

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Miguel António da Silveira Abrantes Marques Barreto

**A LEGISLAÇÃO DE COMBATE AO
TERRORISMO EM PORTUGAL E NA UNIÃO
EUROPEIA: A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA
PUNITIVA ATRAVÉS DA INCRIMINAÇÃO
DAS “INFRAÇÕES RELACIONADAS COM
ATIVIDADES TERRORISTAS”**

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Senhor Doutor Pedro Caeiro e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra, 2022



Miguel António da Silveira Abrantes Marques Barreto

**A legislação de combate ao terrorismo em Portugal e na União Europeia:
a antecipação da tutela punitiva através da incriminação das “infrações
relacionadas com atividades terroristas”**

**The counter-terrorism legislation in Portugal and the European Union:
the anticipation of punitive intervention through the criminalization of
“offenses related to terrorist offences”**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais sob orientação do Senhor Doutor PEDRO CAEIRO

COIMBRA, 2022

Agradecimentos

Ao Professor Doutor **Pedro Caeiro** deixo o meu apreço pela disponibilidade sempre demonstrada e pela preciosa orientação ao longo deste ano letivo, tal como pelos ensinamentos transmitidos nas aulas que muito contribuíram para o interesse pela matéria objeto da presente dissertação.

À **minha mãe** e ao **meu pai** por todo o apoio prestado ao longo destes anos e por me darem as condições ideais para me poder dedicar aos estudos e à elaboração desta dissertação.

Por último, deixo um especial agradecimento a **Coimbra**, a cidade onde nasci e cresci, e à **Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** pelos magníficos anos que aqui passei e por tudo o que aprendi.

Resumo

A presente dissertação tem como objetivo a compreensão da racionalidade preventiva que tem estado na origem da antecipação da intervenção penal no contexto da legislação dirigida à criminalidade terrorista e as suas implicações.

A tendência geral no Direito Penal tem sido de expansão e, no que se refere ao Direito Penal do terrorismo, essa expansão tem acompanhado a evolução da ameaça terrorista ou, pelo menos, da percepção social dessa ameaça.

Consideramos que o Direito Penal do terrorismo tem sido o palco por excelência da implementação de uma racionalidade preventiva, que assume um sentido de prevenção da concretização do risco em dano, que se pode caracterizar com recurso ao conceito de *Preventive turn*. Parece também existir a influência de uma certa lógica atuarial, integrável no conceito de *new penology*.

A magnitude do potencial dano que a criminalidade terrorista comporta é um fator que muito contribui para que, por vezes, se apele a um tratamento excecional deste fenómeno criminal, como se pode constatar através da análise do Direito Penal do Inimigo.

Com este panorama político-criminal como pano de fundo, debruçamo-nos sobre os mais relevantes instrumentos legislativos da União Europeia nesta matéria e, concretamente, sobre as “infrações relacionadas com atividades terroristas”. Através da análise da Lei de Combate ao Terrorismo, aborda-se a forma como as referidas “infrações relacionadas com atividades terroristas” foram incriminadas em Portugal, pretendendo aferir-se se a referida antecipação da tutela punitiva neste contexto foi além do âmbito de legítima intervenção do Direito Penal, particularmente tendo em conta o respeito pelo Direito Penal do facto e suas implicações. Assim, analisa-se a legitimidade material das normas incriminadoras tipificadas na Lei de Combate ao Terrorismo, tal como a proporcionalidade das respetivas molduras penais abstratas.

Palavras-chave: Antecipação da intervenção penal; Terrorismo; Risco; *Preventive turn*; *new penology*; Direito Penal do Inimigo; “Infrações relacionadas com atividades terroristas”; Direito Penal do facto; Proporcionalidade.

Abstract

The present dissertation's aim is the understanding of the preventive rationality that has been in the origin of the anticipation of Criminal Law intervention in the context of the legislation directed to terrorist criminality and its implications.

The general trend in Criminal Law has been of expansion and, in the context of terrorism Criminal Law, that expansion been following the evolution of the terrorist threat itself or, at least, the social preception of that threat.

It is our understanding that terrorism Criminal Law has been the main stage of the implementation of a preventive rationale, in the sense of preventing risk from materializing into damage, which can be characterized through the concept of Preventive turn. There also seems to exist influence of a certain actuarial logic integrable in the concept of new penology.

The potential damage magnitude that terrorist criminality carries is a contributing factor for the sometimes demanded exceptional treatment of this criminal phenomenon, as can be seen through the analysis of the Criminal Law of the Enemy.

With these political-criminal panorama as background, we then focus on the most relevant European Union legislative instruments regarding this matter and, specifically, on the "offences related to terrorist activities". Through the analysis of the *Lei de Combate ao Terrorismo*, the way in which the mentioned "offences related to terrorist activities" were criminalized in Portugal is addressed, intending to check whether the mentioned anticipation of punitive intervention in this context went beyond the ambit of legitimate Criminal Law intervention, particularly in view of the respect for the act-based Criminal Law and its implications. Thus, the material legitimacy of the incriminating norms typified in *Lei de Combate ao Terrorismo* is analysed as well as the proportionality of the respective legally established punishments.

Keywords: Anticipation of Criminal Law intervention; Terrorism; Risk; Preventive turn; New penology; Criminal Law of the Enemy; "offences related to terrorist activities"; Act-based Criminal Law; Proportionality.

Lista de Siglas e Abreviaturas

CP – Código Penal

EUA – Estados Unidos da América

FTFs – Foreign terrorist fighters

LCT – Lei de Combate ao Terrorismo

ONU – Organização das Nações Unidas

StGB - Strafgesetzbuch

TC – Tribunal Constitucional

Índice

Agradecimentos	2
Resumo	3
Abstract.....	4
Lista de Siglas e Abreviaturas	5
Índice	6
Introdução	8
Capítulo I – O fenómeno do terrorismo e a legislação da União Europeia	10
1. Definição e perspetiva histórica do terrorismo	10
2. Evolução recente e ameaça atual	14
3. Os instrumentos legislativos da União Europeia relativos ao Terrorismo.....	17
4. A Lei de Combate ao Terrorismo em Portugal.....	22
Capítulo II – Enquadramento político-criminal da legislação da União Europeia relativa ao terrorismo.....	25
1. Contextualização.....	25
2. O <i>Preventive turn</i> do Direito Penal.....	27
3. A <i>new penology</i> e o Direito Penal do terrorismo.....	36
Capítulo III – Sobre o Direito Penal do Inimigo e as legislações de combate ao terrorismo..	40
1. O Direito Penal do Inimigo.....	40
2. Alguns contributos da doutrina para a compreensão do Direito Penal do Inimigo..	47
3. Posição adotada.....	53
Capítulo IV – A incriminação das “infrações relacionadas com atividades terroristas”	57
1. As “infrações relacionadas com atividades terroristas” na legislação da União Europeia enquanto <i>precursor crimes</i>	57
2. A incriminação das “infrações relacionadas com atividades terroristas” na Lei de Combate ao Terrorismo	62
2.1. O n.º3 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo.....	64
2.2. O n.º5 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo.....	70

2.3. O n.º6 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo.....	84
2.4. O n.º7 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo.....	89
2.5. O n.º8 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo.....	92
2.6. O n.º10 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo.....	96
2.7. O n.º11 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo.....	101
2.8. O n.º12 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo.....	103
3. Reflexão final sobre a LCT no contexto legislativo global da União Europeia	105
Conclusão.....	110
Bibliografia e Webgrafia	112
Legislação	118

Introdução

O fenómeno do terrorismo tem marcado as últimas décadas à escala europeia e mundial. As alterações que o próprio fenómeno conheceu contribuíram para que assumisse um papel central naquilo que os Estados consideram ser as ameaças à sua paz pública e segurança dos seus cidadãos. Neste contexto, tem proliferado na União Europeia vasta legislação dirigida ao combate à criminalidade associada a este fenómeno.

Como é sabido, os Estados-Membros têm de adaptar a sua legislação interna de acordo com o definido pelos instrumentos legislativos da União Europeia, algo que Portugal e os outros Estados-Membros têm feito, a diversas velocidades e de diversas formas. Em muitos destes países tem-se assistido a críticas por parte de alguma doutrina face, entre outros aspetos, à significativa antecipação da tutela penal que daí resulta. Este fenómeno da antecipação da tutela penal não constitui algo de novo e, muito menos, algo exclusivo da legislação penal referente ao terrorismo. Porém, talvez seja nesta que se assiste a uma mais ampla gama de condutas a que a referida antecipação da tutela punitiva se estende, sendo precisamente esta especificidade que a presente dissertação se propõe explorar.

Pretendemos começar por sublinhar que a legislação relativa aos crimes de terrorismo parece enquadrar-se em tendências político-criminais contemporâneas assinaladas pela doutrina como o denominado *Preventive turn* e ainda a *new penology*.

Quando falamos de *Preventive turn*, estamos a destacar a já referida antecipação da tutela penal, assente numa pretensão preventiva acrescida face ao que se verificava tradicionalmente, uma pretensão preventiva no sentido de prevenção da concretização do risco em dano. Esta tendência tem sido associada à emergência de novos riscos e ameaças, aparecendo como a resposta pretensamente inevitável para lhes fazer face. Quando falamos de *new penology* estamos a destacar um outro traço, que passa pelo *targeting* de determinado grupo considerado particularmente perigoso, assente numa lógica de *actuarial justice*.

A antecipação da tutela punitiva é uma característica igualmente associada a uma teoria do Direito Penal que está entre as que mais polémica e discussão tem suscitado nas últimas duas décadas, precisamente em virtude do escalar da ameaça terrorista. Esta teoria teve como autor GÜNTHER JAKOBS e tem sido estudada e interpretada por diversos autores, originando várias e divergentes opiniões sobre a mesma. A obra deste autor é de

relevância incontornável em qualquer análise desta temática e, como tal, será abordada num Capítulo da presente dissertação, sendo que procuraremos dar conta não só da teoria inicialmente elaborada por JAKOBS como também de relevantes interpretações que desta foram feitas e que, afastando-se em maior ou menor medida da estrita teorização do autor alemão, adquirem relevância no âmbito da presente dissertação.

A antecipação da tutela penal, observável neste contexto na incriminação das “infrações relacionadas com atividades terroristas”, vem associada a uma sobrevalorização do elemento subjetivo do tipo em grande parte destas incriminações. Isto porque a referida antecipação da tutela penal significa um adiantamento que acaba por abranger condutas relativamente às quais é difícil quando não impossível descortinar o grau de ofensividade que legitime a sua incriminação, não fosse a relevância conferida à dimensão subjetiva do tipo como que em sua compensação.

É importante sublinhar que não só a legitimidade da incriminação será objeto do estudo, visto que muitas vezes a questão não se prende tanto com a legitimidade da incriminação em causa quanto com o que desta deriva ao nível da pena e da proporcionalidade da mesma relativamente à gravidade do ilícito. São várias as vozes na doutrina que colocam a questão a este nível, procurando averiguar se ainda se está a punir o facto ou uma suposta perigosidade criminal do seu autor.

O que se vem referindo acaba, em nossa opinião, por levantar a questão do eventual afastamento de um Direito Penal do facto. Procurar-se-á perceber se e em que medida esse afastamento existe na legislação portuguesa dedicada à criminalidade terrorista e, na medida em que exista, se significa uma deriva rumo a um Direito Penal do Autor. Para isso iremos analisar as “infrações relacionadas com atividades terroristas” objeto de incriminação na Lei de Combate ao Terrorismo, tendo esta problemática como pano de fundo e procurando chegar a conclusões, nomeadamente sobre a legitimidade das várias normas incriminadoras aí existentes e a proporcionalidade ao nível das molduras penais abstratas previstas.

Capítulo I – O fenómeno do terrorismo e a legislação da União Europeia

1. Definição e perspetiva histórica do terrorismo

Entendemos que a forma adequada de iniciar este percurso é através de uma breve aproximação àquilo que tem sido historicamente o terrorismo. Será, como acabamos de afirmar, uma breve aproximação, visto que a abordagem do terrorismo de um ponto de vista histórico não é aquilo a que esta dissertação se propõe. Ainda assim, acreditamos que, por mais breve e sumária que seja, esta contextualização constitui um bom ponto de partida, com utilidade para uma mais completa compreensão dos pontos fundamentais deste trabalho.

O terrorismo é um fenómeno há muito presente na realidade mundial, que ao longo do tempo foi utilizado por diferentes organizações, com diferentes motivações e modos de operar. O conceito de organização terrorista tem constituído um conceito chave naquilo que é a definição jurídico-criminal do terrorismo, apesar de nos últimos anos se ter assistido a um moderado afastamento desta centralidade da organização terrorista, como se verifica pela relevância atribuída, no plano legislativo de diversos ordenamentos jurídicos, aos fenómenos do terrorista individual ou *lone-wolf*.

Este afastamento está associado à transformação fenomenológica do terrorismo, concretizada em alguns aspetos mencionados no próximo ponto e que estão relacionados com a vaga de terrorismo *jihadista* que, como veremos *infra*, se caracteriza por uma atuação em que a dependência de uma organização estruturada nos termos tradicionais é menor.

Como afirma MANUEL CANCIO MELIÁ “Como se ha anticipado, una de las características esenciales del terrorismo está sin duda en el hecho de que en este ámbito, las infracciones concretas cometidas por autores individuales parten de un contexto *colectivo*: es la organización terrorista que tiene el protagonismo absoluto en su desafío al Estado”.¹

Esta centralidade das organizações terroristas compreende-se por aquilo que constitui a finalidade associada ao terrorismo. Essencialmente esta finalidade é uma finalidade política, ainda que em sentido lato. Tradicionalmente, a relevância conferida ao

¹ MELIÁ, Manuel Cancio, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Ebook, 1ª Edição, Editorial Reus, 2010, p.85

terrorismo e que esteve na base da autonomização das organizações terroristas face às organizações criminosas foi, precisamente, a finalidade política presente na conformação e atuação das primeiras. Neste sentido, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA afirmava que “(...) o crime de organizações (ou associações) terroristas distingue-se do crime de associações criminosas pelo fim a que se dirige a sua actividade; e esse fim é um fim político”.²

A aludida finalidade política fica bem patente quando se atenta naquilo que foi o desenrolar histórico do terrorismo em Portugal. HERMÍNIO JOAQUIM DE MATOS apresenta uma útil exposição cronológica das diversas “vagas” em que se traduziu, desde o início do século XX, a ameaça terrorista em território nacional. O autor aponta para a existência de quatro vagas, por ordem cronológica: a “Vaga Anarquista”, a “Vaga Anticolonialista”, a vaga de “Esquerda Revolucionária e a “Vaga Religiosa”.³

Efetivamente, a finalidade política, ainda que em sentido lato, continua a constituir o núcleo do crime de organizações terroristas e encontra-se expressamente manifestada no teor literal da incriminação prevista no artigo 2.º da Lei de Combate ao Terrorismo. Ora, a séria e real prossecução destas finalidades, mormente as de “prejudicar a integridade e a independência nacionais”, “impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição”, “forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique”, está, por maioria de razão, associada à existência fática e operacionalidade efetiva de organizações que a tal se proponham e que disponham de estrutura e meios adequados para o conseguir.

Tradicionalmente assim se entendia e, apesar da já referida recente flexibilização deste entendimento, assim se continua a entender maioritariamente o terrorismo na sua relevância jurídico-penal.⁴ Como veremos *infra*, a factualidade penalmente relevante para o crime de terrorismo continua a resultar de remissão para o artigo referente ao crime de

² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I – II*, Edições Almedina, 2010, p.507

³ MATOS, Hermínio Joaquim de, *Terrorismo & Contraterrorismo – Sistemas de Segurança Interna*, 1ª Edição, AAFDL, 2020, p. 74 e ss

⁴ Revelando-se críticos da atribuição de relevância penal como crime de terrorismo ao fenómeno do terrorista individual, ANNNEKE PETZSCHE & MANUEL CANCIO MELIÁ, “Terrorism as a criminal offence” in A.Masferrer & C.Walker (eds.), *Counter Terrorism, Human Rights and the Rule of Law – Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Ebook, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p.99-100

organizações terroristas, o que, em nosso entender, reforça esta ideia de conexão e complementaridade entre as duas incriminações.

Tendo em conta o que referimos *supra*, o crime de terrorismo tem como especificidade e razão da sua autonomização esta finalidade política em sentido lato, que leva a que a realização de determinado crime com essa finalidade se transforme na realização de um crime de terrorismo, atentando contra um outro bem jurídico – a paz pública. De acordo com a exposição de MARIONA LLOBET ANGLÍ, além do bem jurídico protegido pela incriminação do crime-base, o terrorismo atenta contra a paz pública e ainda os mecanismos democráticos de tomada de decisão. Ainda de acordo com a autora espanhola “(...) the term ‘terrorism’ should be understood as referring to those violent, repeated and indiscriminate actions, aimed at harming individual goods, rights or liberties, with the capacity to instrumentalise individuals to achieve political goals”.⁵

Como fica patente na definição da autora, uma das características fundamentais é a instrumentalização da vítima direta do crime-base. Esta é instrumentalizada no sentido em que o ataque que lhe é dirigido comporta uma fundamental intenção ou finalidade que a ultrapassa. Essa intenção ou finalidade é a tal finalidade política em sentido lato, para a consecução da qual a vítima de determinado ataque terrorista é um mero instrumento, um meio para atingir o referido fim.

Esta visão do terrorismo enquanto fenómeno merecedor de um tratamento jurídico-penal autónomo por, entre outros fatores, comportar a lesão de um bem jurídico diferente, para além daquele que é atingido de forma direta com a perpetração do crime-base, é colocada em causa por PAREDES CASTAÑÓN.

O autor espanhol, constatando que esta pluriofensividade é uma das razões fundamentais na base do tratamento autónomo e unitário dos crimes de terrorismo, defende uma posição diferente da generalidade da doutrina espanhola, sustentando que não existe lesão de um bem jurídico supraindividual de natureza política “si es que hay que tomar en serio el concepto de lesividad”.⁶

⁵ ANGLÍ, Mariona Llobet, “What does ‘terrorism’ mean?”, in A.Masferrer & C.Walker (eds.), *Counter Terrorism, Human Rights and the Rule of Law – Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Ebook, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p.21-22

⁶ CASTAÑÓN, José Manuel Paredes, *Terrorismo e principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización*, Ebook, Almedina, 2018, p.39

Apesar de algumas das questões levantadas pelo autor serem pertinentes e existir ainda espaço para debate sobre esta matéria, nomeadamente sobre alternativas distintas para lidar com a criminalidade terrorista, alinhamos pela posição da doutrina maioritária. Entendemos que é acertada a autonomização do crime de terrorismo, visto que em determinadas circunstâncias a comissão de um dos crimes-base pode, efetivamente, afetar outro bem jurídico de carácter supra-individual, além do bem jurídico individual diretamente protegido pela incriminação do respetivo crime-base.

2. Evolução recente e ameaça atual

De acordo com o *European Union Terrorism Situation and Trend report*, as tipologias de terrorismo existentes atualmente são: *Jihadist terrorism, ethno-nationalist and separatist terrorism, left-wing and anarchist terrorism, right-wing terrorism* e *single-issue terrorism*. Desta tipificação, baseada na origem da motivação terrorista, é possível retirar uma das características enformadoras do terrorismo – motivações conexas com ideologia política ou crenças religiosas. Porém, como refere o *European Union Terrorism Situation and Trend report* “Although usually one ideology or motivation dominates, some groups have a mixture of motivating ideologies. The categories are not necessarily mutually exclusive”.⁷

De entre os tipos de terrorismo referido, merece especial destaque o terrorismo *jihadista*. A crescente atenção dispensada ao fenómeno terrorista pelos Estados no século XXI está incindivelmente ligada ao aumento, em volume e danosidade, deste tipo de terrorismo. Momento marcante da história da luta contra o terrorismo foi, inegavelmente, o dia 11 de setembro de 2001, em que ocorreram, nos EUA, os atentados terroristas coordenados pela *al-Qaeda*, organização fundamentalista islâmica. Muitos outros ataques terroristas de relevo na Europa em anos mais recentes foram levados a cabo por organizações terroristas islâmicas, tendo a União Europeia reagido de forma rápida e decidida, sendo a legislação criminal do terrorismo um reflexo disso mesmo.

Os outros tipos de terrorismo, não podendo ser considerados irrelevantes, não tiveram a mesma influência nesta recente onda de combate ao terrorismo empreendida pela União Europeia. Alguns já não têm hoje a mesma importância que tiveram noutros tempos, outros são geograficamente limitados. O terrorismo *jihadista*, pelo contrário, está bem presente nos dias de hoje, como esteve nas últimas décadas e não tem qualquer tipo de condicionamento geográfico, característica essencial para o relevo que assume como expoente máximo da ameaça terrorista de entre as várias tipologias identificadas.

Como já foi apontado, o terrorismo deste tipo tem vindo a evoluir e a alicerçar a sua expansão na utilização dos meios tecnológicos e canais comunicacionais típicos do século XXI. A ameaça terrorista é, pois, potenciada pela disponibilidade destes meios, esta

⁷ EUROPOL, *European Union Terrorism Situation and Trend report*, 2020, p.14

facilidade comunicacional e, conseqüentemente, organizacional, que, aliada à facilidade de deslocação dos tempos modernos, gera um nível de ameaça altíssimo que afeta consideravelmente o sentimento de segurança das populações.⁸

Como se constata, a ameaça terrorista tem vindo a renovar-se e a aumentar a sensação de insegurança na sociedade. É preciso, porém, ressaltar que não tem existido um manifesto aumento quantitativo de atentados e número de vítimas mortais de terrorismo globalmente considerado nas últimas três décadas por comparação ao que se verificava nas décadas anteriores. Não retiramos daqui, no entanto, uma contradição com o que acabámos de afirmar quanto ao aumento da ameaça que o fenómeno terrorismo representa.

A ameaça terrorista, enquanto atentadora do sentimento de segurança das populações, não se mede apenas pelo número de ataques e mortes, devendo levar em consideração aquilo que é o impacto que estes ataques têm no sentimento comunitário de segurança, parecendo ser este impacto consideravelmente superior no pós-2001 a nível mundial e, particularmente, no pós-2004 a nível europeu, do que aquele que se verificava anteriormente. E a ameaça terrorista, neste sentido, conheceu um aumento assinalável ao longo dos anos que se seguiram a estes atentados, fruto da evolução do fenómeno terrorista que, apesar de combatido severamente por diversos países, se foi renovando, reestruturando e adaptando a sua forma de atuação com uma eficácia que teve este efeito de manter e até elevar a ameaça que representa.

O terrorismo “tradicional” assentava em células cuidadosamente organizadas, nisso diferindo de forma considerável do terrorismo que hoje se conhece. Efetivamente, hoje a atuação terrorista, ao invés de se basear de forma necessária nestas organizações bem estruturadas e organizadas de onde tudo emana, assume antes uma vocação muito mais

⁸ De acordo com a explicação de NUNO BRANDÃO & ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Artigo 4º . Terrorismo”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada: Textos Doutriniais*, Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cop. 2019, “Canais comunicacionais que, reconheçamo-lo, em termos de potencialidade difusora e de influência, pouco ou nada têm que ver com as realidades existentes há pouco mais de uma dezena ou vinte anos. Sendo, por isso mesmo, tal forma de divulgação de mensagem terrorista, enquanto algo de abrangente, imparável e suscetível de gerar ondas de “proselitismo”, cada vez mais percebida pela ordem jurídica como potencialmente violadora da paz pública”, p.71

autónoma e fragmentada, num contexto em que adquirem maior relevância fenómenos como as células independentes ou os lobos solitários.⁹

Também o *European Union Terrorism Situation and Trend report* aponta neste sentido: “*Jihadists in Europe are connected mainly through loose networks. These are embedded in a wider Muslim extremist milieu, which can act as conduit towards terrorist engagement. Networks are mainly home-grown and without organisational links to terrorist groups like al-Qaeda or the so-called Islamic State (IS). In addition, some individual or small groups have been seen to self-radicalise, principally on the internet, without being part of wider networks*”.¹⁰

Esta nova dinâmica de funcionamento do terrorismo associa-se a outras características que contribuem para o escalar da ameaça. Como é sabido, através da utilização dos meios informáticos de comunicação, as organizações terroristas, quer as grandes organizações terroristas quer as pequenas e autónomas, conseguem agilizar a propaganda, a radicalização, o recrutamento, o treino, o financiamento e toda a restante comunicação com vista à manutenção da sua estrutura e capacitação para futuros atentados.

Ilustrada a ameaça terrorista atual, avançaremos agora para a análise da resposta dada pela União Europeia a essa ameaça. Efetivamente, a ameaça terrorista que temos vindo a retratar conduziu a uma resposta firme por parte da União Europeia, que viria a moldar as legislações dos Estados-Membros, como veremos no próximo ponto.

⁹ Vide, neste sentido, FRANCESCA GALLI, “Terrorism”, in V.Mitsilegas, M.Bergstrom & T.Konstadinides (eds), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 402

¹⁰ EUROPOL, *European Union Terrorism Situation and Trend report*, p.15

3. Os instrumentos legislativos da União Europeia relativos ao terrorismo

São vários os instrumentos legislativos emanados da União Europeia em matéria de terrorismo, sendo que procuraremos neste ponto deter-nos na enunciação e breve análise daqueles que consideramos mais importantes de acordo com o critério da sua relevância para a temática da presente Dissertação. Privilegiaremos, assim, a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, posteriormente alterada pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho e a Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho.

Acompanhando PEDRO CAEIRO e MIGUEL ÂNGELO RAMOS, “*On 5 September 2001, the European Parliament passed a recommendation on the role of the European Union (EU) in “combating” terrorism, calling on the Council to adopt a framework decision with a view to, inter alia, “approximating legislative provisions establishing minimum rules at European level relating to the constituent elements and penalties in the field of terrorism”*”.¹¹

Na sequência desta recomendação, após proposta da Comissão Europeia, foi, em junho de 2002, adotada a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho. Dos 13 artigos que a compõem, são de destacar, por mais relevantes para o âmbito da investigação a que nos propomos, o artigo 1.º relativo às “infracções terroristas”, o artigo 2.º que versa sobre as “infracções relativas a um grupo terrorista” e o artigo 3.º referente às “infracções relacionadas com as actividades terroristas” ”.

Este catálogo de “infracções relacionadas com as actividades terroristas” era composto pelo roubo agravado, a chantagem e a produção de falsos documentos administrativos e foi, depois, expandido pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho e, mais recentemente, pela Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho. Foi com a alteração de 2008 que surgiram as “infracções relacionadas com actividades terroristas”¹² com o sentido que têm hoje, ou seja, enquanto infracções que dizem respeito a atos preparatórios do crime de terrorismo a serem punidos autonomamente. Neste contexto

¹¹ CAEIRO, Pedro & LEMOS, Miguel Ângelo, “Content and Impact of approximation: The case of terrorist offences (Council Framework Decisions of 2002 and 2008)”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *Approximation of substantive criminal law in the E.U. The way forward*, Editions de L’Universite de Bruxelles, p. 153

¹² Escrevemos agora e daqui para a frente a palavra “infracções” já segundo o Novo Acordo Ortográfico, visto que já não estamos especificamente a citar a Decisão-Quadro de 2002, nem a Decisão-Quadro de 2008.

da expansão do catálogo da “infrações relacionadas com atividades terroristas” foi também bastante relevante a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo e, ainda em maior medida, o Protocolo Adicional à referida Convenção.

Centrando-nos agora na Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, que veio alterar a Decisão-Quadro de 2002, vamos olhar às “infrações relacionadas com atividades terroristas” que este instrumento veio introduzir acompanhado o leque de ofensas definido, em 2005, na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo.

De acordo com o exposto na própria Decisão-Quadro, podemos enunciar como alguns dos motivos desta ampliação: o crescimento da ameaça terrorista; a alteração do *modus operandi* e da própria morfologia das organizações terroristas; o crescente uso dos meios tecnológicos, particularmente da internet pela especial apetência desta para o desenvolvimento de várias atividades fulcrais para as organizações terroristas. São estas, sumariamente, as razões que estiveram na base da expansão do catálogo das “infrações relacionadas com atividades terroristas” por meio da introdução, no artigo 3.º da Decisão-Quadro de 2008, das seguintes infrações: incitamento público à prática de infrações terroristas; recrutamento para o terrorismo; treino para o terrorismo.

Como bem se vê, trata-se de condutas que têm um carácter instrumental ou preparatório e, que, como tal, se situam a montante de uma potencial futura perpetração de factos “materialmente terroristas”. Resulta evidente que a expansão do catálogo de infrações através da introdução neste de condutas como as referidas, assenta num movimento de antecipação da tutela penal, indissociável de uma intencionalidade preventiva. É neste contexto que se dá relevo penal a condutas que estão ainda relativamente longe da produção de qualquer dano nos bens jurídicos que se visa proteger.

Podemos afirmar que este movimento de antecipação é gradual e contínuo, de certa forma em adaptação às novas ameaças colocadas pela evolução do próprio fenómeno que se procura combater – o terrorismo. Assim, temos uma contínua expansão das infrações consideradas penalmente relevantes, expansão essa que prosseguiu com a Diretiva (UE) 2017/541 2017, que se analisará seguidamente.

A Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho foi, em 2017, substituída pela Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra o terrorismo. É

importante referir, pela influência que tiveram no desenho desta Diretiva, a Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança das Nações Unidas e o Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, que, em sentido concordante, demonstraram preocupação com o fenómeno dos *foreign terrorist fighters*, que adquirira grande importância fática e, conseqüentemente, mediática no referido contexto temporal. Efetivamente, a maioria das infrações que esta Diretiva veio introduzir estão diretamente ligadas ao fenómeno dos *foreign terrorist fighters* e das viagens destes.

Foi na referida Resolução que, primeiramente, se sinalizou este fenómeno de forma autónoma, ficando patente nas várias disposições da mesma a preocupação com que este fenómeno começava a ser observado. Posteriormente, através do Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, foram adicionadas algumas ofensas relacionadas com o fenómeno dos *foreign terrorist fighters*. A este propósito, é ilustrativa a seguinte passagem do Preâmbulo do referido Protocolo: “Expressando a sua grave preocupação com a ameaça colocada pelas pessoas que se deslocam ao estrangeiro com o objetivo de cometer infrações terroristas, de contribuir para as mesmas ou de nelas participar, ou de dar ou receber treino para o terrorismo no território de outro Estado”.¹³

É evidente o peso que o fenómeno dos *foreigns terrorist fighters* teve na mais recente expansão do leque de “infrações relacionadas com atividades terroristas”. A preocupação generalizada com este fenómeno foi uma das principais forças motrizes na base da Diretiva de 2017, preocupação essa que não desvaneceu, visto este fenómeno representar, como afirmam NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA “um dos traços marcantes do terrorismo contemporâneo”.¹⁴

Recorrendo agora ao Preâmbulo da Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, encontramos, no Considerando 12, a imposição de tipificação como infração penal das deslocações ao estrangeiro para fins de terrorismo, seja para cometer infrações terroristas, seja para dar ou receber treino ou ainda para participar nas atividades de um grupo

¹³ Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, p.1

¹⁴ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, Miguel António, “Artigo 4º. Terrorismo”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada: Textos Doutrinários*, Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cop. 2019, p. 134

terrorista, tendo esta imposição em conta a gravidade da ameaça e a necessidade de estancar o fluxo de combatentes terroristas estrangeiros.¹⁵

É importante, antes de mais, definir *foreign terrorist fighters*. A expressão em inglês e normalmente abreviada para FTFs, refere-se, de acordo com a definição adotada na Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da ONU, às pessoas que “viajam para um Estado distinto do seu Estado de residência ou nacionalidade, com o propósito de perpetrar, planejar ou preparar atos terroristas ou de participar nos mesmos, ou de fornecer ou receber treino em atividades terroristas, nomeadamente ligados a conflitos armados”.¹⁶

No enquadramento traçado, o exemplo paradigmático deste fenómeno foi o dos milhares de indivíduos que, no auge do autoproclamado Estado Islâmico, se dirigiram para o território controlado pela referida organização terrorista, na Síria e no Iraque, muitos deles com o intuito de aderir e participar da atividade terrorista da mesma. Atualmente, relativamente a este destino em particular a situação é, porém, diferente, uma vez que, como destaca o *European Union Terrorism Situation and Trend report “Iraq and Syria are no longer attractive destinations for those wishing to join IS or al-Qaeda. The military defeat of IS has reduces its control to small pockets of territory which are difficult to reach by would-be FTFs (...)*”.¹⁷

Não significa isto que o fenómeno dos *foreign terrorist fighters* tenha desaparecido ou perdido relevância. Hoje este fenómeno continua a colocar importantes desafios, principalmente relacionados com o retorno destes *foreign terrorist fighters* aos seus países de origem, muitos deles na Europa. É esta uma ampla problemática que passa não só pela ameaça que cada um destes terroristas representa individualmente, mas também pela rede de relações que nos países de destino se estabeleceram e que podem ser utilizadas em prol da causa terrorista nos países de origem das mais variadas formas, no contexto atual em que as possibilidades comunicacionais são imensas.

¹⁵ Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, p.3

¹⁶ Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da ONU, p.3

¹⁷ EUROPOL, “European Union Terrorism...”, *op. cit.* p. 44

As características do terrorismo hodierno, como sejam as já apontadas, autonomia e fragmentariedade, contribuem para o exponenciar da ameaça que estes indivíduos representam, nomeadamente, nos países de origem aos quais retornam.¹⁸

Finalizando, importa notar que, como se verá mais à frente neste trabalho, as “infrações relacionadas com atividades terroristas” emergentes deste fenómeno dos *foreign terrorist fighters* traduziram-se, em grande medida, na incriminação de condutas consideradas socialmente adequadas como é o caso da conduta de viajar e que só adquirem uma dimensão de desvalor social por via do elemento subjetivo do tipo que podemos designar, numa formulação simples, mas clara, de “intenção terrorista”.¹⁹

¹⁸ Vide, sobre esta matéria, NUNO BRANDÃO & ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, que aludem àquilo “que alguma doutrina italiana apelida de “terrorista móvel”, como que uma síntese do “terrorista interno” e do “terrorista internacional” (...), ou seja, o agente que, seduzido por um determinado ideário, parte do interior de um Estado até um território estrangeiro para aí treinar e combater, podendo depois retornar ao ponto de partida, tanto operando ativamente como fazendo subsequente proselitismo”. “Artigo 4º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação...*, op. cit. pág. 136

¹⁹ A expressão é utilizada por NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, na obra *supra* citada. Utilizaremos esta expressão daqui para a frente na dissertação por facilidade expositiva.

4. A Lei de Combate ao Terrorismo em Portugal

Tendo tido origem na Proposta de Lei 43/IX, foi desde então objeto de cinco alterações legislativas, mais concretamente em 2007, 2008, 2011, 2015 e 2019. A origem e posteriores alterações a esta lei, estiveram diretamente ligadas ao surgimento de instrumentos legislativos da União Europeia no âmbito do combate ao terrorismo. Desde logo, foi em cumprimento da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo que esta lei surgiu.

Com a alteração daquele instrumento através da Decisão-Quadro 2008/919/JAI, de 28 de novembro, houve também alteração da lei portuguesa em conformidade, por via da Lei 17/2011. E mais recentemente, em virtude da substituição da Decisão-Quadro de 2002 pela Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, voltou a haver alteração legislativa, pela transposição da referida Diretiva para a ordem jurídica interna por via da Lei 16/2019.

Como já foi referido *supra*, as alterações ao Direito da União Europeia nesta matéria aconteceram numa linha de acompanhamento da evolução do próprio fenómeno terrorista. Assim sendo, resultando quer a origem, quer a posterior evolução da LCT, de uma adaptação da legislação interna em conformidade com os instrumentos legislativos emanados da União Europeia, logicamente que o desenho atual da LCT é reflexo desse mesmo movimento, que se traduz numa gradual expansão do catálogo de incriminações relacionadas com atividades terroristas.

Observando a LCT, verificamos que nos artigos 2.º e 3.º estão previstos os crimes de “Organizações terroristas” e “Outras organizações terroristas” respetivamente. Já o crime de terrorismo está previsto no artigo 4º da referida Lei.

No âmbito temático da presente dissertação é precisamente o artigo 4.º da LCT que maior relevância adquire e que, por isso, abordaremos em detalhe. Dito isto, há que notar que o crime de organizações terroristas do artigo 3.º da mesma Lei também releva em matéria de antecipação da tutela punitiva. Porém, no presente ponto importa focarmo-nos no artigo 4º da LCT.

O crime previsto neste artigo é o de terrorismo interno, visando proteger a paz pública interna. De acordo com JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO, o

bem jurídico paz pública interna agrega “as condições que permitem à comunidade posta sob protecção de certo Estado viver em segurança e tranquilidade (...)”.²⁰

O artigo 4.º da LCT é, presentemente, composto por treze números, estando o crime de terrorismo em sentido próprio previsto no n.º1, enquanto que os restantes tipos legais de crime incidem sobre atos preparatórios do facto típico de terrorismo previsto nesse n.º1.

Tendo em conta que os crimes contidos nos números que vamos abordar em Capítulo autónomo constituem atos instrumentais do crime de terrorismo propriamente dito, começaremos por analisar precisamente o crime de terrorismo propriamente dito previsto no n.º1 deste artigo. No que concerne ao conteúdo do tipo incriminador, nos planos objetivo e subjetivo, é este concretizado mediante remissão para o n.º1 do artigo 2.º em que está definido o conceito de grupo, organização ou associação terrorista. A remissão é feita nos seguintes termos: “Quem praticar os factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida (...)”. Desta forma, relativamente ao tipo objetivo de ilícito, este é preenchido através da prática de um crime-base de entre os previsto nas alíneas a) a f) do n.º1 do artigo 2.º, mas com uma importante ressalva presente na parte final do artigo, da qual resulta uma exigência de aptidão ou de idoneidade da conduta.

Na referida parte final, dispondo sobre os crimes-base referidos nas alíneas anteriores, pode ler-se “sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam suscetíveis de afetar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar”. Nesta passagem prevê-se, assim, o referido requisito de aptidão ou idoneidade da conduta objetiva em causa para afetar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar. Por via desta exigência típica afastar-se-ão, do âmbito de relevância típica do crime de terrorismo, as condutas objetivamente insignificantes que não atinjam este limiar mínimo de ofensividade em razão da idoneidade para atingir o fim visado.

Referindo-se ao n.º1 do artigo 1.º da Decisão-Quadro de 2002, que esteve na origem da transposição deste requisito para a Lei portuguesa, FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO definem-na como uma “cláusula de densificação do perigo (abstracto) causado

²⁰ CAEIRO, Pedro & DIAS, Jorge de Figueiredo, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto). “Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 3935/135, 2005, p.71

pelos crimes-base” e consideram-na “uma importante inovação em matéria de punição do terrorismo e das organizações terroristas (...)”.²¹

Além do tipo objetivo de ilícito que acabámos de abordar, há também que se verificar o tipo subjetivo de ilícito. Quando no n.º1 do artigo 4.º se faz referência à intenção referida no n.º1 do artigo 2.º é a este elemento subjetivo do tipo que se pretende aludir. Através desta remissão, enquadram-se aqui as seguintes intenções: “prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral”.

Estas intenções aqui previstas dizem respeito à finalidade com que o agente atua, finalidades que se podem dizer serem políticas, num sentido amplo da palavra, e é este elemento subjetivo, que traduz estas finalidades, que confere uma especificidade aos crimes-base, especificidade em que assenta a conversão desses crimes em crimes de terrorismo. Como explica JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, sobre o crime de terrorismo previsto no artigo 301º do Código Penal²², esta intenção terrorista “(...) dá corpo a um tipo de ilícito autónomo porque atinge todo um outro bem jurídico, a saber, o da paz pública”.²³

²¹ CAEIRO, Pedro & DIAS, Jorge de Figueiredo, “A Lei de Combate ao Terrorismo...”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 3935/135, 2005, *op. cit.* p. 82

²² Artigo entretanto revogado.

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Artigo 301º . Terrorismo”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, p.1183

Capítulo II – Enquadramento político-criminal da legislação da União Europeia relativa ao terrorismo

1. Contextualização

A temática objeto da presente Dissertação reclama, em nosso entendimento, um prévio enquadramento político-criminal. Como desenvolveremos no presente Capítulo, a legislação existente na União Europeia relativa ao terrorismo é produto não só da magnitude do fenómeno criminal que pretende especificamente combater, como também de uma forma de pensar e construir o Direito Penal distinta daquela que tradicionalmente se afirmava como paradigmática.

Referimo-nos à introdução de novas ideias orientadoras ou à alteração da importância conferida a determinadas finalidades que orientam a definição das condutas penalmente ilícitas. Alteração de paradigma que é comumente associada quer ao denominado *Preventive turn*, quer a lógicas de justiça atuarial como a que sustenta a *new penology*. A referida alteração de paradigma traduz-se na efetivação de uma clara e marcada antecipação da tutela penal que constitui, no fundo, o ponto fulcral do nosso estudo.

Nesta senda, dedicaremos este Capítulo à enunciação e desenvolvimento, doutrinariamente suportado, das ideias vetoradas destas duas abordagens, das suas concretas manifestações e eventuais dificuldades que possam introduzir face ao modelo tradicional de que, em certa medida, se apartam.

Pretendemos, ainda, sublinhar que a exposição destas matérias se fará, naturalmente, com o problema tratado na dissertação como horizonte e, como tal, procurar-se-á estabelecer as conexões mais relevantes que da análise das mesmas se possa fazer para a problemática da antecipação da tutela penal por via da criminalização das “infrações relacionadas com atividades terroristas”, concretizada nos recentes instrumentos legislativos emanados da União Europeia nesta matéria.

A eleição destes dois conceitos como objeto nuclear da análise empreendida neste capítulo prende-se com a direta conexão que julgamos terem com a problemática que abordamos e por entendermos serem os mais adequados no contexto da abordagem que

pretendemos adotar, por nos permitirem apontar alguns dos traços que consideramos mais relevantes no Direito Penal do terrorismo no contexto da União Europeia.

A temática que subjaz a estes conceitos de política criminal, principalmente tendo em conta a perspetiva problematicamente orientada a partir da qual os abordamos – a análise da antecipação da tutela punitiva –, é a mesma que sustenta a relevância do Capítulo III, sendo natural que muitos dos conceitos e contributos doutrinários apresentados em ambos os Capítulos se entrecruzem e tenham pontos de contacto mútuo. Apesar disso, entendemos que a autonomia entre os dois Capítulos é justificada tendo em conta a dimensão que a teoria de que trata o Capítulo III adquiriu ao longo das últimas décadas, isso para além das especificidades que comporta e do enquadramento sociológico muito particular em que se encontra inserida.

2. O *Preventive turn* do Direito Penal

A partir de certa altura, alguma doutrina começou a identificar no Direito Penal uma “viragem” rumo à prevenção num sentido securitário, de prevenção de riscos. Podemos também denominar este fenómeno como uma “inflexão” na justiça criminal, no sentido de se desviar da racionalidade essencialmente punitiva que comumente assumia para passar a assumir uma crescente pretensão preventiva deste tipo.

A este propósito LORENZO PASCULLI dá conta da passagem de um paradigma de justiça criminal retrospectiva para um paradigma de prevenção de crimes, que também se pode designar de justiça criminal prospetiva.²⁴ É esta mudança de paradigma, em que a vertente preventiva adquire uma acrescida preponderância como fundamento da criminalização de determinadas condutas que se vem designando de *Preventive turn*.

Se, como acabámos de afirmar, existem ilícitos criminais que repousam num acrescido fundamento preventivo, cabe-nos prosseguir a análise deste fenómeno apontando ao esclarecimento da designação que lhes atribuímos. Para tal recorreremos a ASHWORTH e ZEDNER que denominam tais ilícitos “*preventive criminal offences*”, afirmando que “*prevention forms part of the rationale for most criminal offences, but there are some groups of offences for which the preventive rationale is heightened*”.²⁵

Estes autores avançam ainda com a individualização de quatro categorias contidas neste conceito mais amplo: *inchoate offences*; *substantive offences defined in an inchoate mode*; *preparatory or pre-inchoate offences*; *offences of risk-creation*. De entre estas categorias, consideramos que as três primeiras são relevantes para a nossa análise e, como tal, avançaremos na explicitação das mesmas.

As duas primeiras categorias têm uma proximidade tal que nos leva a tratá-las conjuntamente, até porque o correto entendimento da primeira das categorias constitui a base para que se possa compreender adequadamente a segunda. A palavra comum *inchoate* pode ser traduzida como incipiente, que significa “estar no princípio”, no sentido de algo que está no começo ou num estágio inicial.

²⁴ PASCULLI, Lorenzo, *The Age of Prevention, Crime and Crime Prevention in the Global Era*, p.1

²⁵ ASHWORTH, Andrew & ZEDNER, Lucia, *Preventive Justice*, Ebook, Oxford University Press, 2014, p.21-22

Referindo-se às “*general inchoate offenses*”, os autores apontam como exemplos a “*attempt*”, “*conspiracy*” e a “*solicitation*”.²⁶ Relativamente às “*substantive offenses defined in an inchoate mode*”, os mesmos autores definem-nas como aquelas em que “*the form of definition prohibits not the causing of a prohibited harm but the doing of acts with intent to cause such a harm, thereby criminalizing conduct at a similar stage to an inchoate offense*”.²⁷ Ou seja, se por um lado temos a referência à criminalização de condutas incipientes, por outro lado temos a referência à criminalização de condutas que, estando para além da estrita delimitação desta categoria, acabam por ter um impacto semelhante em termos de antecipação da tutela penal.

Quanto à terceira categoria a que fizemos referência, as “*preparatory or pre-inchoate offenses*”, querem os autores identificar, sem pretensão de taxatividade, os “*crimes of possession and of membership of a prohibited organization, which may be criminalized without the need for proof of an intent to cause harm*”. Esta categoria é, por sua vez, decomposta pelos autores em subcategorias, acabando por autonomizar as “*preparatory or pre-inchoate offences*”, os “*crimes of possession*” e os “*crimes of membership*”.²⁸

Desta forma, passamos a ter uma subcategoria isolada que se refere aos atos preparatórios em sentido estrito, por assim dizer, categoria que adquire particular relevância no âmbito da criminalidade relacionada com o terrorismo, concretamente com a problemática das “*infrações relacionadas com atividades terroristas*” previstas nos instrumentos legislativos da União Europeia e que estiveram na base da incriminação nos Estados-Membros de diversas condutas inseríveis na referida categoria.

Ainda na mesma obra, os autores referem-se também às categorias de crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.²⁹ Ora, a divisão categorial empreendida pelos autores tem como critério os diferentes fundamentos preventivos em que repousam. Tendo isto em conta, parece-nos importante sublinhar que, entre nós, os conceitos de crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato são utilizados em referência ao modo de ofensa do objeto jurídico do crime. Desta forma, naturalmente, aquilo que os autores designam por *preparatory offense*, um ato preparatório pode ser incriminado sob a forma de um crime de

²⁶ ASHWORTH, Andrew & ZEDNER, Lucia, *Preventive Justice*, op. cit. p.131-132

²⁷ *Ibidem*, p. 21-22

²⁸ *Ibidem*, 21-22

²⁹ *Ibidem*, p.135-136

perigo abstrato, sendo este até a forma comum de se incriminar estes atos na legislação portuguesa relativa à criminalidade terrorista.

A este propósito, é útil a exposição de ULRICH SIEBER relativamente à criação de tipos de “*anticipatory offences*” na legislação alemã de combate ao terrorismo. Neste enquadramento, o autor debruça-se sobre a legitimidade das “*endangerement offences*”, oferecendo uma sistematização das mesmas de acordo com os atributos de ilicitude de cada uma: *objective-danger creating offences*; *planning offences*; *cooperation offences*.³⁰

As *objective-danger creating offences* referem-se, segundo o autor, àquelas em que se cria uma situação objetiva de perigo que deixa de ser controlada pelo agente.

As *planning offences* dizem respeito a infrações em que releva sobremaneira um elemento de índole subjetiva consubstanciado nas intenções ou planos do agente. Nas palavras do autor “*The endangerment of the legal interest in the context of these “planning offences” (...) – also known as “attempt and preparatory offences” or “endangerment offences with the actor’s supplementary internal processes” – has less to do with an external perceivable, objective danger caused by the offender and more to do with endangerment due to the subjective intentions, plans or other notions of the offender*”.³¹

Por fim, as *cooperation offences* que, misturando características das últimas duas categorias, têm como traço distintivo o envolvimento de um grupo de pessoas.

Particularmente relevantes para a nossa exposição são as *planning offences* e a perspectiva oferecida pelo autor sobre as mesmas. ULRICH SIEBER, constatando o significativo adiantamento da punibilidade até fases tão precoces e a preponderância que os elementos subjetivos assumem em tais incriminações, aborda a problemática da proximidade a uma “*attitude-based criminal law*”³², ou seja, a proximidade destas incriminações a um Direito Penal da atitude interna ou a um Direito Penal do autor. Como veremos mais à frente, ao analisar as incriminações existentes na Lei de Combate ao

³⁰ SIEBER, Ulrich, “Risk prevention by means of criminal law. On the legitimacy of anticipatory offences in Germany’s recently enacted counter-terrorism law”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism offences – What impact on national legislation and case-law?*, Editions de L’Universite de Bruxelles, p.263

³¹ *Ibidem*, p.265

³² SIEBER, Ulrich, “Risk prevention...”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, op. cit. p.267

Terrorismo, uma das características que marcam essas incriminações e, assim, o Direito Penal do terrorismo em Portugal, é a subjetivização do mesmo.

Retomando uma linha expositiva mais ampla sobre o *Preventive turn*, e estando apresentadas as mais importantes categorias de condutas penalmente relevantes que concretizam esta racionalidade, procuraremos agora adentrar naquilo que são as causas mais relevantes que estão na base desta tendência.

O designado *Preventive turn* é um dos fatores que tem contribuído para a já bem identificada expansão do direito penal, enquanto uma das racionalidades de criminalização que fomentam o surgimento de novas incriminações em diversas legislações penais. Esta racionalidade preventiva acrescida tem significado uma significativa antecipação da tutela punitiva estatal.

Tendencialmente, as incriminações de caráter essencialmente preventivo costumam operar esta antecipação numa dimensão cronológica, no sentido de que provocam um recuo temporal naquilo que é a atribuição de relevância penal às condutas, afastando-se mais do que é normal do ponto de referência do dano no bem jurídico.

Assim sendo, interrogarmo-nos sobre o que tem motivado esta procura por uma antecipação cronológica da possibilidade de intervenção do Direito Penal permitir-nos-á identificar as alterações que originaram o *Preventive turn* do Direito Penal substantivo.

Neste quadro, as alterações verificadas na realidade na qual o Direito Penal pretende intervir têm sido várias nas últimas décadas e o terrorismo constitui um âmbito da criminalidade em que estas alterações, e o potencial de dano que com elas emerge, se fazem sentir com particular intensidade, tornando a legislação criminal que lhe é dirigida uma daquelas que mais e melhor refletem esta tendência.

Perante este cenário, verificamos que se concretiza nesta legislação aquilo que MARIA FERNANDA PALMA designa por “evolução de tipo securitário”, enquanto “desvio ao modelo liberal-garantista” visto que “O Direito Penal passa a ser um sistema de

prevenção de danos sociais e de controlo de riscos em nome do valor da segurança e dos direitos dos cidadãos à mesma segurança”.³³

É esta ideia, bem patente nas palavras da autora, de sobrevalorização do direito à segurança que vem estando associada ao acentuar da dimensão preventiva a que nos vimos referindo. Perante o aumento dos riscos que a globalização e a evolução tecnológica têm exponenciado, acentuou-se a perceção de que o momento tradicional da intervenção penal se revelava cada vez mais desajustado, por chegar demasiado tarde face à magnitude dos danos causados pela conduta criminosa. Para prevenir, na maior extensão possível, a ocorrência destes danos, antecipa-se cronologicamente o momento da intervenção penal, procurando evitar a ocorrência dos factos causadores desses danos ao invés de “apenas” intervir uma vez concretizado o dano.

O exponenciar dos riscos, associado à globalização e evolução tecnológica, a que nos vimos referindo, remete abertamente para a “sociedade do risco” a que se referia ULRICH BECK. Entre nós, dando conta das ideias nucleares que estão associadas à resposta a este fenómeno, FIGUEIREDO DIAS sublinha a ideia, subjacente a uma tal racionalidade, de inadequação do direito penal de vertente liberal para lidar com estes novos riscos cujas consequências podem ser a extinção da vida. Perante tais riscos revelar-se-ia necessário a adoção de uma diferente política criminal, não compatível com a “função minimalista de tutela de bens jurídicos”.³⁴

Ainda acompanhando FIGUEIREDO DIAS sobre esta temática: “A ciência do direito penal começa a reagir a estas dificuldades. Reconhecendo que não pode ficar à espera que se verifiquem resultados lesivos das condições de vida da humanidade – trate-se de lesões ecológicas, genéticas, económico-financeiras, terroristas... – para só então fazer intervir o arsenal punitivo: este deverá ser chamado, se quiser ser minimamente eficaz, logo relativamente a qualquer contributo significativo para o potencial de perigo do qual o

³³ PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da Lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 4ª Edição, Reimpressão atualizada, AAFDL, 2021, p.73

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3ª Edição, GESTLEGAL, 2019, p.155, 156

resultado lesivo irá, num futuro porventura longínquo, derivar, por mais quotidiano e adónido que esse contributo pareça, em si mesmo considerado”.³⁵

Como já assinalámos *supra*, um dos fenómenos da realidade dos nossos dias em que mais se fazem sentir estes riscos e relativamente ao qual a perceção pública desse risco é maior é, precisamente, o terrorismo. Quando se fala em riscos cujas consequências podem ser tão nefastas como a extinção da vida, facilmente se vislumbra o terrorismo enquanto domínio paradigmático desta realidade.³⁶

Não é, por isso, de estranhar que nas legislações penais relativas ao terrorismo se tenha verificado de forma bastante clara os efeitos desta alteração de paradigma, assistindo-se à ampliação da mancha punitiva através da incriminação de condutas significativamente afastadas da execução do ato terrorista propriamente dito, passando a abranger as tais condutas meramente preparatórias ou instrumentais.

Devido à magnitude dos danos associados à execução dos atos terroristas em sentido próprio, entende-se que a intervenção penal deve ser permitida em fases anteriores, para assim minimizar o risco decorrente de deixar este tipo de atividades atingir estágios mais avançados, mais próximos, portanto, da concretização do dano.

Neste sentido, tem-se assistido precisamente à acentuação desta lógica preventiva nas legislações de combate ao terrorismo nas mais diversas latitudes. No contexto que mais nos interessa, o contexto da União Europeia, esta tendência tem-se concretizado, sendo pedido aos Estados-Membros que criminalizem condutas como o treino para o terrorismo, a viagem para o terrorismo ou a viagem para o treino para o terrorismo.³⁷

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral...*, *op. cit.*, p.156-157

³⁶ *Vide*, neste sentido, ANCIETO MASFERRER & PEDRO TALAVERA, que afirmam: “Risk has risen to its most pronounced level with the emergence of terrorism experienced on a daily basis, which is perceived to mean that anybody, at any moment and anywhere, has become a potential source and victim of danger. The outcome is that security has been elevated to the status of a political axiom as well as a priority legal principle in the context of western societies that consider themselves under threat”. “Law as reason vs law as will in the fight against terrorism: from an Hobbesian conception of law to an Orwellian society”, in *Precursor Crimes of Terrorism: The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2022, p.47

³⁷ *Vide*, sobre esta matéria, MARIA FERNANDA PALMA, que entende que “os tipos criminais são totalmente conformados a objetivos concretos de controle policial da atividade de agentes perigosos, como por exemplo, a incriminação das viagens para certos territórios para se juntar a uma organização terrorista”. *Direito Penal – Conceito material...*, *op. cit.* p.73

Relativamente à incriminação destas condutas, STEFAN BRAUM perspectiva-a como algo mais do que mera prevenção.³⁸ Ou seja, além da clara intencionalidade preventiva, o autor vislumbra a pretensão de permitir investigações mesmo antes de existir perigo de um crime de terrorismo. Nesta senda, na impressiva afirmação do autor “*In substantial criminal law, one is faced with a permanent legislative drum beat of regulation blurring elements of an offence, replacing harm with danger and replacing danger with risks that may create danger*”.³⁹

Uma das consequências disto é ao nível da investigação, sendo que esta se flexibiliza e assume uma acrescida dimensão de vigilância de potenciais riscos. Na perspectiva do autor “*There is a shift from modern prevention to postmodern social control, which is meant to be overall social control*”.^{40 41}

Como já tem sido referido pela doutrina, a alteração de paradigma por esta via concretizada, coloca algumas questões relevantes que devem ser abordadas, que vão, em certa medida, ao encontro da perspectiva oferecida por BRAUM.

ASHWORTH e ZEDNER sublinham as acrescidas necessidades de vigilância e intrusão na vida privada dos suspeitos para detetar a realização de condutas criminosas do género das que vimos referindo, caracterizadas pela sua neutralidade e distância relativamente ao momento da execução, em que para a atribuição de uma coloração criminosa à referida conduta é decisiva a intenção com que tal conduta é levada a cabo.

³⁸ Nas palavras do autor “These facts come under a scope of application which is not restricted to counter-terrorist risks but which is extended to the criminalisation of risks that have the potential to create terrorist threats”. BRAUM, Stefan, “Are we heading towards a European form of “enemy criminal law”? On the compatibility of Jakobs’s conception of “an enemy criminal law””, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, *op. cit.* p.240

³⁹ BRAUM, Stefan, “Are we heading towards a European form of “enemy criminal law”? On the compatibility of Jakobs’s conception of “an enemy criminal law””, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, *op. cit.* p.241

⁴⁰ *Ibidem* p.241

⁴¹ Na verdade, se bem vemos as coisas, através do raciocínio exposto, o autor acaba por identificar a já referida tendência para a criminalização de condutas que o legislador presume serem perigosas. Ou seja, quando o autor se refere à substituição do dano pelo perigo e do perigo pelos riscos que possam criar perigo, esses riscos potencialmente perigosos são os que sustentam as incriminações sob a forma de crimes de perigo abstrato. Mais precisamente são, de entre os vários riscos potencialmente perigosos, aqueles que o legislador presume consubstanciarem um perigo para o bem jurídico protegido pela incriminação. Neste sentido, entendemos que a afirmação do autor não vai além daquilo que a generalidade da doutrina vem identificando. O que existe de diferente na exposição do autor luxemburguês face ao que até aqui demos conta é o facto de, perante esta constatação, sublinhar as implicações que a existência deste tipo de incriminações tem ao nível da investigação criminal e a referência a um “overall social control”.

Perante esta constatação, os autores alertam ainda para a possibilidade de estas medidas de investigação intrusivas poderem ser utilizadas de forma discriminatória, em contextos de criminalidade muitas vezes associados a determinados estereótipos.⁴²

Outro autor que alerta para a problemática relacionada com a investigação criminal no contexto dos crimes instrumentais do crime de terrorismo é PEDRO CAEIRO. O autor coloca em evidência o facto de algumas destas incriminações, nas quais os elementos de índole subjetiva assumem decisiva relevância, propiciarem investigações profundas dirigidas à personalidade do agente, ao meio social no qual se insere, no fundo conducentes à possibilidade de “devassas gerais”.⁴³

No plano dos métodos de investigação que normalmente acompanham, porque necessários à sua eficácia preventiva, este tipo de incriminações de tutela antecipada, ULRICH GARMS sublinha a utilização de “*special investigation techniques*”.⁴⁴ O autor destaca ainda o aumento exponencial do número de indivíduos relativamente aos quais se torna possível estender a investigação, nomeadamente por via da vigilância e intromissão nas comunicações. Neste sentido, aqui residiria o principal efeito preventivo de tais incriminações, configurando uma situação em que ao invés de termos os poderes de investigação ao serviço da prova de crimes, teríamos este tipo de incriminações ao serviço da possibilidade de utilização dos poderes de investigação.⁴⁵

Esta é uma consequência inevitável da opção por este tipo de incriminações que têm vindo a aumentar, principalmente no caso dos crimes de terrorismo, e que procura justificar-se com recurso ao especial perigo e danosidade deste tipo de criminalidade. Tendo em conta estas particularidades, seria legítimo impor aos indivíduos esta potencial intromissão na sua esfera privada, visto que esta constituiria uma espécie de “preço a pagar” pela segurança da comunidade como um todo.

⁴² ASHWORTH, Andrew & ZEDNER, Lucia, *Preventive Justice*, *op. cit.* p.142-143

⁴³ CAEIRO, Pedro, “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal”, Painel 3º, Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo: Implicações na Investigação criminal, in *III Congresso de Investigação Criminal*, Lisboa, 2015, p. 135

⁴⁴ GRAMS, Ulrich, “The preventive criminal justice strategy against terrorism and its human rights implications”, in *Using Human Rights to Counter Terrorism*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2018, p.287

⁴⁵ *Ibidem*, p. 298

Finalmente, pretendemos sublinhar que a referência ao designado *Preventive turn* apenas permite identificar um dos fundamentos que orienta o Direito Penal do terrorismo. Esta referência à prevenção não permitiria caracterizar plenamente a racionalidade subjacente às legislações de combate ao terrorismo no contexto da União Europeia. Em nossa opinião, a caracterização da legislação de combate ao terrorismo só fica completa quando observada a partir da perspectiva da *new penology*.⁴⁶

Em nosso entender, se o conceito de *Preventive turn* caracteriza bem a racionalidade que sustenta a antecipação da tutela penal no combate à criminalidade terrorista, o conceito de *new penology*, principalmente em virtude da lógica atuarial que identifica, permite caracterizar a forma como tal antecipação se tem efetivado ao nível da construção das normas incriminadoras que a concretizam.

⁴⁶ *Vide*, STEFAN BRAUM, que afirma que “It is also difficult to ignore the increasing orientation of criminal law instruments towards risky structures instead of individual acts or persons”. “Are we heading towards...”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, *op. cit.* p.242

3. A *new penology* e o Direito Penal do terrorismo

Como já deixámos antever, a referência à *new penology* pretende identificar uma outra tendência de política criminal a partir da qual é possível perspetivar algumas mudanças que se vêm verificando na legislação penal dirigida a determinados fenómenos de criminalidade. Gravita em torno do núcleo problemático, relevantíssimo no âmbito desta Dissertação, da perigosidade de determinados indivíduos ou, mais concretamente, de determinados grupos de indivíduos.

Neste enquadramento, o conceito de *new penology* refere-se a uma abordagem de identificação e gestão desses indivíduos, mas através de uma perspetiva que se dirige ao grupo e não tanto ao indivíduo, numa lógica que se insere na designada *actuarial justice*. O foco encontra-se, assim, em determinados grupos de indivíduos perigosos, concretamente, na gestão e contenção do risco que de tais grupos emana.

Num âmbito problemático em que, como vimos até agora e continuaremos a verificar no próximo capítulo, os conceitos de perigosidade e risco assumem particular relevância, entendemos que faz sentido olhar, ainda que sumariamente, o problema a partir desta perspetiva. Além disso, permite-nos, também, fazer a ponte entre o presente Capítulo e o próximo.

PEDRO CAEIRO, em estudo dedicado à análise do impacto da legislação da União Europeia dedicada ao terrorismo nos sistemas legais dos Estados-Membros, estabelece esta ligação entre alguns traços da referida legislação e a denominada *new penology*. Concretamente, o autor levanta esta possibilidade quando sublinha a peculiaridade de neste concreto campo de intervenção legislativa existir uma especial e acrescida preocupação com a atribuição de uma denominação precisa e comum às normas incriminadoras relacionadas com o terrorismo – “*terrorist offences*”.⁴⁷

PEDRO CAEIRO destaca que, através desta denominação das mais diversas infrações que gravitam na órbita do terrorismo, resulta em termos práticos que os agentes das condutas preparatórias ou instrumentais possam ser sujeitos aos mesmos métodos de investigação, regras processuais e restrições de direitos que os agentes de atos terroristas

⁴⁷ CAEIRO, Pedro, “Concluding remarks”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, op. cit. p.308

propriamente ditos.⁴⁸ A este propósito, questiona: “*Given that the degree of harm caused by each of the offences mentioned is not comparable, we cannot avoid asking the question: How did we get here?*”.⁴⁹

O autor aponta como razões para este fenómeno a magnitude de recentes ofensas terroristas e a “*culture of fear*”.⁵⁰ Em nossa opinião, esta “*culture of fear*”, seja ela justificada ou excessiva, está de facto na base do caminho seguido pela UE nesta matéria.

Apesar de, como já demos conta, os números não demonstrarem propriamente um aumento dos ataques terroristas, concordamos que a ameaça terrorista na Europa cresceu nas últimas duas décadas, tendo em conta aquilo que são as características do terrorismo *jihadista*, que se tornou predominante no contexto europeu a partir de 2004. Naturalmente, porém, que este reconhecimento do crescimento da ameaça terrorista e de um eventual consequente acrescido sentimento de insegurança das populações, não nos dá uma explicação que legitime por si o tratamento similar de condutas de gravidades tão díspares.

De acordo com a exposição de PEDRO CAEIRO, a legitimação para isto tem sido oferecida pelo que o autor considera ser uma nova doutrina do tipo de perpetrador, afirmando que “*The legal treatment of terrorists does not relate primarily to the offences committed or the harm caused, but rather to what offenders are , or are assumed to be , and the threat they pose to society*”.⁵¹

No entanto, o autor esclarece que isto não significa necessariamente uma abordagem ao terrorismo assente no denominado Direito Penal do Inimigo, sublinhando depois que se aproxima mais do paradigma da *new penology* teorizada por MALCOM FEELEY e JONATHAN SIMON. Tal como explica o autor, assentando ambas as teorias na despersonalização do indivíduo, a segunda tem como finalidade “*to assess the dangerousness of a targeted group and manage the risk posed by that group regardless of the particular acts or features of each individual*”.⁵²

⁴⁸ CAEIRO, Pedro, “Concluding remarks”, in F.Galli & A.Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, op. cit. p.308-309

⁴⁹ *Ibidem*, p.309

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ *Ibidem*

⁵² *Ibidem*, p.311

Olhando para aquilo que tem sido a evolução dos instrumentos da União Europeia relativos ao terrorismo aos quais temos vindo a aludir em geral e às “infrações relacionadas com atividades terroristas” em particular, concordamos com esta forma de perspetivar a situação. Efetivamente, o progressivo alargamento das incriminações no âmbito do terrorismo às mais variadas condutas de carácter instrumental parece ter este objetivo de gerir a ameaça, o perigo que emana deste *targeted group*, para assim prevenir a potencial materialização dessa ameaça em dano, num momento posterior, mas para o qual a conduta preparatória ou instrumental é considerada decisiva, daí a importância, frequentemente apresentada como necessidade, de nela intervir.

A este propósito é fundamental voltar a acompanhar a exposição do autor quando distingue a prevenção enquanto finalidade da pena da prevenção enquanto “*development of strategies to prevent risk from materialising into damage (...)*”^{53 54}, sendo esta segunda que vertente que aqui está presente.

O *targeted group* neste caso são os terroristas e deste grupo farão parte tanto os indivíduos que cometeram crimes de terrorismo em sentido próprio – no sentido englobado pelo crime tipificado no n.º1 do artigo 4º – como os que praticaram meros atos preparatórios ou instrumentais desses crimes – no sentido daqueles que se encontram tipificados nos restantes números do mesmo artigo da LCT.

Esta equiparação resulta dos instrumentos legislativos da União Europeia, que não só apelam à criminalização destas condutas como à sua identificação expressa como “terroristas”. Se no apelo à criminalização das condutas fica clara a já amplamente mencionada intencionalidade preventiva subjacente a este movimento de expansão legislativa no contexto da União Europeia, no caso desta equiparação nominal parece-nos que se evidencia a simultânea existência de uma lógica atuarial integrável no conceito de *new penology*.

⁵³ CAEIRO, Pedro, “Concluding remarks”, in F.Galli & A.Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, *op. cit.* p.310

⁵⁴ É neste sentido que deve ser entendida a racionalidade preventiva presente no Direito Penal do terrorismo a que nos temos vindo a referir neste estudo. Ao longo dos subsequentes desenvolvimentos desta dissertação, por razões de facilidade expositiva, utilizaremos também a expressão “prevenção de tipo securitário”. Esta expressão, apesar de não ser totalmente equivalente, parece captar o essencial da racionalidade que pretendemos identificar.

Convém ressaltar que este conceito de *new penology* que aqui se mobiliza costuma associar-se principalmente a outro género de fenómenos criminais, como por exemplo o tráfico de droga. Não obstante, de acordo com PEDRO CAEIRO, existem pelo menos duas características da referida abordagem que são transponíveis para o âmbito da criminalidade terrorista. Essas características são: “*the risk assessment approach and the prevalence of (group) profiles over (individual) faces*”.⁵⁵

Como referimos, é principalmente este traço do que se vem designando *new penology* que nos leva a concluir pela utilidade do conceito para a descrição da forma como as legislações de combate ao terrorismo têm sido contruídas por influência dos instrumentos da União Europeia. Entendemos que existe uma inegável racionalidade preventiva que se procura concretizar através de normas orientadas para a gestão de um grupo que apresenta características consideradas perigosas.

Antecipando já algumas das ideias desenvolvidas no próximo Capítulo – na conexão que têm com este ponto – cabe assinalar que a despersonalização do indivíduo existente na *new penology* é de índole diferente da que se verifica no Direito Penal do Inimigo. Aqui, a despersonalização do indivíduo traduz simplesmente esta abordagem que confere primazia aos grupos e perfis de risco associados, ao invés de o foco estar nos indivíduos em si mesmo considerados. Como veremos, no Direito Penal do Inimigo a despersonalização do indivíduo resulta do substrato sociológico em que assenta e, como tal, comporta maior complexidade e tem consequências de maior magnitude.

⁵⁵ CAEIRO, Pedro, “Concluding remarks”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, op. cit. p.311, nota 37

Capítulo III – Sobre o Direito Penal do Inimigo e as legislações de combate ao terrorismo

1. O Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do Inimigo consiste numa teoria elaborada por GÜNTHER JAKOBS em diferentes estudos a partir de 1985. Fundamentalmente, a problemática a que se dirige pode ser identificada, em traços gerais, com a antecipação da intervenção penal.

A teoria desenvolvida por GÜNTHER JAKOBS tem sido estudada por diversos autores e suscitado interpretações divergentes. Procuraremos levar a cabo a explicitação das principais ideias do autor, privilegiando as que se relacionam com o âmbito temático do terrorismo e que, por isso, mais relevam para a presente dissertação. Além daquilo que foi a teorização originalmente proposta por JAKOBS, abordaremos também os contributos de alguma doutrina espanhola que se tem dedicado ao estudo e desenvolvimento da mesma, muitas vezes em conexão com a temática do terrorismo, nomeadamente MANUEL CANCIO MELIÁ e MARIONA LLOBET ANGLÍ.

Entendemos ser fundamental começar por enquadrar a referência que aqui se faz a esta temática e clarificar a sua relevância para a presente dissertação enquanto sequência lógica das temáticas apresentadas no Capítulo anterior. O Direito Penal do Inimigo de que aqui trataremos é o resultado da reflexão de GÜNTHER JAKOBS sobre a descaracterização do Direito Penal de matriz liberal, não só, mas também, por via da antecipação da tutela penal em determinadas áreas, constituindo o Direito Penal do terrorismo um dos pontos nucleares da reflexão empreendida pelo autor.

Perante a constatação desta realidade, o autor procura traçar a fronteira entre aquilo que se pode inserir dentro do Direito Penal de matriz liberal e tudo aquilo que considera estar para lá dessa conceção do Direito Penal. Para o autor “*Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que*

entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”.⁵⁶

Ou seja, o autor, colocado perante a crescente tendência de antecipação da tutela penal, não se mostrando propriamente crítico dessa realidade, tem como principal preocupação isolar esse direito emergente e descaracterizado, evitando os efeitos indesejáveis da sua não separação porque descaracterizadores do Direito Penal como um todo.

Quando em determinado ponto da exposição, referindo-se à substituição do dano pelo perigo de danos futuros como fundamentação de algumas incriminações que considera próprias do Direito Penal do Inimigo o autor não contesta que tal possa ser adequado nos casos de terroristas⁵⁷, percebe-se que o foco é a clara identificação e a consequente delimitação de tal Direito, ao invés da sua eliminação.

Mais impressiva é a seguinte passagem: “*quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho (...) debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada*”.⁵⁸

É fundamental, então, explicitar e desenvolver, o que é exatamente aquilo que leva o autor a manifestar esta preocupação. Ou seja, importa compreender o que é e como se concretiza este “Direito Penal” que o autor pretende separar por incompatível com a vertente liberal do Direito Penal.

Sumariamente as características que, de acordo com o autor, enformam o que denomina Direito Penal do Inimigo são três, sendo duas delas de índole material e outra de caráter processual. A nível material refere-se à antecipação da tutela penal, aliada à previsão de penas severas que não acompanham de forma proporcional o significado dessa antecipação. A nível processual o autor aponta a diminuição em geral das garantias processuais. Tendo em conta o âmbito do presente trabalho não nos debruçaremos sobre esta

⁵⁶ JAKOBS, Günther, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal den Enemigo”, Tradução de Manuel Cancio Meliá, in Günther Jakobs & Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas Ediciones, 1ª Edição, 2003, p. 56

⁵⁷ *Ibidem*, p.50

⁵⁸ *Ibidem*, p.42

característica de carácter processual, optando por focar a nossa atenção na dimensão substantiva do Direito Penal do Inimigo, segundo a conceção de GÜNTHER JAKOBS.

Como já deverá ter ficado evidente, a antecipação da intervenção penal constitui o núcleo problemático do designado Direito Penal do Inimigo. Foi precisamente num texto centrado nesta questão, intitulado “*Die Gedanken Sind Frei*” e que data de 1985, que JAKOBS começou por referir-se a uma separação entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo.

Acompanhando a explicação de PEDRO JACOB MORAIS, perante a constatação de uma cada vez maior intromissão naquilo que é a esfera interna do agente, através da incriminação de condutas que se encontram no estágio prévio à lesão do bem jurídico, o autor alemão entende que está em causa a “substituição do Direito Penal de matriz clássica pelo Direito Penal do Inimigo”.⁵⁹ Ou seja, este fenómeno de criminalização no estágio prévio à lesão de bens jurídicos leva GÜNTHER JAKOBS a manifestar a sua preocupação com o afastamento do modelo de incriminação assente na verificação de um comportamento externo e lesivo, por via da crescente intromissão na esfera interna do agente, o que significaria um afastamento relativamente ao “princípio do facto” e ao tratamento do agente como inimigo e já não como cidadão.⁶⁰

Como sublinha PEDRO JACOB MORAIS, o autor alemão não deixa de considerar legítima a punição dos crimes de perigo, não só os crimes de perigo concreto como os de perigo abstrato, incluindo alguns atos preparatórios.⁶¹ Em sentido contrário, a título de exemplo, não considera que seja legítima a punição dos delitos de proteção de um clima, por nestes faltar a tal lesividade face ao bem jurídico.⁶²

É com esta problemática no horizonte que GÜNTHER JAKOBS propõe, então, a separação entre aquelas normas penais que tratam o autor como pessoa e aquelas que o tratam como inimigo. Este segundo grupo seria constituído pelas normas penais que, como os delitos de proteção de um clima, estivessem para lá do que o autor considera legítimo num Direito Penal de matriz liberal.

⁵⁹ MORAIS, Pedro Jacob, *Em torno do Direito Penal do Inimigo – Uma análise crítica a partir de Günther Jakobs*, GESTLEGAL, 1ª Edição, 2020, p.37

⁶⁰ *Ibidem*, p.38

⁶¹ *Ibidem*, p.46

⁶² *Ibidem*, p. 54

Para o autor, as normas penais que constituem o Direito Penal do Inimigo tratam o autor como fonte de perigo, associando este tratamento como fonte de perigo à constatação por parte do Estado de que existem determinados tipos de indivíduos que, ao invés de demonstrarem fidelidade ao ordenamento jurídico, se afastam de forma duradoura do Direito. Este afastamento pode traduzir-se, usando o exemplo mais relevante tendo em conta a temática da Dissertação, na pertença a uma organização terrorista.

É este afastamento duradouro do Direito, a que está associado um “projeto de mundo” do agente ⁶³ incompatível com o ordenamento jurídico vigente, que justifica um tratamento diferenciado. Esse tratamento corresponde ao tratamento como inimigo, ou seja, como fonte de perigo.

O mencionado afastamento, concretizado numa qualquer das formas que pode revestir, é expressão de falta de segurança cognitiva ou de inexistência da garantia cognitiva mínima por parte daquele indivíduo. Perante estes indivíduos, que demonstram esta falta de segurança cognitiva, o legislador assume uma postura diferente, opta por um tratamento diferenciado. Isto porque, como explica o autor, num estudo em que se debruça especificamente sobre a temática do Direito Penal do Inimigo no âmbito do terrorismo: “Uma expectativa normativa que se dirige a uma determinada pessoa perde sua força de orientação quando lhe falta o embasamento cognitivo dessa pessoa”.^{64 65}

Noutra importante passagem do referido estudo, o autor afirma que “Em suma o direito penal especificamente voltado contra terroristas tem antes a tarefa de garantir a segurança do que manter a vigência do direito, a qual é inferível da finalidade da pena e dos tipos penais correspondentes”.⁶⁶

⁶³ Vide, PEDRO JACOB MORAIS, que afirma, referindo-se ao pensamento de JAKOBS, que “(...) o delinquente que persiste na regra cognitiva feita projeto de mundo, em frontal oposição à concreta conformação do ordenamento jurídico, não beneficiará do estado de cidadania”, *Em torno do Direito...*, *op. cit.* p.113

⁶⁴ JAKOBS, Günther, “Terroristas como pessoas no Direito?”, Tradução de Luciano Gatti, in *Novos Estudos, CEBRAP*, 83, 2009, p.30

⁶⁵ Vide, PEDRO CAEIRO, criticando as implicações do conceito de personalidade real defendido por JAKOBS pela “confusão que estabelece entre a vigência da norma e a susceptibilidade da confirmação fáctica do seu conteúdo normativo”. “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal”, Painel 3º, “Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo...”, in *III Congresso de Investigação Criminal*, Lisboa, 2015, p.130

⁶⁶ JAKOBS, Günther, “Terroristas como pessoas...”, Tradução de Luciano Gatti, in *Novos Estudos...*, *op. cit.* p.32

Desta forma, o inimigo, diferentemente do cidadão, é tratado como não-pessoa. Esta distinção entre cidadão e inimigo, entre pessoa e não-pessoa assenta no substrato sociológico em que a teoria proposta por JAKOBS repousa. Esse substrato é o do funcionalismo sistémico luhmmaniano e é nesse contexto que devem ser entendidas as expressões que o autor utiliza e que mobilizámos *supra*.

De forma simplificada podemos afirmar que, para o que aqui interessa, o funcionalismo sistémico funcionaliza a pessoa, uma vez que “(...) a personalidade, configurada enquanto exteriorização de um papel, encontra-se funcionalmente vinculada ao reforço da identidade social, à manutenção da vigência da norma. Será pessoa todo o agente que manifeste fidelidade ao direito e, por conseguinte, adira ao modelo social vigente”.^{67 68}

Assim, o indivíduo que não manifesta a dita fidelidade ao direito, que recusa de forma decidida orientar a sua conduta de acordo com o direito, não deve ser tratado como pessoa. JAKOBS di-lo expressamente da seguinte forma: “*Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas*”.^{69 70}

De acordo com JAKOBS, os terroristas não apresentariam a tal segurança cognitiva e, como tal, não seriam nem deviam ser tratados como pessoas, mas como não-pessoas, sujeitos ao Direito Penal do Inimigo. Considerando a função manifesta que o autor alemão atribui à pena dentro do Direito Penal do Cidadão – a confirmação da identidade social através da contradição da negação da norma –, a pena aplicada ao inimigo, categoria na qual se insere o terrorista, revestiria uma função diferente – o combate a uma fonte de perigo.

⁶⁷ MORAIS, Pedro Jacob, *Em torno do Direito...*, *op. cit.* p.70

⁶⁸ *Vide*, criticamente sobre esta conceção de personalidade, PEDRO CAEIRO que sublinha que “a pessoa constitui uma entidade pré-jurídica, trans-jurídica, que, sendo criadora do direito, não pode, por impossibilidade lógica, ser um seu produto”. “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal”, Painel 3º, “Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo...”, in *III Congresso de Investigação Criminal*, Lisboa, 2015, p.129

⁶⁹ JAKOBS, Günther, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal den Enemigo”, Tradução de Manuel Cancio Meliá, in Günther Jakobs & Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, *op. cit.* p.47

⁷⁰ *Vide*, criticamente, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, que afirma que “As normas do Estado de direito e nomadamente as do direito penal não distinguem entre os seus destinatários entre os que se orientam e os que, provisória ou duradouramente, não se orientam por elas, entre pessoas e pessoas potenciais, ou não-pessoas ou indivíduos”. “O inimigo no direito penal”, *Lusitana. Direito* (4/5), 2007, p.84

É esta função distinta, assente num estatuto perante o Direito igualmente distinto, que estaria na base da distinção entre um Direito Penal dirigido aos cidadãos – o Direito Penal do Cidadão – e um outro dirigido aos inimigos – o Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo, tendo como função o combate ou eliminação de uma fonte de perigo, atua de forma diversa, nomeadamente através de uma intervenção antecipada já que se procura evitar a ocorrência de danos futuros que possam ser causados por essa fonte de perigo.

Um Direito assim construído é um Direito que assume um carácter acrescidamente preventivo, um carácter securitário. Mais concretamente, como clarifica JAKOBS, no Direito Penal do Inimigo “(...) a pena é um meio para uma finalidade policial, um passo na luta pela segurança”.⁷¹

O campo da criminalidade terrorista é, como vimos, um dos campos por excelência da aplicação do tipo de legislações de combate que prosseguem esta finalidade securitária. Sendo o campo por excelência, não é o único no qual este tipo normativo se encontra implementado, de acordo com a perspectiva do autor.

Como explica PEDRO JACOB MORAIS, a “tipologia da inimidade” de JAKOBS foi se expandindo, numa “deriva erusiva do supramencionado “núcleo duro” do Direito Penal do Inimigo”⁷² que se iniciou com a inclusão das associações criminosas, chegando ao ponto de abranger qualquer crime grave.

O mais relevante, em nosso entender, é a análise do referido “núcleo duro” do Direito Penal do Inimigo. Esse núcleo, no qual se inserem as organizações terroristas tem, como assinala PEDRO JACOB MORAIS, uma similitude ao nível do bem jurídico protegido.⁷³ Mais importante do que a similitude ao nível do bem jurídico protegido é, segundo explica o autor português, a circunstância de estarem em causa incriminações relativas a facticidade que coloca em perigo a manutenção da ordem jurídica vigente.⁷⁴

⁷¹ JAKOBS, Günther, “Terroristas como pessoas...”, Tradução de Luciano Gatti, in *Novos Estudos*, CEBRAP *op. cit.* p.28

⁷² MORAIS, Pedro Jacob, *Em torno do Direito...*, *op. cit.* p. 355

⁷³ *Ibidem*, p.348

⁷⁴ *Ibidem*, p.349

Finalmente, de acordo com o entendimento de JAKOBS, o Direito Penal do Inimigo não significa uma deriva rumo a um Direito Penal do Autor. Como vimos, a tipologia da inimizade que referimos *supra* não assenta nas características internas ou meros pensamentos do agente, mas antes na factualidade praticada pelos agentes.⁷⁵

No próximo ponto veremos que existem autores, nomeadamente entre a doutrina espanhola, que pensam de forma diferente e acabam por mobilizar o conceito de Direito Penal do Inimigo em sentido convergente com o de Direito Penal de Autor e, fundamentalmente, enquanto conceito crítico dirigido à identificação daquilo que consideram não poder já denominar-se Direito Penal. Naturalmente que esta divergência se deve principalmente à forma como tal conceito é utilizado pela citada doutrina espanhola, como se verá no próximo ponto deste trabalho.

⁷⁵ *Vide*, PEDRO JACOB MORAIS, que afirma que “A exclusão ou despersonalização jurídica do agente ocorre devido, não a um concreto projeto de mundo, mas às ações ou omissões que praticou e que se inserem na factualidade que subjaz aos tipos legais do Direito Penal do Inimigo”. *Em torno do Direito...*, *op. cit.* p.355

2. Alguns contributos da doutrina para a compreensão do Direito Penal do Inimigo

Tal como referimos no início deste Capítulo, a construção teórica de GÜNTHER JAKOBS adquiriu, a certa altura, grande relevância no contexto académico e da doutrina penal de uma forma geral. Um dos países em que maiores repercussões teve foi Espanha, um país profundamente marcado pelo fenómeno do terrorismo ao longo da sua história.

Em termos gerais, uma característica comum à doutrina espanhola que abordaremos neste ponto da Dissertação é o que consideramos ser uma abordagem de carácter tendencialmente prático, com os autores a procurar fazer a ponte entre aquilo que é a interpretação que fazem da teoria avançada por GÜNTHER JAKOBS e a concreta realidade normativa do ordenamento jurídico-penal espanhol. Consideramos que esta espécie de abordagem é relevantíssima e de grande utilidade para complementar o que foi desenvolvido no ponto anterior da Dissertação, onde predominou uma perspetiva mais teórica e abstrata sobre o conceito de Direito Penal do Inimigo.

MANUEL CANCIO MELIÁ foi um dos autores espanhóis que, nos anos mais recentes, mais se dedicou ao estudo e investigação das temáticas do Direito Penal do Inimigo e da criminalidade terrorista. No âmbito específico de que tratamos neste Capítulo, começaremos por abordar o estudo publicado pelo autor espanhol em simultâneo com GÜNTHER JAKOBS, numa obra que data de 2003.

No Prólogo da referida obra, CANCIO MELIÁ começa por esclarecer que, acompanhando no essencial JAKOBS naquilo que é a constatação do fenómeno identificado, diverge do autor alemão no plano do significado do “*diagnóstico realizado*”.⁷⁶

O autor espanhol, tal como JAKOBS, identifica uma significativa transformação ao nível da política-criminal que altera sobremaneira o Direito Penal vigente. Em termos gerais o autor refere-se ao fenómeno da expansão do Direito Penal para a intervenção sobre a colocação em perigo dos bens jurídicos.

Também aqui temos, portanto, a identificação de uma tendência para uma transformação do Direito Penal, no fundo, pela assunção por parte do Direito Penal de uma

⁷⁶ MELIÁ, Manuel Cancio, “Prólogo”, in Günther Jakobs & Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit. p.16

intencionalidade de intervenção antecipada face ao momento do dano no bem jurídico, procurando atuar perante o risco, tendo em vista o impedimento da concretização do potencial dano.

Naturalmente, esta intervenção ao nível do risco faz-se sentir de forma mais evidente ali onde o potencial danoso é maior, como é o caso do terrorismo. Associado ao potencial danoso temos ainda a magnitude do alarme social que o fenómeno provoca. Assim, tal como JAKOBS, o autor espanhol dedica grande parte deste estudo ao campo temático da criminalidade terrorista.

Uma diferença clara entre as abordagens dos dois autores está em que, ao contrário do autor alemão, CANCIO MELIÁ considera que a utilidade do conceito é a de identificar o não-Direito penal, ou seja, aquilo que não é nem pode ser verdadeiro Direito Penal.⁷⁷ Desta forma, ao contrário de JAKOBS, utiliza o conceito de Direito Penal do Inimigo, exclusivamente, como conceito crítico.

CANCIO MELIÁ afirma que o Direito Penal do Inimigo, no sentido em que o utiliza, identifica a existência de duas tendências que convergem no plano das normas penais de determinadas zonas de criminalidade. O autor refere-se ao Direito Penal Simbólico e ao que denomina ressurgir do punitivismo.⁷⁸

Quando o autor se refere ao Direito Penal Simbólico tem o cuidado de clarificar que o Direito Penal contém normalmente uma dimensão simbólica. Ao mencionar o simbolismo, nos termos em que o faz neste ponto, o autor pretende sublinhar a existência de normas penais em que o carácter simbólico predomina de forma anormal, em que assume preponderância decisiva enquanto racionalidade subjacente à criminalização. Como explica o autor espanhol, o que procura colocar aqui em evidência é a tendência para a criminalização de determinadas condutas com o objetivo principal de tranquilizar a sociedade.⁷⁹

⁷⁷ Repare-se que também JAKOBS defendia, como exposto, a identificação e separação do Direito Penal do inimigo face ao Direito Penal do cidadão. A diferença reside nos factos de JAKOBS admitir a existência de tal Direito, desde que delimitado, como Direito de exceção, enquanto MELIÁ contesta veementemente a existência de tal Direito. Nem por isso o autor espanhol deixa de utilizar o conceito, mas usa-o, reforçamos, precisamente para identificar aquilo que considera não ser verdadeiro Direito Penal.

⁷⁸ MELIÁ, Cancio Manuel, “ “Derecho Penal” del enemigo?”, in Günther Jakobs & Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit. p.65

⁷⁹ *Ibidem*, p.68

Relativamente ao ressurgir do punitivismo, MELIÁ pretende referir-se à previsão de novas normas incriminadoras, estas para serem efetivamente aplicadas, ou ao endurecimento das penas abstratas previstas para as incriminações já existentes na legislação penal.⁸⁰

No fundo, o autor identifica a forte influência destas duas forças na legislação penal de diversos setores de criminalidade, predominantemente nas denominadas legislações de combate. Forças essas que muitas vezes são convergentes e apoiam-se mutuamente para a persecução dos fins para que tal legislação é criada. Neste sentido fala o autor numa relação fraternal entre o Direito penal simbólico e o punitivismo, identificando nessa união a génese do que aponta como Direito Penal do Inimigo.⁸¹

Neste enquadramento, CANCIO MELIÁ conclui pela utilização das emergentes legislações de combate, imbuídas do espírito que resulta da união destas duas forças, para lidar com determinados indivíduos. Porém, neste ponto, o autor diverge da exposição de JAKOBS, afirmando que não está tanto em causa a identificação do infrator como fonte de perigo carecida de neutralização, quanto da sua demonização simbólica.⁸² É com base na adoção desta perspetiva que CANCIO MELIÁ coloca em evidência uma característica estrutural do Direito Penal do Inimigo da qual retira importantes conclusões.

Afirma o autor espanhol que *“no es sólo un determinado «hecho» lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos”*.⁸³ Desta forma, CANCIO MELIÁ coloca o problema no plano da eventual incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o princípio do facto, por se aproximar, no sentido acabado de referir, de um Direito penal do autor.

Esta questão estará presente nas subseqüentes exposições do autor espanhol sobre o Direito Penal do Inimigo, constituindo um dos pontos fulcrais abordados nas suas obras e um dos mais utilizados pelo autor e por uma significativa parte da doutrina espanhola para a

⁸⁰ MELIÁ, Manuel Cancio, “«Derecho Penal» del enemigo?”, in Günther Jakobs & Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit. p.70

⁸¹ *Ibidem*, p.78

⁸² *Ibidem*, p.88

⁸³ *Ibidem*

já mencionada abordagem de caráter tendencialmente prático àquilo que é o Direito Penal vigente em determinadas áreas da legislação penal espanhola.

CANCIO MELIÁ, debruçando-se sobre os fenómenos de criminalidade a que se associa normalmente o Direito Penal do Inimigo, nega que exista nestes uma especial “*peligrosidad terminal*”⁸⁴ para a sociedade que sustente a diferenciação no que se verifica no plano normativo. A diferenciação que constata neste plano explica-se, na visão do autor, por uma perigosidade simbólica, ou seja, pelo valor simbólico daquela concreta forma de perigosidade. Parece-nos que o autor pretende sobrepor aqui a dimensão qualitativa do perigo à sua dimensão quantitativa, evidenciar que o que a chave para esta diferenciação está, não tanto na questão: “Qual o nível de perigosidade deste fenómeno?”, quanto na questão: “O que é que este fenómeno coloca em perigo?”.

Segundo o autor, o Direito Penal do Inimigo existe para combater fenómenos criminais que afetam de forma significativa elementos de especial vulnerabilidade para a própria identidade social.⁸⁵

Nesta senda, acaba por concluir que a função do Direito Penal do Inimigo é a criação de critérios de identidade entre os excludentes, sendo que isso acaba por se manifestar nas formulações técnicas dos tipos que cumprem essa função.⁸⁶

Para CANCIO MELIÁ, as normas penais que constiutem o Direito Penal do Inimigo têm como finalidade principal “*la identificación de un determinado grupo de sujetos – los «enemigos» – más que en la definición de un «hecho»*”.⁸⁷ O autor espanhol recorre, assim, ao conceito de Direito Penal do Inimigo enquanto conceito crítico, nomeadamente, para identificar aquelas normas de Direito Penal que não respeitam o Direito Penal do facto.

Neste sentido, o autor espanhol identifica, como uma das características do Direito Penal do Inimigo, “*la función de identificación (mediante exlusión) de una categoría de*

⁸⁴ MELIÁ, Manuel Cancio, “«Derecho Penal» del enemigo?”, in Gunther Jakobs & Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit. p.95

⁸⁵ *Ibidem*, p.96

⁸⁶ *Ibidem*, p.100

⁸⁷ *Ibidem*, p.102

sujetos como enemigos, y la correspondiente orientación al Derecho penal de autor de la regulación”.⁸⁸

Efetivamente, entre a doutrina espanhola, esta forma de utilização do conceito de Direito Penal do Inimigo – enquanto conceito crítico apto a sinalizar normas penais que resvalam para um Direito penal do autor – é bastante comum.

Em linha de continuidade com a perspetiva adotada por CANCIO MELIÁ a respeito do Direito Penal do Inimigo, MARIONA LLOBET ANGLÍ sublinha, igualmente, a prevalência do conteúdo simbólico naquilo que considera serem as normas incriminadoras de Direito Penal do Inimigo na atualidade.⁸⁹

A autora avança, desta forma, com a distinção entre duas “*cepas*” do Direito Penal do Inimigo, uma “*cepa originária*” caracterizada por uma intencionalidade primordialmente *inocuidadora* e uma “*cepa derivada*” cuja intencionalidade assume predominantemente um caráter simbólico.⁹⁰

No plano da intencionalidade *inocuidadora*, a autora salienta que a severidade das penas previstas para os crimes de terrorismo prossegue o objetivo de evitar a ocorrência de futuros crimes de terrorismo.⁹¹ Reconhecendo que os crimes de terrorismo são merecedores de uma pena mais alta devido ao seu superior grau de ilicitude, a autora sublinha a necessidade de existência de proporcionalidade nessa agravação da pena.⁹²

Assim, a pena não será legítima quando não se verifique essa proporcionalidade e não o será na exata medida em que a exceda, pois essa parte da pena, ao invés de censurar o autor pelo facto cometido e pela sua culpa, estará a punir com base num prognóstico de perigosidade do seu autor, com o tal propósito de *inocuidação*. Desta forma, como afirma a autora “(...) *se denomina pena a lo que en realidad cumple funciones de una medida de seguridad*”.⁹³

⁸⁸ MELIÁ, Manuel Cancio, *Los delitos de terrorismo, Estructura típica e injusto*, Ebook, Editorial Reus, 1ª Edição, 2010, p.37

⁸⁹ ANGLÍ, Mariona Llobet, “Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático”, *Tesi Doctoral, UPF*, 2008, p.230

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ *Ibidem*, p.235

⁹² *Ibidem*

⁹³ *Ibidem*, p.232

Ora, as manifestações de Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico espanhol passariam por estas medidas *inocuidadoras* ou meramente simbólicas, ambas consideradas ilegítimas e sem espaço naquilo que é o Direito Penal de um Estado de Direito. As medidas meramente simbólicas por não terem qualquer efeito preventivo e as medidas *inocuidadoras* por não respeitarem direitos fundamentais e colocarem em causa alguns princípios constitucionais.⁹⁴

Nesta senda, a autora afirma categoricamente que “*De este modo, aunque un sujeto se comporte de manera que se autoanule como persona, ese Estado no está legitimado para aceptarlo y actuar en consecuencia, sin destruir las bases sobre las que se asienta*”.⁹⁵

Desta forma, afasta-se de forma decidida da construção teórica do Direito Penal do Inimigo, reforçando que a utilização do conceito em apreço assume aqui uma função meramente crítica.⁹⁶

Entre a doutrina portuguesa, assumindo igualmente uma postura crítica face à construção teórica abordada neste ponto e as suas implicações, PEDRO CAEIRO afirma categoricamente que “quando fria e racionalmente negamos o estatuto de pessoa ao *Outro*, a qualquer *Outro*, pretendendo excluí-lo da “comunidade legal”, somos nós quem se afasta dela”.⁹⁷

⁹⁴ ANGLÍ, Mariona Llobet, “Terrorismo y “guerra”...”, *op. cit.* p.275-276

⁹⁵ *Ibidem*, p.276

⁹⁶ *Vide*, LUÍS GRECO, sobre as várias possibilidades de utilização do conceito de Direito Penal do Inimigo. “Sobre o chamado Direito penal do inimigo”, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº7 – Dezembro de 2015*, p.225-226

⁹⁷ CAEIRO, Pedro, “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal”, Painel 3º, “Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo...”, in *III Congresso de Investigação Criminal*, Lisboa, 2015, p.131

3. Posição adotada

Realizado este percurso pela complexa temática do Direito Penal do Inimigo, cabe-nos agora expor as conclusões mais relevantes que retiramos para a presente dissertação. Antes de mais, pretendemos sistematizar as principais ideias a reter de cada uma das conceções de Direito Penal do Inimigo que acabámos de referir, aproveitando para levar a cabo algumas precisões, úteis à correta compreensão da posição assumida pelos autores.

Se JAKOBS associa a antecipação da tutela penal presente nas legislações de combate de certo tipo de criminalidade ao controlo ou neutralização de determinadas fontes de perigo, MELIÁ associa-a à demonização de determinados sujeitos. Enquanto JAKOBS coloca a ênfase desta antecipação da intervenção penal no risco fático associado a determinados fenómenos de criminalidade, MELIÁ coloca-o na identificação simbólica de determinados indivíduos como inimigos, para que com base nessa identificação se possa atingir a manutenção ou até criação e fortalecimento da identidade social de todos os restantes.

Por fim, se JAKOBS acaba por legitimar a existência deste tipo de legislações, enquanto Direito Penal de excepção, MELIÁ critica a sua existência, sublinhando o marcado afastamento face ao Direito Penal do facto.

Para aquilo que constitui o horizonte problemático da presente dissertação, a conceção de CANCIO MELIÁ e da citada doutrina espanhola é aquela que consideramos mais prolífica e que, por isso, estará mais presente nos subseqüentes desenvolvimentos deste estudo. Tal como faz a referida doutrina espanhola, entendemos que a utilidade deste conceito reside na sua potencial utilização enquanto conceito crítico para identificar incompatibilidades com alguns princípios fundamentais do Direito Penal na legislação que vem sendo adotada para o combate ao terrorismo.

Neste enquadramento, uma das mais importantes questões que vislumbramos é a da compatibilidade dos crimes que incidem sobre atos instrumentais ou preparatórios do crime de terrorismo em sentido próprio com o Direito Penal do facto.

Como referimos na Introdução, e em linha com a posição adotada entre a doutrina espanhola por autores como MANUEL CANCIO MELIÁ e MARIONA LLOBET ANGLÍ, esta abordagem norteadada pelo respeito pelo princípio do facto em Direito Penal não tem

repercussões apenas ao nível da legitimidade da incriminação, mas também e, talvez primordialmente, ao nível da apenação prevista para os crimes em análise. Isto porque não só a existência da incriminação deve depender do respeito por este princípio, como também a pena prevista deve manter uma estreita relação com a gravidade da factualidade típica, sob pena de não se estar já a punir o facto em si mas algo mais do que isso, nomeadamente a perigosidade do agente ou as suas disposições internas.⁹⁸

Esta abordagem da referida doutrina espanhola que se dedicou ao estudo do Direito Penal do terrorismo será similar à que desenvolveremos na análise dos crimes instrumentais de terrorismo, que analisaremos detalhadamente no Capítulo IV. Independentemente da denominação, o que salientamos do contributo da referida doutrina é o questionamento sobre a compatibilidade das normas incriminadoras com um Direito Penal do facto.

Compreendendo, na senda do que vem sendo exposto, o conceito de Direito Penal do Inimigo como conceito crítico, que identifica aquilo que já não é compatível com um legítimo Direito Penal, a utilização de tal conceito sempre seria e será excecional. O que realmente se utilizará nos desenvolvimentos subsequentes é a perspetiva centrada no respeito pelo princípio do facto em Direito Penal e a consequente aferição da compatibilidade das normas incriminadoras com aquilo que o respeito pelo referido princípio implica.⁹⁹

A aferição de alguma eventual incompatibilidade pode projetar-se, no limite, na rejeição da legitimidade de uma determinada norma incriminadora ou na constatação de que a pena abstrata prevista é desproporcional.

Relativamente à aferição da proporcionalidade das penas abstratas, os critérios que guiam e suportam a análise que levaremos a cabo são: a proporcionalidade entre a gravidade do ilícito e a moldura penal com que é abstratamente punido; a proporcionalidade da moldura penal abstrata prevista tendo em conta a coerência interna do contexto sistemático onde se encontra inserida.

⁹⁸ Vide, neste sentido, ALBERTO ALONSO RIMO, que afirma que “(...) también se hace Derecho penal de autor cuando se sanciona un hecho externo inocuo (...) o no lo suficientemente ofensivo (...) o igualmente cuando se trata de un hecho externo que, reuniendo ese contenido mínimo exigible de lesividad, tiene asignada una pena superior a la que resultaría ajustada a la gravedad del hecho (vulneración del principio de proporcionalidad (...)). “Actos preparatorios e principio del hecho”, in M.Maraver & L.Pozuelo. Coord., *La crisis del principio del hecho en Derecho penal*, Ebook, Editorial Reus, 2020, p.79

⁹⁹ A referida perspetiva encontra-se, como vimos, bastante desenvolvida entre a doutrina espanhola e daí a nossa opção de acompanhar preferencialmente, neste ponto da Dissertação, a doutrina desse país.

O primeiro dos critérios costuma ser identificado com o respeito pela proporcionalidade em sentido estrito.¹⁰⁰ Assenta numa lógica de proporção entre a gravidade do ilícito e a pena abstrata que se lhe encontra associada. Ora, a proporcionalidade que este critério pretende aferir é uma proporcionalidade que se estabelece em termos absolutos entre esses dois fatores. FARIA COSTA refere-se à proporcionalidade neste sentido considerada como “proporcionalidade absoluta”, identificando um outro sentido de proporcionalidade que designa por “proporcionalidade relativa”.^{101 102}

No segundo dos critérios, a proporcionalidade é precisamente averiguada em termos relativos. A proporção neste considerada é uma proporção em relação a outras molduras penais abstratas integrantes do mesmo sistema e já não somente à gravidade do ilícito em termos absolutos.¹⁰³ Assim, este segundo critério vai mais além, introduzindo considerações de coerência sistemática, que convocam uma ideia de perequação.¹⁰⁴

Ora, entendemos que o critério da proporcionalidade entendida num sentido relativo é aquele que possui maior consistência e potencial analítico. A lógica relativa em que assenta vem impor a consideração sistemática que fornece a medida com que é possível averiguar a proporcionalidade entre a gravidade de um determinado ilícito e a respetiva moldura penal abstrata. Na falta dessa medida, a proporcionalidade em sentido estrito ou proporcionalidade absoluta apenas permite identificar uma desproporção entre gravidade do ilícito e gravidade da pena abstrata quando esta é por demais evidente. De acordo com as palavras de FARIA COSTA, através do critério da proporcionalidade absoluta “podemos perceber a existência de desproporção quando se desenham situações limite. No entanto, a percepção da

¹⁰⁰ Vide, sobre a proporcionalidade em sentido estrito, SANTIAGO MIR PUIG, “O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do Direito Penal”, Tradução de Ana Rita Alfaiate, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º1, Janeiro-Março 2009*

¹⁰¹ COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial – Contributo para uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004, p.57

¹⁰² Vide, sobre esta matéria, PETER ASP, que apresenta os conceitos paralelos de “Cardinal proportionality” e “Ordinal proportionality”, equivalentes dos conceitos de proporcionalidade absoluta e proporcionalidade relativa, respetivamente. “The Substantive Criminal Law Competence of the EU”, in *Juridiska Fakultetens Skriftserie N.º79*, 2012, p.199-200

¹⁰³ Naturalmente a gravidade do ilícito continua a desempenhar uma papel fundamental na equação subjacente a esta lógica comparativa.

¹⁰⁴ Vide, JOSÉ DE FARIA COSTA, que afirma “Julgamos que a questão da proporcionalidade tem de ser olhada, fundamentalmente, a partir de dois princípios: de um princípio da perquação dos mínimos e de um princípio da perquação dos máximos. Ou seja: o juízo de proporcionalidade terá de guiar-se, não só pelos referentes específicos da própria infracção que se analisa, mas também pela consideração dos valores, mínimos e máximos, que digam respeito às restantes infracções do CP”. *Direito Penal Especial...*, op. cit. p.58

desproporção só ganha sentido, é evidente, se ponderarmos as situações dentro de um determinado quadro de valoração”.¹⁰⁵

No próximo Capítulo, quando abordarmos as incriminações tipificadas na LCT, veremos que, na maioria dos casos, não nos pronunciaremos no sentido da ilegitimidade material da incriminação. O mais comum será, portanto, a afirmação da desproporcionalidade das molduras penais abstratas previstas, juízo sustentado nos critérios acabados de enunciar.

¹⁰⁵ COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial...*, *op. cit.* p.57

Capítulo IV – A incriminação das “infrações relacionadas com atividades terroristas”

1. As “infrações relacionadas com atividades terroristas” na legislação da União Europeia enquanto *precursor crimes*

No contexto particular da União Europeia, tem-se assistido à proliferação de novas incriminações no âmbito da criminalidade terrorista que se inserem na tendência que identificámos nos Capítulos anteriores. Os últimos anos têm sido marcados, portanto, pela criação de novas incriminações imbuídas de uma intencionalidade preventivo-securitária, sendo que grande parte da doutrina vem denominando estas novas incriminações de *precursor crimes*.

A noção de *precursor crime* pode ser entendida num sentido amplo ou restrito, sendo que é no seu sentido restrito que aqui é mobilizada. Referimo-nos, então, a condutas cuja incriminação assenta na sua relação com uma específica atividade terrorista.¹⁰⁶ Neste enquadramento incluem-se atos materialmente preparatórios e atos de comunicação. A maioria das “infrações relacionadas com atividades terroristas” consiste em atos materialmente preparatórios como o treino, o recrutamento ou as deslocações para o terrorismo, mas a incriminação de atos de comunicação como o incitamento público ao terrorismo ou a apologia pública também assume grande relevância.

CLIVE WALKER é um dos autores que faz uso desta desingação e avança na explicação da forma como este tipo de incriminações funciona, alertando para algumas das dificuldades que tais incriminações podem colocar. O autor sublinha as dificuldades que este tipo de incriminações pode levantar tanto no plano subjetivo quanto no plano objetivo.¹⁰⁷

Relativamente ao plano subjetivo, o autor afirma: “*The requisite guilty mind can become so broadly conceived as to meld into motive or even attitude or ideology*”.¹⁰⁸ Já no que se refere ao plano objetivo, afirma: “*Equally, the requisite wrongful activity may not*

¹⁰⁶ ANGLÍ, Mariona Llobet, MELIÁ, Manuel Cancio & WALKER, Cliver, “Introduction to *Precursor Crimes Of Terrorism*”, in C.Walker, M.L.Anglí & M.C.Meliá (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism – The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2022, p.7

¹⁰⁷ WALKER, Clive, “Counter-terrorism through precursor crimes”, in C.Walker, M.L.Anglí & M.C.Meliá (eds.), *Precursor Crimes...*, *op. cit.* p.26

¹⁰⁸ *Ibidem*

have involved any sustained harm but will often consist of an action which is lawful in itself and equivocal or remote as to its future potential for harm".¹⁰⁹

CLIVE WALKER procede também à distinção entre duas categorias: “*activity-based precursor crimes*” e “*status-based precursor crimes*”.¹¹⁰ No âmbito problemático desta dissertação, é a primeira categoria aquela que mais releva. A segunda categoria também adquire relevância no âmbito temático da legislação dirigida à criminalidade terrorista, nomeadamente no crime de organizações terroristas, mas o presente estudo dirige-se apenas aos crimes instrumentais previstos no artigo 4.º da LCT.

De facto, no plano legislativo, concretamente no plano dos instrumentos emanados pela União Europeia, a designação atribuída às mais recentes incriminações deste cariz foi a de “*infrações relacionadas com atividades terroristas*” e enquadram-se na categoria dos “*activity-based precursor crimes*”.

Ora, como já demos conta, a criminalização de condutas como as que o conceito de *precursor crimes* identifica conduz, na generalidade dos casos, à criação de crimes de perigo abstrato. Neste enquadramento, parece importante voltar a referir os estudos de GÜNTHER JAKOBS sobre a antecipação da tutela punitiva. Efetivamente, como já referimos *supra*, o autor alemão aceita, tal como a generalidade da doutrina, a legitimidade da existência dos crimes de perigo abstrato, mesmo daqueles que incidem sobre atos preparatórios.

A generalidade das infrações aqui em análise dirige-se, precisamente, a atos preparatórios daquilo que se pode designar de crime de terrorismo em sentido próprio. Assim sendo, entendemos relevante ressaltar que, como explica PEDRO JACOB MORAIS, não deixando de aceitar a sua legitimidade, JAKOBS considere este tipo de incriminações “*casos-limite*”.¹¹¹

De acordo com a exposição de PEDRO JACOB MORAIS, o autor alemão defende que, além dos crimes de dano, é legítima a existência de crimes de perigo, sendo que “*secciona três grupos de crimes de perigo abstrato que prontamente legitima, por considerar que encerram uma antecipação da tutela punitiva que não ultrapassa a verificada na tentativa*

¹⁰⁹ WALKER, Clive, “Counter-terrorism through precursor crimes”, in C.Walker, M.L.Anlgí & M.C.Meliá (eds.), *Precursor Crimes...*, *op. cit.* p.26

¹¹⁰ *Ibidem*, p.28

¹¹¹ MORAIS, Pedro Jacob, *Em torno do Direito...*, *op. cit.* p.45

acabada”.¹¹² O terceiro grupo legitimado pelo autor, o tal que reconhece ser constituído por delitos que se apresentam como “casos-limite”, é o que se refere aos atos preparatórios.

Ora, relativamente aos atos preparatórios, a regra é a da sua não punibilidade. Segundo FIGUEIREDO DIAS “Também a preparação da execução de um tipo de ilícito e os atos em que se traduza não são, salvo disposição em contrário, puníveis (...)”.¹¹³

Se a regra é a não punibilidade, casos existem, porém, em que os atos preparatórios são puníveis. A punibilidade destes atos pode concretizar-se por duas vias: pela via da tipificação de crimes autónomos ou pela via da sua punibilidade enquanto tais.¹¹⁴ No preciso contexto problemático em que nos movemos é a punibilidade de atos preparatórios através da tipificação de crimes autónomos que adquire particular relevância. De acordo com FIGUEIREDO DIAS, a punibilidade de atos preparatórios deve ser excecional, uma vez que “Uma punição indiscriminada de tais atos estaria próxima, de novo, de uma ilegítima punibilidade de meras intenções”.¹¹⁵

Perante a legislação da União Europeia relativa ao terrorismo, concretamente olhando ao aumento gradual dos *precursor crimes*, que passam pela incriminação de atos preparatórios enquanto ilícitos autónomos, constata-se que a excecionalidade é cada vez menor, mas também não resulta daí que estejamos perante uma punição indiscriminada. Mais uma vez é de salientar que estamos perante uma legislação dirigida a uma realidade fenomenológica que é considerada especialmente danosa, em relação à qual existe a já referida racionalidade preventiva acrescida que justificaria a punibilidade destas condutas preparatórias.

Como assinalámos, estas incriminações autónomas de atos preparatórios são criadas, na sua maioria, sob a forma de crimes de perigo abstrato. Não obstante a existência de algumas dificuldades que lhes possam estar associadas, os crimes de perigo abstrato são atualmente aceites pela doutrina maioritária e pelo TC quando, como afirma FIGUEIREDO DIAS, “visarem a proteção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível

¹¹² MORAIS, Pedro Jacob, *Em torno do Direito*, op. cit. p.44

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral...*, op. cit. p.800

¹¹⁴ Vide, sobre esta matéria, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3ª Edição, GESTLEGAL, 2019, p.801

¹¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral...*, op. cit. p.801

identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”.¹¹⁶

É importante lembrar, numa perspectiva mais alargada, que dentro da categoria dos crimes de perigo, a doutrina distingue entre os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato. Neste âmbito da incriminação de condutas perigosas com ligação ao terrorismo por via da criação de crimes autónomos, deparamo-nos, na esmagadora maioria dos casos, com crimes de perigo abstrato.

Nos crimes de perigo abstrato, a que a doutrina começou por referir-se como crimes de perigo presumido, o perigo para o bem jurídico constitui o motivo da incriminação. Como tal, nestas incriminações em que o bem jurídico protegido é a paz pública, não é necessário que exista a efetiva colocação em perigo desse bem jurídico, esse perigo é presumido.

No caso concreto do terrorismo, vimos *supra* que o crime de terrorismo em sentido próprio, tipificado no n.º1 do artigo 4.º da LCT, o bem jurídico protegido é a paz pública interna. Com efeito, neste caso, através da execução de um dos crimes-base do catálogo com a denominada “intenção terrorista”, estamos perante um crime de dano que, além do bem jurídico protegido por essa incriminação, atinge igualmente o bem jurídico paz pública interna”.

Por outro lado, os crimes que incidem sobre factualidade instrumental ou preparatória deste crime, como sucede com os tipificados autonomamente nos números seguintes do mesmo artigo da LCT, vêm conferir uma proteção antecipada desse bem jurídico sob a forma de crimes de perigo abstrato.¹¹⁷ Isto significa que esses crimes incidem sobre condutas que o legislador presume colocarem em perigo o bem jurídico paz pública interna. E colocam-no presumidamente em perigo na medida em que têm o potencial para contribuir de forma relevante para a concretização do dano no bem jurídico que a norma do n.º1 do artigo 4.º da LCT pretende proteger.¹¹⁸

¹¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral...*, op. cit. p.361

¹¹⁷ Com exceção do crime tipificado no n.º8 do artigo 4º da LCT que, como se verá, constitui mais concretamente um crime de aptidão.

¹¹⁸ *Vide*, neste sentido, ALBERTO ALONSO RIMO, que afirma “(...) creo que es posible justificar tal punición en términos objetivos, en atención al peligro representado por la conducta de preparación para el bien jurídico del delito principal (...)”. “Actos preparatorios e principio del hecho”, in *La crisis del principio...*, op. cit. p.78

Compreendidas assim as coisas, acreditamos que se torna evidente a influência da referida intencionalidade preventiva na legislação penal dos Estados-Membros, concretamente de Portugal. A observada incriminação dos atos preparatórios persegue o objetivo de antecipar a intervenção penal a estádios prévios ao da lesão do bem jurídico, atuando logo ali onde existe o perigo presumido, de forma a evitar a futura concretização do dano.

Se a criação de crimes de perigo costuma ser associada a razões de prevenção ou, pelo menos, de aumento da proteção do bem jurídico¹¹⁹, já a criminalização de atos preparatórios, de terrorismo neste caso, tem a peculiaridade de ter como racionalidade subjacente a prevenção neste sentido mais concreto e imediato de evitamento da potencial concretização de um crime de terrorismo em sentido próprio, ou seja, de uma prevenção de tipo securitário. A persecução de tal objetivo não pode, no entanto, levar à criminalização de todo e qualquer ato preparatório por razões de conveniência ou eficácia. A criminalização de atos preparatórios deve depender da existência, nas condutas sobre as quais incide a incriminação, de um potencial de perigo relevante para o bem jurídico protegido. Esta colocação em perigo é, nos crimes de perigo abstrato que constituem aqui a regra, meramente presumida, o que reforça a necessidade de as condutas serem possuidoras de um potencial de perigo relevante. Quando tal não aconteça, estar-se-á a perder a ligação ao facto e a trilhar-se um caminho que se aproxima de um destino igualmente ou mais perigoso – o Direito Penal do Autor.¹²⁰

Clarificando o que pretendemos defender: aceitando que existe antecipação punitiva legítima e que, muitas vezes, tal implica uma recompreensão daquilo que é o respeito pelo princípio do facto em Direito Penal¹²¹, parece-nos que o critério decisivo para traçar a linha demarcadora do legítimo e ilegítimo deve residir na relevância do potencial de perigo da conduta.

¹¹⁹ Vide, sobre esta questão, JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2000, p.575

¹²⁰ Vide, neste sentido, ANNEKE PETZCHE, “La criminalización de los actos preparatorios como desafío al principio del hecho: la perspectiva alemana”, in *La crisis del principio...*, op. cit. p.28

¹²¹ Vide, ANNEKE PETZCHE, “La criminalización de los actos preparatorios como desafío al principio del hecho: la perspectiva alemana”, in *La crisis del principio...*, op. cit. p.23-24

2. A incriminação das “infrações relacionadas com atividades terroristas” na Lei de Combate ao Terrorismo

Iremos agora debruçar-nos sobre as normas incriminadoras de “infrações relacionadas com atividades terroristas” na LCT. Do amplo leque de incriminações inseridas no contexto em apreço, algumas levantam um maior número de questões de relevo para a análise que aqui nos propomos levar a cabo. Pelo exposto, dedicar-nos-emos de forma mais aprofundada à análise de algumas enquanto outras terão um tratamento mais superficial.

No ponto 4 do Capítulo I já nos referimos à LCT, tendo, nessa altura, centrado a exposição no n.º1 do artigo 4.º dessa Lei, relativo ao crime de terrorismo propriamente dito. Ora, as incriminações que incidem sobre a factualidade a que se refere o conceito de “infrações relacionados com atividades terroristas”, encontram-se tipificadas nesse mesmo artigo a partir do n.º3.

Antes da análise individualizada das várias incriminações tipificadas na LCT e das especificidades de cada uma, começaremos, aqui, por apontar algumas características que estas têm em comum. Efetivamente, existem alguns traços característicos que são comuns às várias incriminações, sendo possível e até apropriado referirmo-nos previamente a esses traços e suas implicações, antes de avançar para as características e problemáticas concretas de cada incriminação em si mesma considerada.

O primeiro traço característico que pretendemos aqui destacar é a da exigência típica da existência de um elemento subjetivo que se pode designar de “intenção terrorista”. As exceções, quanto à exigência deste elemento típico de índole subjetiva, são os crimes de apologia pública ao terrorismo e de apoio a viagem para fins de terrorismo tipificados, respetivamente, nos n.º8 e n.º12 do artigo 4.º da LCT. Em todas as restantes incriminações sobre as quais nos debruçaremos, em determinado ponto da redação, aparece a seguinte expressão: “com a intenção nele referida”. Como já tivemos oportunidade de explicar, esta expressão, no contexto das incriminações tipificadas nestes números do artigo 4.º, remete para a intenção referida no n.º1 do artigo 2.º da mesma Lei.

Ora, a relevância acrescida deste elemento de intenção, que é transversal às incriminações em causa¹²², tem como efeito a subjetivização destes crimes e, com eles, do

¹²² Com exceção das incriminações tipificadas nos n.º8 e n.º12 da LCT.

Direito Penal do terrorismo em Portugal. Exemplo mais claro do que acabamos de afirmar são as incriminações que incidem sobre uma conduta neutra que não comporta, por si, qualquer conotação terrorista. Nestes casos, a grande carga de ilicitude da conduta como um todo provém da intenção, elemento subjetivo, com que tal conduta é levada a cabo pelo agente. Nas ilustrativas palavras de ULRICH SIEBER “*The subjective offense element does not limit nor does it concretize wrongfulness in these cases, rather it creates it*”.¹²³ Esta subjetivização do Direito Penal, do Direito Penal do terrorismo neste caso, traz consequências e levanta questões não despiciendas.

Os exemplos mais claros desta situação, que a seu tempo se analisarão com mais detalhe, são os crimes que incidem sobre deslocções para o terrorismo. Nestes crimes, a factualidade objetiva típica é o ato de viajar ou tentar viajar, sendo apenas no plano subjetivo, na intenção com que tal viagem ou tentativa de viagem é levada a cabo, que a conduta adquire uma conotação terrorista e potencialmente ofensiva do bem jurídico protegido.

Outra das características comuns às várias incriminações é também de índole subjetiva e respeita à exigência de dolo. Tanto a Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, que introduziu as “infrações relacionadas com atividades terroristas” com o sentido que têm atualmente, como a mais recente Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, exigem para todas essas infrações que as mesmas sejam levadas a cabo com dolo.

No Considerando 17 da referida Diretiva da União Europeia de 2017 pode ler-se, a este respeito, o seguinte: “No que diz respeito às infrações penais previstas na presente diretiva, a noção de dolo deverá aplicar-se a todos os seus elementos constitutivos. O caráter doloso de uma ação ou omissão pode ser inferido a partir de circunstâncias objetivas e factuais”.¹²⁴

Por último, pretendemos sublinhar que um significativo número destas incriminações surgiu num momento cronológico bastante específico – o auge do Estado Islâmico. Foi nesse contexto temporal e fenomenológico que surgiu grande parte das incriminações que hoje temos previstas na nossa legislação, nomeadamente os crimes tipificados nos n.ºs, 8, 10, 11 e 12 da LCT.

¹²³ SIEBER, Ulrich, “Risk prevention...”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, op. cit. p.269

¹²⁴ Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento e do Conselho, p.3

Desta forma, em Portugal, através da Lei 60/2015, o artigo 4º da LCT passou a ter 13 números, quando antes dessa alteração tinha apenas 6 números. Como veremos *infra*, todos estes crimes que foram introduzidos no nosso ordenamento jurídico em 2015 têm, em maior ou menor medida, na base da sua criminalização alguma conexão com o fenómeno do Estado Islâmico.

2.1. O n.º3 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo

Neste número encontra-se tipificado o crime de incitamento público ao terrorismo. A redação é a seguinte: “Quem, por qualquer meio, difundir mensagem ao público incitando à prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”.

O bem jurídico protegido pela incriminação constante deste artigo é a paz pública interna. Estamos perante uma incriminação que incide sobre uma conduta comunicativa.

Esta incriminação surgiu na Lei de Combate ao Terrorismo no ano de 2011, através da Lei 17/2011. Desta forma, cronologicamente, esta foi uma das primeiras incriminações de “infrações relacionadas com atividades terroristas” a ser tipificada no nosso ordenamento jurídico-penal. Fez parte do núcleo original de incriminações, a par do recrutamento e do treino para o terrorismo, através das quais se iniciou o movimento de expansão que tem marcado a legislação penal do terrorismo.

O instrumento legislativo da União Europeia que mais diretamente contribuiu para a criminalização do incitamento público ao terrorismo foi a Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, que veio alterar a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho e conferir o significado que a expressão “infrações relacionadas com atividades terroristas” tem hoje no contexto do Direito penal do terrorismo na União Europeia. Efetivamente, apesar de a expressão referida aparecer já na Decisão-Quadro de 2002, só a partir de 2008 esta expressão passou a estar associada a *precursor crimes* com relevo penal autónomo, com a criação de crimes próprios e originais associados à criminalidade terrorista, como são os casos do incitamento público, o recrutamento e o treino para o terrorismo.

Ora, na Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho, na alínea a) do n.º2 do artigo 3.º apelava-se à criminalização do ato de, com dolo, incitar publicamente à prática de infrações terroristas.

No n.º1 do mesmo artigo definia-se o “Incitamento público à prática de infracções terroristas” como “a distribuição, ou a difusão por qualquer outro modo, de uma mensagem ao público destinada a incitar à prática de qualquer das infracções enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º1 do artigo 1.º, sempre que tal conduta, ainda que não promova diretamente a prática de infracções terroristas, provoque o perigo de uma ou mais dessas infracções poderem ser cometidas”. Esta era a definição já usada na Convenção do Conselho da Europa de 2005 e que viria depois a ser adotada, em linha de continuidade, pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI.

Posteriormente, em 2017, a definição foi ligeiramente alterada aquando da substituição da Decisão-Quadro pela Diretiva atualmente em vigor. Assim, a Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho dispõe, no artigo 5.º do Título III: “Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que seja punível como infração penal, quando cometida com dolo, a distribuição ou difusão ao público, seja por que meio for, em linha ou não, de mensagens destinadas a incitar à prática de qualquer das infracções enumeradas no artigo 3.º, n.º1, alíneas a) a i), sempre que tal conduta defenda, direta ou indiretamente, por exemplo através da glorificação de atos de terrorismo, a prática de infracções terroristas, gerando desta forma o perigo de poderem ser cometidas uma ou mais dessas infracções”.

Quanto à norma incriminadora tipificada na LCT, no plano do tipo objetivo de ilícito, relevante é a conduta de difundir mensagem ao público incitando à prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º. A este elemento objetivo junta-se um elemento subjetivo que corresponde à intenção referida no n.º.1 do artigo 2.º.

O “incitamento” a que se refere o tipo-legal deve ser entendido como um apelo dirigido a um terceiro para que este leve a cabo um determinado ato, um ato terrorista neste

caso. A mensagem incitadora deverá, como tal, apelar a uma concreta atividade criminosa, caindo fora do âmbito típico da norma meros apelos de carácter generalizado.¹²⁵

Para que preencha o tipo-objetivo desta incriminação, a mensagem de incitamento deverá ser difundida ao público, podendo tal difusão ser efetuada “por qualquer meio”. Fundamental é, assim, que a mensagem tenha um conjunto de destinatários indeterminado ou não individualizável. Ou seja, não se pretende aqui englobar o apelo concretamente direcionado, mas aquele que é difuso.¹²⁶

Tal pretensão compreende-se facilmente quando se tem em conta a principal problemática a que a norma pretende fazer face e que é a do perigo que emerge precisamente da alargada difusão deste tipo de mensagens. Como veremos, existe inclusivamente uma agravação da pena prevista para esta conduta quando praticada por meio de comunicação eletrónica, acessível por internet, pela constatação de que tais meios são os que mais exponenciam o perigo associado à disseminação de mensagens deste cariz.

Como sublinham NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, este crime apresenta grande similitude com o crime de instigação pública a um crime, tipificado no artigo 297.º do Código Penal.¹²⁷ Acaba por constituir uma norma especial face a essa norma de carácter geral do artigo 297.º do CP. As principais diferenças são, então, que na incriminação deste artigo 3.º estão em causa os factos enumerados no n.º1 do artigo 2.º e ainda que, aqui, se exige a designada “intenção terrorista”.

No caso da presente incriminação é precisamente esta “intenção terrorista” que opera a sua distinção, em termos materiais, face ao crime de instigação pública a um crime. Como afirmam NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA “Só desta forma poderá o incitamento adquirir, logo no plano da factualidade típica, a coloração “terrorista” que justifica a inclusão deste tipo incriminador num preceito com a epígrafe “terrorismo” e

¹²⁵ Vide, neste sentido, NUNO BRANDÃO & ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Artigo 4.º . Terrorismo”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada: Textos Doutriniais*, Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cop. 2019, p.61-63

¹²⁶ Vide, *infra*, como contraponto, a noção de “recrutar outrem” utilizada na redação do crime de recrutamento para o terrorismo.

¹²⁷ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º . Terrorismo”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit, p.54

guardar um espaço de autonomia material em relação ao tipo legal de crime de *instigação pública a um crime (...)*.¹²⁸

Outra diferença de relevo é ao nível da pena, sendo que no caso da instigação pública a um crime se encontra prevista uma pena abstrata cujo limite máximo é de três anos, enquanto no caso do incitamento público ao terrorismo a moldura penal abstrata vai de um a cinco anos. Já o n.º4 do mesmo artigo estatui que quando esta factualidade for praticada por meio de comunicação eletrónica, acessível por internet, o limite máximo da pena prevista para o incitamento público ao terrorismo ascende a seis anos.

Ora, verifica-se que, face à instigação pública a um crime que não de terrorismo, existe uma agravação da pena até ao dobro no seu limiar máximo. O artigo 3.º estabelece o limite máximo de cinco anos, mas o artigo 4.º estabelece esse limite em seis anos, num dos meios de difusão que maior relevância adquire nos dias de hoje, numa tendência que tem maior probabilidade de se acentuar do que de diminuir.

Constata-se, pois, que existe uma apenação substancialmente mais severa no caso de se incitar ao cometimento de um crime de terrorismo do que no caso de se incitar ao cometimento de um outro crime. A correspondência entre os crimes do artigo 297.º do CP e do n.º3 do artigo 4.º da LCT, não sendo direta, é evidente, existindo similitude quer ao nível do teor literal das normas quer ao nível das condutas objetivas a que se dirigem, residindo o fundamento material da autonomização num elemento subjetivo de intenção.

Tendo em conta o exposto relativamente à existência de uma norma idêntica a esta no artigo 297.º do CP, parece claro que a legitimidade material desta incriminação não é questionável. A conduta de incitar ao cometimento de um crime, seja de terrorismo ou não, é uma conduta criminalizável. Poderia, isso sim, questionar-se a necessidade de autonomização desta incriminação face ao crime de instigação pública a um crime, tipificado no artigo 297º do Código Penal, mas isso não significaria que a conduta de incitar publicamente a um dos crimes-base, com a “intenção terrorista” fosse descriminalizada, apenas que não o seria incriminada enquanto crime específico de terrorismo. Como já vimos *supra*, a identificação do fenómeno do terrorismo enquanto fenómeno criminal autónomo e diferenciado tem sido um dos objetivos prosseguidos pela União Europeia e estamos perante

¹²⁸ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.62

um exemplo de uma conduta que assume um relevo autónomo quando relacionada com o terrorismo.

Questão diferente é saber se a diferença de penas abstratas previstas para a instigação pública a um crime e o incitamento público ao terrorismo, que constitui o efeito prático da tipificação autónoma desta incriminação, é proporcional e justificada ou se, por outro lado, é desproporcional e injustificada. Ao contrário do que acontece com as incriminações previstas nos números seguintes, como o treino ou recrutamento para o terrorismo, que não são criminalizadas fora do âmbito específico do terrorismo, esta incriminação presente no n.º3 do artigo 4.º da LCT oferece-nos um termo de comparação privilegiado entre esta norma específica do terrorismo e as consequências ao nível da pena que lhe estão associadas e a norma similar, mas de carácter geral, prevista no artigo 297.º do CP.

Neste plano de análise, a incriminação presente neste número é, então, útil para nos debruçarmos sobre uma das críticas que alguma doutrina vem fazendo às legislações de combate ao terrorismo e que tem a ver com a maior severidade punitiva presente nas incriminações tipificadas nestas legislações face à generalidade das normas penais. Referimo-nos, assim, àquilo que CANCIO MELIÁ, no tratamento da temática da antecipação da tutela penal sob a ótica do Direito Penal do Inimigo, designa de ressurgir do punitivismo.¹²⁹

Naturalmente não será qualquer aumento da severidade das penas que será relevante neste contexto, mas apenas o aumento que seja manifestamente exagerado, ultrapassando significativamente o acréscimo de ilicitude da conduta típica em causa. A agravação da moldura penal abstrata, aqui em causa, situa-se próxima do dobro no que ao limite máximo diz respeito, atingindo mesmo essa diferença quando, nos termos do n.º4 do artigo 4.º da LCT, a factualidade típica seja levada a cabo por meio de comunicação eletrónica, acessível por internet. Por outro lado, enquanto na norma incriminadora do artigo 297.º do CP se prevê a possibilidade de aplicação de pena de multa, neste caso não se prevê essa possibilidade, estando o limite mínimo da moldura penal abstrata fixado em um ano de prisão.

¹²⁹ Vide, *supra*, o ponto 2, do Capítulo III, concretamente a nota de rodapé 78, na página 48.

Assim, podemos concluir que o legislador considera muito mais grave a conduta de incitar à prática de um crime de terrorismo do que de um outro crime. Parecendo-nos um pouco exagerada a agravação aqui presente, não entendemos que seja uma agravação que se possa considerar manifestamente desproporcional.

Devemos, por fim, pronunciar-nos relativamente ao facto de este crime, concretamente quando praticado por meio de comunicação eletrónica, acessível por internet e sujeito, por isso, à agravação prevista no n.º4, ser o crime que tem previsto o limite máximo mais alto no que à moldura penal abstrata diz respeito, de entre todos os previstos neste artigo 4.º da LCT.¹³⁰

Como ponto privilegiado de comparação, elegemos o crime de recrutamento para o terrorismo tipificado no n.º6 do artigo 4.º, sobre o qual nos pronunciaremos mais detalhadamente *infra*, uma vez que partilha relevantes pontos de contacto com o crime agora em apreço. Se o crime de incitamento público ao terrorismo incide sobre a conduta de difundir mensagem ao público incitando à prática de factos terroristas, o crime de recrutamento para o terrorismo incide sobre o recrutamento para a prática desses mesmos factos.

Assim sendo, enquanto o primeiro abrange uma conduta que se pode descrever como um apelo generalizado para a prática de factos materialmente terroristas, o segundo abrange a conduta de estabelecer um acordo com outrem para que este leve a cabo os mesmos factos. Enquanto no segundo, como vemos *infra*, se exige a verificação de uma factualidade mais densa porque baseada num entendimento entre duas concretas pessoas – o recrutador e o recrutado -, no primeiro a factualidade é mais vaga, não sendo necessário que exista sequer o contacto mútuo entre o emissor da difusa mensagem de incitamento e os recetores da mesma.

Porém, no caso do incitamento público ao terrorismo, o que falta em densidade e concretização consubstanciada no acordo de vontades dos envolvidos, sobra no plano do número de potenciais recetores da referida mensagem. Na incriminação presentemente analisada é precisamente o largo número de potenciais destinatários da mensagem (porque não dirigida a uma pessoa em concreto) que constitui o cerne da existência da mesma, porque

¹³⁰ Mesmo quando não esteja em causa a agravação prevista no n.º4, a moldura penal abstrata prevista para este crime continua a ter um dos limites máximos mais elevados no contexto da LCT.

considera-se criar tal conduta um perigo particularmente relevante para o bem jurídico protegido.

Com base neste entendimento, compreendemos a racionalidade subjacente à pena abstratamente prevista e, ao contrário do que se poderia pensar se apenas levássemos em conta a dimensão da densidade inerente ao efetivo acordo de vontades exigida no crime de recrutamento para o terrorismo, consideramos que são duas condutas de gravidade similar e não nos parece descabido o facto de o legislador ter previsto o limite máximo de pena moldura penal abstrata mais elevado para esta conduta, quando praticada através de meio de comunicação eletrónica, acessível por internet.

2.2. O n.º5 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo

Neste número encontra-se tipificado o crime de acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo com finalidade de recrutamento. A redação é a seguinte: “Quem, com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º3 e delas fizer uso na prática dos respetivos atos preparatórios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias”.

A paz pública interna é o bem jurídico protegido por esta incriminação. No plano sistemático é de sublinhar a clara relação desta incriminação com a presente no n.º3. Além disso, está também relacionada com a incriminação prevista no n.º6, que abordaremos de *infra*.

Relativamente à ligação com o crime de incitamento público ao terrorismo, esta resulta desde logo do teor literal da norma, que define o núcleo de mensagens relevante para o contexto da incriminação tipificada neste número com recurso a remissão para as mensagens abrangidas pelo n.º3 do mesmo artigo. No que se refere à ligação ao crime de recrutamento para o terrorismo, a ligação advém da menção ao elemento subjetivo do tipo – o “propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º”, ou seja, factos materialmente terroristas.

Perante a norma incriminadora em apreço e tendo em vista algumas das questões que levantaremos de seguida sobre a mesma, parece-nos adequado começar por uma

descrição cronológica da evolução legislativa que lhe esteve associada. A incriminação aqui em análise surgiu na LCT em 2015, através da Lei 60/2015. Nessa data, a LCT não previa ainda a incriminação respeitante à vertente passiva do treino para o terrorismo, conduta atualmente punida nos termos do n.º7 da referida Lei, o que acaba por ter implicações na subsequente exposição do presente ponto, como se verá.

Neste plano, importa também notar, como fazem NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, que, no que se refere aos diplomas internacionais à data existentes e referentes a fenomenologia próxima daquela sobre que incide a incriminação prevista no n.º5, “o *acesso* às mensagens incitadoras à prática do terrorismo, entendido enquanto problema autónomo e justificador de uma incriminação *per se*, constituía questão que lhes era alheia, não tendo estado no espírito dos seus promotores”.¹³¹

Os mesmos autores sublinham a inexistência, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei que esteve na base da Lei 60/2015, de qualquer referência “quanto ao acesso às mensagens de incitamento enquanto realidade *a se*, isto é, enquanto fenómeno comportamental dotado de uma específica carga gravosa justificadora de uma incriminação autónoma”.¹³²

Como se vê, apesar do contexto generalizado de expansão do número de condutas objeto de incriminação no âmbito da criminalidade terrorista, nem por isso existiu a imposição, por parte da União Europeia, da tipificação de um crime que incidisse sobre a conduta de aceder a mensagens de incitamento público ao terrorismo.

Feito este enquadramento, que será útil para a compreensão dos posteriores desenvolvimentos do presente ponto da dissertação, prosseguiremos agora com a análise da incriminação constante deste número.¹³³

Quanto ao tipo objetivo de ilícito, adquire aqui relevância a conduta de aceder ou obter acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo e, além disso, fazer uso dessas mensagens na prática de atos preparatórios dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º

¹³¹ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit.p.69

¹³² *Ibidem*, p.68

¹³³ Devemos, desde já, alertar para o facto de que algumas das ideias expostas nos posteriores desenvolvimentos deste ponto da dissertação serão melhor compreendidas quando consideradas conjuntamente com o disposto no ponto 2.3, relativo ao crime de recrutamento para o terrorismo.

da LCT. Já no que respeita ao tipo subjetivo de ilícito, exige-se que tal conduta seja levada a cabo com a intenção de ser recrutado para a prática dos factos previstos no mesmo n.º1 do referido artigo. Exige-se ainda a intenção referida nesse mesmo número do artigo 2.º da LCT – a “intenção terrorista”.

Sobre o crime aqui previsto e a sua conexão com aqueles tipificados no n.º3 e n.º6 do mesmo artigo, NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA afirmam que “Esta incriminação parece traduzir como que uma visão legal de “continuidade” entre as realidades situadas a *montante* (incitamento público) e a *jusante* (recrutamento e, porventura, viagens e treino) de tal acesso”.¹³⁴

Aqui, especificamente, está em causa o acesso às mensagens que constituem, de acordo com o disposto na mesma Lei, incitamento público ao terrorismo. Estamos, como tal, no polo oposto da conduta comunicativa incriminada pelo n.º3. Se o n.º3 incrimina a difusão das referidas mensagens e, assim, a vertente ativa do incitamento público ao terrorismo, já o n.º5 incrimina o acesso a essas mesmas mensagens e, dessa forma, a vertente passiva do mesmo fenómeno.

O fenómeno penalmente relevante do incitamento público ao terrorismo é, através destas duas incriminações, combatido quer na origem quer no destino, tanto no emissor como no potencial destinatário, numa clara manifestação da maximização do efeito preventivo das normas incriminadoras que temos vindo a associar a este movimento de antecipação da tutela penal no âmbito da criminalidade terrorista.

Porém, se na incriminação do n.º3 o tipo de ilícito se reconduz à mera divulgação, acompanhada da “intenção terrorista”, esta incriminação do n.º5 comporta, a esse nível, uma maior complexidade. Não é o mero acesso às mensagens de incitamento previstas no n.º3 do mesmo artigo, mas esse acesso levado a cabo com a finalidade de ser recrutado para a prática de fatos materialmente terroristas, com a intenção terrorista geralmente requerida e apenas quando se faça uso do conteúdo das ditas mensagens na prática dos respetivos atos preparatórios.

¹³⁴ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.68

Esta incriminação relaciona-se, por isso, pelo menos, com o incitamento público ao terrorismo e com o recrutamento para o terrorismo. Mais, cria-se artificialmente uma ligação, que entendemos ser problemática e desnecessária, entre o acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo, a finalidade de ser recrutado para a prática de factos terroristas e a utilização do conteúdo dessas mensagens na prática dos respetivos atos preparatórios.

Em nosso entender, não obstante a redação do ilícito-típico poder gerar algumas dificuldades interpretativas, estes elementos adicionais, no que à construção do tipo-legal existente diz respeito, são fundamentais para a que se possa sustentar a legitimidade material da incriminação tal como se encontra prevista neste n.º5 da LCT.

Não significa isto que consideremos que esta conduta deva ser criminalizada, mas apenas que sendo-o, estes requisitos típicos são o que lhe confere um mínimo aceitável de concretude e relevância penal. Com efeito, o mero acesso às mensagens de incitamento público ao terrorismo, desacompanhado dos restante elementos típicos, não constituiria uma conduta em si punível.

O que acaba de se afirmar não deixa, porém, de levantar uma outra questão que abordaremos *infra* e que se prende com a utilidade da manutenção desta incriminação. Concretizando, se por um lado esta construção complexa do tipo de ilícito nos conduz a não afastar *a priori* a legitimidade material da norma incriminadora em apreço, por outro lado levanta-nos dúvidas de que seja esta a forma mais adequada de conferir relevância penal aos fenómenos que se propõe apreender.

Como tal, não iremos apenas pronunciar-nos sobre as dúvidas quanto à legitimidade material que esta norma incriminadora, do modo como está construída, nos coloca. Além disso, tendo em conta a fenomenologia que esta incriminação parece englobar, iremos avançar com uma proposta alternativa que, em nosso entender, contribuiria para a clareza da LCT como um todo.

Parece-nos existir aqui uma mistura do tratamento de vários fenómenos nesta incriminação. Incriminação que sendo dirigida explicitamente aos fenómenos do incitamento público ao terrorismo e do recrutamento para o terrorismo parece ter também uma dimensão em que se conecta com o fenómeno do treino para o terrorismo.

Isto porque, segundo a nossa interpretação: ou as mensagens a que se refere a norma em apreço servem apenas de inspiração, e não se vê como se possa utilizar uma mensagem de incitamento como inspiração “na prática de atos preparatórios”, pois o ato de fazer “uso na prática” desses atos, em nossa opinião, apenas deve ser entendido como havendo aqui um mínimo de conteúdo de ensinamento ou instrução, apto a facilitar a concretização prática do ato preparatório. Ou, por outro lado, essa mensagem, mais do que inspiração, tem um conteúdo informativo ou instrutivo reconduzível ao fenómeno penalmente relevante do treino, caindo assim no âmbito do crime de treino para o terrorismo, na sua vertente passiva, previsto no n.º7 do artigo 4.º da LCT.¹³⁵

Porém, reconhecemos que esta não é a interpretação mais unânime e certamente é uma tal que se afasta significativamente daquilo que foi a intenção do legislador. Procuraremos, por isso, agora, perspetivar a norma de forma mais próxima daquilo que o legislador parece ter pretendido aqui enquadrar.

Iremos focar-nos, para já, nos problemas que nos parecem advir da compreensão da norma incriminadora em linha com a intenção do legislador, nomeadamente do que podemos designar a atribuição de um sentido amplo à expressão “fizer uso na prática dos respetivos atos preparatórios”, como englobando a possibilidade de este uso consistir na mera produção de uma influência sobre o agente para a prática dos referidos atos preparatórios.

NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, admitindo a possibilidade de as referidas mensagens terem, em alguns casos, um conteúdo de treino ou ensinamento, entendem que foi intenção do legislador “que as mensagens sirvam, no mínimo, de fonte de “inspiração” no processo de radicalização do agente, comprovado pela circunstância de usar o conteúdo das mesmas na preparação dos factos terroristas”.^{136 137}

Se, nesta linha, considerarmos que o fazer “uso na prática” inclui o ato de “usar” o conteúdo da mensagem enquanto mera inspiração ou motivação para um determinado ou

¹³⁵ Repare-se que a norma incriminadora do treino para o terrorismo, a que nos referiremos detalhadamente *infra*, engloba, de acordo com a sua redação, “outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no nº1 do artigo 2º”, sendo aí enquadrável uma ampla gama de conteúdo com o potencial de ser utilizado na prática de atos preparatórios.

¹³⁶ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.82

¹³⁷ Vide, na mesma página da obra *supra* citada, NUNO BRANDÃO & ANTÓNIO MIGUEL VEIGA exemplificando uma situação que poderia considerar-se como de uso de uma mensagem como inspiração para a prática dos atos preparatórios.

determinável ato terrorista a que essa mensagem incita, tal significa, nesta parte, a criminalização da conduta de aceder às referidas mensagens, com a intenção relevante, e o deixar-se aparentemente incitar à prática dos atos nela referidos, ou seja, do que se pode designar, por facilidade expositiva, de vertente passiva do incitamento público ao terrorismo. Como já deixámos antever e clarificaremos nos desenvolvimentos subsequentes, pensamos que esta conduta não deve ser objeto de incriminação.

Repare-se que adotar esta interpretação significaria punir o mero acesso às mensagens de incitamento público ao terrorismo e a posterior prática de um ato preparatório de um facto terrorista a que essas mensagens incitam, sem que tivesse que existir nada nessas mensagens que as ligasse materialmente ao concreto ato preparatório levado a cabo.¹³⁸

Bastaria, como tal, que houvesse o acesso às referidas mensagens, acompanhada da prática de um qualquer ato preparatório de um facto terrorista ao qual essa mensagem teria incitado. Ato preparatório que, se for de lhe atribuir relevância penal neste contexto, será já objeto de punição independentemente desta conexão com o acesso às mensagens de incitamento. Tal constatação é fundamental para perceber que a prática do ato preparatório não pode constituir aqui critério decisivo para a ponderação sobre a existência desta incriminação, razão pela qual esse elemento do tipo assumirá, para já, um papel secundário na análise a empreender sobre a incriminação em apreço.

Além disso, tendo em conta que a execução de um facto terrorista pressupõe sempre a existência de um qualquer ato preparatório (sendo que estes atos ou são autonomamente puníveis ou são penalmente irrelevantes) e se associarmos a isto o facto de não se exigir que a mensagem tenha algum conteúdo material de ensinamento ou instrução que se possa refletir na prática do ato preparatório que desencadeia a aplicabilidade deste tipo-legal, verificamos que a ligação entre estes dois elementos do tipo objetivo de ilícito é extremamente vaga. Daí que, pelo menos assim entendemos, NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA ressalvem que quando a mensagem seja meramente incitadora, exista a necessidade de “demonstração de que o comportamento depois adotado pelo agente é enquadrável na categoria dos atos idóneos e tendentes à preparação da futura

¹³⁸ Não esquecemos os elementos adicionais exigíveis no plano do tipo subjetivo de ilícito, mas a sua existência não invalida, assim entendemos, o que aqui se dispõe.

prática da factualidade terrorista exortada nas mensagens” para que haja a perfeição do tipo-de-ilícito.¹³⁹

É importante referir que os citados autores propõem-se analisar a referida norma incriminadora a partir daquilo que foi o intento do legislador, ao contrário do que aqui nos propomos fazer, que inclui uma proposta de interpretação alternativa. Na nossa opinião, o facto de os autores acabarem por colocar em causa a legitimidade material desta incriminação é motivada, entre outras razões, pela interpretação deste elemento típico neste sentido amplo que resulta da vinculação ao propósito do legislador.

Na sequência do raciocínio até aqui empreendido e afastando-nos novamente daquilo que foi a intenção do legislador, reforçamos o nosso entendimento de que o acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo: ou tem, por via do conteúdo destas, o potencial de contribuir para a instrução ou treino de quem lhes acede, acompanhado dos elementos do tipo subjetivo de ilícito, caindo, eventualmente, no âmbito de punibilidade do n.º7 do artigo 4.º da LCT. Ou, por outro lado, o referido acesso se resume a uma atividade contemplativa de uma mensagem de incitamento público ao terrorismo que, ainda que acompanhada de uma intenção terrorista¹⁴⁰ que, eventualmente, venha a ser fortalecida pelo conteúdo da mensagem, não possui nenhum nível relevante de ofensividade que justifique a sua incriminação.

Face ao exposto, entendemos não ter sentido a existência do crime previsto no artigo 5.º da LCT, nesta sua hipotética dimensão conexa ao recebimento de treino para o terrorismo.

Não pretendemos subestimar a influência que estas mensagens de incitamento podem ter junto de quem lhes acede, nem negamos o potencial de radicalização que comportam. Na nossa opinião, o que não faz sentido é incriminar o acesso a essas mensagens sem que lhe esteja associada uma factualidade relevante para o potencial de perigo para o bem jurídico protegido.

Acreditamos que essa factualidade relevante apenas existe quando, no mínimo, estas mensagens são, como diz a letra da lei, usadas na prática de atos preparatórios. Só que daí resulta que essa utilização na prática de atos preparatórios, na parte em que se relaciona

¹³⁹ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.81-82

¹⁴⁰ Tal como da intenção de ser recrutado para a prática de factos terroristas.

com as referidas mensagens, parece-nos estar necessariamente ligada, pelas razões que expusemos *supra*, a um conteúdo instrutivo e não meramente incitador e despoletador de inspiração no agente.

Como tal, entendemos que o acesso a mensagens meramente incitadoras de crimes de terrorismo, sem que estas contenham um conteúdo de instrução ou ensinamento, não deve ser criminalizado. Por outro lado, quando as referidas mensagens comportem o tal conteúdo de treino penalmente relevante serão abrangidas pela incriminação dirigida ao treino para o terrorismo. Parece, então, não haver espaço ou utilidade para este preceito penal, nesta sua hipotética dimensão.

Poderia defender-se que, ainda assim, haveria espaço para esta incriminação, punindo algo diferente, ou seja, punindo, não a utilização das mensagens de incitamento, mas apenas e só o acesso às mesmas. Ora, mas é precisamente isso que esta incriminação não é nem pode ser. Da forma como vemos as coisas, a factualidade típica não pode consistir no mero acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo, ainda que acompanhado de uma intenção terrorista ou da intenção de ser recrutado para a prática de factos terroristas.

Olhando, desta perspetiva, para a legislação existente noutros Estados-Membros da União Europeia verificamos que na Alemanha existe uma norma – *Section 91 (2) StGB* – que incrimina a conduta de, com a intenção de cometer a factualidade no caso tipicamente relevante, obter material escrito que tenha as características correspondentes ao que definem como “*Encouraging the commission of a serious violent offence endangering the State*” – *Section 91 (1) StGB*.

Há, no entanto, que notar que esta norma não constitui o mais adequado ponto de comparação, uma vez que a estrutura da legislação alemã que incide sobre a fenomenologia do terrorismo é significativamente diferente da existente em Portugal e na maioria dos Estados-Membros.

Essa diferente construção é vislumbrável, entre outros aspetos, no facto de não se encontrarem tipificados crimes como os de incitamento, recrutamento ou treino para o terrorismo de forma autónoma como se verifica, por exemplo, em Portugal. Tal não significa que a maioria dessas condutas não sejam também criminalizadas de outra forma, nomeadamente através de normas incriminadoras como a de “*Preparation of a serious*

violent offence endangering the State” e a já referida “*Encouraging the commission of a serious violent offence endangering the State*”. Ao contrário do que à primeira vista poderia parecer, a legislação alemã é até descrita como indo além daquilo que são as obrigações de incriminação impostas pela União Europeia.

Se, apesar das substanciais diferenças estruturais acabadas de sublinhar, se pretender utilizar essa norma como ponto de comparação com a nossa norma tipificada no n.º5, há que tecer as seguintes considerações que reforçam as diferenças entre as duas normas concretamente em causa: a norma incriminadora alemã – *Section 91 StGb* – apenas se dirige a “*written material which by its content is capable of serving as an instruction to the commission of a serious violent offence endangering the State (...), if the circumstances of its dissemination are conducive to awakening or encouraging the preparedness of others to commit a serious violent offence endangering the State*”.

Desta forma, os requisitos típicos da legislação alemã relativamente ao material relevante para a incriminação são muito mais restritivos do que acontece com a lei portuguesa. É fundamental destacar que a expressão “*written material*” inclui conteúdo audiovisual¹⁴¹, pretendendo abranger conteúdo divulgado na internet, mas apenas conteúdo que possa servir como instrução para a comissão da factualidade relevante, parecendo dirigir-se a material com um conteúdo de ensinamento e instrução e não àquele que tenha um conteúdo meramente incitador ou encorajador. Não que o incitamento ou encorajamento não releve, pois releve de forma expressa de acordo com o disposto na norma, mas tem que existir, mais do que isso, um conteúdo de instrução que pelas circunstâncias da sua disseminação tenha o potencial de encorajar para a comissão da factualidade relevante.¹⁴²

Diferente parece ser o caso da norma incriminadora tipificada no *Artículo 575* do Código Penal espanhol. Mais uma vez estamos perante uma incriminação que, tendo pontos de contacto com a norma incriminadora portuguesa, apresenta também relevantes diferenças. O tipo-legal em causa dirige-se à fenomenologia do “*adoctrinamiento o adiestramiento militar*” e não à fenomenologia do incitamento público ao terrorismo, sendo esta antes

¹⁴¹ Section 11 (3) StGB

¹⁴² Vide, neste sentido, ANNEKE PETZSCHE & MANUEL CANCIO MELIÁ, “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences”, in G. Lennon, C. King & C. McCartney (eds.), *Counter-terrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice*, Ebook, Bloomsbury Publishing, 2018, p.254

abrangida pela incriminação do *Artículo 579* do Código Penal espanhol, que não prevê a punibilidade da vertente passiva.

No entanto¹⁴³, no n.º2 do *Artículo 575* do Código Penal espanhol é criminalizada a conduta de “*autoadoctrinamiento*”. Efetivamente, na incriminação tipificada neste número é conferida relevância penal à conduta de, com a intenção de cometer factos materialmente terroristas, aceder de maneira habitual a material disponível online que tenha conteúdo dirigido ou que seja idóneo para incitar à incorporação numa organização ou grupo terrorista ou a colaborar com os seus fins, sendo ainda criminalizada a conduta de ter em seu poder documentos com as mesmas características.

Sopesadas as semelhanças e as diferenças entre as duas normas incriminadoras em apreço, não podemos negar a existência de pontos de contacto entre as duas. Efetivamente, a norma penal espanhola parece, em parte, consubstanciar precisamente aquilo que criticámos na incriminação portuguesa prevista no n.º5 do artigo 4.º da LCT. Perante tal constatação, sublinhamos que tal não altera a nossa perceção sobre a incriminação existente no nosso ordenamento jurídico-penal e damos razão às várias críticas que têm sido dirigidas à referida norma do Código Penal espanhol por alguma doutrina.¹⁴⁴

Noutro plano, como já demos conta, este crime apreende também o fenómeno do recrutamento para o terrorismo na sua vertente passiva.¹⁴⁵ Mais uma vez, é importante ressaltar que não pretendemos retirar relevância a este fenómeno. Desde logo, não temos dúvidas quanto à legitimidade da incriminação do recrutamento, na sua vertente ativa, tipificado no n.º6 da LCT. Já no que se refere ao que se pode designar a vertente passiva do recrutamento, a que nesta incriminação se acaba por conferir relevância penal¹⁴⁶, podem levantar-se dúvidas.

¹⁴³ Sendo nesta parte que parece existir coincidência fenomenológica entre a norma incriminadora do *Artículo 575º* do Código Penal espanhol e a norma incriminadora do n.º5 do artigo 4º da LCT.

¹⁴⁴ *Vide*, a título de exemplo, criticamente sobre a norma incriminadora constante do n.º2 do *Artículo 575º* do Código Penal espanhol, ANNEKE PETZSCHE & MANUEL CANCIO MELIÁ, “Speaking of Terrorism...”, in G. Lennon, C. King & C. McCartney (eds.), *Counter-terrorism, Constitutionalism...*, *op. cit.* p.259

¹⁴⁵ Com as expressões “recrutamento para o terrorismo na sua vertente passiva” ou “vertente passiva do recrutamento para o terrorismo”, que aqui utilizaremos, pretendemos referir-nos à conduta de “estabelecer um acordo com o recrutador para a prática de um facto terrorista”, como ficará claro, *infra*, no próximo ponto deste Capítulo dedicado ao crime de recrutamento para o terrorismo.

¹⁴⁶ Afirmamos que confere relevância penal no sentido de, através da previsão típica do elemento subjetivo “intenção de ser recrutado”, pretender abarcar tal fenomenologia.

Se o fenómeno do recrutamento, na sua vertente ativa, constitui crime autónomo em que se pune o recrutamento sem ligação com outro tipo de conduta penalmente relevante, parece-nos que, a pretender-se continuar a conferir relevância penal à vertente passiva do recrutamento para o terrorismo, a forma mais correta de o fazer seria em moldes similares àqueles em que se incriminou a vertente passiva do treino para o terrorismo.

Desta forma, no n.º6 poderia incriminar-se o recrutamento para o terrorismo, tanto sua vertente ativa como passiva. Assim, através da incriminação contida nesse número se puniria quem recruta para o terrorismo e quem é recrutado para o terrorismo. O que sucede, neste momento, é que o agente que, com a intenção de ser recrutado, preencha os elementos do tipo objetivo de ilícito previstos no n.º5 do artigo 4.º da LCT, pode ser punido no âmbito dessa incriminação. Mas parece-nos que faria mais sentido e fomentaria a clareza da LCT como um todo punir-se o efetivo recrutamento, também do sujeito recrutado e não apenas do que recruta, ao invés de se conferir relevância à vertente passiva do recrutamento para o terrorismo por via do n.º5 do artigo 4.º da LCT.

Recapitulando: Temos aqui três fenómenos que, no contexto da LCT e concretamente pela existência deste n.º5 do artigo 4.º, estão interligados: o incitamento público ao terrorismo, o recrutamento para o terrorismo e o treino para o terrorismo. Dois destes fenómenos são explicitamente abrangidos pelo teor literal da norma – o incitamento público ao terrorismo e o recrutamento para o terrorismo – e o outro resulta da interpretação que fazemos da mesma norma – o treino para o terrorismo.

Verifica-se que: o treino para o terrorismo é, de acordo com o n.º 7, punido na sua vertente ativa e passiva. O recrutamento para o terrorismo é, de acordo com o n.º 6, punido na sua vertente ativa. O incitamento público ao terrorismo é, de acordo com o n.º 3, punido na sua vertente ativa.

Além disto, numa norma cuja redação e objetivo são difíceis de compreender – a norma do n.º5 – é, de forma *sui generis*, conferida relevância penal às vertentes passivas dos crimes de incitamento público ao terrorismo e de recrutamento para o terrorismo, mas apenas quando, nos termos da referida norma incriminadora, estes dois fenómenos estejam relacionados, apenas quando se verifiquem em simultâneo. Ou seja, só se confere relevância penal à vertente passiva do incitamento público ao terrorismo, que consiste no acesso às mensagens desse cariz, quando exista o propósito de, por essa via, ser recrutado para o

terrorismo (vertente passiva do recrutamento) e só se confere relevância penal à vertente passiva do recrutamento para o terrorismo quando, com a intenção correspondente, se leve a cabo o acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo (vertente passiva do incitamento público ao terrorismo). O que dizer?

Por um lado, como já referimos, entendemos que o acesso às mensagens de incitamento público ao terrorismo, a ser criminalizado, só o poderá ser desde que acompanhado de outros requisitos típicos como são, no caso da norma incriminadora erigida pelo legislador português, a finalidade de ser recrutado e a prática de atos preparatórios dos factos terroristas em causa. Porém, se nos abstrairmos da construção típica existente e autonomizarmos a fenomenologia sobre que incide, é possível continuar a conferir relevância penal à vertente passiva do recrutamento para o terrorismo, cuja incriminação pode considerar-se legítima, e afastar a relevância penal concedida à conduta de aceder a mensagens de incitamento público ao terrorismo, cuja criminalização, do nosso ponto de vista, é altamente questionável.

Como tal, faz mais sentido que se puna o recrutamento na sua vertente passiva, em moldes equivalentes àqueles em que se incrimina o treino na sua vertente passiva, passe este pelo acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo ou não. Moldes equivalentes que não têm necessariamente que passar pela inclusão das duas vertentes no mesmo número, como acontece no caso do treino para o terrorismo, visto existirem aqui especificidades que talvez mereçam um tratamento autónomo das duas vertentes. O que se pretende sublinhar é a preferência pela tipificação deste crime de recrutamento na sua vertente passiva desacompanhado de elementos típicos que captam fenómenos totalmente diversos e cuja incriminação levanta dúvidas de legitimidade, como é o caso do acesso às mensagens de incitamento público ao terrorismo.

Ora, como expusemos até aqui, a conduta de meramente aceder a mensagens de incitamento público ao terrorismo não deve ser criminalizada. Além disso, por referência aos restantes elementos do tipo presentes nesta incriminação e ao raciocínio que sobre estes expusemos *supra*, este acesso apenas deve ter relevância em relação com o treino para o terrorismo e por essa incriminação será abrangido. Relativamente à fenomenologia do recrutamento para o terrorismo, a pretender continuar-se a atribuir relevância penal à sua vertente passiva, seria preferível acomodá-la na incriminação do n.º6, tal como sucedeu com

a vertente passiva do crime de treino para o terrorismo (n.º7), ou tipificá-la de forma autónoma no artigo 4.º da LCT.

Note-se, porém, que não defendemos necessariamente a incriminação desta vertente passiva do recrutamento para o terrorismo. Tal posicionamento ficará claro quando *infra*, no próximo ponto, nos pronunciarmos sobre o n.º6 deste artigo 4.º da LCT, onde se encontra tipificado o crime de recrutamento para o terrorismo. Esse próximo ponto da dissertação deverá, por isso, ser compreendido em conexão com as considerações aqui expostas e estas devem igualmente ser ponderadas em articulação com o que expusermos *infra* no próximo ponto.

Concretizando: percebemos a criminalização da vertente ativa do recrutamento para o terrorismo e entendemos que mantendo-se a pretensão de, por alguma forma, conferir relevância penal à vertente passiva do recrutamento, o mais adequado seria a sua incriminação enquanto tal, de forma clara, como já sucede com a vertente passiva do treino para o terrorismo.

Relativamente ao incitamento público ao terrorismo, apenas se percebe a criminalização da conduta de difundir tais mensagens e já não a conduta de aceder a tais mensagens, pois esta não ascende a um limiar mínimo de ofensividade.

Somos da opinião que o acesso às mensagens de incitamento público ao terrorismo não deve ser objeto de incriminação e que a existência desta norma híbrida e altamente complexa é mais problemática do que solucionadora. Percebemos que a vertente passiva do recrutamento possa ser incriminada, mas entendemos que, para tal, não é necessária nem conveniente esta ligação ao acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo.

Finalmente, há que referir que esta incriminação tem como um dos elementos típicos a utilização do conteúdo das mensagens na prática dos atos preparatórios. Repare-se que, na construção do tipo-legal em causa, este elemento típico é fundamental e é o que permite sustentar a existência de um mínimo de ofensividade na conduta, para que se lhe conferida relevância penal. Só que, como já aflorámos *supra*, não concordamos que tal seja suficiente para conferir relevância penal à conduta de aceder a mensagens de incitamento ao terrorismo. Pois, como afirmam NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA “(...)

ou tais atos configurarão, *per se*, crimes autónomos e como tal serão censurados; ou, diversamente, não constituirão ilícitos penais a verberar por si próprios”.¹⁴⁷

Parece-nos que, no fundo, esta incriminação vem atuar sobre a origem hipotética de tais atos preparatórios. A razão da existência desta incriminação está, como tal, no acesso às mensagens, servindo os restantes elementos típicos para lhe conferir legitimidade material. Mas esta construção, quando observada no contexto sistemático em que está inserida, como um todo, parece artificial, forçada e, mais importante, desnecessária.

Toda esta complexa construção parece constituir um pretexto para que se conceda relevo penal ao ato de aceder a mensagens de incitamento público ao terrorismo.¹⁴⁸ Parece existir esta pretensão de avançar a tutela penal a tão precoce e “inofensivo” estágio, elaborando-se para tal uma incriminação em que, por via da acoplação a esta conduta de outros elementos típicos, se procura legitimar tal adiantamento da intervenção penal.

No entanto, como referimos, tal construção revela-se artificial e contraproducente, parecendo-nos estar aqui um caso de criminalização da preparação – se assim se pode sequer chamar à conduta de aceder a mensagens de incitamento público ao terrorismo – de atos preparatórios já punidos *per se*. Mais do que isso, sob a forma desta complexa norma incriminadora, encontra-se materialmente uma norma que se aproxima perigosamente de um Direito penal do autor.

No plano da pena, este crime, a par do crime de aplologia pública ao terrorismo, conta com a previsão mais baixa ao nível do limite máximo, sendo este de três anos. Igualmente a par do crime tipificado no n.º8 do artigo 4º da LCT, encontra-se prevista a possibilidade de aplicação de pena de multa. A pena de multa tem como limite máximo, neste n.º5, trezentos e sessenta dias.

Tendo em conta que somos do entendimento que o mais adequado seria a inexistência desta norma incriminadora, naturalmente que perante a realidade que é a sua existência apenas podemos concordar com o facto de a pena abstrata prevista para a mesma

¹⁴⁷ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit.p.79

¹⁴⁸ Vide, neste sentido, NUNO BRANDÃO & ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Artigo 4.º”, op. cit. p.79

ser a mais baixa neste contexto da LCT e com a previsão da possibilidade de aplicação de pena de multa.

2.3. O n.º6 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo

Neste número pode ler-se “Quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos”. Criminaliza-se, desta forma, o recrutamento para o terrorismo.

O bem jurídico protegido por esta incriminação é a paz pública interna. A conduta incriminada por neste número consiste num ato preparatório de um crime de terrorismo em sentido próprio.

Foi através da Lei 17/2011 que o recrutamento para o terrorismo foi incriminado na nossa ordem jurídica. Nos instrumentos legislativos da União Europeia a referência ao recrutamento para o terrorismo enquanto facticidade com relevância penal surge na Decisão-Quadro 2008/919/JAI do Conselho. Anteriormente, esta facticidade tinha já sido destacada na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo. Como já demos conta, estes instrumentos foram entretanto substituídos pela mais recente Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho.

No artigo 6.º do Título III da mencionada Diretiva, pode ler-se: “Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que seja punível como infração penal, quando cometida com dolo, a solicitação ao outrem para que cometa qualquer das infrações enumeradas no artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) a i), ou no artigo 4.º, ou contribua para a sua prática”.

É importante deixar claro, a respeito desta incriminação e também com relevância para a constante do n.º5, que o recrutamento aqui relevante é o recrutamento para um concreto ato terrorista. Isto resulta claro da letra da lei, mas entendemos que este esclarecimento é importante tendo em conta o sentido mais comumente atribuído ao conceito de “recrutamento”.

Efetivamente, no contexto do terrorismo, o recrutamento costuma ser mais utilizado no que se pode designar um conceito amplo de recrutamento e que se refere ao recrutamento

para uma organização terrorista e não tanto para um concreto ato terrorista. Porém, esta incriminação abrange apenas e só o recrutamento para um concreto ato terrorista, sem que releve aqui a existência ou não de uma conexão com uma organização terrorista.

O tipo objetivo da presente incriminação resume-se ao ato de recrutar outrem para a prática de atos terroristas. Quanto ao tipo subjetivo, este resume-se à já mencionada “intenção terrorista”.

O ato de recrutar, tipicamente relevante, consistirá, segundo NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, na “*solicitação a outrem para que cometa atos terroristas*”.¹⁴⁹

Na sequência do que já referimos no ponto anterior, este número apenas incrimina a vertente ativa do recrutamento para o terrorismo. Desta forma, comete o facto ilícito-típico deste número apenas quem recruta e não quem é recrutado para a prática de factos materialmente terroristas enumerados no n.º1 do artigo 2.º.

Como já desvendámos no ponto anterior, quando abordámos sumariamente a incriminação tipificada neste número, não temos dúvidas quanto à legitimidade da mesma. É mais uma norma imbuída do espírito preventivo que perpassa toda esta legislação dirigida ao terrorismo, mas uma daquelas que, no nosso entendimento, não levanta questões relevantes quanto à sua legitimidade material.

Como também já referimos, consideramos que era preferível incluir a punição da vertente passiva do recrutamento para o terrorismo nesta incriminação, evitando incluí-la, nos termos dúbios em que é feito, na incriminação do n.º5 do mesmo artigo.

Se, como NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, entendermos o recrutamento para o terrorismo como solicitação a outra pessoa para que esta cometa atos terroristas, no sentido de “uma indução, uma forte e clara proposta tendente ao “convencimento” do respetivo destinatário”¹⁵⁰, destinatário esse que tem que ser um destinatário determinado ou determinável, em que se exige “o encontro de vontades – sério, firme e decidido – entre recrutador e recrutado para a prática, por este último, de um facto

¹⁴⁹ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.93

¹⁵⁰ *Ibidem*

terrorista”¹⁵¹, estamos perante facticidade com um efetivo potencial de perigo para o bem jurídico protegido – a paz pública interna.

Como acabámos de ver, de acordo com a norma penal aqui em análise, o facto punível é o recrutamento em si, na sua vertente ativa. Não há qualquer menção à vertente passiva desse recrutamento dirigido a um destinatário determinado ou determinável, mas curiosamente verifica-se que, nos termos do n.º5, a vertente passiva do recrutamento, ou mais precisamente, a mera intenção de ser recrutado pode adquirir relevância penal nesse contexto, quando acompanhado dos restantes elementos do tipo-legal, nomeadamente o (em nosso entender problemático) ato de aceder a mensagens de incitamento público ao terrorismo.

Desta forma, a lei não prevê a punibilidade do ato de ser recrutado que, como vimos, implica o acordo entre recrutador e recrutado para a prática de um ato terrorista. Por outro lado, prevê a punibilidade do acesso, levado a cabo com a intenção de ser recrutado, a mensagens de incitamento público ao terrorismo que, como vimos, consistem num apelo generalizado à prática de um facto terrorista.

Neste segundo caso a facticidade é muito mais vaga, principalmente quando observada a partir da perspetiva do agente que pretende ser recrutado. É verdade que a punibilidade dessa conduta exige ainda, para além da facticidade acabada de apontar, a prática de atos preparatórios. Mas então não faria mais sentido ser essa exigência típica associada ao ato de ser recrutado no âmbito deste n.º6, expressamente dirigido ao recrutamento para o terrorismo?

É isto que entendemos ser o mais adequado. Como fica claro, a análise que acabámos de fazer desta norma assenta numa abordagem integrada, que se debruça sobre a continuidade e relação de sobreposição entre as incriminações do n.º3, 5 e 6 do artigo 4.º da LCT. É com base nessa abordagem sistemática que concluímos que a norma do n.º5 é dispensável e que não deveria existir no nosso ordenamento jurídico-penal.

O que acabamos de afirmar não implica que o fenómeno do recrutamento para o terrorismo na sua vertente passiva deixe de ter relevância no nosso ordenamento jurídico-

¹⁵¹ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit., p.94

penal, visto que essa vertente do fenómeno poderia passar a ser abrangida por este n.º6 da LCT, numa solução que nos parece muito mais adequada e que prescindiria de qualquer conexão com o acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo.

Por esta via, manter-se-ia a punibilidade dos fenómenos criminais que a União Europeia pretende ver punidos pela Lei interna, neste caso o fenómeno do recrutamento para o terrorismo, sem que isso dependa da atribuição de relevância penal a condutas sem um mínimo de ofensividade para o bem jurídico, que interferem excessivamente com a esfera de liberdade dos indivíduos e se aproximam perigosamente de meros delitos de pensamento.

Importa, porém, salientar que na Diretiva (UE) 2017/541 não há nenhuma referência expressa à criminalização do recrutamento para o terrorismo na sua vertente passiva. Como tal, entendemos que se houvesse a supressão do n.º5 do artigo 4.º sem a simultânea incriminação da vertente passiva do recrutamento para o terrorismo no n.º6 do mesmo artigo, nem por isso se estaria perante uma situação de incumprimento perante o disposto no referido instrumento legislativo da União Europeia.

A título de exemplo, no Código Penal dinamarquês o crime de recrutamento para o terrorismo é punido também na sua vertente passiva – *Section 114 c(3), Danish Criminal Code* – sucedendo o mesmo com a vertente passiva do treino para o terrorismo – *Section 114 d(3), Danish Criminal Code*. A disposição dinamaquesa prevê uma pena de prisão até seis anos para quem aceite ser recrutado para cometer atos terroristas, sem qualquer requisito adicional.

Como afirma JORN VESTERGAARD “*The new provisions in the second anti-terrorism package also made it a criminal offence to “let yourself be recruited or trained “to commit or facilitate” terrorist acts or terror-like acts”*”.¹⁵² O autor dinamarquês afirma, no referido contexto, que não existe imposição da criminalização de nenhuma destas condutas. Além disso, sublinha a peculiaridade de o Governo dinamarquês ter explicado a criação desta incriminação com o argumento de que tal seria natural, para acompanhar a criminalização do recrutamento na sua vertente ativa.¹⁵³

¹⁵² VESTERGAARD, Jorn, “Denmark: criminal law as an anchorage point for proactive anti-terrorism legislation”, in “F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, *op. cit.* p.188

¹⁵³ *Ibidem*

Como já demos conta, atualmente a situação mudou relativamente à conduta de receber treino para o terrorismo, mas mantém-se inalterada relativamente à conduta de aceitar ser recrutado para o terrorismo. VESTERGAARD revela-se crítico das referidas incriminações nos moldes em que estão tipificadas na lei dinamarquesa e afirma não ser coincidência que outros países europeus se tenham absterido de avançar com a criminalização de tais condutas.¹⁵⁴

Alinhamos com a posição do autor relativamente à vertente passiva do crime de recrutamento para o terrorismo. Porém, como já referimos, discordamos também da existência da norma prevista no n.º5 do artigo 4.º da LCT, onde acaba por se conferir relevância penal ao fenómeno do recrutamento para o terrorismo na sua vertente passiva. Entendemos que a criminalização da vertente passiva do recrutamento para o terrorismo, como acontece na lei dinamarquesa seria, ainda assim, preferível à nossa norma do n.º5 do artigo 4.º da LCT, desde que acompanhada de requisitos típicos adicionais, entre os quais, necessariamente, a “intenção terrorista”.

Isto porque, relativamente à incriminação atualmente constante do n.º5 do artigo 4.º da LCT, tal norma teria pelo menos a vantagem de ser mais clara. Além dos requisitos acabados de mencionar, sublinhamos que o que aqui propomos teria de assentar no conceito de recrutamento com a densidade inerente ao sentido que NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA lhe atribuem e que pressupõe o encontro de vontades das partes – recrutador e recrutado –, ao invés de um mero apelo generalizado de uma das partes, eventualmente correspondido de forma autónoma e isolada pela outra.

Relativamente à moldura penal prevista para esta incriminação, vimos já que se fixa entre os dois e os cinco anos de prisão. Este crime está entre aqueles para os quais está prevista uma moldura penal abstrata mais alta, apenas superada pela agravação do crime de incitamento público ao terrorismo prevista no n.º4 da mesma Lei. Considerando que estamos perante um dos crimes instrumentais do crime de terrorismo com maior relevância e potencial de perigo para o bem jurídico protegido, entendemos que a pena abstratamente prevista é adequada à gravidade do ilícito e sistematicamente coerente.

¹⁵⁴ VESTERGAARD, Jorn, “Denmark: criminal law as an anchorage point for proactive anti-terrorism legislation”, in “F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism...*, *op. cit.* p.188

2.4. O n.º7 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo

A incriminação constante deste número incide sobre o treino para o terrorismo. De acordo com o disposto na Lei: “Quem, por qualquer meio, treinar ou instruir outrem, receber de outrem ou adquirir por si próprio treino, instrução ou conhecimentos, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos”.

O bem jurídico protegido por esta incriminação é, igualmente, a paz pública interna. Trata-se da incriminação de um ato preparatório de um crime de terrorismo propriamente dito.

Esta incriminação foi introduzida através da Lei 17/2011, pertencendo portanto ao núcleo original de “infrações relacionadas com atividades terroristas”. Outro instrumento em que se conferiu relevância a esta fenomenologia do treino para o terrorismo foi a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo. A sucessão de instrumentos com referências à matéria contribuiu para que esta norma incriminadora fosse hoje consideravelmente mais extensa do que era originalmente.

No plano do tipo subjetivo a situação manteve-se inalterada, sendo relevante a “intenção terrorista”. No plano do tipo objetivo, o crime de treino para o terrorismo, previsto neste n.º7 do artigo 4.º da LCT, engloba, atualmente, tanto a vertente ativa como a vertente passiva do treino. Ou seja, quer as condutas de “treinar ou instruir outrem”, quer as condutas de “receber de outrem ou adquirir por si próprio treino, instrução ou conhecimentos” são relevantes no plano objetivo do tipo.

Aquando da introdução, em 2011, deste crime na LCT, a conduta típica relevante era apenas a que traduzia a vertente ativa do treino. Posteriormente, em 2019, foi igualmente criminalizada a vertente passiva do treino para o terrorismo. Esta ampliação do tipo objetivo do crime em causa foi consequência das imposições dos instrumentos da União Europeia, sendo que neste crime em concreto essa imposição resultou da Diretiva (UE) 2017/541.

Na Decisão-Quadro 2008/919/JAI, a definição do treino para o terrorismo era a seguinte: “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 infracções enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º, sabendo que os conhecimentos ministrados se destinam a ser utilizados para essa finalidade”.

Esta definição do “treino para o terrorismo” manteve-se, no essencial, na Diretiva (UE) 2017/541. O que a substituição da Decisão-Quadro pela Diretiva alterou foi, como já referimos, que passou a fazer parte da factualidade relevante do treino para o terrorismo a vertente passiva do mesmo. Tal alteração partiu do disposto no artigo 8.º do Título III da Diretiva que apela à incriminação do ato de receber treino para o terrorismo.

O Considerando 11 da Diretiva refere-se à tipificação penal do ato de receber treino para o terrorismo, dispondo visar esta tipificação “as ameaças provenientes das pessoas que se preparam ativamente para cometer infracções terroristas, incluindo as que em última instância atuam isoladamente”.¹⁵⁵ Estabelece-se que “Receber treino para o terrorismo inclui a obtenção de conhecimentos, documentação ou competências práticas”¹⁵⁶ e que o “estudo autodidata também deverá ser considerado relevante quando “resulte de uma conduta ativa, praticada com a intenção de cometer uma infracção terrorista ou de contribuir para a sua prática”.¹⁵⁷

No n.º 7 da LCT temos, assim, tipificado o crime de treino para o terrorismo, existindo, de acordo com ANTÓNIO MIGUEL VEIGA e NUNO BRANDÃO “duas modalidades típicas e substancialmente autónomas entre si”.¹⁵⁸ Relativamente ao treino propriamente dito, independentemente da modalidade típica, o que está em causa é a “instrução ou conhecimentos, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no nº1 do artigo 2º, com a intenção nele referida”.

É de destacar que o treino pode ser efetuado “por qualquer meio”, o que, na nossa opinião, vai ao encontro daquilo que é a intencionalidade expressa na Diretiva de englobar as várias formas que o treino pode assumir, quer seja o treino físico no terreno, quer seja o treino através da internet, onde se insere também o treino autodidata, a que a Diretiva faz

¹⁵⁵ Diretiva (UE), 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, p.2

¹⁵⁶ *Ibidem*

¹⁵⁷ *Ibidem*

¹⁵⁸ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.104

referência expressa no considerando 11. Estamos, portanto, perante “uma ideia de treino em sentido amplo”¹⁵⁹, que abrange tanto as possibilidades de treino no seu sentido mais tradicional, como as formas de treino que emergiram com o desenvolvimento tecnológico e comunicacional das últimas décadas.¹⁶⁰

No plano da pena, esta situa-se entre os dois e os cinco anos. Assim, este crime tem prevista uma das molduras penais abstratas mais altas de entre as várias incriminações que aqui abordamos, a par do que se verifica com o crime de recrutamento. A moldura penal abstratamente prevista para os dois crimes é a mesma, tornando estes os crimes que têm simultaneamente o limite mínimo e máximo mais altos de entre os aqui considerados, com exceção do caso particular da agravação prevista no n.º4 do mesmo artigo para o crime de incitamento público ao terrorismo quando cometido por meio de comunicação eletrónica, acessível por internet.

Tal como referimos a propósito do recrutamento, consideramos que o treino para o terrorismo constitui uma das condutas mais relevantes e potencialmente perigosas para o bem jurídico protegido, pelo que consideramos a moldura penal abstratamente prevista coerente e adequada.

Não obstante, parece-nos que não é propriamente a mesma coisa, em termos da relevância penal da conduta, o ato dar ou receber treino no terreno e o ato de meramente aceder a *websites* ou descarregar ficheiros com conteúdo apto e útil à instrução de quem lhes acede. Entendemos que, mantendo-se a pretensão de criminalizar a conduta de “auto-treinamento”, se justificaria uma diferença significativa ao nível da pena abstrata que tivesse em conta a diferença fática entre as condutas em causa.¹⁶¹

¹⁵⁹ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.105

¹⁶⁰ Vide, sublinhando a preponderância destas formas de treino, FRANCESCA GALLI, “The criminalisation of terrorism risk within the European Union: a suitable choice?”, in C.Walker, M.L.Anlgí & M.C.Meliá (eds.), *Precursor Crimes...*, op. cit. p.61

¹⁶¹ Vide, pronunciando-se contra a criminalização do “self-training”, MARIONA LLOBET ANGLÍ, “‘Jihadist lone wolves’: terrorists, murderers or believers? Back to an actor-based criminal law”, in C.Walker, M.L.Anlgí & M.C.Meliá (eds.), *Precursor Crimes...*, op. cit. p.182

2.5. O n.º8 do artigo 4º da Lei de Combate ao Terrorismo

Neste número está tipificado o crime de apologia pública do terrorismo, nos seguintes termos: “Quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias”.

Esta incriminação protege o bem jurídico paz pública interna. Incide sobre uma conduta comunicativa, tal como acontece com o crime de incitamento público ao terrorismo.

Foi em 2015 que se procedeu à introdução deste crime na LCT. Como afirmam NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA “(...) a apologia pública do terrorismo vem sendo qualificada como uma *forma indireta de incitamento público ao terrorismo*”.¹⁶² Como vimos, o crime de incitamento público ao terrorismo encontrava-se já tipificado na LCT desde 2011, fazendo parte do primeiro grupo de verdadeiras “infrações relacionadas com atividades terroristas” juntamente com o recrutamento e o treino para o terrorismo.

Em 2015, como vimos, houve uma significativa ampliação do número de incriminações previstas no artigo 4.º da LCT, sendo uma destas incriminações a apologia pública do terrorismo. De acordo com o disposto na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 283/XII, que esteve na origem desta e outras incriminações: “Não resulta, contudo, da citada Decisão-Quadro qualquer obrigação para os Estados Membros de criminalizar a apologia pública do crime de terrorismo, cujas condutas poderiam, na ausência de criminalização específica, integrar a prática do crime previsto e punido pelo artigo 298.º do Código Penal(...)”.¹⁶³ Assim, a incriminação desta conduta é apontada como “um meio acrescido” de luta contra o terrorismo.¹⁶⁴

No plano do tipo objetivo de ilícito releva a conduta de, nos contextos e meios a que a norma expressamente faz referência, recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos terroristas de forma adequada a criar perigo

¹⁶² BRANDÃO, NUNO & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.113

¹⁶³ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 283/XII, p.2

¹⁶⁴ *Ibidem*

que outro crime da mesma espécie seja cometido. Esta formulação do tipo-objetivo de ilícito é distinta das utilizadas nas restantes incriminações, tendo a particularidade não configurar um crime de perigo abstrato no sentido puro do termo, como acontece com a generalidade das incriminações previstas neste artigo 4.º da LCT. Será, portanto, mais corretamente definido como crime de aptidão, no sentido de que “o perigo converte-se em parte integrante do tipo e não num mero motivo da incriminação”.¹⁶⁵

O ato de recompensar consiste na “atribuição de uma recompensa a outrem” pela prática de determinado facto terrorista, recompensa essa que se traduzirá na atribuição de uma vantagem seja de natureza material, seja de natureza imaterial.¹⁶⁶ Já o ato de louvar significa elogiar, exaltar, homenagear ou enaltecer outrem pela prática de determinado facto terrorista.¹⁶⁷

À semelhança do que sucede com o crime de incitamento público ao terrorismo e o crime de instigação pública a um crime, existe no Código Penal uma incriminação semelhante à apologia pública do terrorismo, mas cujo âmbito não é específico do terrorismo. Neste caso, a norma a que nos referimos é a do artigo 298.º do Código Penal – o crime de apologia pública de um crime.

Novamente, aqui, optou-se pela criação de uma norma penal idêntica, mas especificamente dirigida à criminalidade terrorista. Como já referimos, existe uma tendência evidente, da qual a existência da própria LCT é exemplo, para a separação e tratamento autónomo da criminalidade terrorista. A autonomização desta incriminação face à tipificada no artigo 298.º do Código Penal constitui mais um exemplo disso mesmo.

Tal como sucede com o crime de incitamento público ao terrorismo, também a apologia pública do terrorismo tem prevista uma pena mais elevada do que aquela que se prevê para a mesma conduta quando não relacionada com o fenómeno da criminalidade terrorista. Desta forma, como afirmam NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, trata-se de “(...) uma *simples agravação*, mediante cominação de penas mais pesadas, de um facto que já era punível no ordenamento penal português (...)”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral...*, *op. cit.* p.362

¹⁶⁶ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, *op. cit.* p. 117

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.118

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.117

Assim sendo, não é de colocar em causa a legitimidade material desta incriminação, apenas questionar se faz sentido esta autonomização face à norma geral e, principalmente, se é justificada e proporcional a agravação prevista ao nível da pena abstrata. É de salientar que na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 283/XII se afirma que, apesar da existência do crime de apologia pública de um crime no artigo 298.º do Código Penal que já cobriria a factualidade aqui incriminada autonomamente, a pena abstrata prevista seria demasiado baixa “atenta a gravidade dos factos conformadores de crimes de terrorismo e as finalidades da respetiva punição”.¹⁶⁹

Neste plano, se para o crime de apologia pública de um crime a pena pode ir até aos seis meses de prisão ou sessenta dias de multa, para o crime de apologia pública do terrorismo a pena pode chegar aos três anos de prisão ou trezentos e sessenta dias de multa. Assim, constata-se que a agravação prevista é bastante acentuada, mais acentuada até do que aquela que se verifica no caso do crime de incitamento público ao terrorismo face ao crime de instigação pública a um crime, a que nos referimos *supra*.

Além disso, paralelamente ao que vimos suceder no caso do crime de incitamento público ao terrorismo, no n.º9 do artigo 4.º da LCT está prevista a agravação da pena aplicável a este crime: “Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meios de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 480 dias”.

Esta agravação está relacionada com o acrescido potencial de difusão das mensagens divulgadas por estes meios. Como vimos, a União Europeia reconhece a importância e potencialidade excepcional destes meios no contexto da criminalidade terrorista e esta agravação constitui exemplo disso mesmo. Há que referir que a agravação prevista neste número acabará, nos dias de hoje, por abranger grande parte da factualidade relevante neste âmbito, uma vez que estes meios assumem cada vez mais um papel central ao nível da comunicação humana.

Tal circunstância é reconhecida de forma expressa na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 283/XII, onde se sublinha a “especial gravidade” e “frequência”¹⁷⁰ da realização da conduta aqui em apreço através da Internet, a qual se vislumbra como o meio

¹⁶⁹ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 283/XII, p.2

¹⁷⁰ *Ibidem*

mais perigoso de levar a cabo tal conduta “pela facilidade de acesso e sensação de impunidade decorrente do anonimato (...)”.¹⁷¹

Se a agravação prevista no n.º8 do artigo 4.º da LCT já era bastante pesada face ao crime de apologia pública a um crime, tipificado no artigo 298º do Código Penal, estamos agora perante uma agravação ainda mais pesada e que tem tendência para tornar-se na regra ao invés da exceção, pelo facto de abranger os meios de comunicação mais utilizados atualmente.

No contexto global da LCT, verifica-se que este crime tem prevista uma pena que é, a par da pena prevista para o crime tipificado no n.º5 do mesmo artigo, a mais baixa de entre as várias incriminações dirigidas às infrações relacionadas com atividades terroristas. Inclusivamente, por comparação com o crime de incitamento público ao terrorismo, que incide sobre a mais gravosa conduta comunicativa penalmente relevante neste âmbito, a moldura penal abstrata aqui prevista situa-se praticamente em metade, no que ao seu limite máximo diz respeito. Nesta relação que, logicamente, tem com essa outra incriminação parece-nos fazer sentido a diferença aqui prevista, como também faz sentido que seja um dos crimes deste artigo 4.º da LCT que tem prevista uma moldura penal abstrata mais reduzida e a possibilidade de aplicação da pena de multa.

No entanto, como já referimos, o cenário é bastante diferente quando utilizamos como termo de comparação o crime de apologia pública de um crime, tipificado no artigo 298.º do Código Penal. Se partirmos da pena abstrata prevista para esse crime e a compararmos com a prevista para a apologia pública de um crime de terrorismo, talvez se torne difícil perceber que a pena abstrata aqui prevista tenha o limite máximo situado nos três anos de pena de prisão, sendo que esse limite máximo é elevado para quatro anos de prisão quando a conduta seja praticada por meio de comunicação eletrónica, acessível por internet. Será a ligação ao terrorismo suficiente para justificar uma agravação tão acentuada da moldura penal abstrata quando comparada com a da apologia pública de um crime?

Se, como vimos, o entendimento plasmado na Exposição de Motivos foi o de que a pena abstratamente prevista para o crime de apologia pública de um crime era demasiado baixa tendo em conta a gravidade que um ilícito de terrorismo comporta, não será a aqui

¹⁷¹ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 283/XII, p.2

prevista, pelo contrário, demasiado alta tendo em conta o concreto ilícito de terrorismo que está em causa?

Na nossa opinião, o limite máximo da moldura penal abstrata previsto para este crime é excessivo e desproporcional relativamente à gravidade da conduta. Além disso, mesmo considerando a carga de ilicitude acrescida pela ligação ao terrorismo e o peso significativo que o legislador português lhe confere, é difícil compreender que tal justifique uma agravação para mais do triplo no que ao limite máximo da moldura penal abstrata diz respeito, em relação à prevista para o crime de apologia pública de um crime.¹⁷²

Face ao exposto, entendemos que a moldura penal aqui prevista é excessiva e desproporcional no que respeita ao seu limite máximo, tendo em conta o critério da proporcionalidade relativa, sendo sistematicamente incoerente.

2.6.O n.º10 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo

Neste número do artigo 4.º da LCT encontra-se tipificado o crime de viagem para treino para o terrorismo. A redação é a seguinte: “Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista a dar, receber ou adquirir por si próprio apoio logístico, treino, instrução ou conhecimentos, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substância nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicas para a prática dos factos previsto no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos”.

O bem jurídico protegido pela incriminação é a paz pública interna. Trata-se de uma incriminação que incide sobre um ato preparatório de um crime de terrorismo propriamente dito.

¹⁷² *Vide*, CHRISTOPHER MICHAELSEN, sobre esta questão, porém fora do contexto da União Europeia, na legislação australiana “The severity of the penalties for these ancillary offences raises concern, as they remain far in excess of those which apply to comparable criminal acts committed without the critical element of political, ideological or religious motivation. This feature not only introduces a lack of uniformity in penalties for similar offences (...)”. “Precursor crimes in Australia’s anti-terrorism legislation”, in C.Walker, M.L.Anlgí & M.C.Meliá (eds.), “Precursor Crimes...”, op. cit. p.87

Com a consideração da incriminação tipificada neste número do artigo 4.º, entramos no último grupo de incriminações, relacionado com o fenómeno das deslocações para o terrorismo. Para além da ligação clara ao fenómeno das deslocações, esta incriminação está também relacionada com o fenómeno do treino para o terrorismo. Foi introduzida na LCT em 2015, através da Lei 60/2015, integrando-se, por isso, como o resto das normas dirigidas à fenomenologia das deslocações para o terrorismo, naquela segunda vaga criminalizadora que teve grande impacto na expansão do direito penal do terrorismo em Portugal.

Da sua direta ligação com o crime de treino para o terrorismo resulta que, aquando da criminalização da vertente passiva do treino para o terrorismo, o crime aqui em análise foi alterado em conformidade, algo que resulta também da Diretiva (UE) 2017/541 em que, no artigo 9.º referente às “Deslocações para fins de terrorismo”, se inclui o objetivo “de dar ou receber treino para o terrorismo, como referido nos artigos 7.º e 8.º”. Isto porque o crime de viagem para o treino para o terrorismo se encontrava tipificado na LCT desde 2015 por influência da Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da ONU e do Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, assinado em 2015.

No Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, concretamente no n.º2 do artigo 4.º, estabelecia-se que “Cada uma das Partes adotará as medidas que se revelem necessárias para qualificar como infração penal, ao abrigo do seu direito interno, o ato de “deslocação ao estrangeiro para fins terroristas”, tal como definido no n.º1, quando praticado ilícita e intencionalmente. (...)”.

Ora, de acordo com a definição do n.º1 do mesmo artigo, seria “deslocação ao estrangeiro para fins terroristas”: “o ato de se deslocar a um Estado, que não o da sua nacionalidade ou residência, com a intenção de cometer uma infração terrorista, de para ela contribuir ou de nela participar, ou para treinar ou receber treino para o terrorismo”. Esta incriminação cobre, portanto, esta parte final do preceito.

Como se constata, estamos no âmbito da problemática dos *foreign terrorist fighters*, que se deslocam para outros países, sendo uma das potenciais finalidades dessas viagens a de obtenção de treino para o terrorismo. Evidentemente que este treino que aqui está em causa é o treino no terreno, pois só este pode exigir a deslocação do agente para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade para obtenção do mesmo.

Quanto ao tipo objetivo de ilícito, o que está em causa é o ato de “por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade”. Quanto ao preenchimento do elemento subjetivo do tipo de ilícito é essencial o propósito ou finalidade da viagem, que tem de ser o de dar, receber ou adquirir por si próprio apoio logístico ou treino para o terrorismo. Outro elemento do tipo subjetivo de ilícito do crime aqui previsto é a intenção do agente, havendo aqui mais uma vez remissão para a intenção referida no n.º1 do artigo 2.º da LCT – a “intenção terrorista”.

Uma particularidade desta incriminação, igualmente verificada na incriminação do n.º11 que analisaremos de seguida, é o facto de existir, como sublinham NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “uma explícita equiparação objetiva-típica entre tentativa e consumação”.¹⁷³ No Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, que esteve na origem desta incriminação, no n.º3 do artigo 4.º, apela-se precisamente à incriminação da “tentativa de cometer uma infração tal como a definida neste artigo”.

Comparando esta incriminação com a do n.º7 do artigo 4.º da LCT – crime de treino para o terrorismo – constatamos que, por um lado, existe uma ligação entre as duas e que, por outro, a factualidade aqui incriminada é cronologicamente anterior à prevista naquele número, sendo essa já por si anterior ao crime de terrorismo propriamente dito.

Da já mencionada perspetiva da antecipação da tutela punitiva, observamos aqui aquele que constitui talvez o seu exemplo mais paradigmático entre as incriminações que incidem sobre atos materialmente preparatórios, uma vez que estamos perante a criminalização do ato de viajar, não para o cometimento de um crime de terrorismo propriamente dito, mas para a realização de uma conduta cuja incriminação se insere já numa lógica de antecipação da tutela penal, parecendo existir uma dupla antecipação da tutela penal, consubstanciando uma incriminação da preparação da preparação de um crime de terrorismo em sentido próprio.

Se não tivemos dúvidas quanto à legitimidade da incriminação do treino para o terrorismo, esta incriminação da conduta de viajar para o treino causa-nos maior

¹⁷³ BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.128

perplexidade. Desde logo, a conduta de viajar é, em si mesma, banal, o que transfere todo o peso da incriminação para o tipo subjetivo de ilícito.

Como já observámos, esta importância acrescida do elemento subjetivo do tipo de ilícito é, em maior ou menor medida, um traço comum de várias incriminações neste âmbito, mas a sua preponderância afigura-se maior em incriminações, como é o caso desta, em que o tipo objetivo se traduz numa conduta axiologicamente neutra, tal como o ato de viajar ou tentar viajar.

Porém, a maior dúvida que a presente incriminação nos suscita prende-se com a necessidade de tutela penal de uma conduta tão afastada do cometimento de factos materialmente terroristas. Uma conduta que se dirige à tutela penal de um ato anterior ao tipificado no n.º7 que é já, por sua vez, um ato preparatório autonomamente punido.

Esta é uma característica singular desta incriminação. Por um lado, percebe-se que a incriminação incide sobre uma fenomenologia relevante e que adquire autonomia no “mundo real”. Nem por isso deixa de convocar uma perplexidade adicional, que se vem juntar às outras já assinaladas ao longo deste Capítulo – a problemática da criminalização da preparação da preparação ou, dito de outra forma, da dupla antecipação da tutela penal.

Retomando o que expusemos *supra* acerca da excecionalidade da incriminação dos atos preparatórios, não podemos deixar de sublinhar o nosso entendimento de que as razões que sustentam tal juízo de ponderação, conducente à excecionalidade da existência destas incriminações, devem ser redobradamente consideradas e pesadas, quando em causa está a duplicação da antecipação para abranger atos preparatórios de outros atos preparatórios, autonomamente punidos.

Naturalmente que o que acabamos de referir tem implicações também ao nível da adequação e proporcionalidade da moldura penal abstrata prevista para este crime. Este crime é punido com uma pena de até cinco anos de prisão, estando entre aqueles que tem previsto um dos limites máximos mais elevados. Através da leitura da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º283/XII, verifica-se que as penas abstratas previstas para a fenomenologia das viagens para o terrorismo tinham subjacente uma intenção de eficácia no

sentido de evitar, através dos meios processuais penais disponíveis, que as viagens se realizassem.^{174 175 176}

Ao nível da moldura penal prevista, esta norma levanta alguns problemas. Desde logo, constata-se que este limite máximo é coincidente com o definido pelo legislador para o crime de treino para o terrorismo. Assim, viajar ou tentar viajar para treinar para o terrorismo tem previsto o mesmo limite máximo de pena que efetivamente treinar para o terrorismo.

Considerando a factualidade típica subjacente às duas incriminações, somos da opinião que este limite máximo não devia ser coincidente, visto que o potencial para colocação em perigo do bem jurídico protegido pela incriminação é menor neste caso, não sendo devidamente tomado em conta o afastamento relativamente à execução de um crime de terrorismo em sentido próprio, esse sim causador de dano no bem jurídico protegido.

Além disso, comparando agora com o crime tipificado no n.º11 do mesmo artigo, que incide sobre a conduta de viajar para o terrorismo, parece-nos que a gravidade das duas condutas é também bastante diferente, o que deveria significar uma diferença ao nível das penas abstratas previstas. Ou seja, é bastante diferente viajar para se adquirir treino para o terrorismo ou viajar para cometer um facto terrorista. Também a conduta de viajar para o treino para o terrorismo se encontra mais afastada no processo que poderá eventualmente conduzir à prática de um facto terrorista propriamente dito.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 283/XII, p.4

¹⁷⁵ Vide, neste sentido, NUNO BRANDÃO & ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.148

¹⁷⁶ As incriminações tipificadas neste n.º10 e no n.º11 (relacionadas com a fenomenologia das deslocações para o terrorismo) talvez sejam as que traduzem melhor a acrescida racionalidade preventiva de tipo securitário que identificámos com o *Preventive turn* do Direito Penal. Veja-se como esta racionalidade preventiva, aqui assumida pelo legislador, é prosseguida tanto através da criminalização da conduta como da definição de uma moldura penal abstrata que permita evitar que a deslocação se realize.

¹⁷⁷ Note-se que, na incriminação do n.º11, o tipo objetivo inclui também a viagem para adesão ou tentativa de adesão a uma organização terrorista. Porém, as considerações feitas neste ponto têm como termo comparativo, apenas, a viagem para o cometimento de factos terroristas que, essa sim, se encontra significativamente mais próxima do dano ao bem jurídico protegido face ao que acontece quando a viagem é feita com o propósito de obter o dar treino.

2.7.O n.º11 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo

Neste número do artigo 4.º da LCT encontra-se tipificado o crime de viagem para o terrorismo. Pode ler-se: “Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos”.

O bem jurídico protegido por esta incriminação é a paz pública. Trata-se de um ato preparatório de um crime de terrorismo em sentido próprio.

Tal como o crime a que fizemos referência no ponto anterior, também este foi introduzido na LCT em 2015, coincidência temporal que é indissociável do facto de ambos se relacionarem com o fenómeno dos *foreign terrorist fighters*, problemática que adquiriu particular relevância no ano de 2014, no auge do Estado Islâmico e que motivou uma resposta, não só, mas também, por parte das instituições europeias, na qual se enquadram a Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e o Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo.

Neste caso, não foi necessário proceder a nenhuma alteração aquando da transposição da Diretiva (UE) 2017/541. Como já referimos *supra*, o Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, no n.º1 do artigo 4.º, definia “Deslocação ao estrangeiro para fins terroristas” como “o ato de se deslocar a um Estado, que não o da sua nacionalidade ou residência, com a intenção de cometer uma infração terrorista, de para ela contribuir ou de nela participar, ou para treinar ou receber treino para o terrorismo”, sendo para aqui relevante a primeira parte da definição.

No que se refere ao tipo objetivo de ilícito, a conduta que aqui releva resume-se, tal como no crime tipificado no n.º10 deste artigo do LCT, ao ato de “por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou de nacionalidade”. É, como se constata, através do tipo subjetivo de ilícito que se traça a distinção face a esse crime. Enquanto que na incriminação constante do n.º10 relevava um propósito relacionado com o treino para o terrorismo, aqui releva o propósito de aderir a uma organização terrorista ou de cometer factos terroristas, previstos no n.º1 do artigo 2.º da LCT. Tal como nos outros crimes de que tratámos, exige-se que esteja presente a “intenção terrorista”.

Tal como acontece no crime de viagem para o treino para o terrorismo, o tipo objetivo de ilícito equipara a consumação e a tentativa de viagem, sendo que a tal não é alheio o disposto no Protocolo a que nos referimos no ponto anterior.¹⁷⁸

Aqui temos, tal como no n.º10 do mesmo artigo da LCT, estamos perante a criminalização de uma conduta banal de viajar, tendo grande relevância o elemento subjetivo do tipo, através do qual, inclusivamente, se traça a distinção face à incriminação prevista nesse número. Na incriminação presentemente em análise, o propósito da viagem é o de aderir a uma organização terrorista ou o de cometer factos materialmente terroristas e, como tal, não está tão distante da efetiva prática destes quanto se verificou na incriminação das viagens para o treino para o terrorismo.

Fica claro que, principalmente quando o propósito da viagem é o de cometer factos materialmente terroristas, o *quantum* de antecipação presente nesta incriminação é menor face ao existente na incriminação das viagens para o treino para o terrorismo.

Como expusemos *supra*, a incriminação constante do n.º10 causa-nos alguma perplexidade pelo nível de antecipação da tutela penal que comporta, uma vez que tem como efeito uma dupla antecipação da tutela penal sobre o fenómeno do treino para o terrorismo. O nível de antecipação da tutela penal resultante da incriminação tipificada neste n.º11 da LCT é mais compreensível, não indo além da antecipação verificada na generalidade das normas incriminadoras previstas neste artigo da LCT.

Relativamente à pena abstrata prevista para este crime – até cinco anos de prisão – esta parece-nos excessiva. Apesar de tudo, e tendo em conta que o nível de antecipação é menor neste caso, por comparação com o que sucede com a incriminação anteriormente analisada, causa-nos menos perplexidade a pena abstrata aqui prevista.

Não obstante, entendemos que estas incriminações, que incidem sobre condutas de meras deslocações no espaço, não deveriam partilhar o limite máximo da pena abstrata prevista com os crimes de treino para o terrorismo ou recrutamento para o terrorismo.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Vide, *supra*, p.97 da dissertação.

¹⁷⁹ Recorde-se, porém, o exposto no ponto anterior acerca da fundamentação utilizada para o estabelecimento das penas abstratas nas incriminações que incidem sobre deslocações para o terrorismo.

2.8. O n.º12 do artigo 4.º da Lei de Combate ao Terrorismo

No número do artigo 4.º da LCT está tipificado o crime de apoio a viagem para fins de terrorismo, com a seguinte redação: “Quem organizar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem previstas nos número anteriores, é punido com pena de prisão até 4 anos”.

O bem jurídico protegido é a paz pública. Está em causa um ato preparatório de um crime de terrorismo em sentido próprio ou, mais concretamente, um ato de auxílio a tal ato preparatório.

Esta incriminação está diretamente ligada às duas incriminações anteriores, inserindo-se igualmente no contexto fenomenológico das deslocações para o terrorismo, associado ao fenómeno dos *FTFs*. Tal como as restantes incriminações relacionadas com o tópico das deslocações para o terrorismo que encontram hoje previsão expressa na Diretiva (UE) 2017/541, a sua introdução na ordem jurídica portuguesa ocorreu em 2015 por influência da Resolução 2178 do Conselho de Segurança da ONU e do Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo.

De acordo com o Protocolo Adicional, no n.º2 do artigo 6.º “Cada uma das Partes adotará as medidas que se revelem necessárias para qualificar como infração penal, ao abrigo do seu direito interno, o ato de «organização ou outro tipo de facilitação de deslocações ao estrangeiro para fins terroristas», tal como definido no n.º1 do presente artigo, quando praticado ilícita e intencionalmente”.

Este é um dos casos excecionais, no âmbito dos crimes instrumentais tipificados no artigo 4.º desta Lei, em que não é exigência típica a “intenção terrorista”. Essa exigência típica existe apenas, neste contexto das deslocações para o terrorismo, para quem efetua a viagem, como previsto nos n.º10 e 11. Relativamente a quem auxilia ou facilita tal viagem, não se exige tal intenção mas apenas que saiba ser essa a intenção da pessoa que está a auxiliar.¹⁸⁰

Para este crime está prevista pena de prisão de até quatro anos, o que nos parece algo exagerado. Observando o panorama geral das penas previstas para as várias incriminações deste artigo, verificamos que a pena mais alta se situa nos seis anos, no caso

¹⁸⁰ BRADÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º...”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada...*, op. cit. p.152

do crime de incitamento público ao terrorismo ser efetuado por meios de comunicação eletrónica, acessível por internet. O limite máximo previsto para grande parte das incriminações é de cinco anos, estando aqui incluídas as que incidem sobre o incitamento público ao terrorismo, o recrutamento para o terrorismo, o treino para o terrorismo e ainda as outras duas incriminações do tópico das deslocações para o terrorismo. Se tivermos em conta que não se exige a “intenção terrorista” mas o mero conhecimento da existência no auxiliado dessa memsa intenção, tudo isto se torna ainda mais incompreensível.

Em face do exposto, esta norma incriminadora tem a peculiaridade de retratar as perplexidades causadas pela contínua expansão da tutela penal presente nesta Lei, antecipação que não é, muitas vezes, acompanhada pela redução proporcional das molduras penais abstratas previstas. Se, como fazemos, virmos na norma do n.º10 a incriminação de uma ato preparatório de um outro ato já por si preparatório, chegamos à conclusão de que o que está em causa na presente incriminação é, pelo menos em parte, a punição do auxílio a um crime preparatório de outro crime preparatório. E observando as molduras penais abstratamente previstas, verificamos que a diferença – quatro anos de limite máximo para cinco anos de limite máximo – não reflete minimamente a diferença de gravidade entre a factualidade típica em causa nas duas incriminações.

3. Reflexão final sobre a LCT no contexto legislativo global da União Europeia

Realizado este percurso pelos vários crimes tipificados no artigo 4.º da LCT, verificámos que, na generalidade dos casos, não é de colocar em causa a legitimidade material das incriminações.

As maiores questões levantadas pelos crimes de terrorismo previstos nos n.º 3 e seguintes do artigo 4.º da LCT situam-se ao nível da proporcionalidade das molduras penais previstas e, em menor medida, no plano da necessidade e adequação da existência de determinados crimes, sendo o exemplo mais claro o crime previsto no n.º5 do artigo 4.º da LCT.

Isto leva-nos a entender que, apesar da inegável alteração de paradigma, assente numa acrescida racionalidade preventiva, subjacente às normas incriminadoras existentes na nossa legislação dirigida à criminalidade terrorista, nem por isso tal significou uma vulneração dos princípios fundamentais do Direito Penal. Entendemos, ainda assim, que acaba por se verificar uma certa flexibilização desses mesmos princípios motivada pela racionalidade preventiva de tipo securitário que, tirando algumas exceções, não ultrapassou os limites impostos pela razoabilidade. Efetivamente, por comparação com o ocorrido neste âmbito noutros países da União Europeia e não só, a legislação de combate ao terrorismo em Portugal não configura uma deriva declarada rumo a um Direito Penal de Autor.

Ao longo da presente dissertação, já em vários momentos nos referimos ao problema da subjetivização do Direito Penal, concretamente a subjetivização do Direito Penal do terrorismo. A inexistência de um claro afastamento face ao Direito penal do facto nas normas incriminadoras tipificadas na LCT, apesar da inegável subjetivização conformadora da factualidade tipicamente relevante que esteve na origem das questões levantadas, levou-nos a não concluir no sentido da ilegitimidade material da generalidade das incriminações.

Tal não significa que não existam sinais alarmantes na nossa legislação de combate ao terrorismo merecedores de menção. Neste sentido, a principal crítica que devemos fazer à legislação sobre a qual nos temos vindo a pronunciar prende-se com a exagerada e contínua expansão das incriminações dirigidas a atos preparatórios, de um ponto de vista político-criminal. Como referimos, grande parte dessa expansão resulta do cumprimento de

obrigações de incriminação impostas pela União Europeia. No entanto, existem também casos, poucos é certo, mas nem por isso irrelevantes, em que a nossa legislação vai além do que é imposto pela União Europeia. Esse fenómeno de “*overimplementation*” verificou-se, igualmente, noutros Estados Membros e parece-nos particularmente preocupante.

Pretendemos recordar aqui alguns exemplos relevantes e que foram mencionados *supra* na dissertação. Em Portugal, em virtude do disposto no n.º5 do artigo 4.º da LCT, é conferida relevância penal às vertentes passivas do incitamento público ao terrorismo e do recrutamento para o terrorismo. Ainda que se possa, com toda a razão, afirmar que a sua punibilidade depende da verificação de todos os elementos do complexo tipo-legal, tal não afasta a certeza de que a tal fenomenologia é conferida relevância penal, sendo que a nível da União Europeia não existe nenhuma obrigação de incriminação dessas condutas.

Olhando ao contexto da legislação existente noutros Estados Membros, verifica-se que, por exemplo, na Dinamarca foi criminalizada a conduta de ser recrutado para a prática um ato terrorista, sendo que, também neste caso, não existe qualquer imposição de criminalização por parte da União Europeia. É crucial lembrar que a justificação do Governo dinamarquês para a criminalização desta conduta foi a de que, tendo em conta a criminalização do recrutamento para o terrorismo na sua vertente ativa, seria disso consequência natural que também se criminalizasse a vertente passiva do mesmo fenómeno.¹⁸¹ Tal racionalidade de “criminalização pela lógica natural das coisas” foi também utilizada, na mesma altura, em que não existia ainda obrigação de criminalização da vertente passiva do treino para o terrorismo, para criminalizar tal conduta no referido Estado Membro.

Os exemplos acabados de avançar demonstram a existência de uma preocupante tendência para utilizar normas incriminadoras de atos preparatórios, que constituem normas que conferem uma proteção antecipada de bens jurídicos e que, como tal, devem ser excepcionais, para, sobre elas ou por causa delas, se estender ainda mais o âmbito de punibilidade. Nos casos apontados, essa extensão dá-se por via da incriminação de vertentes passivas de condutas criminalizadas na sua vertente ativa.

¹⁸¹ *Vide, supra*, a página 87 desta dissertação, concretamente a nota 153.

Recorrendo ao exemplo dinamarquês, a falta de ponderação que se vislumbra, ou que pelo menos legitimamente se subentende pelas parcas explicações prestadas, pode até ter o efeito perverso de contribuir para a colocação em causa de incriminações que verdadeiramente têm razão de ser.

Clarificando, não obstamos por princípio à incriminação de vertentes passivas de determinadas condutas. Desde logo, a incriminação da vertente passiva do treino para o terrorismo é, em nosso entender, legítima como expusemos *supra*. Além disso, não afastámos sequer a legitimidade de uma incriminação que incida sobre a vertente passiva do recrutamento para o terrorismo, desde que tipificada de forma clara e suficientemente restritiva. O que em nosso entender não pode acontecer é que incriminações desta índole sejam criadas assentes em juízos de “lógica natural das coisas” ou mera conveniência.

Recordamos, como culminar deste raciocínio, que a norma incriminadora que nos suscitou maior perplexidade, no âmbito deste estudo, foi a norma prevista no n.º5 do artigo 4.º da LCT que incide, precisamente, sobre a vertente passiva do incitamento público ao terrorismo. Entendemos que tal incriminação constitui o exemplo paradigmático desta tendência para a criminalização de condutas que incidem sobre a vertente passiva de incriminações já existentes e cuja existência supõe já uma excecional antecipação da tutela punitiva.¹⁸²

Como pensamos ter ficado evidente ao longo da dissertação, outro motivo de preocupação é a severidade de algumas das molduras penais abstratas previstas, associada a uma manifesta incongruência das mesmas quando confrontadas com as molduras penais abstratas previstas para outras incriminações, seja na própria LCT, seja no Código Penal.

Relativamente à severidade e conseqüente desproporcionalidade das molduras penais abstratas previstas, esta parece-nos manifesta no crime de apologia pública ao terrorismo tipificado no n.º8 e também no caso da agravação prevista no n.º9 do mesmo artigo.

O mesmo sucede com as molduras penais abstratamente previstas para as incriminações que incidem sobre a fenomenologia das “deslocações para o terrorismo”,

¹⁸² *Vide*, evidenciando esta tendência para a criminalização de “passive behaviours”, FRANCESCA GALLI, “Terrorism”, in V.Mitsilegas, M.Bergstrom & T.Konstadinides (eds), *Research Handbook...*, *op. cit.* p.414

sendo que nestas se coloca ainda o problema adicional da falta de congruência entre as apenações previstas na própria LCT. Verifica-se, nomeadamente, que entre normas incriminadoras que incidem sobre estádios cronologicamente sucessivos de uma mesma fenomenologia (referimo-nos aqui concretamente ao treino para o terrorismo e às viagens para o treino para o terrorismo), não se verifica uma redução proporcional da moldura penal abstrata que reflita o afastamento relativamente ao potencial dano no bem jurídico protegido, afastamento que é maior no caso da viagem para o treino para o terrorismo face ao que sucede com o treino para o terrorismo.

Pensamos que, em parte, isso deve-se aos objetivos perseguidos através da incriminação em causa e cuja persecução depende, também, da pena abstrata que lhe esteja associada. Existe aqui uma certa instrumentalização da moldura penal que é bem demonstrativa do paradigma de acrescida prevenção que estas normas incriminadoras concretizam e do importante papel que as penas cominadas nele desempenham. Tal instrumentalização é, em abstrato, preocupante e pode significar, no plano das concretas normas incriminadoras, a desproporcionalidade das penas abstratas relativamente à factualidade típica para a qual se encontram previstas.

Estas reflexões sobre a severidade das penas levam-nos a trazer relembrar as considerações de CANCIO MELIÁ sobre o ressurgir do punitivismo no contexto do Direito Penal do Inimigo e, na mesma senda, as considerações de MARIONA LLOBET ANGLÍ sobre a necessidade de existência de proporcionalidade das penas previstas, no sentido de que estas mantenham uma inquebrável ligação com o facto praticado.

A excecionalidade que sustenta a incriminação de certas condutas no âmbito do terrorismo, não pode significar um desrespeito pelo princípio do facto, sob pena de se estar a punir a perigosidade do agente numa deriva rumo a um Direito penal do autor. Além das normas incriminadoras das delocções para o terrorismo acabadas de mencionar, também os casos analisados do incitamento público ao terrorismo e, principalmente, da aplogia pública do terrorismo são problemáticos, já que agravam significativamente as molduras penais abstratas de crimes idênticos não especificamente de terrorismo, parecendo ir além do que o *plus* de ilicitude pela ligação ao terrorismo poderia justificar.

Tal constatação levanta a questão sobre se se estará meramente a punir o agente pelo facto praticado ou por aquilo que este é e pela perigosidade que demonstra através da

prática do mesmo. No segundo caso, ao invés de uma pena, estaríamos, na parte em que excede manifestamente a ilicitude da factualidade típica, perante uma medida de segurança pré-delitual.

Estes são os principais problemas que vislumbramos na LCT e que nos levam, apesar de termos concluído pela legitimidade material da generalidade das incriminações aí tipificadas, a manifestar preocupação com o rumo político-criminal seguido e com a possibilidade de estes problemas se acentuarem no futuro.

A crítica que fazemos é, porém, atenuada pela constatação de que existem, no contexto da União Europeia, Estados Membros com legislações de combate ao terrorismo mais amplas e que punem os *precursor crimes* de terrorismo ainda mais severamente do que acontece no nosso país.

Na nossa opinião, o caminho a seguir não deve ser o de ceder à tentação de nos aproximarmos desses países seja na amplitude da legislação, seja na severidade da punição, por mais conveniente que tal possa ser para a lógica preventiva de tipo securitário.

O impulso legislativo proveniente da União Europeia é já tão acentuado que, em nosso entender, não faz sentido ir além daquilo a que os seus instrumentos legislativos explicitamente imponham. Além disso, é fundamental manter a conexão, por via da proporção reclamada pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entre a gravidade das condutas incriminadas e as molduras penais abstratamente previstas, devendo para tal atender-se, também, ao critério da proporcionalidade relativa. O que, em nosso entender, deveria significar a redução das molduras penais que identificámos como excessivas e desproporcionais face à gravidade da factualidade sobre que incidem.

Conclusão

Percorrido o caminho proposto, chega o momento de encerrar a presente dissertação. O ponto de partida residiu na constatação da existência de uma crescente tendência para a antecipação da intervenção do Direito Penal no âmbito da criminalidade terrorista. Tal tendência verifica-se a nível global, mas o foco do nosso estudo foi a materialização de tal tendência na legislação portuguesa, o que nos levou a abordar também o contexto legislativo da União Europeia, que muito contribuiu para a expansão da nossa legislação penal dedicada a esta matéria – a Lei de Combate ao Terrorismo.

O confronto com os instrumentos legislativos emanados da União Europeia e a racionalidade que lhes está subjacente, levou-nos a abordar o *Preventive turn* e a *new penology*. Cremos ter demonstrado que o edifício legislativo que vem sendo erigido na União Europeia é adequadamente descrito através do recurso a estes conceitos e aos traços característicos que lhes estão associados.

Naturalmente que, pela sua abrangência, o conceito de *Preventive turn* assumiu destaque no âmbito da presente dissertação, sendo mobilizado em vários pontos da mesma. Efetivamente, podemos afirmar que se, por um lado, a problemática central do estudo é a antecipação da tutela punitiva no contexto da criminalidade terrorista, por outro lado, a racionalidade preventiva de carácter securitário a que nos referimos quando recorremos ao conceito de *Preventive turn* constitui o fundamento de tal antecipação e a compreensão da primeira exige uma completa apreensão de tudo aquilo que compõe o segundo. Tal esforço de apreensão de tudo o que de mais relevante havia a considerar sobre a temática resultou no que pode ser lido no Capítulo II.

Vimos, igualmente, que a problemática da antecipação da tutela punitiva fora já objeto de aprofundados estudos, sendo um desses estudos emblemático, seja pelo nome do seu autor, pela complexidade da sua teorização ou pela polémica e divergência doutrinal que originou. Referimo-nos, pois, ao Direito Penal do Inimigo, que abordámos no Capítulo III. Começando pela relevante exposição da teoria elaborada por GÜNTHER JAKOBS, avançámos depois para a consideração de alguns contributos da doutrina para a compreensão da mesma. Vislubrámos no contributo oferecido pela doutrina espanhola citada a perspetiva adequada para nos acompanhar em alguns dos posteriores desenvolvimentos do trabalho.

Finalmente, no Capítulo IV, olhámos para a Lei de Combate ao Terrorismo, concretamente para o seu artigo 4.º, para, sustentados nos ensinamentos do caminho percorrido, nos pronunciarmos sobre as normas incriminadoras aí tipificadas. Tendo já concluído que tais normas tinham subjacente uma racionalidade preventiva de carácter securitário, faltava perceber se a antecipação da tutela punitiva que nestas normas se consubstanciava se mantinha dentro dos limites de legitimidade de intervenção do Direito Penal. A averiguação da legitimidade das referidas normas incriminadoras, caracterizadas por conferirem uma proteção antecipada ao bem jurídico, passava, em grande medida, pela aferição da sua compatibilidade com o Direito Penal do facto.

Como havíamos sustentado ao longo da dissertação, a ligação ao facto deve poder detetar-se, não só ao nível da definição da conduta tipicamente relevante, como também da definição da moldura penal abstrata. Com base nesse entendimento, pronunciámo-nos sobre as incriminações tipificadas no artigo 4.º da LCT e identificámos a desproporcionalidade das molduras abstratas como um dos sinais mais preocupantes da evolução da legislação penal em matéria de terrorismo no nosso país.

Bibliografia e Webgrafia

- ANGLÍ, Mariona Llobet, “Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático”, Tesis Doctoral, UPF, 2008
- ANGLÍ, Mariona Llobet, “What does ‘terrorism’ mean?”, in A.Masferrer & C.Walker (eds.), *Counter Terrorism, Human Rights and the Rule of Law – Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Ebook, Edward Elgar Publishing Limited, 2013
- ANGLÍ, Mariona Llobet, MELIÁ, Manuel Cancio & WALKER, Cliver, “Introduction to *Precursor Crimes Of Terrorism*”, in C.Walker, M.L.Anglí & M.C.Meliá (eds.) *Precursor Crimes of Terrorism – The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2022
- ANGLÍ, Mariona Llobet, “ ‘Jihadist lone wolves’: terrorists, murderers or believers? Back to an actor-based criminal law”, in C.Walker, M.L.Anglí & M.C.Meliá (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism – The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2022
- ASHWORTH, Adrew & ZEDNER, Lucia, *Preventive Justice*, Ebook, Oxford University Press, 2014
- ASP, Petter, “The Substantive Criminal Law Competence of the EU”, in *Juridiska Fakultetens Skriftserie N.º79*, 2012, p.199-200
- BRANDÃO, Nuno & VEIGA, António Miguel “Artigo 4º . Terrorismo”, in M.J.Antunes & J.A.Linhares. Coord., *Terrorismo: Legislação comentada: Textos Doutriniais*, Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cop. 2019

- BRAUM, Stefan, “Are we heading towards a European form of “enemy criminal law”? On the compatibility of Jakobs’s conception of “an enemy criminal law””, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism offences – What impact on national legislation and case-law?*, Editions de L’Universite de Bruxelles, 2012
- BRITO, José de Sousa e, “O inimigo no direito penal”, in *Lusíada. Direito* (4/5), 2007.
Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/680>
- CAEIRO, Pedro & DIAS, Jorge de Figueiredo, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto). Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 3935/135, 2005
- CAEIRO, Pedro, “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal”, Painel 3º, Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo: Implicações na Investigação criminal, in *III Congresso de Investigação Criminal*, Lisboa, 2015
- CAEIRO, Pedro, “Concluding remarks”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism offences – What impact on national legislation and case-law?*, Editions de L’Universite de Bruxelles, 2012
- CAEIRO, Pedro & LEMOS, Miguel Ângelo, “Content and Impact of approximation: The case of terrorist offences (Council Framework Decisions of 2002 and 2008)”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *Approximation of substantive criminal law in the E.U. The way forward*, Editions de L’Universite de Bruxelles, 2013
- CASTAÑÓN, José Manuel Paredes, *Terrorismo e principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización*, Ebook, Almedina , 2018
- COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2000

- COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial – Contributo para uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3ª Edição, GESTLEGAL, 2019
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Artigo 301º . Terrorismo”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999
- EUROPOL, *European Union Terrorism Situation and Trend report*, 2020
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I – II*, Edições Almedina, 2010
- GALLI, Francesca, “Terrorism”, in *Research Handbook on EU Criminal Law*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2016
- GALLI, Francesca, “The criminalisation of terrorism risk within the European Union: a suitable choice?”, in C.Walker, M.L.Anlgí & M.C.Meliá (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism – The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2022
- GRAMS, Ulrich, “The preventive criminal justice strategy against terrorism and its human rights implications”, in *Using Human Rights to Counter Terrorism*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2018
- GRECO, Luís, “Sobre o chamado Direito penal do inimigo”, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº7 – Dezembro de 2015*

- JAKOBS, Günther, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, Tradução de Manuel Cancio Meliá, in Günther Jakobs & Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas Ediciones, 1ª Edição, 2003
- JAKOBS, Günther, “Terroristas como pessoas no Direito?”, Tradução Luciano Gatti, in *Novos Estudos, CEBRAP*, 83, 2009
- MASFERRER, Ancieto & TALAVERA, Pedro, “Law as reason vs law as will in the fight against terrorism: from an Hobbesian conception of law to an Orwellian society”, in *Precursor Crimes of Terrorism: The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2022
- MELIÁ, Manuel Cancio, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Ebook, 1ª Edição, Editorial Reus, 2010
- MELIÁ, Manuel Cancio, “«Derecho Penal» del enemigo?”, in Günther Jakobs & Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas Ediciones, 1ª Edição, 2003
- MELIÁ, Manuel Cancio, “Prólogo”, in Günther Jakobs & Manuel Cancio Meliá *Derecho Penal del enemigo*, Civitas Ediciones, 1ª Edição, 2003
- MELIÁ, Cancio Manuel & PETZSCHE, Anneke, “Terrorism as a criminal offence” in A.Masferrer & C.Walker (eds.), *Counter Terrorism, Human Rights and the Rule of Law – Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Ebook, Edward Elgar Publishing Limited, 2013
- MELIÁ, Manuel Cancio & PETZSCHE, Anneke, “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences”, in G. Lennon, C. King & C. McCartney (eds.) *Counter-terrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice*, Ebook, Bloomsbury Publishing, 2018

- MATOS, Hermínio Joaquim de, *Terrorismo & Contraterrorismo – Sistemas de Segurança Interna*, 1ª Edição, AAFDL, 2020
- MICHAELSEN, Christopher, “Precursor crimes in Australia’s anti-terrorism legislation”, in C.Walker, M.L.Anlgí & M.C.Meliá (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism – The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Ebook, Edward Elgar Publishing, 2022
- MORAIS, Pedro, *Em torno do Direito Penal do Inimigo – Uma análise crítica a partir de Günther Jakobs*, GESTLEGAL, 1ª Edição, 2020
- PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da Lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 4ª Edição, Reimpressão atualizada, AAFDL, 2021
- PASCULLI, Lorenzo, *The Age of Prevention. Crime and Crime Prevention in the Global Era*, Fevereiro, 2015.
Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3437689>
- PETZSCHE, Anneke, “La criminalización de los actos preparatorios como desafío al principio del hecho: la perspectiva alemana”, in M.Maraver & L.Pozuelo. Coord. *La crisis del principio del hecho en Derecho penal*, Ebook, Editorial Reus, 2020
- PUIG, Santiago Mir, “O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do Direito Penal”, Tradução de Ana Rita Alfaiate, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, N.º1, Janeiro-Março, 2009
- RIMO, Alberto Alonso, “Actos preparatorios e principio del hecho”, in M.Maraver & L.Pozuelo. Coord., *La crisis del principio del hecho en Derecho penal*, Ebook Editorial Reus, 2020

SIEBER, Ulrich, “Risk prevention by means of criminal law. On the legitimacy of anticipatory offences in Germany’s recently enacted counter-terrorism law”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism offences – What impact on national legislation and case-law?*, Editions de L’Universite de Bruxelles, 2012

VESTERGAARD, Jorn, “Denmark: criminal law as an anchorage point for proactive anti-terrorism legislation”, in F. Galli & A. Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism offences – What impact on national legislation and case-law?*, Editions de L’Universite de Bruxelles, 2012

Legislação

Código Penal Espanhol

Código Penal Português

Danish Criminal Code

Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho

Decisão-Quadro2008/919/JAI do Conselho

Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho

Lei de Combate ao Terrorismo

Lei n.º17/2001

Lei n.60/2015

Lei n.º16/2019

Strafgesetzbuch