidade organizada — que política criminal?”, *In: Globalização e Direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, pp.191-208.

- A Política Criminal no Estado de Direito do século XXI – os desafios da segurança. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Vol. 1, nº1, (2020), pp. 19-40. ISSN 2178-0013.

- Controlar e punir – O Direito penal em mudança? *FIDES*, Vol. 8, nº 2, (2017), pp. 158-171. ISSN 2177-1383.

- Globalização, democracia e crime. *In SILVA, Marco António Marques da; COSTA, José de Faria. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2006, pp. 275-310. ISBN: 978-8576-74140-4.

- Prefácio. *In GONÇALVES, Fernando. Lei e Crime. O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os princípios do Processo Penal*, Coimbra: Edições Almedina S.A., pp.5-8. ISBN 978-972-40-1548-4.

ROGEIRO, Nuno - *Política*. Lisboa: Quimera, 2002. ISBN: 978-972-5890-71-4.

ROSSI. Francesco - Vulnerabilidad, propaganda terrorista online y reclutamiento en el contexto del terrorismo internacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 23, (2020), pp. 211-248. ISSN 1132-9955.

ROXIN, Claus; SCHUNEMAN, Bernd - *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Buenos Aires: Didot, 2019. ISBN 978-987-3620-45-4.

SAN MARTIN SEGURA, David - Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo. *In PÉREZ CEPEDA; Ana Isabel; BERNUZ BENEITEZ, María José (Coord.), La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, Logroño: Universidad de la Rioja, 2006, pp. 71-106. ISBN 84-96487-09-1.

SCHMID, Alex P. - Revisiting the Relationship between International Terrorism and Transnational Organized Crime 22 Years Later. *ICCT- International Centre for Counter- Terrorism (Research Paper)*, (2018), pp. 1-39. ISSN 2468-0656.

SCHÜNEMANN, Bernd - Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 1, (1996), pp. 187-218. ISSN 0210-3001.

- 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. In SCHÜNEMANN, Bernd, GRECO, Luís (Coord.), *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons – Editora do Brasil, Lda., 2013, pp. 69-90. ISBN 978-85-66722-05-5.

SERRANO-PIEDRECASAS FERNANDEZ, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo - Del Estado de Derecho al Estado preventivo. In SERRANO-PIEDRECASAS FERNANDEZ, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Org.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel, 2010, pp.241-270. ISBN 978-84-9890-086-6.

SIEBER, Ulrich - Limites do Direito penal. Princípios e desafios do novo programa de pesquisa em Direito penal no Instituto Max-Planck de Direito penal estrangeiro e internacional. *Revista de Direito GV (São Paulo)*, Vol. 4, nº1, (2008), pp.256-330. ISSN 2317-6172.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María - ¿Legalidad penal líquida? *Indret- Revista para el Análisis del Derecho*, nº3, (2015), pp. 1-3. ISSN-e 1698-739X.

- ¿Derecho penal regulatorio? In SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Buenos Aires: Bdf, 2015, pp. 145-147. ISBN 978-99-747-0863-1.

- El retorno de la inocuidad. In ARROYO ZAPATERO, Luís Alberto; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Coords) y BARBERO SANTOS, Marino (Hom.), *Libro homenaje a Marino Barbero Santos*, Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla la Mancha, 2001, pp. 699-710. ISBN 978-84-8427-139-0.

- La expansión del Derecho Penal. *Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. ISBN 978-84-470-1201-8. (2ª ed. Revisada Y Ampliada. Madrid: Civitas, 2001. ISBN: 978- 84-470-1661-7; 3º ed. Madrid: EDISOFER, 2011. ISBN 978-84-962-6191-4; 3º ed. Ampliada. Buenos Aires: Bdef, 2011. ISBN 978-9974-578-63-9; tradução da 2ª.

edição espanhola, Luiz Otavio de Oliveira Rocha, revisão, Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, ISBN: 978-85-2032-287-5)

- La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante. *InDret- Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, (2019), pp.1-20. ISSN 1698-739X.

- Peligrosidad. Editorial de *InDret Penal* 4/2007. [Em linha]. Disponível em https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/3.-editorial_penal.pdf [Consulta em 28 de maio de 2021]

- La sociedad del Derecho Penal. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, (2017), pp. 1-3. ISSN-e 1698-739X.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP i SABORIT, David; ROBES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Núria - La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura. In: DA AGRA, Cándido *et al* (Coord.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Madrid: S.A. Atelier, 2003, pp.113-136. ISBN 978-8495-458-92-6.

SILVA, Jorge Pereira da - *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. ISBN 978-972-54-0597-0.

SILVA, Susana Tavares da - *Os Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. ISBN 978-989-26-0110-6.

- *Direito Constitucional*, Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-8787-65-1.

SOARES, Miguel de Serpa. A justiça penal internacional e a erosão da soberania. *JANUS.NET e-Journal of International Relations*, Vol. 4, nº 2, (2013), pp. 9-38. ISSN 1647-7251.

TAFT IV, William H. - The Law of Armed Conflict After 9/11: Some Salient Features. *Yale Journal of International Law*, Vol. 28, nº 2, (2003), pp. 319-323. ISSN: 0889-7743.

TEIXEIRA, Nuno Severiano - Terrorismo, uma ameaça transnacional In TEIXEIRA, Nuno Severiano, *Contributos para uma Política de Defesa*, Lisboa: Ministério da Defesa Nacional, 2009, pp.31-35. ISBN 978-989-95642-1-3.

TELES, Patrícia Galvão - Os Direitos Humanos 70 anos depois da Declaração Universal: Novos desafios para o Sec. XXI. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Vol. 19, (2019), pp. 229-240. ISSN 1677-1419.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María - Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado Derecho Penal del enemigo. In CANCIO

MELIÁ, Manuel; GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos, coord., *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Madrid: Edisofer, 2006, pp. 1011-1030. ISBN 978-84-96261-28-X.

- El Derecho Penal de la Globalización: luces y sombras. In CAPELLA, Juan-Ramón; ESTÉVEZ ARAUJO, José A.; MONEREO PÉREZ, José Luís, *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp.183-218. ISBN 978-84-89324-70-1.

TOMÉ, Luís Leitão - *Novo recorte geopolítico mundial*. Lisboa: EDIUAL, 2004. ISBN 978-972-8094-81-7.

- *O Estado e nova ordem internacional-entre a fragmentação e a globalização*. Lisboa: EDIUAL- Universidade Autónoma Editora. ISBN 978-972-8094-68-X.

TORGA, Miguel - *L'universel, c'est le local moins les murs: Trás-Os-Montes*. Bordeaux: William Blake (Ed.), 1986. ISBN: 978-2841030088.

TORRÃO, Fernando - Direito Penal, Globalização e pós-modernidade. In BELEZA, Teresa Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico Lacerda Costa, Orgs., *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra: Edições Almedina, SA, 2014, pp. 59-96. ISBN 978-972-40-5227-4.

TORRES, José - Terrorismo no Século XXI: Lidar com o risco ou com a incerteza?. *Revista de Segurança e Defesa*, nº 38, (2018), pp.14-31. ISBN 978-989-54463-2-2.

TRINDADE, António Cançado - La Misión de los Tribunales Internacionales Contemporáneos en la Humanización del Derecho Internacional. *Revista do Instituto brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 17/18, (2018), pp. 281-292. ISSN 1677-1419.

VALENTE, Manuel M. Guedes - *Consumo de Drogas. Reflexões sobre o Quadro legal*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 5ª ed., Revista e atualizada, 2016. ISBN 978-972-40-6690.

- Cooperação judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo. *Sistema Penal & Violência*, vol.5, nº1, (2013). pp.74-92. ISSN 2177-6784.

- Criminalidade Organizada. Tópico juscriminológico supranacional. In SILVA, Eliomar Pereira da; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Criminalidade organizada Investigação, Direito e Ciência*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017, pp. 133-149. ISBN 978-85-8493-201-6.

-
- _____ - *Teoria Geral do Direito Policial*, 6º ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2019. ISBN 978-972-40-8078-9.
-
- _____ - *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*. 2ª ed. Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2018. ISBN 978-972-40-7146-6. (O mesmo, *Direito Penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso*, 2010. ISBN 978-972-40-4273-2).
-
- _____ - *Direito Penal. Fundamentos político-criminais*. Lisboa: Edição de Autor, 2017. ISBN 978-972-99118-1-1.
-
- _____ - Os direitos e liberdades fundamentais pessoais como barreira “intransponível” na produção de prova penal. In VALENTE, Manuel M. Guedes [et al.] *Prova penal. Estado democrático de Direito*, Lisboa: Letras e Conceitos, Lda., 2015, pp.125-150. ISBN 978-989-8823-01-4.
-
- _____ - Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Ano 1, nº1, (2015), pp. 105-120. ISSN-e 2525-510X.
-
- _____ - *Segurança – um tópico jurídico em reconstrução*. 1ª ed. Lisboa: Âncora Editora, 2013. ISBN 978-972-780-394-1.
-
- _____ - Terrorismo – Fundamento de restrição direitos? In: MOREIRA, Adriano (Coord.), *Terrorismo*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 419-457. ISBN 978-972-40-2319-9 [1. ed., pp. 377-413].
-
- _____ - *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2006.
- VENTURA, Fernando Vaz - O controlo da constitucionalidade das medidas antiterroristas- Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal. [Em linha]. Comunicação apresentada na II Conferência Quadrilateral dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha, Itália e do Conselho Constitucional de França, Albi, 27 a 29 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/41/2018-2-ponenciaportugal.pdf> [Consulta em 18 de abril de 2021].
- VERVAELE, John A. E. - European criminal justice in the European and global context. *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, nº1, (2019). pp.7-16. ISSN: 2032-2844.
-
- _____ - Surveillance and Criminal Investigation: Blurring of Thresholds and Boundaries in the Criminal Justice System? In GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (Ed.), *Reloading Data Protection. Multidisciplinary*

Insights and Contemporary Challenges, Utrecht: Springer Netherlands, 2014, pp. 115-128. ISBN 978-94-007-7539-8.

- ¿Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del Estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal* - UFRGS, Vol. 1, nº 1, (2013), pp. 3-36. ISSN 2358-1956.

- La Legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silent leges*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 14, (2005), p.111-148. ISSN 1575-4022.

WEBER, Albrecht - El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, (2008), pp. 27-59. ISSN 0211-5743.

WUNDERLICH, Alexandre - A criminalização do terrorismo no Brasil: a exceção do crime político a partir da Lei Nº 13260/2016. In VALENTE, Manuel Guedes, *Os Desafios do Direito (Penal) do Séc. XXI*. Lisboa: LEGIT Edições, 2008. p. 101-120. ISBN 978-972-8973-51-3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - Conferencia Magistral – Características del Derecho penal autoritário, IX Encontro Internacional «Justícia y Derecho», Tribunal Supremo Popular Cuba, maio 2016.

- El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En Torno de la Cuestión Penal*», Buenos Aires: BdeF, 2005, pp.153-177. ISBN: 978-99-745-7844-9.

- *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006. ISBN 978-950-574-198-4.

- *En Torno de la Cuestión Penal*. Buenos Aires: Bdef, 2005. ISBN 978-9974-578-44-2.

- *Humanitas. Cahiers de défense sociale*, nº 37, (2012), pp.7-24. ISSN 0223-582X.

- Introducción a Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial de Wayne Morrison. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 2, (2012), pp. 1- 17. ISSN 2014-3753.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro - *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: EDIAR-Sociedad Anonima Editora, 2005. ISBN 978-950-574-175-8.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura - Autoría y participación en el ámbito de la criminalidad organizada a la luz del derecho comparado y el derecho internacional. In ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2013, pp. 613-658. ISBN 978-612-4184-06-2.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario, coord. - *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002. ISBN 978-84-7879-717-3.