

O EMERGENTE MODELO POLÍTICO-CRIMINAL FACE AO TERRORISMO OU O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM ACCÃO

Maria Leonor Esteves

Professora, Universidade do Porto, Instituto Politécnico de Viseu; e
Investigadora, JusGov, Universidade do Minho, Portugal

Resumo: O complexo de decisões estratégicas, posições doutrinárias, escolhas legislativas e atitudes policiais que integram o emergente modelo de “combate” ao terrorismo, no plano internacional como no plano nacional, resultando de um “aprimoramento” das medidas político-criminais gizadas nos anos 70 e 80 do século XX visando controlar o(s) terrorismo(s) interno(s) e o crime organizado transnacional, revelam, na prática, os supostos básicos, as opções metodológicas e as consequências que constituem o âmago do chamado “Direito Penal do Inimigo” (*Feindstrafrecht*) em todo o seu esplendor. Justamente, no que tal construção de um propalado “Direito Penal” excepcional traduz – uma preocupante restrição, se não derrogação, dos princípios e direitos fundamentais com chancela constitucional que alicerçam e identificam o Estado de Direito.

Palavras Chave: Política criminal; terrorismo; Direito Penal do Inimigo; direitos, liberdades e garantias fundamentais; Estado de Direito.

Falar de terrorismo, é hoje, indubitavelmente, aludir a um dos problemas mais perturbantes que enfrenta a comunidade internacional de Estados e de povos, um fenómeno que, não sendo novo, apresenta, contemporaneamente, uma enorme dimensão de danosidade social. Quer pelos meios utilizados que beneficiam dos avanços científicos, técnicos e tecnológicos e da mobilidade própria da sociedade globalizada, possibilitando a produção de graves e massivas ofensas a bens jurídicos individuais e colectivos, quer porque constitui uma seríssima ameaça

à tranquilidade das comunidades humanas e à estabilidade das suas instituições constitucionais.

Mas, falar de terrorismo na perspectiva da política criminal impõe encarar essa realidade fenomenológica através de um “modelo” ou “paradigma” marcado, em linguagem da criminologia, por um *esteriotipo negativo* – o terrorista – que se nutre, numa relação dinâmica, das construções elaboradas pelos agentes do Estado com funções na prevenção e repressão do crime, em particular as polícias, e da percepção da população do Estado onde os actos terroristas tiveram lugar que é conformada pelos meios de comunicação e exprime sentimentos de alarme e de temor¹, não poucas vezes usados, diga-se instrumentalizados, no discurso político em geral que, através de uma retórica simplista “populista”, promete soluções efectivas e eficientes no seu “combate”.

Esse discurso e essa retórica apelam a procedimentos que, na sua concretização prática, fazem perigar os alicerces do edifício constitucional próprio do Estado de Direito e, fundados numa “cultura de emergência” legitimadora de medidas politico-criminais e politico-administrativas de controlo dos cidadãos gravemente lesivas dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, vêm penetrando, insidiosamente, no coração das democracias ocidentais, contaminando decisões no plano legislativo² e, mesmo, no plano judicial³. Pese embora a notável

1 Veja-se Eugénio Raul ZAFFARONI, “El terrorismo y los mecanismos de desplazamiento”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, J. R. SERRANO-PIEDCASAS/E. DEMETRIO CRESPO, directores, Iustel, Madrid, 2010, pp. 361 e ss., em especial, p. 364.

2 A par da “tendência expansiva quanto à qualificação de “actos terroristas”, alargando a criminalização a condutas que se traduzem na mera formulação de opiniões políticas discordantes da política dominante, na publicação de jornais, na criação de partidos políticos ou associações, verifica-se, por exemplo, no sistema jurídico espanhol - onde existe uma instância jurisdiccional especial para os crimes de terrorismo, a Audiencia Nacional - o substancial alargamento das funções da polícia, a submissão dos suspeitos de terrorismo a medidas processuais gravemente restritivas das garantias e os direitos de defesa normalmente concedidas aos arguidos, nomeadamente, o direito de comunicação com outras pessoas (vedado num período que pode ir até dez dias), o direito de livre escolha de um advogado e de livre comunicação com ele, de forma privada e a admissibilidade de prorrogação da prisão preventiva uma jurisdição especial, Vejam-se os Artigos 577º a 579º, 514.º, nº 5 do Código Penal, na redacção conferida pelas LO 7/2000 e LO 2/2015, os artigos 504º, 509, 520º bis e 527º da Ley de Enjuiciamiento Criminal, na redacção conferida pela LO 13/2015, disponíveis em <https://www.boe.es>, consultado em 10/10/2019. Enfim, nas palavras contidas no “Manifesto por uma política criminal sobre terrorismo adaptada a los nuevos tempos” de 19/5 de 2012, assinado por reconhecidos académicos e magistrados espanhóis “A cultura de emergência implicou a recepção de técnicas processuais inquisitórias e métodos mais próprios da actividade policial que correspondem à prevalência da razão de Estado sobre a razão do Direito”, in, *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo*, Grupo de Estudios de Política Criminal, Tirant lo Blanch, 2013, p. 15.

3 Veja-se como a “retórica do terrorismo” contaminou o processo decisório do Supremo Tribunal

resistência das “molas de segurança” que vão funcionando, na Europa, no caso da Alemanha, o seu Tribunal Constitucional⁴ e, até há pouco tempo, em Inglaterra, a Câmara dos Lordes e, no plano internacional, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *TEDH* e o Tribunal de Justiça da União Europeia *TJUE*⁵.

O uso de vocábulos com conteúdo claramente belicista “guerra ao terrorismo”, “combate ao terrorismo” que não é, sabemos, casual e muito menos inocente, tem sido persistentemente prosseguido pelos EUA desde o 11 de Setembro de 2001 e penetrou, neste século, no léxico jurídico internacional e nacional, traduz um deliberado equívoco semântico – a confusão entre fenomenologia criminosa e actos bélicos próprios de um conflito armado. Equívoco semântico que pretende emprestar legitimidade a actos de “*guerra preventiva*”, “à morte de civis como *danos colaterais*” e “*homicídios selectivos*” e propicia a manutenção e o reforço da “cultura de emergência” disseminada a partir da década de 70 do século XX em países europeus, como a República Federal Alemã, a Itália, a Espanha e a Inglaterra que defrontavam, internamente, a violência de grupos políticos oposicionistas e independentistas⁶.

dos EUA, Charles WEISSELBERG, “Constitutional criminal procedure and civil rights in the shadow of the “war on terror”. A look at recent United States decisions and the rhetoric of terrorism”, in, *Counter-Terrorism and Beyond. The Culture of Law and Justice after 9/11*, Edited by N. McGARRITY/A. LINCH and G. WILLIAMS, Routledge Research in Terrorism and the Law, 2010, pp. 71-87.; também Fábio Roberto D’ÁVILA, “O Direito Penal na “Luta contra o Terrorismo”, in, *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, 2013, pp. 185 e ss, em especial, pp. 190-191.

- 4 Que tem resistido às demandas do Executivo quanto à institucionalização de medidas policiais de vigilância através de instrumentos informáticos considerando-as inconstitucionais por ofensa do direito à integridade e à privacidade dos dados informáticos que é imanente à dignidade da pessoa e ao livre desenvolvimento da sua personalidade, Veja-se, Acórdão de 27/2/2008, *apud*, Thomas WEIGAND, “Combatiendo el terrorismo en Alemania”, *Terrorismo y Estado de Derecho*, *ob. cit.*, pp. 541-556, em especial, pp. 546-547.
- 5 Vejam-se Decisões nos Casos Kadi do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), respectivamente de 3/9/2008 e de 18/7/2013, in, *InfoCuria, Jurisprudência*, disponível, in, www.curia.europa.eu consultado em 10/10/2019.
- 6 Na Alemanha as Brigadas Baader-Meinhoff, em Itália as Brigadas Vermelhas, em Espanha a E.T.A. e em Inglaterra o I.R.A. Nos referidos países criaram-se modelos político-criminais visando reprimir o fenómeno cujos traços essenciais vinham contidos em legislação de emergência restritiva de direitos, liberdades e garantias processuais penais que alargava o âmbito dos poderes e funções policiais. Em inúmeras situações, ocorreram abusos intoleráveis das medidas policiais cujas consequências se revelaram contrárias às finalidades almejadas – desencadearam a censura da opinião pública e das instâncias internacionais de defesa dos DH e conduziram ao recrudescimento da violência terrorista, que assim se justificava e legitimava face ao terror do Estado. De enfatizar, o caso da França, a braços com as forças independentistas na Argélia, cujos agentes da polícia e membros do exército usaram, largamente a tortura. Veja-se, Roberto BERGALLI, “Libertad y seguridad.. Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardia”, in, El

O dealbar do séc. XXI está, assim, irremediavelmente marcado pela concretização de estratégias político-criminais de reacção ao terrorismo (nos EUA, no Reino Unido e noutros Estados de cultura anglo-saxónica como a Austrália e o Canadá, na Ásia, na Malásia, nas Filipinas, e nos Estados integrantes da Organização de Xangai, a China e a Rússia, mas também noutros Estados europeus, a Espanha, a França e a Itália) que, constituindo um refinamento das opções político-criminais tomadas perante o crime organizado transnacional (os grandes tráficos, droga, armas, pessoas e a emigração clandestina ...) no direito interno, como no direito internacional, espelham a lógica funcionalista-consequencialista inscrita na teoria propugnada pelo penalista alemão Günther JAKOBS que suporta a construção do que denomina “Direito Penal do Inimigo”. Quanto a este “Direito Penal do Inimigo” que tem sido objecto de escrutínio pela doutrina europeia, designadamente a espanhola, em monografias e artigos em volume, hoje, inabarcável⁷, e que se lhe refere, predominantemente, em tom severamente crítico, interessa enunciar, de forma necessariamente sucinta, os pressupostos essenciais de que parte e as conclusões a que tais pressupostos dão lugar.

O Direito Penal do Inimigo apresenta-se como um Direito Penal Especial/Excepcional distinto do Direito Penal comum, visando responder àqueles que através da sua actuação criminosa “persistente” revelam não se deixar influenciar pelas normas jurídicas, nem refreiam a sua conduta pela imposição de uma pena, por isso constituem uma fonte de perigo social que exige, para além da pena, a aplicação de medidas de segurança. Tais criminosos, pela sua conduta reiteradamente perigosa, colocam-se intencionalmente de fora da constituição cidadã e não merecem o tratamento reservado pelo Direito Penal aos cidadãos, em que as sanções, pensadas para operar a “estabilização contrafactica das normas violadas pelo crime com vista a reforçar a validade dessas normas e o sentimento de fidelidade ao Direito” fazem apelo a uma “garantia cognitiva suficiente de que a conduta é uma conduta própria de uma pessoa”⁸. Tais criminosos não devem

Derecho ante la Globalización y el Terrorismo. “Cedant Arma Togae”, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 59-78, em especial, p. 66; José Miguel SARDINHA, *O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1989, em especial, pp. 56-82; também, Jorge de Figueiredo DIAS, “Para Uma Reforma Global do Processo Penal. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, in, *Para uma Nova Justiça Penal*, Almedina, pp. 189-242, em especial, pp. 200-201, nota 20.

- 7 Em Portugal, uma sintética mas original reflexão sobre o tema foi produzida por Pedro CAEIRO, “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal”, *Direito Penal clássico vs Direito Penal do Inimigo, Actas do III Congresso de Investigação Criminal*, 2012.
- 8 Günther, JAKOBS; “Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del inimigo”, in, Günther JAKOBS/Manuel CANCIO MELIÁ *Derecho penal del enemigo*, Segunda edición, Thomson Civitas, 2006, p. 50.

ser considerados pessoas mas sim “fonte de perigo”. A sua conduta traduz um acto de hostilidade radical contra a ordem jurídica comunitária, que se revela inoperante para a controlar e cuja consequência só pode ser a aplicação de medidas que previnam a perpetração de crimes no futuro através da neutralização da “fonte de perigo”. Compreende-se, assim, que nesta perspectiva extremadamente funcionalista apoiada numa concepção exclusivamente normativa de pessoa⁹ – quem, pela sua actuação demonstra, de modo credível, a sua fidelidade à ordem jurídica – se estabeleça uma distinção entre pessoas e não pessoas. Para as “não-pessoas” deverá construir-se um Outro “Direito” conforme às exigências preventivas correspondentes ao risco/perigo que representam para a sociedade. JAKOBS abandona, por carência de eficácia, a finalidade simbólica de reforço da validade da norma violada que considera dever prosseguir a pena, quando os criminosos se auto-excluem da cultura comunitária subjacente ao ordenamento jurídico que é, claramente, o caso dos terroristas, para quem *só a ideia de segurança se impõe*¹⁰. Destes pressupostos doutrinários decorrem consequências, em primeiro lugar, no plano do direito penal material – do direito de protecção de bens jurídicos limitado por exigências de justiça impostas pelo respeito devido à dignidade da pessoa, que se exprimem nos princípios da legalidade, da ofensividade, da culpa, da proporcionalidade das sanções à gravidade do ilícito e ao grau de culpa, passa-se a um direito penal exasperadamente funcionalista de cariz preventivo/defensivo, que expande a sua intervenção através da criação de tipo penais nebulosos onde não se identifica com clareza o bem jurídico carecido de protecção e do agravamento excessivo das molduras penais e, que, simultaneamente, prevê reacções securitárias visando impedir, com base num juízo de probabilidade, o cometimento de crimes por membros de determinados grupos, num estágio mesmo anterior à prática de actos preparatórios, reacções proactivas fundadas em ideias de “risco” e de “perigosidade” para a “ordem jurídica” a “ordem pública”, a “segurança nacional”, assim incorporando mecanismos de natureza administrativa e policial. No domínio do direito penal processual (fala-se já de um Direito Processual do Inimigo¹¹) falecem os direitos, as liberdades

9 Veja-se, J. R. SERRANO-PIEDRECASAS/E. DEMETRIO CRESPO, “Del Estado de Derecho al Estado preventivo”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 241-269, em especial, pp. 260-262.

10 “¿Terroristas como personas en Derecho?”, in, *Derecho Penal del enemigo*, ob. cit., pp. 70-74, p. 80, já antes, “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro”. G. JAKOBS/M. CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, ob. cit., pp. 54-55 (em itálico no original).

11 Veja-se MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al Derecho procesal penal del enemigo”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 107-135,

e as garantias constitucionais, designadamente, os princípios da igualdade de tratamento, do juiz natural, da presunção de inocência, o direito de se aconselhar e de se fazer representar por um advogado da sua escolha, o direito ao silêncio e o seu corolário, a proibição de auto-incriminação, o direito ao “*habeas corpus*”, a garantia jurisdicional contra o uso de provas obtidas ilegalmente, o direito de recorrer de decisões desfavoráveis.

A normatização do conceito de inimigo – numa aproximação ao conceito, no contexto que lhe é próprio, o contexto bélico – não se deve, naturalmente, a G. JAKOBS e tem os seus prolegómenos, na cultura jurídica ocidental, justamente na compreensão bipolarizada que constitui a sua essência, cidadão *versus* inimigo, na figura do “*hostis*”, entenda-se “*bárbaro*” no pensamento helenístico-romano, o *estrangeiro*, que representava a ideia mais extrema de hostilidade, a ameaça (permanente)¹², também no direito germânico, o autor de crimes muito graves que punham em causa a estabilidade comunitária a que correspondia a expulsão e a *perda da paz* “*Friedlossigkeit*” e, no século XVIII, o pirata “*hostis humanum generis*”. Foi, porém, no quadro de pensamento saído dos finais do século XIX com os desenvolvimentos ocorridos no Pós-Guerra, que a ideia de inimigo, como portador de uma hostilidade existencial radical, veio para o Direito Penal através da antropologia criminal (o criminoso “nato”, “inimigo natural da sociedade”¹³ e a concomitante classificação de “classes perigosas”), da biologia criminal¹⁴, ambas subsidiárias do pensamento darwinista social (o inimigo é aquele que constitui um obstáculo a superar na luta incessante pela existência¹⁵). E obteve

12 O discurso da alteridade como hostilidade vem ligado a uma lógica de poder – a diferença cultural, religiosa, às vezes antropológica constitui uma perturbação à unidade e coesão do sistema cultural, indispensável à manutenção do poder soberano. Sobre a retórica da alteridade na Época Imperial, veja-se, Maria Leonor M. ESTEVES, *Contributo para uma reflexão sobre o sentido e o fundamento dos crimes contra a humanidade, Trabalho de Investigación Para La obtención de la Suficiencia Investigadora*, Facultad de Derecho, Universidade de Santiago de Compostela, 2011, em especial, pp. 93 e ss.;

13 R. GARÓFALO, *Criminologie*, Cinquième édition entièrement refondue et augmentée, Felix Alcan Éditeur, Paris, 1905.

14 EXNER propõe que o juiz penal, após a determinação da culpa, faça um “juízo de prognose” quanto à futura conduta do agente, baseado nos conhecimentos biológico-criminais, a fim de o classificar como “delinquente habitual perigoso”, juízo de prognose que caberá, também, fazer durante o cumprimento da pena. “Quando exista perigosidade no momento do julgamento, deve-se-á decidir, não in dubio pro reo mas, sim, in dubio pro re publica”, *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*, tradução directa del alemán, Prólogo e Notas de Juan DEL ROSAL, (Segunda impresión), Bosch, 1957, pp. 448-449.

15 Para a compreensão dos traços essenciais do darwinismo social, Herbert SPENCER, *The Study of Sociology*, Ed. Henry S. King & Co, London, 1873, disponível em <http://o1.libertyfund.org/title/1335>, consultado em 20/1/2013, também, *On Social Evolution*, Edited and with an

consagração na teoria jurídico-política de Carl SCHMITT que denunciou a antítese amigo/inimigo como a essência do político enquanto fatora de toda e qualquer comunidade politicamente organizada que se constitui tanto por afirmação de uma identidade própria como por oposição à comunidade inimiga que, existindo, lhe nega o ser e o modo de existência¹⁶. O inimigo é o Outro, o diferente, que no seu modo de vida afirma a sua inimizade num grau particularmente intenso¹⁷. O conceito de inimigo de SCHMITT é político, jurídico e ôntico. A alteridade como pura hostilidade será inscrita no direito nacional-socialista, fundada na ideologia racial e, designadamente, no direito penal e processual penal e demais instrumentos de política criminal, que transportam, inevitavelmente, a concepção totalitária de Direito e de Estado que serviu aquela ideologia¹⁸. Para além dos principais inimigos do III Reich (judeus, opositores políticos, resistentes nos países ocupados...), havia outros grupos que, pela sua existência, se tornavam num fardo económico-financeiro e uma ameaça à sanidade da comunidade do povo “ *Volksgemeinschaft* ” (as vidas sem valor, os velhos e doentes) ou que, pela sua conduta, proclamavam uma declaração de inimizade ao povo alemão, ao seu Direito “ *Rechtsfeindlichkeit* ” e ao seu Estado, a que devia corresponder uma reacção firme eficaz suportada no grau de perigosidade que representavam (alcoólicos, vadios, portadores de doenças sexualmente transmissíveis, homossexuais)¹⁹. Podemos compreender o incómodo de JAKOBS que recusa a proximidade da sua concepção do Direito Penal do Inimigo à construção schmittiana - que, justo é reconhecer, serve na perfeição quaisquer desígnios políticos autoritários suportados numa ideologia visando segregar, inocuizar, grupos de pessoas que constituem uma ameaça à manutenção e reprodução do regime e devem, por isso, ser excluídos se não eliminados - todavia é inegável a similitude da sua construção jurídico-penal de

Introduction by J. D. Y. Peel, The University of Chicago Press, Chicago, 1972.

- 16 Veja-se, *El concepto de lo político*, Texto de 1932 con un Prólogo y tres corolarios, Versión española e Introducción por Rafael AGAPITO, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 54 e ss.
- 17 Ob. cit., p. 57. Para uma análise do conceito jurídico-político de inimigo em SCHMITT, Maria Leonor M. ESTEVES, Crimes contra a humanidade, Em busca do seu património genético. Ou da criação de limites intransponíveis ao poder, em publicação, pp. 196-214. Também E. Raul ZAFFARONI apela à teoria do constitucionalista alemão para a compreensão da evolução do conceito jurídico-penal de “inimigo”, *El enemigo en el Derecho Penal*, Dykinson, 2006, pp. 132 e ss.
- 18 Veja-se, Edmundo MEZGER, *Criminologia*, traducción del alemán por J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, em especial, Prologo (de 1933) e pp. 196-198e 284-285.
- 19 Veja-se, Maria Leonor M. ESTEVES, ob. cit., pp. 328-333, também, *Crimenes de Lesa Humanidad. Genealogia de un concepto jurídico-filosófico contemporaneo*, Editorial Reus, Madrid (2021), pp. 110 e ss.

“inimigo” com a definição proposta por MEZGER, de “*estranho à comunidade do povo*” “*Gemeinschaftsfremde*”, num Projecto de Lei datado de 17/3/1944,²⁰.

Sobre a questão nuclear de saber quais os critérios substanciais que permitem qualificar alguém como inimigo e quem decide dessa qualificação, as respostas são ambíguas²¹. Certo é, porém, que a qualificação está refém de uma lógica securitária, em que o discurso e a retórica de “combate” contra a perigosidade de determinados indivíduos ou a quem, numa lógica oportunista, é negada a qualidade jurídica de pessoa se escreve *por cima* da dignidade intangível que possui todo o ser humano.

Reconheça-se que a terminologia militar no domínio da política criminal tem larga tradição nos EUA em que as exigências da ideia da “guerra ao crime”, com os seus corolários “*tolerância zero*”, teoria das “*broken windows*”, os princípios “*mandatory minimum sentencing*”, e “*after three stikes you are out*”²², têm feito caminho através do abandono do modelo punitivo com finalidades reintegradoras que acompanha a erosão do Estado Social²³ e em que as emergentes teorias actuariais de gestão dos “grupos de risco” subordinadas a uma lógica de eficácia empresarial custo/benefício na “cobertura/redução/prevenção do risco

20 “ (...) aqueles que pela sua personalidade ou condução da vida, especialmente pela incapacidade de compreensão ou defeito de carácter sejam incapazes de cumprir, com o seu próprio esforço, as exigências mínimas da comunidade do povo”. Para estes indivíduos prevê-se a pena de morte, a pena de duração indeterminada, medida de segurança de internamento em campo de concentração, vigilância policial, esterilização (para portadores de doenças geneticamente transmissíveis), castração (para homossexuais) (...), artigo 1º, nº 1 do Projecto de Lei Relativo ao Tratamento dos Estranhos à Comunidade, *apud*, Francisco MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª edición, revisada y ampliada, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 193-202.

21 Veja-se F. MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho penal autoritário”, in, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. “Cedant arma togae”*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 161-184, em especial, pp.173-174.

22 Vejam-se Markus Dirk DÜBBER, “Criminal Law. Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law”, in *The Journal of Criminal Law*, vol. 91, nº 3, p. 136; Sara Sun BEALE, “Still Tough on Crime? Prospects for restorative justice in the United States”, *Utah Law Review*, 2003, p. 413 e ss; também, Jonathan SIMON, *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear (Studies in Crime and Public Policy)*, Oxford University Press, USA, 2007 e Bernard E. HARCOURT, *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in the Actuarial Age*, Chicago University Press, 2006 e *Illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2001

23 ”, José Ángel BRANDARIZ GARCIA, *El Gobierno de la Penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Dykinson, 2014, pp.24 e ss ; já antes, David GARLAND, *The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago University Press, 2002, pp. 53 e ss.

mediante actuação prévia à sua concretização”²⁴ revelam uma concepção político-criminal que se alimenta da ideia de *luta permanente* que combina uma forte dimensão repressiva com o uso de mecanismos preventivos policiais coactivos de antecipação do risco. Tal concepção busca legitimação através da manipulação do alarme e do medo que a imagem do crime projecta na sociedade que demandam a *prioridade teleológica da segurança sobre a justiça*. Por aqui se compreende a quase inexistência de contestação interna ao complexo normativo erigido a seguir aos actos terroristas do ano de 2001, num quadro de “emergência” que restringe direitos, liberdades e garantias ferindo gravemente Emendas Constitucionais e desferindo um golpe mortal nos princípios do processo justo e equitativo “*due process*” ou “*fair trial*”.

O PATRIOT Act de 2001 - que se segue à Proclamação do Presidente que declara o estado de emergência, à autorização do Congresso para o uso da força militar e ao “Decreto Presidencial Militar Relativo Detenção Tratamento e Julgamento de Determinados Não-Cidadãos na Guerra contra o Terrorismo” - alarga desmesuradamente o âmbito de aplicação das normas integrantes do *Foreign Intelligence Surveillance Act, FISA* de 1978 legitimando a intromissão no domicílio, nas comunicações telefónicas e electrónicas, nos registos de propriedade de coisas móveis ou imóveis com vista a obter informações sobre possíveis ataques à segurança nacional. A obtenção coactiva de documentos e objectos, bem assim como de informações junto de servidores da Internet, entidades financeiras ou instituições de crédito realiza-se através de Ordens de Segurança Nacional relativas tanto a cidadãos não americanos como a cidadãos americanos, considerados “suspeitos” de terrorismo, pela autoridade policial, dispensando uma autorização judicial que avalie a existência de fortes indícios “*probable cause*” da perpetração de actos terroristas ou da pertença a organizações terroristas, numa evidente restrição ao direito à privacidade consignado na IV Emenda da Constituição²⁵. Ao Ministro da Justiça é outorgado o poder de ordenar a detenção “*control order*” de qualquer cidadão não americano quando haja razoáveis fundamentos para

24 Para uma análise crítica da teoria político-criminal “gerencialista, BRANDARIZ GARCIA, ob. cit., pp. 24 e ss e 107 e ss.

25 Veja-se, M^a Ángeles PEREZ CEBADERA, “Las Medidas antiterroristas en Estados Unidos de Norteamérica al final de la presidencia Bush”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 479-498, em especial, pp. 488-495. O Improvement and Reauthorization Act of 2005 introduziu alguns mecanismos que permitem que os terceiros receptores das Ordens de Segurança Nacional possam recusar-se a dar as informações requeridas, p. 495. Quando o alegado suspeito é cidadão americano, quer se encontre no interior do território dos EUA ou fora, actualmente é necessária uma ordem do Ministro da Justiça e uma warrant do tribunal FISA, nos termos do FISA Amendments Act of 2008, ob. cit., p. 492-493; veja-se, também, Jonh A. E. VERVAELE, “Retos principales planteados por la globalización a la Justicia criminal”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 291-360, em especial, pp. 321 e 325.

acreditar que os seus actos ameaçam a segurança nacional²⁶, detenção fundada em provas secretas, avaliadas por um tribunal secreto, onde o detido é “representado” por um advogado nomeado o qual está proibido de lhe revelar os fundamentos da acusação²⁷. Ao abrigo da Lei de emergência que cria as Comissões Militares (*Military Commissions Act, MCA*) em 2006 e que revoga a decisão do *STA* no caso *Hamdan* (que determinava a aplicação do artigo 3º, comum às Quatro Convenções de Genebra, aos casos de detidos estrangeiros que, assim, teriam o direito de impugnar a legalidade da jurisdição das Comissões Militares) inúmeras pessoas foram detidas como “combatentes inimigos”, transportadas em segredo para regiões africanas e para a Baía de Guantanamo, onde foram confinadas em prisões ou em campos prisionais e submetidas a métodos de interrogatório proibidos internacionalmente, como a tortura²⁸.

Refira-se que as medidas visando combater o terrorismo na Grã Bretanha apresentam uma similitude com o paradigma americano, designadamente quanto à criação no *Prevention of Terrorism Act 2005*²⁹ de um mecanismo de privação de liberdade de natureza administrativa que se aplica quer a britânicos quer a estrangeiros³⁰, privação da liberdade que pode ser prorrogada indefinidamente, sem um real controlo judicial, fundada em provas secretas que serão avaliadas por um tribunal secreto, em que o visado é “defendido” por um advogado “especial” que não está autorizado a informá-lo acerca dos elementos de prova “classificados” e em que (pasmese!) podem ser admitidas provas obtidas sob tortura “desde que

26 Sobre a detenção determinada por um órgão executivo e que funciona à margem dos direitos e garantias do processo penal, como mecanismo preventivo usado nos países de cultura anglo-saxónica, no domínio do “combate” ao terrorismo, Claire MACKEN, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists. Preventive Detention and International Human Rights Law*, Routledge, 2011, em especial, pp. 1-135,

27 J. A. E. VERVAELE, ob. cit., p. 321

28 Veja-se, Thomas M. McDONNELL, *The United States, International Law, and the Struggle against Terrorism*, Routledge, 2011, em especial, pp. 45-131; também, VERVAELE, ob. cit., pp. 300, 322.

29 Disponível, in, www.legislation.gov.uk consultado em 2/10/2019.

30 Esta Lei foi aprovada na sequência da decisão da Câmara dos Lordes de 2004 que julgou a legislação britânica de emergência que permitia a detenção de imigrantes ilegais, por tempo indeterminado, contrária à norma do artigo 5º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem CEDH e a derrogação desta norma inconsistente com o previsto no artigo 15º do mesmo diploma, “Belmarsh Detainees Decision”, apud Ágata Mª SANZ HERMIDA, “Medidas procesales contra el terrorismo en el Reino Unido y limitación de derechos fundamentales: aspectos conflictivos”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 499-514, em especial, pp. 503-506.

o procedimento de tortura tenha tido lugar fora de Inglaterra”³¹.

Deve reconhecer-se que o uso de meios privativos de liberdade ordenados, não por um tribunal, mas pelo poder executivo destinados, originalmente, a conter a imigração, com tradição em países de cultura jurídica *common law*, têm sido usados, dir-se-ia de modo abusivo, no âmbito da luta contra o terrorismo com finalidades preventivas, fundadas em razões de “segurança nacional”³². Claire MACKEN, afirma que a “*preventive detention order*”, exclusivamente fundada na perigosidade do agente, pode servir para privar da liberdade qualquer pessoa que nunca tenha cometido um acto ilícito mas, relativamente à qual, um juízo de probabilidade suportado por uma tipologia (a sua aparência, o seu nome, a sua conduta no passado), prenuncia que pode vir a cometer crimes no futuro³³. E aqui temos como se criam “perfis gerais” de prováveis criminosos ou prováveis terroristas, que condicionam a busca e o uso de informação obtida através da vigilância policial, designadamente a vigilância electrónica e a troca dessa informação no domínio da cooperação inter-estadual³⁴. O resultado –

31 SANZ HERMIDA ob. cit., pp. 509-510; também, VERVAELE, sobre a legislação britânica e a difícil conformidade com os instrumentos internacionais, a CEDH e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos PIDCP, ob. cit., pp. 303, 320 e 336. Para uma análise compreensiva da legislação inglesa anti-terrorista, Daniel ALATI, *Domestic Counter-Terrorism in a Global World. Post-9/11 Institutional Structures and Cultures in Canada and United Kingdom*, Routledge, 2018, em especial, pp. 58-77,

32 Na Austrália, o Caso Haneef é exemplar na demonstração de como a estratégia australiana contra o terrorismo envolvendo tomadas de decisão nos âmbitos legislativo, policial e judicial, pode subverter princípios constitucionais de garantia dos direitos e liberdades civis, de forma inimaginável, porque absurda. Mohamed Haneef, a exercer medicina há largos anos na Austrália é objecto de uma detenção policial seguida da cassação do Visto de permanência no território australiano por suspeita de auxílio ao terrorismo (era primo em segundo grau de um dos alegados autores dos atentados terroristas em Londres, no mês de Junho de 2007 e teria cedido o seu cartão de telemóvel a um familiar alegadamente próximo do autor dos actos terroristas), veja-se, Mark RIX, “The show must go on. The drama of Dr. Mohamed Haneef and the theatre of counter-terrorism”, in, *Counter-Terrorism and Beyond*, ob. cit., pp. 199-215. O Tribunal Federal australiano considerará ilegal a ordem executiva de cassação do Visto, após largo período de tempo e pública reprovação da decisão do poder executivo. Fergal DAVIS considera, em sentido aproximado a Mark RIX, que os direitos fundamentais de Haneef não foram integralmente reconstituídos, parecendo que, nas democracias contemporâneas, perante a inoperância do aparelho judicial, “só restará aos cidadãos o recurso à pressão política para garantir a realização prática dos seus direitos”, “Extra-constitutionalism, Dr. Mohamed Haneef and controlling executive power in times of emergency”, in, *Counter-Terrorism and Beyond*, ob. cit., pp. 219-237, em particular, pp. 227-233.

33 Citando DERSHOWITZ que esclarece desassombadamente qual a razão da detenção preventiva “A person may be confined because it is predicted he (or she) may commit a dangerous or harmful act at some future time”, ob. cit., p. 113-114 (o itálico é nosso).

34 Veja-se Hans-Jörg ALBRECHT “Respuestas Legislativas al 11 de Septiembre. Un Análisis

produção e reprodução de categorias de seres humanos (estrangeiros, imigrantes, refugiados), associados a “riscos para a segurança (...) e objecto de vigilância e exclusão”³⁵, exclusão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, exclusão da comunidade cidadã.

Não deve estranhar-se, numa era pautada pela globalização, que nos sistemas jurídicos dos Estados integrantes da União Europeia, no pós 11 de Setembro se tenham paulatinamente criado instrumentos jurídicos visando uma harmonização com o projecto de “combate” ao terrorismo elaborado pelos EUA e que aproveitou a aparelhagem normativa visando a prevenção e repressão do crime organizado transnacional ligado aos grandes tráficos e à imigração clandestina³⁶. No afã de lutar contra o fenómeno terrorista procedeu-se – analogamente às medidas tomadas contra as associações criminosas internacionais em que, através da criminalização do branqueamento de capitais se pretendia desferir-lhes um golpe, privando-os dos recursos económico financeiros para a prática criminosa – à construção de um tipo de crime autónomo, o “financiamento ao terrorismo”. Uma decisão político-criminalmente irrelevante, puramente simbólica, nos sistemas jurídicos em que o tipo de crime já abrangia essa modalidade de apoio à organização terrorista ou ao acto terrorista³⁷. No plano processual, institucionalizaram-se métodos ocultos de investigação, interceptação de comunicações telefónicas, videovigilância, gravações de imagens ou palavras através de aparelhos ocultos, ao arrefecimento das exigências dos direitos e garantias fundamentais como o direito ao silêncio e o direito de não se auto-incriminar³⁸. A acrescer, cumprindo Regulamentos da União Europeia *UE* que, por sua vez, transpunham para o espaço europeu Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas contendo “listas negras”, curou-se de “congelar” o património de pessoas singulares e colectivas que figuravam nas ditas listas. Ora, tal mecanismo coativo patrimonial pressupõe, há que dizê-lo – ao invés de uma decisão judicial tomada no âmbito de um processo em que são dadas garantias de defesa ao visado e em que é produzida prova que suporta

Comparado de la Legislación Antiterrorista”, *ob.cit.*, pp. 1152-1153.

35 ALBRECHT, *ob. cit.*, p. 1144.

36 ALBRECHT, *ob. cit.*, pp. 1139 e 1141.

37 Concordamos inteiramente com ALBRECHT, p. 1148.

38 Para as consequências perversas no plano substantivo e adjectivo do uso massivo e desproporcionado dos meios ocultos de investigação que transportam consigo uma grave danosidade, tem Manuel da Costa ANDRADE alertado, veja-se, “Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral), in *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*, 2009, pp. 525 e ss; também, “Bruscamente no Verão Passado” a reforma do Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2009, pp. 104 e ss.

um juízo de culpa pela prática de uma conduta ilícita claramente definida na lei penal – uma avaliação efectuada por uma Comissão de Sanções criada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Na realidade das coisas, seguimos NIETO MARTIN, esse mecanismo coactivo patrimonial é “em alguns casos, uma sanção coercitiva e, noutros uma autêntica medida de segurança supranacional inspirada na ideia de perigosidade penal”³⁹ e, nas palavras do Acórdão do *TJUE* (Grande Secção) de 18/7/2013, nº 132 “ (...) com incidência negativa importante ligada, por um lado, à perturbação considerável da vida tanto profissional como familiar da pessoa em causa (...) bem como, por outro, à desonra e à desconfiança públicas que essas medidas suscitam para com esta pessoa”⁴⁰. Ora, tal mecanismo coactivo patrimonial é aplicado à revelia dos princípios fundamentais do Direito Penal, da legalidade, da jurisdicionalidade, do processo justo e equitativo, da presunção de inocência. Com a agravante de ser negada aos sujeitos visados qualquer protecção, qualquer amparo contra a sua aplicação e execução, seja através dos instrumentos internacionais (*PIDCP*), internacionais regionais (*CEDH*, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia *CDFUE*), seja mediante o recurso aos mecanismos constitucionais nacionais. Este, no essencial, o fundamento que conduziu à relevantíssima decisão do *TJUE* de 3/9/2008 no *Caso Kadi*, em que se julga a supremacia da ordem constitucional de defesa dos direitos fundamentais, quer interna, quer europeia, sobre actos legislativos como o Regulamento de Transposição das Resoluções das Nações Unidas sobre as “listas negras”, que não está imune ao controlo jurisdicional. Mais considera que o dito Regulamento ofende *três direitos fundamentais, o direito a ser ouvido, o direito à tutela jurisdicional efectiva e o direito à propriedade*⁴¹.

Mas, anos volvidos após a referenciada decisão que é mantida, no essencial, no Acórdão de 17/7/2013⁴², ambas constituindo um enérgico repúdio das opções de política criminal contra o terrorismo que traduzam violações intoleráveis dos direitos fundamentais individuais e, por isso se inscrevam no domínio do arbítrio e da irracionalidade⁴³, assiste-se no ordenamento jurídico interno dos Estados europeus, na sequência dos actos terroristas do ano de 2015,

39 “Kadi (STJCE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea?”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, *ob. cit.*, pp. 575-600, em especial, p. 582.

40 Seguem-se, aqui, designadamente, os Acórdãos do mesmo Tribunal de 3/9/2008 no Processo Kadi, nºs 358, 369 e 375, e no Processo Abdulrahim de 28/5/2013, nº 70, documento disponível in *InfoCuria, Jurisprudência*, disponível in www.curia.europa.eu consultado em 10/10/2019.

41 *InfoCuria, Jurisprudência*, em especial, nºs 316 e ss e 331 e ss e 366 e ss..

42 Vejam-se, nºs 97-138, do mesmo Acórdão.

43 NIETO MARTIN, *ob. cit.*, pp. 590-593

a um reforço das medidas antiterroristas concebidas num quadro de emergência que parece prolongar-se indefinidamente, medidas que possuem uma natureza exasperadamente preventiva: apertados mecanismos de controlo e de vigilância, criação de novas modalidades do crime de “terrorismo” e agravamento das penas para os crimes de terrorismo já tipificados na lei. Em França, a situação de emergência nacional tem vindo a ser sucessivamente reafirmada⁴⁴ e, no ano de 2017, confere-se ao Executivo o poder de ordenar a aplicação de medidas de restrição da liberdade em certas áreas, o encerramento de lugares de culto, bem como medidas de controlo e vigilância de determinados indivíduos “relativamente aos quais existam sérias razões para entender que o seu comportamento constitua ameaça de particular gravidade para a segurança e ordem públicas” os quais podem ser privados de sair de um certo perímetro ou sujeitos a monitorização electrónica⁴⁵. De enfatizar o carácter preventivo/defensivo do mais recente complexo normativo entrado em vigor no mês de Abril no Reino Unido, *The Counter-Terrorism and Border Security Act 2019*⁴⁶ que confere largos poderes de controlo às polícias fronteiriças, designadamente de revista, busca, recolha de impressões digitais, amostras de ADN e detenção das pessoas relativamente às quais existem “suspeitas” (não sérios indícios) de terem participado ou de estar a participar em “actividades hostis”, designadamente, actos que “ameaçem a segurança nacional” (independentemente da consciência que tenha o visado da natureza hostil da sua conduta)⁴⁷. Após a detenção, competirá à autoridade policial decidir se existem razões para limitar os fundamentais direitos de defesa, designadamente a consulta de um advogado ou o apoio jurídico do advogado escolhido pelo detido⁴⁸. A mesma Lei torna mais nebulosa a definição dos crimes de “apologia e auxílio ao terrorismo”, de “consulta e obtenção via internet de elementos referentes ao terrorismo”, bem como de “publicação de imagens com ele relacionadas”, agrava as correspondentes penas que podem ir até 15 anos de prisão e cria novas modalidades criminosas, “entrar ou permanecer em áreas

44 Atenda-se ao Projecto de Revisão Constitucional de 2016 que inclui um novo artigo 36-1: A declaração do estado de emergência é da competência do Executivo que comunica às câmaras, Assembleia Nacional e Senado as medidas tomadas nesse âmbito, designadamente as medidas de polícia, quando se afigurar a existência de um perigo iminente resultando de ameaças graves à ordem pública. O prazo vai de 12 dias a três meses e pode ser revogado, com os mesmos motivos, disponível, in, www.senat.fr/petite-loi-ameli/2015-2016/395.html, consultado em 8/10/2019.

45 Loi n° 2017-1510 du octobre 2017 renforçant la sécurité interieur et la lutte contre le terrorisme, em especial, artigos 1° a 3°, disponível, in, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/10/30/2017-1510/jo/texte>, consultado em 8/10/2019.

46 Disponível, in, www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/3/enacted, consultado em 2/10/2019.

47 Veja-se, Schedule 3 Border Security, Part I, Detention, Part II.

48 Veja-se, em especial, Part 1, Chapter 3, Section 17.

determinadas fora da UK relacionadas com a actividade terrorista” e “emitir opiniões ou convicções sobre uma organização proibida com a consciência de que a pessoa a quem são dirigidas será encorajada a apoiar a referida organização”⁴⁹. Também em Espanha e em Portugal (já no cumprimento da Decisão-Quadro da União Europeia de 2008), se construíram novos tipos de crime, dê-se como exemplos, respectivamente, o crime de “enaltecimento do terrorismo e humilhação das suas vítimas”⁵⁰ o crime de “louvor ou recompensa públicos da prática de actos terroristas por forma a criar perigo da prática de crimes da mesma espécie”⁵¹ que significam uma difícil acomodação aos princípios fundamentais do Direito Penal, da legalidade e da ofensividade e aos pressupostos básicos que definem as formas de participação no crime⁵². Poderá pensar-se, como diz CANCIO MELIÀ “que o terrorismo está na vanguarda de uma transformação estrutural do ordenamento jurídico-penal em que se ultrapassa, em definitivo, o limite entre o Direito Penal reactivo e um ordenamento orientado exclusivamente para a prevenção fáctica?”⁵³. Um ordenamento pro-activo, em que se esbatem as fronteiras entre o direito penal e o direito policial, um ordenamento que aspira adiantar-se à prática dos crimes, antecipando perigos, através de técnicas de vigilância, recolha de dados, intoleravelmente intrusivas no quotidiano dos cidadãos, um ordenamento que cumpre finalidades puras e duras de uma “justiça preventiva” na expressão de Julia ZEDNER/Andrew ASHWORTH⁵⁴, com as concomitantes restrições dos direitos, liberdades e garantias individuais fundamentais. Não caberia então falar de Direito Penal – nem o propalado Direito Penal do “Inimigo” é, em bom rigor, direito penal ou sequer é direito. Para Luigi FERRAJOLI o direito penal do inimigo é uma perversão do direito penal quando se funda e nutre da lógica da guerra, que não pode ser usada como instrumento do ordenamento penal, e configura uma negação do próprio direito e da razão que lhe é própria, que não reconhece

49 Alteração do Terrorism Act de 2000 pela introdução da secção 58B e da alínea (1ª) na secção 12.

50 Artigo 578º do Código Penal espanhol (LO 7/2000 de 22 de Dezembro) alterado pela LO 2/2015 de 30 de Março que alarga o âmbito de aplicação e agrava a pena.

51 Artigo 4º, nº 8 da Lei de combate ao terrorismo, com a redacção da Lei nº 60/2015 de 24 de junho.

52 Assim, CANCIO MELIÀ, “El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación”, *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 95-134, em especial, pp. 121-122. Sobre o “problema da excessiva antecipação da tutela penal no combate ao terror”, Fábio D’AVILA, *ob. cit.*, pp. 193 e ss.

53 *Ob. cit.*, p. 97

54 Veja-se “The Rise and Restraint of the Preventive State”, in *Annual Review of Criminology*, 2019, pp. 429 e ss, em especial, pp. 440 e ss. disponível in, <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-011518.024526>, consultado em 10/10/2019.

a contraposição amigo/inimigo mas sim o binómio culpado/inocente⁵⁵. O Direito Penal da culpa seria substituído por um complexo de mecanismos defensivos fundados em prognósticos de perigosidade⁵⁶ que julgamos, não se revelariam, realmente, eficazes na prevenção e repressão do crime. Mas que, parafraseando FERRAJOLI, seriam “veículos de uma nova antropologia da desigualdade (...) uma nova e radical assimetria entre “nós” e os “outros””.

E, a ser assim, o terrorismo teria, em definitivo, cumprido a sua finalidade – a derrocada do Estado de Direito democrático.

55 El Derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, *Nuevo Fuero Penal*, 2006.

56 Veja-se CANCIO MELIÁ, *ob. cit.*