



TERRORISMO

LEGISLAÇÃO COMENTADA

TEXTOS DOUTRINAIS

José Manuel Aroso Linhares

Maria João Antunes

COORDENAÇÃO



© JANEIRO 2022. Imprensa da Universidade de Coimbra.

Título: TERRORISMO Legislação Comentada – Textos Doutrinários

Coordenação: José Manuel Aroso Linhares, Maria João Antunes

Edição

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

Coordenação editorial

Maria João Padez de Castro

Design: Carlos Costa

Execução gráfica: KDP - Kindle Direct Publishing

ISBN: 978-989-26-2180-7

eISBN: 978-989-26-2181-4

DOI: <https://doi.org/10.14195/978-989-26-2181-4>

COORDENAÇÃO

José Manuel Aroso Linhares

Maria João Antunes

TERRORISMO

LEGISLAÇÃO COMENTADA – TEXTOS DOUTRINAIS

TERRORISMO

LEGISLAÇÃO COMENTADA – TEXTOS DOUTRINAIS

José Manuel Aroso Linhares

Maria João Antunes

COORDENAÇÃO



SUMÁRIO

NOTA INTRODUTÓRIA 2019.....	11
NOTA INTRODUTÓRIA 2021.....	15

PARTE I

LEI N.º 52/2003, DE 22 DE AGOSTO

LEI DE COMBATE AO TERRORISMO COMENTADA	17
Artigo 1.º – Objeto.....	19
Maria João Antunes	
Artigo 2.º – Organizações Terroristas	23
Susana Aires de Sousa/Inês Godinho/Pedro Sá Machado	
Artigo 3.º – Outras Organizações Terroristas.....	43
Inês Godinho	
Artigo 4.º – Terrorismo.....	47
Nuno Brandão/António Miguel Veiga	
Artigo 5.º – Terrorismo Internacional	145
António Miguel Veiga	
Artigo 5.º – A – Financiamento do Terrorismo.....	148
Nuno Brandão	
Artigo 6.º – Responsabilidade Penal Das Pessoas Coletivas	
e Equiparadas	172
Susana Aires de Sousa	

Artigo 6.º-A – Comunicação de decisão final condenatória.....	176
Bruno Oliveira Moura/Matheus Almeida Caetano	
Artigo 7.º – Direito Subsidiário	182
Bruno Oliveira Moura/Matheus Almeida Caetano	
Artigo 8.º – Aplicação no Espaço	168
Bruno Oliveira Moura/Matheus Almeida Caetano	
 Bibliografia.....	 203

PARTE II

OUTRA LEGISLAÇÃO COMENTADA..... 211

Nota prévia.....	213
------------------	-----

LEI ORGÂNICA N.º 8/2015, DE 22 DE JUNHO

E Legislação Posterior Alterações à Lei da Nacionalidade Portuguesa.....	215
Rui Manuel Moura Ramos	

LEI N.º 55/2015, DE 23 DE JUNHO

Alteração da Lei Sobre Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira.....	235
Maria João Antunes	

LEI N.º 56/2015, DE 23 DE JUNHO

Alteração do Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional, Modificando Os Fundamentos Para a Concessão e Cancelamento De Vistos e Para a Aplicação da Pena Acessória de Expulsão.....	237
Afonso Patrão	

LEI N.º 57/2015, DE 23 DE JUNHO

Alteração da Lei da Organização da Investigação Criminal.....	251
Maria João Antunes	

LEI N.º 58/2015, DE 23 DE JUNHO

Alteração do Código de Processo Penal.....	253
Maria João Antunes	

LEI N.º 59/2015, DE 24 DE JUNHO

Alteração da Lei de Segurança Interna	241
Maria João Antunes	

LEI N.º 61/2015, DE 24 DE JUNHO

Ações Encobertas para fins de Prevenção e Investigação Criminal.....	243
Maria João Antunes	

PARTE III	
TEXTOS DOUTRINAIS	263
GUERRA E PAZ EM TEMPOS DE TERROR OU OS LIMITES DA COMPARABILIDADE NÃO VIOLENTA: OUVINDO RICŒUR	265
J. M. Aroso Linhares	
TOLERÂNCIA E TERROR(ISMO), PRELÚDIO(S) E FUGA(S)? A NARRATIVA DO MEDO NA PERSPETIVAÇÃO (JURÍDICA) DO RADICALMENTE OUTRO	279
Ana Margarida Simões Gaudêncio	
A TERCIALIDADE JURÍDICA ENTRE IUSTITIA E DIKĒ: UMA REFLEXÃO NO INTERIOR DAS FORMAS DE PERSPETIVAÇÃO CRÍTICA DO PROBLEMA DO TERRORISMO	297
Brisa Paim Duarte	
A COBERTURA DE ACTOS TERRORISTAS PELOS SEGUROS UMA BREVE ANÁLISE DO PROBLEMA	323
Filipe de Albuquerque Matos	
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FINANCIAMENTO DE GRUPOS TERRORISTAS	361
Mafalda Miranda Barbosa	
CAUSAS LEGAIS DE JUSTIFICAÇÃO E DE DESCULPA COMO MEIOS DE COMBATE AO TERRORISMO?	399
Bruno de Oliveira Moura/Matheus Almeida Caetano	
RADICALIZAÇÃO E “LOBOS SOLITÁRIOS” NO CONTEXTO DA DENOMINADA “LUTA CONTRA O TERRORISMO”	411
António Miguel Veiga	

AUTORES

Rui Manuel Moura Ramos

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0003-0698-9107

José Manuel Aroso Linhares

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0003-1380-5396

Maria João Antunes

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0002-3103-9202

Filipe de Albuquerque Matos

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0002-5207-7670

Mafalda Miranda Barbosa

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0003-0578-4249

Susana Aires de Sousa

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0003-4808-2466

Ana Margarida Simões Gaudêncio

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0001-6398-6864

Nuno Brandão

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0002-2280-5657

Afonso Patrão

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0002-4624-9720

Inês Godinho

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0003-0823-6985

Brisa Paim Duarte

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0001-8574-4276

António Miguel Veiga

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0002-6989-1820

Bruno de Oliveira Moura

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0002-5218-955X

Matheus Almeida Caetano

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0002-2889-4582

Pedro Sá Machado

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC
ORCID: 0000-0001-9978-7736

As práticas de publicação do Instituto Jurídico relacionadas com *encontros científicos* têm até hoje privilegiado um caminho: aquele em que o processo construtivo – admitindo embora os modos diferenciados do estrito *livro de atas* e do *desenvolvimento monográfico* autónomo – se prossegue (e se cumpre) como um exercício de *memória*. Há, no entanto, um outro caminho possível: aquele que, ao assumir como ponto de partida um livro *encore à faire* (ou o projeto-promessa que o justifica), reconhece neste mesmo projeto o estímulo por excelência para uma investigação coletiva *tematicamente* concentrada (quando não *problematicamente* específica). Dois caminhos inconfundíveis? Seguramente. Não tanto porque confirmam *lugares* opostos (e índoles diversas) ao encontro com o público-*auditório* – com o primeiro a pressupor *necessariamente* a realização deste, num passado mais ou menos próximo (que assim mesmo se reconstitui e se difunde)... e com o segundo a convertê-lo numa *possibilidade* superveniente, reconduzível (quando ocorrer) a uma prática de *apresentação* de resultados... –, antes porque fazem corresponder a estes lugares-*posições* (e à necessidade e contingência que respetivamente os condiciona) instâncias e momentos dialógicos distintos e outras tantas possibilidades reflexivas (com pontos fortes manifestamente diferentes). Dois caminhos imprescindíveis? Podemos acrescentar que sim. O que é por sua vez mais do que admitir potencialidades complementares (vacionadas para um produtivo *intertwining*), porque é também já pretender-exigir que tais possibilidades (sem qualquer predeterminação hierarquizadora) se tornem peças integrantes de um *doing what comes naturally*, acessível a todos os possíveis exercícios de investigação (e à circulação de investigadores por que

estes esperam). Acentuação que, por sua vez, nos leva ao presente volume. Se, como acabámos de dizer, as práticas de publicação até agora privilegiadas pelo Instituto Jurídico têm seguido sistematicamente o primeiro modelo, é em contrapartida já o segundo – numa consagração deliberada de uma *alternativa* exigível – que aqui e agora na verdade se experimenta... e em termos que, por uma vez, fixam *naturalmente* uma estrutura ou um processo de crescimento.

O processo em causa começou na verdade já quase há dois anos, com uma iniciativa da área de investigação *Risco, transparência e litigiosidade*, iniciativa esta a reconhecer a oportunidade-exigência (ainda por explorar) de nos concentrarmos na Lei n.º 52/2003 e na cadeia de alterações que, refletindo as contingências da política criminal, a foram até hoje significativamente transformando. Ora é este patamar reflexivo – cumprido sob o *modus* contido e rigoroso de um *comentário* – que, numa sequência de dez capítulos (correspondendo a quase metade da obra), a primeira parte do presente volume deliberadamente preserva. Como é ainda o núcleo duro deste patamar que alimenta duas irresistíveis *pretensões de contextualização*: precisamente aquelas que, ao gerar outros tantos patamares reflexivos, justificam como que naturalmente as duas partes restantes...

A segunda parte, a mais breve (cerca de 50 páginas), impõe-se sem soluções de continuidade intencionalmente relevantes: trata-se na verdade ainda de desenvolver um comentário legislativo (em sete capítulos) e de muito justificadamente o dirigir ao espectro de soluções geradas pela revisão da *Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo* (fevereiro de 2015), um dos contextos sistemáticos autoritário-prescritivos (mas também uma das *occasions* históricas, ferida pelo “affaire” *Charlie Hebdo*) que a interpretação (-experimentação) da Lei 52/2003 hoje inevitavelmente assimila.

A terceira parte, composta por outros tantos sete capítulos (mas expandindo-se por quase duzentas páginas), desenvolve-se em contrapartida com outras intenções: o tema condutor que sustenta a obra como um todo – o da(s) *resposta(s) do Direito ao problema do terrorismo*, se não o das *possibilidades e limites* destas respostas, num tempo em que a violência do *terror impius* se instalou manifestamente no nosso quotidiano... – é agora diretamente interpelado, as perspetivas e os recursos discursivos que se mobilizam (a refletir-se nas facetas tematizadas) são porém deliberadamente distintos, quando não assumidamente heterogéneos. Trata-se na verdade de permitir que abordagens dogmático-materiais diversificadas – nos âmbitos do direito dos seguros (o quarto capítulo), do direito civil (o quinto) e do direito penal (o sexto e o sétimo) – se conjuguem com considerações de política criminal

(ainda privilegiadamente o sétimo) e com reflexões assumidamente meta-dogmáticas (os três primeiros), mas trata-se também (e trata-se sobretudo) de pretender-*esperar* que uma tal convivência possa envolver os seus autores e atingir os seus potenciais auditórios como uma *compossibilidade* verdadeiramente *produtiva*. Objetivo este último que a apresentação pública do livro (no Colóquio de 15 de outubro) não deixará seguramente de celebrar...

Coimbra, agosto de 2019

José Manuel Aroso Linhares

Maria João Antunes

NOTA INTRODUTÓRIA 2021

Dois anos depois da sua publicação (setembro de 2019), a obra coletiva *Terrorismo: legislação comentada, textos doutriniais* renasce em *open access*, numa versão revista, com pequenas alterações e as atualizações indispensáveis. Não se trata no entanto apenas de superar manifestas dificuldades de acesso e de corresponder assim às solicitações recorrentes de um *auditório* real. Trata-se também de, com a generosa colaboração da Imprensa da Universidade de Coimbra, permitir que o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IJ/UCILeR) abra uma porta nova: a da série “Desafios societais e Direito” (*IUC/UCILeR Societal Challenges and Law*). Que este primeiro título (já beneficiário de uma receção calorosa) possa constituir o limiar feliz do caminho que esta coleção inteiramente *on line* – dedicada ao tema condutor do projeto estratégico do IJ (envolvendo assim textos novos e outros já previamente disponibilizados) – auspiciosamente nos promete.

Coimbra, novembro de 2021

José Manuel Aroso Linhares

Maria João Antunes

RESUMO

A Parte I incide sobre a Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto – Lei de combate ao terrorismo. É comentado cada um dos seus artigos.

PALAVRAS-CHAVE:

organização terrorista; terrorismo; terrorismo internacional; financiamento do terrorismo; responsabilidade penal da pessoa coletiva; direito penal; extraterritorialidade; punição.

ABSTRACT:

Part I focuses on Law No. 52/2003, of August 22 – the law against terrorism. Each of its articles is commented on.

KEYWORDS:

terrorist organization; terrorism; international terrorism; terrorist financing; criminal liability of the legal person; criminal law; extraterritoriality; punishment.

MARIA JOÃO ANTUNES
Coordenação

PARTE I

LEI N.º 52/2003, DE 22 DE AGOSTO

LEI DE COMBATE AO TERRORISMO COMENTADA

LEI N.º 52/2003, DE 22 DE AGOSTO

SIGLAS

Ac.	Acórdão
ar	Assembleia da República
art.	artigo
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
Comentário Conimbricense do CP	<i>Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial</i> , dir. Jorge de Figueiredo Dias; I, Artigos 131.º a 201.º, 2.ª ed., 2012; e Tomo II, Artigos 202.º a 307.º, 1999
Comentário das Leis Penais Extravagantes	<i>Comentário das Leis Penais Extravagantes</i> , org. Paulo Pinto de Albuquerque, José Branco, 2010
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DPC-RT	<i>Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale</i> (Itália)
Estudos Costa Andrade	<i>Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade</i> , org. por José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo, 2017
Estudos Figueiredo Dias	<i>Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias</i> , org. por Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, 2009
Faria Costa, DP	José de Faria Costa, <i>Direito Penal</i> , 2017
Figueiredo Dias, DP I	Jorge de Figueiredo Dias, <i>Direito Penal, Parte Geral, I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime</i> , 3.ª ed., 2019
FS	Festschrift
GAFI	Grupo de Ação Financeira
Homenagem Germano Marques da Silva	<i>Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva</i> , coord. de José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques, 2020
JRE	<i>Jahrbuch für Recht und Ethik</i>
JURA	Juristische Ausbildung (Alemanha)
JZ	<i>Juristenzeitung</i> (Alemanha)
Liber Discipulorum Figueiredo Dias	<i>Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias</i> , org. por Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes, 2003
LP	<i>Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar</i> , 12.ª ed., 2009, dirigido por Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann
MüKoStGB	<i>Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch</i> , 3.ª ed., 2017, dirigido por Joecks/Miebach
NK	<i>Nomos Kommentar</i> , 5.ª ed., 2017, dirigido Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann e Hans-Ulrich Paeffgen
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (Alemanha)
Nm.	Número marginal
NSiZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (Alemanha)
Nt.	Nota
ONU	Organização das Nações Unidas
Pinto de Albuquerque	Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, <i>Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i> , 3.ª ed., 2015.
PR	Presidente da República
RBCC	<i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i> (Brasil)
REC	<i>Revista de Estudos Criminais</i> (Brasil)
RIDPP	<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i>
reimpr.	reimpressão
RLJ	<i>Revista de Legislação e de Jurisprudência</i> (Portugal)
RMP	<i>Revista do Ministério Público</i> (Portugal)
RPCC	<i>Revista Portuguesa de Ciência Criminal</i> (Portugal)
SK	<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i> , 8.ª ed., 2014.
S/S	SCHÖNKE/SCHRÖDER, <i>Strafgesetzbuch, Kommentar</i> , 30.ª ed., 2019.
StGB-Kommentar	Holger MATT/Joachim RENZIOWSKI, dir., <i>StGB. Strafgesetzbuch. Kommentar</i> , 2013.
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS	Sentença do Tribunal Supremo espanhol
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UCAT	Unidade de Coordenação Antiterrorismo
ZSTW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

Artigo 1.º – OBJETO

A presente lei tem como objeto a previsão e a punição dos atos e organizações terroristas, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho e altera a Decisão 2005/671/JAI do Conselho.

§ 1. A Lei 52/2003, de 22 de agosto, Lei de combate ao terrorismo, tem como objeto a previsão e a punição dos atos (artigos 4.º, 5.º e 5.º-A) e organizações (artigos 2.º e 3.º) terroristas, responsabilizando penalmente quer pessoas singulares quer coletivas (*infra*, artigo 6.º). Preveem-se e punem-se as *organizações terroristas* (*infra*, artigos 2.º e 3.º), o *terrorismo*, em sentido próprio (*infra*, artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, § 1 e s.), o *incitamento público ao terrorismo* (*infra*, artigo 4.º, n.ºs 3 e 4, § 26 s.), o *acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo com finalidade de recrutamento* (*infra*, artigo 4.º, n.º 5, § 57 s.), o *recrutamento para o terrorismo* (*infra*, artigo 4.º, n.º 6, § 97 s.), o *treino para o terrorismo* (*infra*, artigo 4.º, n.º 7, § 128 s.), a *apologia pública do terrorismo* (*infra*, artigo 4.º, n.ºs 8 e 9, § 167 e s.), a *viagem para treino para o terrorismo* (*infra*, artigo 4.º, n.º 10, § 196 s.), a *viagem para o terrorismo* (*infra*, artigo 4.º, n.º 11, § 213 s.), o *apoio a viagem para fins de terrorismo* (*infra*, artigo 4.º, n.º 12, § 248 s.), o *terrorismo internacional* (*infra*, artigo 5.º) e o *financiamento do terrorismo* (*infra*, artigo 5.º-A). Além das normas que preveem e punem os atos e organizações terroristas, responsabilizando também pessoas coletivas, o diploma prevê normas atinentes à desistência e à colaboração probatória (*infra*, artigo 4.º, n.º 13, § 264 e ss., 5.º, n.º 2, e 5.º-A, n.º 2), à comunicação das decisões finais condenatórias pela prática daqueles crimes à UCAT (*infra*, artigo 6.º-A), ao direito subsidiário (*infra*, artigo 7.º) e à aplicação da lei no espaço (*infra*, artigo 8.º).

A Lei 52/2003 teve origem na Proposta de Lei 43/IX. Já foi objeto de seis alterações legislativas – Lei 59/2007, de 4 de setembro, Lei 25/2008, de 5 de junho, Lei 17/2011, de 3 de maio, Lei 60/2015, de 24 de junho, Lei 16/2019, de 14 de fevereiro, e Lei 79/2021, de 24 de novembro – que são expressão de soluções político-criminais que acompanham a evolução do fenómeno do terrorismo (*infra*, em especial, artigo 4.º §§ 33 s., 60 s., 135 s. e 217 s., Nota prévia, Parte II, e António Miguel VEIGA, «Radicalização e «lobos solitários» no contexto da denominada «luta contra o terrorismo»», Parte III).

De acordo com o artigo 3.º da Lei 55/2020, de 27 de agosto, diploma que define os objetivos, prioridades e orientações de política-criminal para o

biênio 2020-2022, constitui objetivo específicos da política criminal para o período definido, prevenir, reprimir e reduzir o terrorismo e o seu financiamento. Segundo os artigos 4.º, alínea *a*), e 5.º, alínea *b*), da mesma lei, são considerados crimes de prevenção e investigação prioritária o terrorismo e os previstos na Lei 52/2003.

§ 2. A Lei 52/2003 pretendeu dar cumprimento à Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo. Este instrumento de direito europeu foi depois alterado pelo Conselho da União Europeia através da Decisão-Quadro 2008/919/JAI, de 28 de novembro, e as alterações foram transpostas para o direito interno através da Lei 17/2011, de 3 de maio, mediante a qual foi criminalizado o incitamento público ao terrorismo, o recrutamento para o terrorismo e o treino para o terrorismo (*infra* artigo 4.º, §§ 26 e s., 97 e s. e 167 e s., respetivamente). A Decisão-Quadro de 2002 foi, entretanto, substituída pela Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo, a qual foi transposta para a ordem jurídica interna por via da Lei 16/2019, de 14 de fevereiro, no que importava ainda transpor, nomeadamente no que se refere à criminalização do recebimento de treino para o terrorismo (*infra*, artigo 4.º § 128).

Os dois primeiros atos do Conselho da União Europeia, então adotados em aplicação do Título VI do Tratado da União Europeia, nomeadamente dos artigos 29.º, 31.º, alínea *e*), e 34.º, n.º 2, alínea *b*), além de definirem “infração terrorista” (incluindo na definição infrações relacionadas com atividades terroristas) e “grupo terrorista”, combinando elementos objetivos e subjetivos, dispunham, nomeadamente, que cada Estado-Membro deve tomar medidas para criminalizar os atos preparatórios como infrações relacionadas com a atividade terrorista; para tornar punível a instigação, a cumplicidade e a tentativa relativamente a determinadas infrações; para responsabilizar penalmente as pessoas coletivas; para as sanções penais serem eficazes, proporcionadas e dissuasivas, suscetíveis de implicar a extradição, respeitando determinados limites mínimos de duração; para invocar a sua competência em função do local da prática da infração, da nacionalidade ou residência do autor da infração e do alvo da infração; para invocar a sua competência em caso de recusa de entrega ou de extradição de suspeito ou condenado por infração terrorista; e para proteção e assistência das vítimas. Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 83.º, n.º 1, a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 2017

incorporou o conteúdo de atos anteriores e inovou na repressão dos “combatentes terroristas estrangeiros” (pessoas que se deslocam ao estrangeiro para fins de terrorismo e que constituem uma potencial ameaça após o seu regresso ao território da União Europeia) e na adoção de um conceito mais amplo de financiamento do terrorismo (*infra*, artigo 5.º-A, § 10).

§ 3. Não obstante o objeto da Lei de combate ao terrorismo ser a previsão e a punição dos atos e organizações terroristas, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, o diploma no seu todo e certas alterações legislativas dão cumprimento a outros instrumentos de direito da União Europeia e de direito internacional (desenvolvidamente, SILVEIRA/ROMÃO, *Europa – Novas Fronteiras*, 221 s.).

A Lei 25/2008, um dos diplomas que alterou a *Lei de combate ao terrorismo*, transpôs para a ordem jurídica interna as Diretivas 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e 2006/70/CE da Comissão, de 1 de agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Estas Diretivas foram, entretanto, revogadas pela Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, a qual foi parcialmente transposta pela Lei 83/2017, de 18 de agosto.

Por seu turno, a Proposta de Lei 283/XII, na origem da Lei 60/2015, convoca a Resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas 2178 (2014), de 24 de setembro, e a Proposta de Lei 139/XIII, na origem da Lei 16/2019, apela à Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas 1373 (2001), de 28 de setembro.

Além do já mencionado e das Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas 2161 (2014), 2178 (2014), 2199 (2015) e 2253 (2015), Portugal assumiu obrigações na prevenção e repressão do terrorismo, a nível europeu e internacional, também por via da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, do Conselho da Europa, aprovada pela Lei 19/81, de 18 de agosto, da Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, aprovada pela Resolução da AR 40/2001, de 25 de junho, da Convenção Internacional das Nações Unidas para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, aprovada pela Resolução da AR 51/2002, de

2 de agosto, da Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo, aprovada pela Resolução da AR 82/2009, de 27 de agosto, da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, aprovada pela Resolução da AR 101/2015, de 23 de julho, e do Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, aprovada pela Resolução da AR 101/2015, de 27 de julho.

§ 4. De um ponto de vista formal, a inovação mais relevante da Lei 52/2003 é a revogação dos artigos 300.º (*Organizações terroristas*) e 301.º (*Terrorismo*) do CP (*infra*, artigos 2.º, §§ 1 e 18, e 4.º, § 2), estipulada no artigo 11.º, e, consequentemente, a alteração do artigo 5.º, n.º 1, alínea *a*), do CP, determinada pelo artigo 10.º (*infra*, artigo 8.º).

Perante o dever de transposição da Decisão-Quadro de 2002 para a ordem jurídica interna, a opção do legislador foi a de autonomizar a matéria do terrorismo em lei específica. Diferentemente do Projeto de Lei 206/IX, que alterava o CP na parte respeitante às organizações terroristas e terrorismo, a Proposta de Lei 43/IX foi no sentido de uma lei autónoma. Terão sido decisivas para esta opção questões de técnica legislativa, nomeadamente as atinentes à aplicação da lei penal no espaço e à responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas, devendo notar-se que, ao tempo, não vigorava o artigo 11.º do CP, na redação introduzida em 2007 (Assim, Figueiredo DIAS/Pedro CAEIRO, *RLJ* 3935 (2005) 70. E, ainda, *Exposição de Motivos* daquela Proposta e *infra*, artigos 6.º § 1, 7.º § 1 e 8.º).

Maria João Antunes

Artigo 2.º – ORGANIZAÇÕES TERRORISTAS

1 – Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, atuando concertadamente, visem 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, mediante:

- a) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;*
- b) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;*
- c) Crime de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioativas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;*
- d) Atos que destruam ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população;*
- e) Investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas;*
- f) Crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas; 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.*

2 – Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

3 – Quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 15 a 20 anos.

4 – Quem praticar atos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

5 – A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

I. Generalidades

§ 1. O crime de organizações terroristas encontrava-se previsto no artigo 300.º do CP, tendo tido origem já na fase final dos trabalhos de preparação do Código Penal de 1982 (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1176, § 1).

O atual n.º 1 corresponde, ainda que com algumas diferenças, ao anterior n.º 2 do referido artigo 300.º do CP. Quanto às diferenças, cumpre salientar que no corpo a expressão “a prática de crimes” foi eliminada da redação do n.º 1, o qual contém atualmente apenas a preposição “mediante”. A anterior alínea *d*) do n.º 1 do artigo 300.º do CP, relativa aos crimes de sabotagem foi também eliminada, não se encontrando, na versão atualizada do n.º 1 do artigo 2.º, referência aos crimes de sabotagem. Por seu turno, ao n.º 1 do artigo 2.º foram aditadas, na alínea *b*), as comunicações informáticas, na alínea *c*), a explosão, e na alínea *f*) (anterior alínea *e*) do n.º 1 do artigo 300.º do CP), as armas biológicas ou químicas.

De notar que, na versão atual, o n.º 1 adita à enunciação do catálogo de crimes uma cláusula de adequação do crime praticado ao fim visado pela organização, indicando que “sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam suscetíveis de afetar gravemente Estado ou a população que se visa intimidar”.

§ 2. Este crime deve considerar-se um crime qualificado da incriminação de associação criminosa (artigo 299.º do CP), apresentando-se relativamente a esta incriminação numa relação de especialidade (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 299.º, 1176, § 2; STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, *S/S*, § 129 a, Nm. 1; OSTENDORF, *NK*⁵, §§ 129 a, 129 b, Nm. 6; KRAUß, *LK*¹², § 129 a, Nm. 2; SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, Artículo 571, § 1).

A qualificação do crime de organizações terroristas face ao crime de associação criminosa decorre da previsão de dois elementos típicos de verificação cumulativa (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1176, § 3), mais concretamente o escopo da organização (*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*) e o modo através do qual o mesmo é prosseguido, ou seja, mediante os crimes e atos descritos nas alíneas *a*) a *e*) que sejam aptos à prossecução daquelas finalidades.

II. Bem jurídico

§ 3. Tendo o crime de organização terrorista sido regulado em lei avulsa, cumpre aferir se o bem jurídico se mantém inalterado face àquele protegido na versão anterior do preceito que constava do CP.

Tratando-se de um tipo qualificado em face do crime de associação criminosa, o bem jurídico nuclear protegido pelo crime de organização terrorista é, também, a paz pública (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 299.º, 1157, § 4), atendendo à perigosidade agravada de uma organização terrorista. Contudo, dada a atual inexistência do argumento da inserção sistemática do preceito, importa aferir se se trata do único bem jurídico protegido ou se o tipo contempla também a proteção de outros bens jurídicos mais amplos – máxime, a ordem pública, ou mesmo interesses diversos como a segurança interna do Estado. Pode defender-se a existência de um tipo que proteja um bem jurídico poliédrico, em que aqueles outros interesses, designadamente, a segurança interna do Estado, seriam também considerados. Todavia, atendendo à hodierna redação do artigo 1.º, não parece defensável que possam ser autonomizáveis, neste contexto, os bens jurídicos protegidos pelos crimes instrumentais, na medida em que estes interesses estão expressamente subordinados à sua suscetibilidade de afetação do “Estado ou população que se visa intimidar”.

§ 4. Ficam assim afastadas as posições que pretendem identificar o bem jurídico do crime de organizações criminosas com os bens jurídicos protegidos pelos crimes instrumentais, compreendendo este tipo legal de crime como um crime de perigo abstrato relativamente àqueles crimes (RUDOLPHI/STEIN, *SK*⁸, § 129, Nm. 3 e §129 a, Nm. 6).

III. Conceito de organização terrorista

§ 5. O conceito de organização terrorista obedece fundamentalmente a quatro pressupostos, presentes também no conceito de associação criminosa, designadamente quanto ao substrato pessoal, à duração, à organização e à finalidade. A enunciação destes pressupostos resulta, também, do artigo 2.º, n.º 1, da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo, mantidos no artigo 2.º, al. 3), da Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de

março de 2017, que substituiu aquela Decisão-Quadro. Neste sentido, podemos identificar pressupostos objetivos, quanto à organização, e pressupostos subjetivos, quanto à finalidade da organização.

1. Organização

§ 6. Em primeiro lugar, para o preenchimento do tipo é necessária a verificação do substrato pessoal. O n.º 1 prevê que o número mínimo de pessoas que constituem a organização seja de duas, número esse idêntico ao número exigido no âmbito do anterior n.º 2 do artigo 300.º do CP (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1176, § 3). Tratando-se do pressuposto numérico mínimo indispensável à noção de associação, não é, todavia, solução única, podendo encontrar-se casos onde o número mínimo se situa nas três pessoas (por exemplo, os artigos 570 bis e 571 do CP espanhol; CORCOY/MIR, *Comentarios*, 116, 1120). Pode, contudo, entender-se que, sendo o número mínimo de três pessoas a solução dominante na doutrina alemã para o substrato pessoal no contexto de uma organização (OSTENDORF, *NK*⁵, § 129, Nm. 11; KRAUß, *LK*¹², § 129, Nm. 34), o legislador português pretendeu – logo no âmbito do anterior artigo 300.º CP – expressamente uma exigência menor quanto ao substrato pessoal, atendendo à particular perigosidade do crime em causa (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 299.º, 1161, § 15). Não obstante, levanta-se a questão de saber se se a exigência deste número mínimo de pessoas é ainda compatível com uma autonomia da vontade coletiva (KRAUß, *LK*¹², § 129, Nm. 34) e, em especial, se deixa espaço à prevalência da vontade coletiva sobre a vontade individual como é próprio dos crimes de associação criminosa.

§ 7. Para o cumprimento dos pressupostos objetivos de uma organização terrorista não basta a reunião de duas ou mais pessoas, sendo necessário que as mesmas ajam de forma concertada. A atuação concertada representa, por um lado, a exigência de uma certa continuidade temporal, assim como uma ideia de repartição de tarefas entre os membros da organização (densificação que resulta diretamente de algumas formulações legais, *v. g.*, artigo 570 bis CP espanhol).

§ 8. No que toca à continuidade temporal, não é exigível, à semelhança do que acontece em relação ao tipo-base de associação criminosa, que a duração seja pré-determinada (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 299.º,

1161, § 15). Ainda que a continuidade temporal não seja indicada no n.º 1, a mesma é expressamente salientada no artigo 2.º, al. 3), da Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo, quando ali se refere, a propósito da definição do conceito de organização terrorista, que a mesma se “mantém ao longo do tempo”. Deste modo, o acordo fortuito de duas ou mais pessoas para a prática de um crime instrumental, ainda que com os fins indicados no n.º 1 do artigo 2.º, não deverá ser considerado como crime de organização terrorista, por incumprimento do pressuposto da duração ou continuidade temporal. Todavia, deve entender-se que este pressuposto da duração pode estar já cumprido quando os atos preparatórios – planeamento e preparação – relativos ao crime intencionado se prolongarem no tempo, na medida em que tais atos sejam expressão de um planeamento e prática organizados (sobre esta questão, KRAUß, *LK*¹², § 129, Nm. 35 e § 129 a, Nm. 19).

2. Finalidade

§ 9. A caracterização típica do conceito de organização terrorista obedece ainda a dois pressupostos subjetivos, um quanto à existência de uma vontade coletiva e um outro quanto à finalidade da própria organização.

Assim, importa, em primeiro lugar, que seja identificável a existência de uma vontade coletiva, bem como a possibilidade da sua formação. Com efeito, tratando-se de reconhecer a especial perigosidade à organização terrorista, a mesma só será concebível quando seja possível distinguir aquela vontade coletiva – caracterizadora da organização enquanto “centro autónomo de imputação e motivação” (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 299.º, 1161, § 13) – da prossecução dos membros de uma vontade individual ou mesmo da vontade pessoal de um seu líder. Razão pela qual, aliás, se poderá tornar discutível a suficiência de duas pessoas no plano do substrato pessoal da organização (*supra*, § 6).

§ 10. Para lá da existência de uma vontade coletiva, esta vontade terá de ser dirigida a uma das finalidades tipicamente indicadas, que traduzem o escopo terrorista. Atendendo à formulação do tipo legal, sendo necessária a verificação deste escopo, nada impede que a organização não possa, também, ter outras finalidades (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1178, § 6),

ou seja, a organização não terá de ter um escopo exclusivamente terrorista. No n.º 1 do artigo 2.º são identificadas quatro finalidades tipicamente integrantes do escopo terrorista: *i)* prejudicar a integridade e a independência nacionais; *ii)* impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição; *iii)* forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique; *iv)* intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral. A existência de finalidades conexas, mas que não sejam subsumíveis àquelas tipicamente indicadas, não poderá conduzir à consideração da verificação do escopo terrorista da organização. Assim, por exemplo, não poderá entender-se existir uma finalidade terrorista no caso de a organização visar intimidar unicamente uma pessoa que, mesmo sendo funcionário, não tenha prerrogativas de autoridade pública.

§ 11. *i) Prejudicar a integridade e a independência nacionais.* Em causa está, como objetivo, no contexto dos atos contra o Estado, afetar negativamente a integridade e a independência nacionais, na aceção que estas duas expressões (“integridade nacional” e “independência nacional”) assumem no âmbito dos tipos legais de crime previstos não apenas na respetiva subsecção do Título V da Parte II do CP (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1178, § 7), como também no Capítulo I do Título II do Código Penal Militar (atendendo a que a lei que aprovou o novo Código Penal Militar – Lei 100/2003, de 15 de novembro –, tendo revogado os artigos 309.º a 315.º do CP e procedido à sua integração no referido Capítulo I, é posterior à Lei de combate ao terrorismo).

§ 12. *ii) Impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição.* A esta finalidade deverá ser dado o mesmo significado atribuído às expressões constantes dos artigos 325.º, n.º 1 e 333.º do CP (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1178, § 8).

§ 13. *iii) Forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique.* Trata-se de finalidade com significado análogo ao constante das expressões idênticas dos artigos 347.º (Resistência e coação sobre funcionário) e 154.º (Coação), mas apenas relativamente a funcionários com poderes de autoridade pública (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1178, § 9), excluindo-se, em qualquer caso, que possam ser forçados cidadãos em geral (OSTENDORF, NK⁵, § 129 a, Nm. 6 b).

§ 14. *iv) Intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral.* No contexto desta finalidade importa distinguir entre o significado de “intimidar” e entre os destinatários da intimidação. Quanto à intimidação, a mesma refere-se à afetação do sentimento de segurança, na medida em que a confiança no cumprimento pelo Estado da sua função de assegurar a segurança seja posta em causa (KUHLI, *StGB-Kommentar*, § 129 a, Nm. 19). Nessa sequência, não se trata de castigo – atendendo à sua auto-reflexividade –, nem de vingança (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1179, § 10).

§ 15. Problema diferente é a delimitação dos destinatários da intimidação, distinguindo o texto legal entre “certas pessoas”, “grupos de pessoas” e “população em geral”. Um primeiro aspeto a salientar é o facto de o legislador ter expressamente afastado das finalidades tipicamente relevantes a intimidação singular, *i.e.*, de outra pessoa.

No que toca à distinção entre “grupos de pessoas” e “certas pessoas” pode ser adotado um critério que tenha em linha de conta a natureza do elemento que une o conjunto de pessoas em causa. Assim, considerando a estabilidade do elemento comum, deverá entender-se que a noção de “grupo de pessoas” se refere a um conjunto de pessoas ligadas entre si por um elemento comum estrutural (raça, religião, nacionalidade, etc.), e que a noção de “certas pessoas” diz respeito a um conjunto de pessoas ligadas entre si por um elemento comum circunstancial (aquelas que trabalham no mesmo sítio, habitam no mesmo lugar, etc.) (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1179, § 13). A noção de “população em geral”, por seu turno, indica uma consideração generalizada do conjunto de cidadãos. Fundamental é que, no âmbito da intimidação, seja abalada a paz pública [e a segurança interna do Estado, *supra* § 3], pelo que o conjunto de pessoas em causa tem de ser relativamente vasto (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1179, § 13).

3. Crimes instrumentais

§ 16. A indicação dos crimes instrumentais no n.º 1 do artigo 2.º obedece a uma enunciação por espécie de crime e não por remissão taxativa para os artigos dos correspondentes tipos legais de crime ou, até, por uma eventual combinação das duas técnicas legislativas (enunciação e remissão).

§ 17. O n.º 1 exige ainda que os crimes praticados ou o seu modo de comissão sejam “suscetíveis de afetar gravemente o Estado ou a população que se vida intimidar”, configurando os mesmos, deste modo, crimes de aptidão (STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, *S/S*, § 129 a, Nm. 2a), ou seja, a conduta – *in casu*, de um dos crimes do catálogo – deve ser adequada à concretização de (uma das) finalidades do escopo terrorista da organização. Esta adequação, ainda que não exija a efetiva lesão dos bens jurídicos referentes aos crimes do catálogo, tem de ser aferida em concreto, bastando, para o efeito, a existência de uma possibilidade realista de lesão (KUHLI, *StGB-Kommentar*, § 129 a, Nm. 22).

§ 18. De notar, relativamente à anterior redação do artigo 300.º do CP, que na al. *b*) do n.º 1 – correspondente à anterior al. *b*) do n.º 2 do artigo 300.º CP – foi acrescentada a expressão “informáticas”; na al. *c*) do mesmo número – correspondente à anterior al. *c*) do n.º 2 do artigo 300.º CP – foi aditada a expressão “explosão”; e na al. *f*) do n.º 1 – correspondente à anterior al. *e*) do n.º 2 do artigo 300.º CP – foi acrescentada a expressão “biológicas ou químicas” no contexto das armas. A anterior al. *d*) do n.º 2 do artigo 300.º, relativa à sabotagem, não teve consagração no atual n.º 1 do artigo 2.º. Em face do n.º 2 do artigo 300.º, são aditadas, no n.º 1 do artigo 2.º as alíneas *d*) e *e*), que se prendem, respetivamente, com a inutilização de vias de comunicação e serviços públicos fundamentais e com a investigação e desenvolvimento de armas químicas e biológicas. Estas alterações decorreram das alíneas *d*), *f*) e *h*) do n.º 1 do artigo 1.º da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho que a Lei 52/2003, de 22 de agosto transpôs, e foram mantidas no artigo 3.º, alíneas *d*), *f*) e *h*) da Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017.

§ 19. Não obstante, fundamental é que a comissão dos crimes instrumentais *per se* coloque em perigo o bem jurídico protegido pelo tipo de organizações terroristas, tratando-se, aqui, de um concurso aparente, na medida em que se tratam de crimes-meio para alcançar o escopo da organização, integrando, assim, a sua tipicidade (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1177, § 6). Esta ideia sai reforçada quer pela expressão final do n.º 1 – “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” -, como também pela ampla moldura penal do crime de organização terrorista (*infra*, § 39).

IV. O tipo objetivo de ilícito

1. Considerações gerais

§ 20. É possível autonomizar diferentes significados valorativos para as modalidades típicas previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º, a saber, *chefiar, dirigir, promover, fundar, aderir* ou *apoiar* organização terrorista. Importa acentuar que os chefes, dirigentes e aderentes fazem parte ou são membros da organização terrorista, mas assim não terá que ser quanto aos promotores, fundadores e apoiantes. A moldura penal prevista para quem chefia ou dirige, de 15 a 20 anos, é substancialmente mais elevada do que a prevista para quem promove, funda, adere ou apoia organização terrorista, de 8 a 15 anos (cfr. *infra*, § 39).

É de notar que a consumação de qualquer uma dessas condutas típicas não está relacionada com a qualidade de autor ou cúmplice na preparação, execução ou consumação do escopo criminoso da organização. Presente está a diferença entre as condutas dirigidas à *efetivação* da organização terrorista, por si só puníveis, e as condutas dirigidas à prática de determinados tipos de crime no âmbito das “finalidades terroristas” (cfr. alíneas do n.º 1). Ou seja, está afastada a discussão da responsabilidade penal pelas condutas integradas no próprio escopo da organização terrorista (já assim, Ac. STJ de 10/11/89, BMJ 391-413; Ac. STJ de 05/05/94, proc. n.º 46365; e Ac. STJ de 23/11/94, proc. 46041, no âmbito do anterior artigo 300.º do CP, “organizações terroristas”).

Sendo assim, não está aqui em causa o próprio “terrorismo”, na modalidade prevista e punida no n.º 1 do artigo 4.º, que integra os factos praticados no âmbito do concreto escopo criminoso plasmado no n.º 1 deste artigo 2.º.

A autonomização formal destas modalidades típicas de conduta não implica punir meras ideias abstratas de fundar, promover, dirigir, chefiar, aderir ou apoiar, bem pelo contrário, antes exige a sua materialização e exteriorização no caso concreto. No fundo, estas condutas contribuem para a existência (promover, fundar e aderir) e sustentação (chefiar, dirigir e apoiar) de uma determinada organização terrorista, assim considerada pela sua especial aptidão criminosa. E tudo poderá ser pensado independentemente das motivações religiosas, políticas ou ideológicas – que não se confundem com as intenções ou com os elementos subjetivos do ilícito.

Coloca-se ainda a problemática de saber se a *tentativa* das referidas modalidades de ação deverá ou não ser punível, mesmo perante os pressupostos

gerais da sua punibilidade e não obstante o facto de os meros *atos preparatórios* da “constituição” da organização terrorista se afigurarem puníveis (cfr. n.º 4).

2. As concretas modalidades de conduta típica

a) Promover ou fundar

§ 21. *Promover* consiste em tomar a iniciativa na criação da organização terrorista. Corresponde a uma “participação ativa” conducente ao nascimento da entidade coletiva. Neste sentido, *promover* não significa “difundir” (cfr. artigo 4.º, n.ºs 3 e 4) ou “louvar” (cfr. artigo 4.º, n.º 8) a organização terrorista, nem significa apenas “proselitismo” enquanto empenho e sucesso na conversão e recrutamento de novos apoiantes ou membros à causa (cfr. artigo 4.º, n.º 6). Assim, *promotor* não é quem faz a apologia ou o recrutamento, é antes o *agente-primeiro* que agrupa duas ou mais pessoas com vista a preparar ou executar determinado escopo criminoso, vivificando uma concreta *realidade autónoma* pela primeira vez. O agente-primeiro esgota então a sua conduta no *facto de promover uma estrutura organizacional e funcional* (v. KRAUSS, *LK*¹², § 129, Nm. 100) preenchendo o tipo objetivo de ilícito. E não tem de ser, por exemplo, aderente, na qualidade de “militante”, ou chefe do grupo. Portanto, promover é mais do que o mero recrutamento de duas ou mais pessoas, mais do que a divulgação do programa criminoso e está a montante da conduta de adesão ao grupo terrorista. Nada parece impedir que vários indivíduos sejam “*promotores*” – o que é mais natural, em virtude da *participação necessária* exigida pela própria noção de organização terrorista. Dois ou mais promotores podem assim congregar vontades no sentido de constituir e criar condições à existência da organização terrorista. Importa, contudo, concretizar algumas notas complementares.

§ 22. A primeira nota relaciona-se com o problema, sobretudo probatório, de circunscrever *onto-historicamente* o facto que promove a organização terrorista (cfr., embora no âmbito do crime de associação criminosa, Ac. STJ de 27/05/2010). É, pois, evidente a dificuldade em delimitar o momento concreto em que os indivíduos se agrupam e concebem uma dinâmica criminosa de forma concertada. Até porque podemos falar em diferentes factos que convergem no ato de promoção consumado, não ignorando os atos de execução e os atos preparatórios (cfr. n.º 4). O que sugere que a conduta “promover”

deve ser compreendida como uma *unidade complexa de facto que impõe uma pluralidade de atos*. Neste sentido, o preenchimento do tipo objetivo não se basta com um único ato instantâneo, exigindo-se vários atos concretizados daquela promoção – por exemplo, ações, reuniões ou concertações, em momentos distintos, promotoras da estrutura humana e logística apta ao depósito e transporte de substâncias ou engenhos explosivos, ao transporte e à estadia nos vários locais escolhidos como alvo de atentado, à organização dos recursos financeiros, à supervisão das rotinas dos agentes de autoridade, à obtenção de uma rede de comunicação, etc.. Isto ainda para que seja possível, no caso concreto, separar o dinamismo do *processo de promoção consumado* daqueloutro não consumado ou meramente preparatório e, conseqüentemente, identificar a concreta conduta típica e a respetiva pena aplicável.

§ 23. A segunda nota refere-se à possibilidade de alargar o significado de “promover” para além da *primeira estruturação* do grupo terrorista, ou seja, alargar à “reestruturação funcional de uma associação pré-existente” (v. Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 299.º, 1166, § 26; e KUHLI, *StGB-Kommentar*, § 129, Nm. 18 (“Zwecksetzung ändert”)). Parece-nos, no entanto, que a “promoção” está teleologicamente mais próxima da “constituição” do que da “reestruturação”, a menos que a conduta *promover* seja vista como um modo de atuação que signifique também “refundar”. Defender esta posição permite autonomizar a promoção superveniente de grupo terrorista pré-existente – o que também poderá ser interpretável como um género de “reativação” ou “reanimação” – e esvaziar o que poderá ser imputável aos poderes de chefiar ou dirigir organização já existente (cfr. n.º 3).

§ 24. Tudo o que se acaba de se referir ganha renovado sentido se considera “promover” no sentido de “fundar”. Não haverá grande diferença entre um e outro facto, entendido como o envolvimento pioneiro na existência da organização terrorista. Ambas devem ser entendidas como *condutas ativas*, embora a “fundação” possa ser considerada como algo mais solene ou formal. Basta pensar nas novas formas de terrorismo cuja atividade se desenvolve através da “promoção” de células autónomas locais que atuam em diferentes países, com diferentes *promotores*, no seguimento da “fundação” de uma influente organização fundamentalista, em virtude dos seus destacados *fundadores* e da sua própria dimensão (v. JAVIER AGUADO, *Comentários al Código Penal*, 579, 1972). Resultará eventualmente em diferentes juízos de desvalor na medida da pena que medeia entre os 8 e os 15 anos de prisão.

b) Aderir

§ 25. Se o agente está de alguma forma integrado na dinâmica da organização terrorista é porque *aderiu* ao respetivo escopo criminoso, tomando-o também como seu. “Aderir” deve entender-se como o momento em que o agente passa a pertencer e a atuar à luz da organização terrorista. Não é exigível qualquer tipo de formalidade, por exemplo, um ritual, o conhecimento de todos os membros ou dirigentes, o conhecimento dos elementos dos concretos planos criminosos, ou a presença física do aderente na “sede” da organização (cfr., no entanto, artigo 4.º, n.º 11). Porém, em princípio, quem *adere* tem uma maior ligação ao projeto criminoso do que quem simplesmente *apoia* a organização terrorista.

§ 26. A interpretação que acabámos de fazer é, de algum modo, restritiva. É possível vislumbrar aqui dois momentos cronológicos distintos: o primeiro momento em que o agente *adere*, instantâneo, seguido de um segundo momento, prolongado no tempo, a partir do qual o agente *faz parte* da organização terrorista. A questão está em saber se a mera “adesão”, enquanto conduta típica punível, pode ser interpretada como um “*resultado duradouro*”. Repare-se que o tipo de crime aqui em crise *não pune* quem “fizer parte” (pelo contrário, cfr. artigo 299.º CP), isto é, não pune diretamente a qualidade de membro ou “militante”. E a menos que se interprete a adesão como um evento com carácter duradouro, como sendo uma conduta ligada a um elemento temporal de permanência – o que levanta algumas dúvidas dogmáticas –, não será legítimo tomar a expressão “adesão” no sentido de “fazer parte”. Este problema da *adesão temporalmente prolongada* é relevante desde logo para efeitos de flagrante delito e da prescrição do procedimento criminal. Mais ainda é relevante porque a própria prova da conduta poderá ser diabólica – em que momento é que o agente *aderiu*?

§ 27. De outro modo, é possível defender que o termo “aderir” compreende não apenas a conduta que subordina o agente à atividade e escopo criminoso da organização terrorista, mas também e cumulativamente algum tipo de *atividade exteriorizada* com vista à concretização desse mesmo escopo (v. Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1180, §15). Nesta perspetiva, parece já não estar em causa a punibilidade da mera conduta *de adesão*, aquele momento em que o agente simplesmente *adere* aos fins associativos e passa a ser um membro assim reconhecido (aderente-membro); parece estar em

causa a punibilidade da conduta do membro que, por desempenhar atividades a favor do escopo criminoso, outrora *aderiu* à organização terrorista (membro-aderente). Ou seja, *a tal adesão como resultado duradouro*. Tal interpretação poderá de alguma forma esvaziar o alcance da conduta típica “apoiar” em relação aos agentes que sucessivamente apoiam a organização (cfr., *infra*, § 29).

§ 28. Acrescente-se, por fim, que a autonomização dos estádios anteriores à adesão *consumada*, pensada, por exemplo, para as formas de terrorismo “jihadista”, está prevista no n.º 11 do artigo 4.º: “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... é punido com pena de prisão até 5 anos” (cfr. *infra* artigo 4.º).

c) Apoiar

§ 29. Importante relevância prática terá a conduta típica “apoiar”, “nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais”. Em causa estão condutas reduzidas a uma *colaboração material* com a organização terrorista, o que é corroborado por uma interpretação sistemática da própria Lei de combate ao terrorismo.

Para uma delimitação negativa, está excluído do tipo, nomeadamente: o apoio “psicológico” que resulta da divulgação (cfr. artigo 4.º, n.ºs 3 e 4) e da apologia (cfr. artigo 4.º, n.º 8); o apoio financeiro ou o “financiamento do terrorismo” (cfr. artigo 5.º-A); o apoio que se limite à instrução ou treino 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 concretizar o escopo criminoso (cfr. artigo 4.º, n.º 7); viajar ou tentar viajar com vista ao apoio logístico, treino ou instrução de outrem (cfr. artigo 4.º, n.º 10); o apoio que se traduza em “organizar ou facilitar viagem ou tentativa de viagem...” (cfr. 4.º, n.º 12); as ações de solidariedade inócuas para as atividades ou finalidades da organização, tais como as greves de fome (OSTENDORF, NK⁴, § 129, Nm. 21); e o “apoiar” do advogado ou defensor constituído que presta assistência ao agente acusado de associação terrorista no âmbito do processo penal (OSTENDORF, NK⁴, § 129, Nm. 23).

Por outro lado, para uma delimitação positiva, são exemplos de condutas de apoio (*mutatis mutandis*, artigo 576, n.º 2, do CP espanhol): a informação ou vigilância de pessoas, bens ou instalações; a construção, a cessão ou a

utilização de imóveis ou depósitos; a ocultação ou transporte de pessoas relacionadas ou membros do grupo terrorista; a coordenação e organização de meios de internamento ou assistência médica; a falsificação ou contrafação de documentos falsos destinados aos próprios membros; e o fornecimento de armas, explosivos, munições ou instrumentos de crime. Falamos de qualquer forma *relevante* de cooperação, ajuda ou mediação suscetível de contribuir para o prosseguimento das atividades e finalidades da organização terrorista.

§ 30. Para o preenchimento do tipo objetivo será sempre de exigir que se trate de um *contributo objetivamente idóneo* a favorecer o grupo terrorista (v. CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal*, 576, 1124). E esse apoio concreto e idóneo traduz-se sobretudo numa *mera atividade*, não sendo essencial que os efeitos do apoio se traduzam num resultado criminoso (assim, CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *idem*). Diríamos até que os atos de apoio podem ser instantâneos, continuados ou duradouros, considerando as intervenções episódicas e as intervenções que implicam uma certa continuidade.

§ 31. Quanto ao *agente-apoiante*, poderá ser ou não aderente e membro da organização terrorista ou da sua própria ideologia, política ou religião. Nesse caso, há condutas de apoio caracterizáveis como “ajuda externa” – que podem até provir de outros grupos terroristas ou associações criminosas – e condutas de apoio dos já membros ou “militantes”, mais ou menos próximos do “aparelho central” da organização terrorista. A conduta é punível com pena de prisão de 8 a 15 anos (*infra*, § 39).

d) Chefiar ou dirigir (n.º 3)

§ 32. “*Chefiar*”, com o sentido aqui pressuposto, é a conduta que dá unidade e coerência interna à organização terrorista (v. CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal*, 1119). O sentido será o de comandar e dar ordens aos membros e apoiantes do grupo, num processo de “formação da vontade coletiva” suscetível de habilitar o nível organizativo das operações do grupo. A conduta “*chefiar*” pressupõe então uma certa autonomia e hierarquia, porventura mais rígida e formalizada em comparação com a conduta “*dirigir*”. Ou seja, “*dirigir*” não requer necessariamente um esquema hierárquico ou vertical, podendo estar em causa uma coordenação, horizontal, que resulte na divisão de tarefas ou funções no âmbito da estrutura operativa

do grupo terrorista. De qualquer forma, uma ou outra conduta é essencial para o planeamento das atividades da organização terrorista e não deverá ser algo meramente instantâneo ou idílico.

§ 33. A organização terrorista, em princípio, é chefiada ou dirigida por um agente destacado entre os seus membros ou militantes, dotado por isso de um especial poder implícito de influência e responsabilidade. É razão suficiente para se punir a conduta com pena de prisão de 15 a 20 anos, consequência jurídica do crime bastante mais severa do que aquela prevista para quem simplesmente adere ou apoia e para quem exclusivamente toma a iniciativa de promover ou fundar a própria organização terrorista (contudo, sobre esta discrepância veja-se *infra*, § 40).

V. O tipo subjetivo de ilícito

§ 34. O crime de organização terrorista é um crime doloso, pressupondo que o agente realize alguma das condutas típicas, ainda que com dolo eventual (cfr. Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1180-81, §16). O tipo exige um elemento subjetivo específico concretizado na circunstância de o grupo, organização, ou associação terrorista prosseguir uma das seguintes finalidades (“que visem”): 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; intimidar certas pessoas ou grupo de pessoas ou a população em geral (cfr. artigo 1.º da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, atualmente, artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017). Tem-se entendido que este elemento intencional é uma exigência que caracteriza o escopo associativo e não de forma direta a conduta singular do agente, não tendo por isso de se verificar específica e isoladamente na sua atuação.

VI. Atos preparatórios

§ 35. O n.º 4 do artigo 2.º tipifica a punição dos atos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista. Nos termos da regra geral prevista no artigo 21.º do CP, a preparação da execução de um

ilícito criminal não é punível, salvo disposição em contrário. O artigo 2.º, n.º 4, constitui o exemplo desta ressalva antecipando a punição a uma fase precoce de realização do ilícito por se entender haver uma específica necessidade de intervenção penal, considerando a gravidade e o perigo associado à criação e atuação de uma organização terrorista. Por esta razão, o legislador quis de modo expreso punir os atos preparatórios da *constituição* de organização terrorista, cujo significado nos remete para as condutas típicas “promover” ou “fundar” (cfr. n.º 2).

§ 36. Em causa está não só a “conspiração” ou “conjuração” para constituir a organização terrorista, como também o *planeamento concreto da constituição do grupo terrorista*, ou seja, não muito distante dos primeiros atos executórios idóneos a concretizá-lo. Assim, não basta ao preenchimento da norma a mera decisão de promover ou fundar organização terrorista, no mundo das ideias, exigindo-se a sua exteriorização através da *preparação* de concretos atos executórios destinados à constituição de uma organização terrorista.

Levanta-se ainda o problema de saber se uma única pessoa pode ser punida por “conspirar” e “preparar”, sem a participação necessária de outros agentes no planeamento – o mesmo é discutir se estamos perante um crime “unissubjetivo” ou “plurissubjetivo”. É de admitir que um indivíduo, por si, possa cometer atos preparatórios concretos e aptos à constituição de uma organização terrorista. Será punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

§ 37. A punição dos atos preparatórios de constituição de uma organização terrorista levanta também a questão de saber se há espaço para a punição da tentativa, designadamente no que se refere às modalidades típicas de promover ou fundar a organização criminosa. Admitindo essa possibilidade, ainda que o crime de organizações terroristas possa ser entendido, nas suas diversas modalidades de realização, como um crime de mera atividade, a distinção entre a preparação e a execução verificar-se-á quando resulte um perigo iminente da conduta, muito próximo de realização do ilícito. Serão exemplos os casos em que se verifica uma aparência de perigo capaz de abalar a confiança da comunidade na vigência das normas penais (pense-se numa situação de tentativa impossível em que os destinatários daquele que tenta fundar a organização terrorista são agente policiais infiltrados). O mesmo valerá para a tentativa de aderir, a tentativa de apoiar, a tentativa de chefiar ou a tentativa de dirigir.

§ 38. Ainda assim, o legislador conferiu um tratamento especial a certos casos. A autonomização de uma *tentativa de adesão* à organização terrorista está prevista no n.º 11 do artigo 4.º: “Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos”. Assim como está tipificada uma *tentativa de apoio*, nos termos do disposto no n.º 10 do artigo 4.º (na redação proposta na sequência da Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017): “Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista a dar, receber ou adquirir por si próprio apoio logístico, treino, instrução ou conhecimentos sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicas para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.”.

Nesta perspetiva, os atos executórios de adesão ou apoio parecem resultar do facto de se “viajar” com o respetivo propósito – e não tanto do facto de se “tentar viajar”, algo mais próximo, nesta interpretação, de atos preparatórios puníveis.

VII. Pena

a) Penas aplicáveis

§ 39. A pena aplicável varia de acordo com a modalidade de conduta típica preenchida pelo agente. O legislador distingue assim três situações: aplica-se a pena de prisão de 8 a 15 anos a quem promover ou fundar grupo ou organização terrorista, a eles aderir ou os apoiar; a pena mais grave caberá a quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista, sendo de 15 a 20 anos; por último, a quem praticar atos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação corresponde uma pena de prisão de 1 a 8 anos.

De forma imediata evidencia-se uma disparidade punitiva em três planos: na comparação (cronológico-temporal) com as penas previstas antes de 2003; no juízo comparativo (intra-normativo) das penas previstas neste tipo

legal e correspondentes a cada uma das modalidades típicas de atuação, e, por último, à luz de uma consideração (no plano da Lei de combate ao terrorismo) das penas previstas para o crime de *Terrorismo* tipificado no artigo 4.º. Com efeito, antes de 2003 existia uma menor disparidade das penas entre si: aquele que promovesse, fundasse, aderisse ou apoiasse a organização era punido com pena de prisão de 5 a 15 anos; por sua vez, as condutas de chefia ou direção eram punidas com pena de prisão de 10 a 15 anos; e à prática de atos preparatórios correspondia uma pena de 1 a 8 anos. Deste modo, com exceção desta última moldura penal, aplicável à preparação do crime nos termos do n.º 4 do artigo 2.º, verifica-se uma manifesta agravação das penas aplicáveis ao crime de *Organizações Terroristas*.

§ 40. A justificação para esta agravação encontra-se historicamente na própria Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, entretanto substituída pela Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, que estabelecia, no seu artigo 5.º, um conjunto de números dedicados às penas a aplicar aos crimes de natureza terrorista. De acordo com o n.º 3, na versão portuguesa dada àquele primeiro diploma, cada Estado-Membro ficava obrigado a adotar as medidas necessárias para assegurar que as organizações terroristas sejam passíveis de penas privativas de liberdade que não podem ser inferiores a quinze anos para a infração prevista no n.º 2, alínea *a*), do artigo 2.º (dirigir um grupo terrorista) e a oito anos para as infrações previstas no n.º 2, alínea *b*), do artigo 2.º (participação em atividades de um grupo terrorista).

Figueiredo DIAS e Pedro CAEIRO (*RLJ* 3935 [2005] 89) dão-nos conta de que na base da discrepância e desproporcionalidade das penas previstas na lei portuguesa estaria uma “deficiência da versão portuguesa”: quando comparada com outras versões da Decisão Quadro, a versão portuguesa teria elevado ao limite mínimo o que em outras se prevê como limite máximo da pena aplicável. Esta diferença na tradução da fonte replicar-se-ia nas legislações internas. Tome-se como exemplo a moldura prevista na lei portuguesa para a conduta daquele que dirige a organização terrorista; tal conduta é punível, entre nós, com pena de prisão de 15 a 20 anos; porém, em outros ordenamentos jurídicos, *v. g.*, espanhol ou italiano, esta mesma conduta é punível dentro de uma moldura cujo máximo é de 14 anos (Espanha) ou de 15 anos (Itália).

§ 41. Deste modo, as penas aplicáveis às condutas típicas do crime de organizações terroristas mostram-se claramente desproporcionadas e, entre

si, desajustadas: a conduta daquele que promove, funda ou adere é punível, no seu limite máximo, com pena de prisão até 15 anos – marco que constitui, por sua vez, o mínimo da moldura aplicável àquele que chefia ou dirige o grupo. Esta falta de proporção e adequação acentua-se ainda num juízo comparativo com as penas previstas para o crime de Terrorismo (cfr. anotação ao artigo 4.º). É sabido que a definição da moldura pena abstrata deve atender a critérios materiais como o da proporcionalidade, desde logo, entre a gravidade da conduta e a gravidade da pena. Tanto à luz de uma consideração isolada das condutas e das penas que lhe são aplicáveis como da perspectiva de um juízo de perequação (Faria COSTA, *Direito Penal Especial*, 20 e s.) com os limites mínimos e máximos das outras incriminações prevista na Lei de combate ao terrorismo se verifica um evidente e censurável desfasamento, sugerindo-se uma necessária e corretiva intervenção legislativa.

b) Exclusão e atenuação da pena

§ 42. O n.º 5 do artigo 2.º constitui exemplo da relevância conferida no ordenamento jurídico português ao abandono da continuação criminosa e à colaboração do agente com as autoridades judiciárias. Esta norma é, de modo essencial neste segundo caso, exemplo de uma *colaboração premiada* pelo legislador com a atenuação ou a não punição. Do ponto de vista dogmático, prevê-se, no n.º 5 do artigo 2.º, uma causa pessoal de atenuação ou de isenção de pena.

§ 43. As modalidades de colaboração relevantes estão elencadas normativamente, bem como as respetivas vantagens. Assim, o legislador concede o privilégio da atenuação ou da não punição nos seguintes casos: se o agente abandonar voluntariamente a sua atividade; se afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado; ou se auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

§ 44. No específico âmbito dos delitos de terrorismo, o legislador realiza assim uma equiparação às situações de desistência previstas nos artigos 24.º e 25.º do CP, claramente evidenciada pela exigência de voluntariedade na atuação do agente. Esta comunhão de sentidos é manifesta nas duas primeiras modalidades referidas naquele número 5, concretizadas na exigência de abandono voluntário da atividade de natureza terrorista ou de afastamento

do perigo para os bens jurídicos ameaçados. Estas duas modalidades “premiais” aproximam-se, no seu sentido e fundamento, às possibilidades de desistência previstas nos artigos 24.º e 25.º na medida em que, na sua base, está a intenção de máxima preservação e salvaguarda dos bens jurídico-penais. Neste sentido, predomina a ideia de diminuição das exigências punitivas em virtude da diminuição (voluntária) de realização do crime imputável ao agente “desistente”. Certo é, porém, que, nos termos da lei geral, sempre se exige, para que esta desistência seja relevante, a não consumação do crime, condição esta não requerida pelo n.º 5 do artigo 2.º.

§ 45. A terceira modalidade de colaboração escapa a esta comunhão com o sentido e finalidade do regime de desistência prevista no CP. A perigosidade e as circunstâncias próprias dos delitos de natureza terrorista determinaram que se considerasse expressamente, na exclusão ou atenuação da pena, a concreta e efetiva *colaboração* processual do agente. Com efeito é, nesta última modalidade que se concretiza uma colaboração do agente com a investigação e o decurso do processo. Assim, na última parte do n.º 5, o legislador vai para além de uma mera extensão do regime da desistência, presente nas outras modalidades anteriormente referidas, concedendo, em certa medida, espaço à chamada figura italiana do “pentito” (arrepentido) ou “collaboratore de giustizia”, prevista na década de 80 para os crimes de terrorismo pela *Legge 15/1980* (“non e punibile il colpevole di un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico che volontariamente impedisce l’evento e fornisce elementi di prova determinanti per la esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti”).

Por fim, uma nota apenas para sublinhar que, disciplinando-se no plano legal as possíveis consequências da colaboração, é na aferição das circunstâncias do caso concreto, que o juiz se decidirá pela atenuação ou pela isenção de pena.

Susana Aires de Sousa/Inês Godinho/Pedro Sá Machado

Artigo 3.º – OUTRAS ORGANIZAÇÕES TERRORISTAS

1 – Aos grupos, organizações e associações previstas no n.º 1 do artigo anterior são equiparados os agrupamentos de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem, mediante a prática dos factos aí descritos, prejudicar a integridade ou a independência de um Estado, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional, forçar as respectivas autoridades a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certos grupos de pessoas ou populações.

2 – É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2 a 5 do artigo anterior.

I. Generalidades

§ 1. A norma do artigo 3.º não tinha preceito correspondente no CP, tendo antes a sua origem na Decisão-Quadro 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho de 2002 (artigo 1.º da Decisão-Quadro), entretanto substituída pela Diretiva (EU) 2017/541, do Parlamento e do Conselho, de 15 de março 2017.

Na verdade, o artigo 3.º distingue-se do artigo 2.º da Lei apenas na medida em que não se refere ao Estado e poder público nacionais, antes direcionando o seu âmbito de aplicação ao terrorismo relativo a Estados estrangeiros ou organizações internacionais.

§ 2. O combate ao terrorismo internacional de que a norma do artigo 3.º é reflexo, resulta de uma já longa evolução de instrumentos europeus e internacionais relativos ao terrorismo. Com efeito, no estrito patamar da União Europeia, logo em 1996 começaram a surgir os primeiros instrumentos especificamente vocacionados para o combate ao terrorismo internacional, como é o caso da Ação Comum 96/610/ JAI do Conselho, de 15 de outubro de 1996, relativa à criação e atualização de um repertório de competências, técnicas e conhecimentos específicos em matéria de luta contra o terrorismo para facilitar a cooperação entre os Estados-Membros neste domínio. Desde essa data foram sucessivamente surgindo outros instrumentos neste contexto. A Decisão-Quadro de 2002 é, assim, parte integrante de um amplo processo da União Europeia de luta contra o terrorismo – intensificado após o 11 de setembro de 2001 –, com o objetivo de aproximar as disposições dos Estados-Membros nesta matéria (KRAUß, LK¹², § 129 a, 390). Como se refere no Considerando 3 da Diretiva (EU) 2017/541, a “Decisão-Quadro 2002/475/

JAI do Conselho constitui a pedra angular da resposta da justiça penal dos Estados-Membros ao terrorismo. Um regime jurídico comum a todos os Estados-Membros e, em especial, uma definição harmonizada das infrações terroristas (...).”

§ 3. Tendo em conta os valores da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e do respeito pelos direitos humanos e os princípios da democracia e do Estado de direito em que assenta a União Europeia – enunciados no Considerando 1 da Decisão-Quadro que serviu de base à Lei, que são repetidos no Considerando 1 da Diretiva – e que os mesmos são gravemente ameaçados pelo terrorismo – Considerando 2 da Decisão-Quadro, correspondente ao atual Considerando 2 da Diretiva (EU) 2017/541 –, o artigo 1.º da Decisão-Quadro, atualmente, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva (EU) 2017/541, estabelece que sejam consideradas infrações terroristas os atos intencionais que “sejam suscetíveis de afetar gravemente um país ou uma organização internacional”.

Assim, tal como a Decisão-Quadro de 2002, a Diretiva (EU) 2017/541 não se cinge ao terrorismo com impacto nos respetivos Estados-Membros – terrorismo nacional – visando combater o terrorismo internacional, *rectius*, todo o terrorismo. Desta perspetiva, o terrorismo *qua tale*, mesmo que não afetando diretamente o Estado-Membro em que é levado a cabo, deve ser combatido em todos os Estados-Membros, por todos os Estados-Membros.

§ 4. Trata-se, afinal, do reconhecimento de que o próprio terrorismo sofreu nos últimos anos um enorme desenvolvimento, derivado também das novas tecnologias, o que potenciou a expansão do terrorismo internacional através de pequenas células ou grupos autónomos (ZARAGOZA AGUADO, *Comentarios al Código Penal*², 1944).

Atualmente, o terrorismo não se cinge ao modelo piramidal fortemente hierarquizado, fazendo antes uso de diversas infraestruturas – legais e ilegais – para obter acesso a meios logísticos (combustível, armas, rede de internet), o que o torna mais simples e menos visível (SIEBER, “Legitimation und Grenzen”, 353).

§ 5. No fundo, a norma plasmada no artigo 3.º da Lei traduz a exigência de incriminação contida no artigo 1.º da Decisão-Quadro, atualmente no artigo 3.º da Diretiva (EU) 2017/541, relativamente ao terrorismo que afete Estados estrangeiros e organizações internacionais. O legislador português criou,

deste modo, no artigo 3.º, uma cláusula de equiparação (“são equiparados”) entre as organizações terroristas de âmbito internacional e as organizações terroristas com impacto nacional.

§ 6. No § 129a StGB, por exemplo, o legislador não separou tipicamente o âmbito de incidência do terrorismo entre nacional e internacional, mas antes referiu a afetação das estruturas de “um Estado ou de uma organização internacional” (§ 129a(2) StGB), à semelhança do próprio texto do artigo 1.º, n.º 1 da Decisão-Quadro de 2002 (KRAUß, LK¹², § 129 a, Nm. 51), correspondente ao texto do atual artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva (EU) 2017/541. Assim, o legislador português, tendo podido tomar decisão idêntica, não o fez, optando por criar uma equiparação em norma autónoma. Esta opção do legislador é questionável, uma vez que cria uma multiplicação desnecessária.

§ 7. No que diz respeito ao conceito de organização terrorista deve ver-se a respetiva anotação no âmbito do artigo 2.º (*supra*, artigo 2.º, §§ 5-15).

Deste modo, no artigo 3.º, n.º 1 também se exige a existência de uma vontade coletiva de *duas ou mais pessoas* que vise as mesmas quatro finalidades igualmente indicadas no n.º 1 do artigo 2.º

Todavia, no contexto do artigo 3.º, a vontade coletiva terá de se dirigir a um escopo terrorista cujas finalidades não se circunscrevam ao Estado português, antes sendo direcionadas a Estados estrangeiros ou organizações internacionais.

Considerando a formulação típica, ainda que as finalidades que compõem o escopo terrorista da organização não se possam limitar ao Estado português – caso em que estaríamos perante um escopo terrorista do artigo 2.º da Lei –, tal não significa que a afetação do Estado português tenha de estar excluída dessas mesmas finalidades.

II. Bem jurídico

§ 8. Sendo o artigo 3.º uma cláusula de equiparação, tal implica, não obstante, que quando a equiparação tenha lugar o bem jurídico não possa apenas ser considerado na vertente nacional de impacto ou afetação. Por outras palavras, em caso de equiparação, o bem jurídico, mantendo a sua natureza poliédrica, inclui não só a paz pública, como também a segurança interna e externa dos Estados (e não apenas do Estado português). Apesar de estarem

aqui em causa Estados estrangeiros e organizações internacionais, não parece, contudo, ser de aceitar como bem jurídico protegido neste caso o sentimento global de segurança jurídica (OSTENDORF, NK⁵, §§ 129 a, 129 b, Nm. 3).

III. O tipo de ilícito

§ 9. Tratando-se de uma equiparação, o tipo objetivo de ilícito do artigo 3.º é o mesmo do que aquele do artigo 2.º Deste modo, valem para o artigo 3.º as considerações feitas a este propósito no contexto do artigo 2.º (*supra*, artigo 2.º, §§ 20 e s.).

§ 10. A propósito do tipo subjetivo, quando se trate de outras organizações terroristas, também se exige o dolo (*supra*, artigo 2.º, § 34). O artigo 3.º, n.º 1, exige ainda um elemento intencional (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1180, § 16) relativo à finalidade da organização, designadamente a prossecução (“que visem”) de uma das finalidades ali indicadas referidas a Estados estrangeiros ou organizações internacionais. Tratando-se de um elemento intencional referido às finalidades da organização, não afasta, porém, a possibilidade de um concreto agente ser punido a título de dolo eventual por uma das condutas típicas, conquanto não ignore a finalidade (escopo terrorista internacional) da organização (Figueiredo DIAS, *Comentário*, II, 300.º, 1180, § 16). O que significa que o agente terá de saber ou, pelo menos, representar como possível que os esforços da organização se dirigem à realização de uma daquelas finalidades (KRAUß, LK¹², § 129a, Nm. 82).

Inês Godinho

Artigo 4.º – TERRORISMO

1 – Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela, não podendo a pena aplicada exceder o limite referido no n.º 2 do artigo 41.º do Código Penal.

2 – Quem praticar crime de furto qualificado, roubo, extorsão, burla informática e nas comunicações, abuso de cartão de garantia ou de cartão, dispositivo ou dados de pagamento, falsidade informática, contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, atos preparatórios da contrafação ou falsificação de documento com vista ao cometimento dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, é punido com a pena correspondente ao crime praticado, agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo

4 – Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meio de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

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

6 – Quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

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

8 – 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.º 1 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.

9 – 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.

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

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

12 – Quem organizar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem previstas nos números anteriores, é punido com pena de prisão até 4 anos.

13 – A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

N.º 1 – Crime de terrorismo

I. Introdução

§ 1. O n.º 1 prevê o *crime de terrorismo em sentido próprio*. Os demais tipos legais de crime constantes deste artigo 4.º englobam factos materialmente preparatórios do facto típico de terrorismo previsto no n.º 1.

§ 2. A redação deste tipo legal de crime permanece inalterada desde a versão originária da Lei 52/2003. Seguiu-se neste preceito a mesma técnica legislativa que já havia sido adotada quando o crime de terrorismo se encontrava previsto no n.º 1 do artigo 301.º do CP, revogado pela Lei 52/2003: o conteúdo do tipo incriminador, nos planos objetivo e subjetivo, é concretizado mediante remissão para a definição de grupo, organização ou associação terrorista prevista no artigo 2.º, n.º 1. A atual incriminação de terrorismo distingue-se, assim, da anteriormente tipificada no n.º 1 do artigo 301.º do CP na medida em que a definição de organizações terroristas agora constante

do n.º 1 do artigo 2.º divirja daquela que se encontrava plasmada no artigo 300.º do CP (cf. *supra*, artigo 2.º § 1).

§ 3. O *crime de terrorismo interno* previsto no n.º 1 do artigo 4.º difere do *crime de terrorismo internacional* tipificado no n.º 1 do artigo 5.º essencialmente ao nível do tipo subjetivo de ilícito: enquanto o primeiro pressupõe uma de várias intenções contrárias a Portugal, ao Estado português ou à população que se encontre em território nacional (cf. artigo 2.º, n.º 1), o segundo pressupõe uma de diversas intenções contrárias a outro Estado, a uma organização pública internacional ou a certos grupos de pessoas ou populações que se encontrem em países estrangeiros (cf. artigo 3.º, n.º 1).

II. Bem jurídico e ilicitude material

§ 4. O crime de terrorismo interno visa proteger a *paz pública interna*, bem jurídico que agrega “as condições que permitem à comunidade posta sob a proteção de certo Estado viver em segurança e tranquilidade” (Jorge de Figueiredo DIAS/Pedro CAEIRO, *RLJ* 3935 2005 71). Seria já este o bem jurídico a considerar como tutelado por esta incriminação quando se encontrava tipificada no artigo 301.º, n.º 1, do CP (Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do CP II* 301.º § 2), não havendo razão para afastar tal entendimento em face da sua nova localização sistemática (Figueiredo DIAS/Pedro CAEIRO, cit. 79; e Conde FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes I* 220 Nm. 5).

§ 5. Como já se referiu, o presente tipo legal de crime não contém ele mesmo a totalidade dos elementos que formam o tipo-de-ilícito, tendo sido adotada uma técnica legal remissiva para preenchimento dos seus elementos típicos. Trata-se, nessa medida, de uma *norma penal em branco*: quer as condutas que podem dar corpo à vertente objetiva do tipo, quer os pressupostos que dizem respeito à componente subjetiva do facto deverão ser procurados noutra sede normativa, mais precisamente no n.º 1 do artigo 2.º *O crime de terrorismo é cometido mediante a prática de um certo crime, posto que de elevada gravidade, determinada por uma específica finalidade*. É este elemento *teleológico*, a finalidade terrorista, que confere materialidade própria ao ilícito penal de terrorismo e assim lhe permite adquirir autonomia em relação aos crimes base (Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do CP II* 301.º § 1 s., e Maria Fernanda PALMA, *Liber Discipulorum Figueiredo Dias* 250 s.):

“em virtude do elemento teleológico, o terrorismo consiste em um fenómeno orientado à consecução de um fim ou resultado político” (Victor GÓMEZ MARTÍN, *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig* 2010 1018).

III. O tipo objetivo de ilícito

§ 6. O crime de terrorismo é, quanto ao agente, um *crime comum*, dado que qualquer pessoa pode ser seu autor.

§ 7. A *conduta típica* terrorista é constituída pela comissão de algum dos factos criminosos enunciados nas alíneas *a)* a *f)* do n.º 1 do artigo 2.º (crime contra a vida, a integridade física, *etc.* – cf. *supra* artigo 2.º § 16 ss.), os chamados crimes base.

§ 8. A *exigência de aptidão* constante da parte final do n.º 1 do artigo 2.º deverá valer também para o preenchimento do tipo objetivo de ilícito de terrorismo (Figueiredo DIAS/Pedro CAEIRO, cit. 82 s.; e na mesma direção, já antes da Lei 52/2003, Maria Fernanda PALMA, *Liber Discipulorum Figueiredo Dias* 251): a prática do crime base só poderá implicar uma imputação típica de terrorismo se, pela sua natureza ou pelo contexto em que é cometido, for suscetível de afetar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar (cf. *supra* artigo 2.º § 17). Se a comissão do crime base, pese embora dominada por uma intenção terrorista, não for *objetivamente idónea a comprometer a paz pública interna* não há motivo, da perspectiva da tutela do bem jurídico tutelado, para qualificar o facto, desde logo no quadro do tipo objetivo, como um facto terrorista.

§ 9. De forma a que se não perca a congruência entre o conceito legal de terrorismo e a *valoração social* do que pode ser considerado como um ato terrorista, esta exigência de aptidão é tanto mais necessária quanto mais amplo e lasso for o catálogo dos crimes base e das intenções que integram o tipo subjetivo. Aquele que, por exemplo, agride e manietta um agente policial (facto que integra a previsão da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 2.º) com intenção de impedir que este proceda à detenção de um seu participante num assalto (intenção prevista no n.º 1 do artigo 2.º: forçar a autoridade pública a abster-se de praticar um ato) não poderá, em regra, sem mais, incorrer em responsabilização por crime de terrorismo, dada a insusceptibilidade do

facto para afetar gravemente o Estado. Só assim se assegura que um caso desta natureza, manifestamente estranho ao conceito social de terrorismo, adquira significado típico como ação terrorista.

§ 10. Este risco parece-nos ter-se materializado no caso do ataque à Academia do Sporting Clube de Portugal, sita em Alcochete, apreciado, ainda em sede de recurso de despacho de aplicação de prisão preventiva, pelo Ac. do TRL de 10-10-2018 (Proc. 257/18.0GCMTJ-R.L1-3, *www.dgsi.pt*), relativo às agressões e atos de intimidação que jogadores e treinadores de futebol daquele clube sofreram por ação de cerca de 40 adeptos de uma sua claque: uma das razões que abriu caminho à imputação do crime de terrorismo foi justamente a desconsideração da necessidade de avaliar se os crimes base praticados são idóneos a perturbar de forma significativa a população que se visa intimidar. Como se depreende do seguinte trecho do Ac., a questão da gravidade da ameaça para o Estado ou para a população que se visa intimidar parece mesmo ter sido considerada irrelevante para a realização do crime de terrorismo, em posição, portanto, contrária à que aqui sustentamos: “O menor juízo de desvalor e da gravidade das consequências dos factos indiciados nestes autos por comparação com outros fenómenos considerados como de terrorismo a nível mundial, não impede a subsunção no tipo de crime com a extensão ou abrangência que o legislador português entendeu adequadas”.

IV. O tipo subjetivo de ilícito

§ 11. O crime de terrorismo é exclusivamente *doloso*, podendo ser cometido sob qualquer uma das formas típicas de dolo, incluindo o dolo eventual (admitindo, porém, apenas o dolo direto, Conde FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes I* 221 Nm. 7). Aquele que, com dolo eventual, mata um terceiro com uma motivação terrorista, poderá responder por crime de terrorismo. Com efeito, a representação da possibilidade de realização do facto instrumental (*v. g.*, dar a morte a outra pessoa) acompanhada de uma conformação com essa possibilidade é perfeitamente compatível com um concomitante ânimo terrorista que domina a ação.

§ 12. O tipo subjetivo de ilícito integra ainda um pressuposto específico, o já referido *elemento teleológico*, que constitui a marca identitária do crime de terrorismo (cf. Maria Fernanda PALMA, *Liber Discipulorum Figueiredo Dias* 250

s.): a prática do crime base só consubstanciará uma ação típica de terrorismo se for dominada pela intenção de *i*) prejudicar a integridade e a independência nacionais, *ii*) impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, *iii*) forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda *iv*) intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral.

§ 13. É pertinente o reparo de Muñoz Conde à excessiva amplitude de algumas destas intenções (*Derecho Penal. Parte Especial*²⁰ 2015 790), a qual implica, de forma a assegurar a observância do princípio da legalidade criminal, uma sua interpretação penetrada por uma efetiva consideração do bem jurídico cuja proteção a norma incriminadora tem em vista.

§ 14. Não será de excluir que certas daquelas *intenções* sejam em si mesmas *legítimas* e possam ser publicamente expressas e reivindicadas (v. g., a defesa da separação e independência de uma parte do território nacional). Mas tais objetivos políticos, ainda que em si mesmos lícitos, já cairão sob a alçada penal do crime de terrorismo se o agente lançar mão de ações criminosas previstas no n.º 1 do artigo 2.º para alcançar tais fins (sobre esta questão, com menção a distintas concepções doutrinárias e jurisprudenciais na experiência espanhola, Victor GÓMEZ MARTÍN, cit. 1035 ss.).

§ 15. A alguns dos crimes base é inerente o emprego de *violência sobre pessoas*, as quais, como é natural, poderão sentir-se intimidadas com o comportamento violento de que são alvo. A circunstância de o agente ser codeeterminado por um propósito de intimidação dessas pessoas não transforma a sua ação violenta em terrorismo: a finalidade de “intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral” deve referir-se não à vítima imediata do ato violento, mas a terceiros (assim, Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do CP II* 301.º § 3, na esteira de Igor PRIMORATZ, *Journal of Applied Philosophy* 1990 131; e ainda Nuno BRANDÃO, *RPCC* 2020 427 ss.).

§ 16. Também esta exigência típica não foi devidamente valorizada pelo já referido Ac. do TRL de 10-10-2018, no caso do ataque à Academia do Sporting Clube de Portugal (*supra* § 10): tendo-se considerado, a propósito do intuito de intimidar certas pessoas ou grupos de pessoas, que “no caso em apreço, essas pessoas ou grupos de pessoas são os jogadores profissionais da equipa principal de futebol de uma instituição de particular relevo no país”, reconduziu-se a

finalidade terrorista exclusivamente à intimidação do *alvo secundário* do crime base, quando o tipo incriminador pressupõe que o fito terrorista se direcione ainda em relação a terceiros, o chamado *alvo primário*. Residindo aqui o cerne do caso, foi a consideração de que o tipo incriminador requer uma finalidade intimidatória deste alvo primário, dada como não verificada, que fundamentou a decisão de absolvição, já transitada em julgado, das dezenas de arguidos que, neste processo, se encontravam pronunciados por crime de terrorismo – Ac. de 28-05-2020 do Juízo Central Criminal de Almada (RPCC 2020 403 ss.), com anotação concordante de Nuno BRANDÃO, RPCC 2020 421 ss.

V. Concurso

§ 17. Aquele que, integrando um grupo terrorista, pratica um crime de terrorismo deverá responder, em *concurso efetivo*, pelo *crime de organizações terroristas* e pelo *crime de terrorismo* (Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do CP II* 301.º § 12).

§ 18. Parece-nos que entre o *crime de terrorismo* e o *crime base* existe uma relação de *concurso aparente*, no âmbito do qual, em regra, o sentido de ilicitude dominante pertencerá ao crime de terrorismo, que assim prevalecerá sobre o crime base. Casos haverá, porém, em que numa apreciação global dos factos *poderá reconhecer-se no crime base a carga de ilicitude predominante*. Estamos em crer que isso sucederá em atendados terroristas que conduzam à morte e a lesões graves da integridade física de numerosas pessoas. Em cenários desta natureza, as mortes e as lesões corporais sofridas poderão ser socialmente mais marcantes do que o carácter terrorista do ataque. Só assim será possível evitar uma espécie de benefício do infrator que poderia decorrer da recondução desse tipo de situações a um quadro de unidade criminosa centrado no delito de terrorismo: sendo vários os crimes base cometidos pelo agente, responderia por um só crime de terrorismo se tais crimes fossem determinados por uma mesma intenção terrorista; e assim poderia acabar por incorrer numa pena abstrata com um limite máximo inferior ao que arriscaria se fosse punível, em concurso efetivo, pelos crimes base praticados (v. g., cometendo quatro crimes de homicídio, puníveis nos termos do artigo 131.º do CP, o limite máximo da moldura do concurso nunca seria inferior a pena de prisão de 25 anos, ao passo que a pena máxima aplicável ao crime de terrorismo seria de 21 anos e 4 meses).

§ 19. Existirá, em regra, uma relação de *unidade de norma*, sob a forma de subsidiariedade (Figueiredo DIAS, *DP I* 42.º/16), entre o *crime de terrorismo* e os *vários crimes materialmente preparatórios do crime de terrorismo previstos neste artigo 4.º* no caso de uma certa ação criminalmente punível *per se* integrar um estágio preparatório de um crime de terrorismo que acabou por se consumar.

VI. A pena

§ 20. Se o crime base for punível com pena de prisão inferior a 2 anos, no mínimo, e a 10 anos, no máximo, o crime de terrorismo será punível com pena de prisão de 2 a 10 anos. Se o crime base tiver uma moldura legal mais severa, nos limites mínimo e/ou máximo, o crime de terrorismo será punível com a pena correspondente ao crime praticado agravada de um terço, nos seus limites mínimo e/ou máximo, respetivamente. Neste último caso, o *limite máximo abstrato da pena* de prisão aplicável ao crime de terrorismo não poderá exceder 25 anos (não obstante a referência legal à “pena aplicada”).

N.º 2 – Qualificação de crimes “comuns” praticados com vista ao cometimento de factos terroristas

§ 21. O disposto neste n.º 2 tem origem na Decisão-Quadro 2002/475/JAI, de 13 de junho de 2002, que no seu artigo 3.º prescrevia o dever de os Estados-Membros tomarem as medidas necessárias a que determinados factos cometidos com vista à prática de um ato terrorista fossem considerados como *infrações relativas às atividades terroristas*, nomeadamente, o roubo agravado, a chantagem e a produção de falsos documentos administrativos. Injunção que atualmente consta do artigo 12.º da Diretiva 2017/541/UE, de 15 de março de 2017, referente a “outras infrações relacionadas com atividades terroristas” (furto qualificado, extorsão e emissão ou utilização de documentos administrativos falsos).

§ 22. Tal como esclarecem Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, com esta norma procurou o legislador português dar cumprimento a um conjunto alargado de obrigações constantes dos artigos 4.º, 5.º, n.º 1, 6.º, 7.º, 9.º e 10.º da mencionada Decisão-Quadro 2002/475/JAI (cit. 71) e não propriamente criar uma nova incriminação. Ao catálogo de crimes inscritos na versão originária da Lei 52/2003 – furto qualificado, roubo, extorsão ou falsificação

de documento administrativo – começaram por ser acrescentados, pela Lei 25/2008, de 5 de junho, os crimes de burla informática e nas comunicações e de falsidade informática. A Lei 60/2015, de 24 de junho, substituiu a referência ao crime de “falsificação de documentos administrativos” por uma menção ao crime de “falsificação de documentos”. A última alteração ao preceito resultou da Lei 79/2021, de 24 de novembro, que lhe aditou os crimes de contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, de uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, de aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos e de atos preparatórios da contrafação. Crimes esses introduzidos por essa mesma Lei 79/2021, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/713 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário. Isto, não obstante essa Diretiva se referir à matéria do terrorismo apenas uma única vez, no seu 1.º Considerando: “A fraude e a contrafação de meios de pagamento que não em numerário constituem uma ameaça à segurança, uma vez que representam uma fonte de rendimento para a criminalidade organizada, sendo, por conseguinte, uma forma de facilitar outras atividades criminosas como o terrorismo, o tráfico de estupefacientes e o tráfico de seres humanos”.

§ 23. A circunstância de os crimes ora em apreço – furto qualificado (artigo 204.º do CP), roubo (artigo 210.º do CP), extorsão (artigo 223.º do CP), burla informática e nas comunicações (artigo 221.º do CP), falsidade informática (artigo 3.º da Lei do Cibercrime – Lei 109/2009), contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento (artigo 3.º-A da Lei do Cibercrime), uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos (artigo 3.º-B da Lei do Cibercrime), aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos (artigo 3.º-C da Lei do Cibercrime), atos preparatórios da contrafação (artigo 3.º-D da Lei do Cibercrime) e falsificação de documento (artigo 256.º do CP) – serem praticados com vista ao cometimento de atos terroristas justifica a sua inclusão sistemática na Lei de Combate ao Terrorismo e a sua qualificação como crimes relacionados com atividades terroristas. Mas *não implica que com esta sua ligação ao terrorismo se transmutem em crimes de diferente natureza* e passam a estar direta e imediatamente afetos à proteção da paz pública. Com efeito, para que a agravação destes crimes base tenha lugar não é necessário que o agente seja determinado por uma finalidade terrorista. Reside aqui uma diferença substancial entre a presente norma e a constante do n.º 1 deste artigo 4.º, da qual resulta um obstáculo à convolução

de tais factos instrumentais, em si mesmos penalmente puníveis, em crimes de terrorismo pela simples circunstância de se inscreverem num estágio preparatório de uma possível atividade terrorista (Pedro CAEIRO/Miguel Ângelo LEMOS, in: *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU. The Way Forward* 2013 155). Pois é precisamente essa finalidade, aqui ausente, “que permite compreender a *metamorfose* do crime-base em crime de terrorismo e a correspondente alteração ao nível do bem jurídico” (Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do CP II* 301.º § 1).

§ 24. Em suma, a norma constante deste n.º 2 não dá corpo a uma *incriminação autónoma*, antes determina somente uma *agravação da pena abstracta* aplicável aos crimes nela enunciados, fundada num maior desvalor da ilicitude decorrente da conexão do facto com um ato terrorista (nesta direção, Figueiredo DIAS/Pedro CAEIRO, cit. 83 s.; e Pedro CAEIRO/Miguel Ângelo LEMOS, cit. 154 s.; parecendo considerar, no entanto, que estamos perante um crime autónomo, Conde FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes I* 222 Nm. 10).

§ 25. Deste modo, como é evidente, só poderão ser reconduzidas à esfera normativa do n.º 2 condutas que possuam significado típico no quadro dos já referidos crimes de furto qualificado (artigo 204.º do CP), roubo (artigo 210.º do CP), extorsão (artigo 223.º do CP), burla informática e nas comunicações (artigo 221.º do CP), falsidade informática (artigo 3.º da Lei do Cibercrime), contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento (artigo 3.º-A da Lei do Cibercrime), uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos (artigo 3.º-B da Lei do Cibercrime), aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos (artigo 3.º-C da Lei do Cibercrime), atos preparatórios da contrafação (artigo 3.º-D da Lei do Cibercrime) e falsificação de documento (artigo 256.º do CP). Crimes não constantes deste catálogo (v. g., o crime de contrafação de moeda, previsto no artigo 262.º do CP) não poderão ser punidos mais gravemente com fundamento neste preceito mesmo que tenham sido praticados tendo em vista a comissão de atos terroristas previstos no n.º 1 do artigo 2.º – assim, a decisão instrutória do Tribunal Central de Instrução Criminal de 22-06-2018, no “caso Abdesselam Tazi”, não acompanhada, porém, pelo Ac. do TRL de 27-11-2018 (Proc. n.º 78/15.2JBLSB, www.dgsi.pt), que não só aplicou este n.º 2 a factos que qualificou como crime de contrafação de moeda (artigo 262.º do CP), como até considerou tipicamente relevante para este efeito uma

intenção não prevista no artigo 2.º, n.º 1, designadamente, um propósito de financiamento de terrorismo (artigo 5.º-A) (p. 69 ss. e 110 do Acórdão).

N.º 3 – Crime de incitamento público ao terrorismo

I. Introdução

§ 26. O n.º 3 tipifica como crime o *incitamento público ao terrorismo*. A punição é agravada no caso de ser praticado por meios de comunicação eletrónica, acessíveis por *Internet* (n.º 4). *Tal como os demais que se seguem no n.º 5 e ss.*, ainda que incluído num preceito com a epígrafe “terrorismo”, trata-se de um facto que *não pode, com propriedade, qualificar-se como um facto terrorista*. Corresponde antes a um estágio prévio à execução de atos de terrorismo propriamente dito, previstos no n.º 1. O crime de incitamento público ao terrorismo foi introduzido pela Lei 17/2011, de 3 de maio, que acolheu a Proposta de Lei 44/XI/2.^a

§ 27. Deparamos com um *crime contra a paz pública*, com evidentes similitudes, até no plano literal, com o crime de instigação pública a um crime (artigo 297.º do CP).

II. Fontes normativas

§ 28. Ao criminalizar o incitamento público ao terrorismo, bem assim como, aliás, a apologia pública do terrorismo (n.º 8), o legislador português acompanhou um movimento internacional de crescente atenção e preocupação em relação a tais fenómenos, não raro manifestado na aprovação de instrumentos normativos apelando ou até impondo a repressão penal das condutas de incitamento, direto ou indireto (*sc.*, de apologia), ao terrorismo. Um movimento que se ligou, de forma reativa, sobretudo à ascensão e disseminação global do terrorismo promovido por organizações radicais islâmicas, tendo em conta as suas características específicas. Os primeiros passos com significativa expressão internacional no sentido da criminalização do incitamento público ao terrorismo foram dados em 2005, com a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo – adotada em 16-05-2005 (cf. Resolução da AR 101/2015 e Decreto do PR 74/2015) – e com a Resolução

1624 (2005) do Conselho de Segurança da ONU, promovida pelo Reino Unido, em reação aos ataques terroristas realizados em Londres em 07-07-2005 (Yaël RONEN, *Leiden Journal of International Law* 23 2010 647 ss.).

§ 29. No artigo 5.º, n.º 2, da *Convenção do Conselho da Europa* estabeleceu-se que “cada uma das Partes deve adotar as medidas que se revelem necessárias para *qualificar como infração penal*, em conformidade com o seu direito interno, o incitamento público à prática de uma infração terrorista conforme definida no n.º 1 do presente artigo, quando praticada ilícita e intencionalmente”. Entendendo-se, de acordo com o n.º 1 desse mesmo preceito, por “incitamento público à prática de uma infração terrorista” “a difusão ou qualquer outra forma de disponibilização ao público de uma mensagem, com a intenção de incitar à prática de uma infração terrorista, sempre que tal conduta, quer preconize *diretamente ou não* a prática de infrações terroristas, crie o perigo de que uma ou várias destas infrações possam ser cometidas”. Encontramos aqui um *conceito amplo de incitamento público ao terrorismo*, que abrange não só o apelo direto à prática de atos terroristas (incitamento ao terrorismo *stricto sensu*), como também a promoção indireta do terrorismo, comumente reconduzida à glorificação, louvor ou apologia do terrorismo. A circunstância de o próprio Conselho da Europa, nesta sua Convenção para a Prevenção do Terrorismo, ter englobado o enaltecimento do terrorismo no âmbito do incitamento público à prática de uma infração terrorista que deveria merecer censura penal vem sendo considerado como um dado a ter em conta na ponderação da compatibilidade da criminalização desse comportamento com as Constituições nacionais e com a CEDH (*infra* § 173 ss.).

§ 30. Já na *Resolução 1624 (2005) do Conselho de Segurança da ONU* apelou-se a que todos os Estados adotassem as medidas necessárias e adequadas ao cumprimento das suas obrigações de direito internacional para: *a)* proibir por lei o incitamento à prática de atos terroristas; *b)* prevenir tal conduta; e *c)* recusar proteção àqueles sobre quem recaia suspeita fundada de tal comportamento. Um apelo que foi atendido, logo em 2006, pelo Reino Unido, com a aprovação de um novo *Terrorism Act*, no qual se incluiu a responsabilização penal do encorajamento, direto ou indireto, de atos de terrorismo.

§ 31. Um outro importante passo internacional na direção da criminalização do incitamento ao terrorismo foi dado pela União Europeia, com a Decisão-Quadro 2008/919/JAI, de 28 de novembro (cf. Pedro CAEIRO, in: *EU COUNTER-TERRORISM*

OFFENCES 2012 305 ss.). Alterando a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, a Decisão-Quadro 2008/919/JAI instituiu para os Estados-Membros da UE o dever de criminalizar, enquanto infração relacionada com as atividades terroristas de “incitamento público à prática de infrações terroristas”, a distribuição, ou a difusão por qualquer outro modo, sempre sob a forma dolosa, de uma mensagem ao público destinada a incitar à prática de infrações terroristas, sempre que tal conduta, ainda que não promova diretamente a prática de infrações terroristas, provoque o perigo de uma ou mais dessas infrações poderem ser cometidas (artigo 3.º, n.ºs 1, al. a), e 2). Os Estados-Membros ficaram, assim, obrigados a prever sanções penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, suscetíveis de implicar extradição para estas condutas de incitamento público, direto ou indireto, ao terrorismo (artigo 5.º, n.º 1). E foi justamente esta nova disciplina normativa constante da Decisão-Quadro 2008/919/JAI que esteve na base da criminalização do facto tipificado neste n.º 3, tal como se reconheceu na Lei 17/2011. Com a atribuição, no n.º 8 do mesmo preceito, de relevância penal à apologia pública do terrorismo, pela Lei 60/2015, o legislador português foi ao encontro da imposição europeia de criminalização do incitamento *indireto* ao terrorismo (outro foi, porém, o entendimento expresso pelo Governo português na Proposta de Lei 283/XII, que conduziu àquela Lei 60/2015: “Não resulta, contudo, da citada Decisão-Quadro qualquer obrigação para os Estados Membros de criminalizar a apologia pública do crime de terrorismo”).

§ 32. A Decisão-Quadro 2002/475/JAI foi entretanto revogada e substituída pela Diretiva 2017/541/UE. Em matéria de incitamento ao terrorismo, além de manter a exigência de criminalização que já constava do regime anterior – explicitando-se agora que o incitamento indireto pode manifestar-se “por exemplo através da glorificação de atos de terrorismo” –, esta nova Diretiva impõe aos Estados-Membros que tomem as medidas necessárias para assegurar a supressão imediata de conteúdos disponíveis *on-line* de apelo ao terrorismo ou, quando tal não seja possível, o bloqueio do acesso a esses conteúdos por parte dos utilizadores da *Internet* (sobre a prevenção da difusão de conteúdos terroristas em linha, *infra* § 76).

III. Bem jurídico e contexto político-criminal

§ 33. O quadro normativo internacional que, a traço grosso, acaba de se descrever é revelador de que a criminalização, entre nós, do incitamento

ao terrorismo se inscreve na tendência que vem fazendo o seu curso muito para além do plano nacional e que encontra a sua justificação em razões de política-criminal estimuladoras da previsão de medidas contraterroristas de largo espectro, promovidas por diversas organizações internacionais. Tem-se sobretudo em mente o tipo de terrorismo, dito moderno, que há cerca de duas décadas vem sendo protagonizado por (ou sob a inspiração de) organizações terroristas como a Al-Qaeda e o Daesh. É o particular modo como esses grupos se encontram estruturados, organizam os seus ataques terroristas, difundem a sua ideologia e aliciam, recrutam e treinam os seus membros – substancialmente diferente do de outros grupos terroristas (v. g., a ETA, o IRA, as Brigadas Vermelhas, etc.) – que tem fomentado uma abordagem da repressão penal do terrorismo que passa por um adiantamento da intervenção criminal de forma a cobrir condutas ainda materialmente distantes da execução de atos de terrorismo propriamente dito.

§ 34. Para promover um *terrorismo difuso e anónimo*, com base em células que interagem em rede e estão disseminadas à escala global, as organizações que dão corpo a esse chamado terrorismo moderno dependem decisivamente de uma “estratégia de persistente e invasiva doutrinação, ideológica, religiosa ou intelectual” (Yaël RONEN, cit. 657). Com efeito, como sustenta o A. acabado de citar (655 ss.), qualquer campanha terrorista carece da aceitação, pelos membros da organização que a leva a cabo, de uma mundivisão que permita superar as fortes inibições sociais que levam a generalidade das pessoas a abster-se da prática de atos violentos. Ora, enquanto o terrorismo tradicional se desenvolve, via de regra, numa base local através de grupos cuja dinâmica terrorista se forma a partir de dentro, de interações pessoais através das quais os membros do grupo reforçam reciprocamente a imagem do inimigo comum e do sentido de missão, já não é esse o caso do terrorismo moderno. Como sublinha Yaël Ronen, este caracteriza-se pela ausência de uma estrutura hierárquica claramente definida e por um distanciamento entre os mentores do terrorismo e os potenciais executores dos atos terroristas. Por isso, de forma a conseguir a adesão à causa terrorista, é fundamental a doutrinação e o incitamento público, mais ou menos explícito, à prática de atos violentos de terror, através de meios de comunicação à distância, de alcance difuso. A isso acresce o carácter também ele difuso dos objetivos que motivam esta espécie de terrorismo. Se o terrorismo tradicional é animado por certas aspirações bem concretas e perceptíveis, fundadas em agravos também eles bem definidos, já o mesmo não acontece no terrorismo moderno, as mais das vezes estimulado e orientado por fins de carácter muito genérico (v. g., a morte

dos “infiéis”, a destruição das sociedades e do estilo de vida ocidentais, *etc.*). E como tal é indispensável toda uma propaganda que instile sentimentos de ódio em relação aos alvos preferenciais dos atos terroristas e de pertença à comunidade em nome da qual a ação terrorista é desenvolvida (nesta direção, de novo, Yaël RONEN, cit. 655 ss.). Propaganda essa que, sendo a seiva que alimenta este tipo de terrorismo, *poderá, justificadamente, merecer uma resposta penal* quando, de facto, tenha um *significado de exortação* à prática de atos terroristas.

§ 35. Esta compreensão de que a difusão pública de mensagens de incentivo ao terrorismo é imprescindível à materialização de atos terroristas por organizações como a Al-Qaeda e afins, ou em nome delas e/ou da sua ideologia radical, vem contribuindo para a aceitação da legitimidade da sua criminalização, designadamente, no espaço europeu. E isto mesmo quando esteja em causa a promoção de atos ou grupos terroristas que se não filiem nessa linha, antes dizendo respeito a formas de terrorismo dito tradicional (é o que tem, por exemplo, sucedido na vizinha Espanha, a propósito do enaltecimento da ETA).

§ 36. À semelhança das demais incriminações constantes deste diploma, também a do incitamento público ao terrorismo se dirige à proteção da *paz pública interna*, com o conteúdo já explicitado *supra* (§ 4), representando um modo de tutela antecipada desse bem jurídico. Atenta a sua inequívoca conexão ao bem jurídico e a necessária aptidão da conduta para promover o cometimento de ações terroristas, a criminalização do incitamento direto do terrorismo não nos parece suscetível de justificar dúvidas fundadas do ponto de vista da sua legitimidade material, tal como não nos parece contender com o direito fundamental à liberdade de expressão (artigo 37.º, n.º 1, da CRP).

IV. O tipo objetivo de ilícito

§ 37. O *incitamento público ao terrorismo* consiste na *difusão ao público, por qualquer meio, de mensagem incitando à prática de atos terroristas previstos no n.º 1 do artigo 2.º*, com a intenção nele referida.

§ 38. Qualquer pessoa pode ser *autor* deste crime, pelo que, quanto ao agente, se trata de um *crime comum*.

§ 39. A conduta típica corresponde ao ato de difundir mensagem incitando à prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º Pune-se não a produção da

mensagem propriamente dita, mas sim a sua difusão (pública). Casos haverá em que não se verifica qualquer dissociação entre os atos de produzir e de difundir a mensagem, por ser divulgada no exato momento em que ganha corpo. Mas outros haverá em que a mensagem é elaborada num momento e apenas é transmitida publicamente mais tarde, só se consumando o tipo aquando da difusão. Autor imediato do facto será aquele que proceder a essa difusão, podendo, naturalmente, ser pessoa diferente do autor da mensagem. A possibilidade de também este responder penalmente pela difusão pública da sua mensagem incitadora de atos terroristas deverá ser avaliada de acordo com as regras gerais da participação (artigos 26.º e 27.º do CP).

§ 40. *Difundir* significa divulgar ou transmitir algo de forma difusa, sendo este um enunciado do tipo que, a par da referência “ao público”, concorre para o entendimento, que se desenvolverá *infra* (§ 47 ss.), de que a mensagem objeto da divulgação deverá dirigir-se a um conjunto indeterminado de pessoas.

§ 41. Uma *mensagem* é uma comunicação, podendo assumir, em geral e também no particular quadro da presente norma incriminadora, as mais variadas formas: poderá corresponder a um enunciado verbal, expresso de modo escrito ou oral, bem como a sinais ou imagens aos quais possa adscriver-se um significado comunicacional.

§ 42. A difusão adquirirá relevo típico se a mensagem divulgada *incitar* à prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º O incitamento é um ato através do qual se manifesta perante um terceiro uma vontade de que este leve a cabo determinada conduta. O ato de incitar tem, assim, um significado de *apelo* à adoção de um comportamento por parte de um terceiro (a jurisprudência e doutrina alemãs referem-se a um “Appellcharakter” como critério constitutivo do ilícito-típico do crime previsto no § 111 do StGB – por todos, PAEFFGEN, NK § 111 Nm. 12; para uma explicitação do conceito de incitamento no lugar paralelo do crime de incitamento ao genocídio, cf. o Ac. de 02-09-1998 do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda no caso *The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Nm. 555 ss.). No presente caso, de apelo à prática de um ato terrorista. Sem prejuízo de poder relevar noutros domínios típicos, não configurará ato de incitamento, justamente por se mostrar desprovido desse carácter de apelo, a expressão de que um certo ato terrorista foi ou será digno de apreço, necessário ou inevitável (PAEFFGEN, NK § 111 Nm. 12). Apenas quando a mensagem exprima

claramente um propósito de incutir uma resolução terrorista em terceiros poderá ela considerar-se como incitadora de terrorismo.

§ 43. A mensagem de incitamento que o tipo incriminador tem em vista é uma que se *refira à prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º* Isto é, factos que reúnam as seguintes características: *i) factos correspondentes a crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, a crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, etc., ii) praticados com o propósito de prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, e iii) e que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, sejam suscetíveis de afetar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar.*

§ 44. Não bastará, portanto, que se trate de um incentivo a que sejam cometidos factos consubstanciadores de crimes enunciados nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 2.º, sendo ainda necessário que o facto incitado pela mensagem publicamente difundida se revista das características a que alude a parte final desse preceito e que seja cometido com uma intenção, digamos assim, “terrorista”. 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 guardar um espaço de autonomia material em relação ao tipo legal de crime de *instigação pública a um crime* (artigo 297.º, n.º 1, do CP).

§ 45. À semelhança do que sucede noutros domínios (*v. g.*, artigos 91.º, n.º 1, e 368.º-A, n.º 1, do CP), a menção a “*factos*”, e não a “*crimes*”, é feita com o intuito de que o preceito englobe somente o apelo à prática de *ilícitos-típicos*, não se exigindo que a difusão seja realizada com a consciência de que se dirige a quem possa ser assacada culpa pela sua eventual comissão (Helena MONIZ, *Comentário Conimbricense do CP II* 297.º § 10, e S/S/ESER, § 111 Nm. 12). Delimitação que, de resto, não poderia deixar de fazer-se quando considerada a vertente típica relativa aos destinatários da mensagem (“ao público”, *infra* § 47 ss.): o seu caráter indeterminado implica que se prescindia da verificação da capacidade de culpa dos potenciais alvos do apelo e das demais exigências que um juízo de culpa jurídico-penal, necessariamente individualizado, pressupõe.

§ 46. É duvidoso que o facto objeto da mensagem deva ter aqui o mesmo grau de determinação do facto instigado a que se refere o tipo incriminador de instigação pública a um crime (artigo 297.º, n.º 1, do CP). Ao contrário do que neste último sucede, não se prevê no crime ora em apreço que a mensagem apele à prática de um facto ou crime *determinado*. Esta exigência típica leva a que, quanto à instigação pública de um crime, se considere que o conteúdo do incitamento deva ter uma determinação tal que permita identificar e tornar reconhecível um certo facto do ponto de vista do seu *conteúdo jurídico essencial* (S/S/ESER, § 111 Nm. 13). Acrescenta-se, porém, que não haverá necessidade de uma sua concretização espaço-temporal e do seu modo de execução e que mesmo as potenciais vítimas não terão de ser sinalizadas de forma precisa, bastando que sejam identificadas de forma genérica. Postas assim as coisas quanto à instigação pública de um crime, não parece que seja de requerer para o tipo incriminador de incitamento público de terrorismo um grau de determinação do facto instigado que se distancie substancialmente daquela perspetiva. Sempre será necessário, mas também não mais, que o agente difunda um apelo a uma *concreta* atividade criminosa, designadamente, a uma que corresponda a alguma das diversas espécies delituais elencadas no n.º 1 do artigo 2.º, com uma das intenções aí tipificadas, de forma a que possa afetar gravemente o Estado ou a população cuja intimidação se tem em vista. Pois esse é um *minimum* para que possa reconduzir-se o incitamento ao quadro do n.º 1 do artigo 2.º Tudo o que fique aquém, como, por exemplo, genéricos incentivos ao terror ou à insurreição política através da violência, parece-nos ficar fora da esfera típica do crime de incitamento ao terrorismo.

§ 47. A difusão de mensagem incitadora de atos terroristas só será tipicamente relevante *para este efeito* se for destinada *ao público*. A definição do âmbito normativo da incriminação depende, portanto, não apenas de uma projeção, digamos assim, positiva dos respetivos pressupostos típicos, mas igualmente e antes de mais de uma sua *delimitação, de índole negativa*, fundada em *figuras afins da comparticipação criminosa*, nomeadamente, da instigação enquanto autoria e da indução enquanto cumplicidade (artigos 26.º e 27.º do CP). Com efeito, no incitamento público ao terrorismo o legislador teve em mente condutas que, em princípio, embora se traduzam num incentivo público à prática de um ato terrorista ficam aquém de um envolvimento pessoal efetivo e direto do agente na comissão de um certo ilícito penal de terrorismo concretamente pretendido ou ocorrido, ao menos sob a forma de início de execução, como é próprio da instigação e da cumplicidade. A lei tem em vista

comportamentos que não vão tão longe quanto o da verdadeira criação em um *determinado* interlocutor do agente de uma decisão dirigida à prática de um específico facto penalmente ilícito, como acontece na instigação que conforma uma modalidade de autoria, ou sequer apenas o favorecimento ou o fortalecimento de uma decisão delituosa de *uma certa* pessoa, como sucede no auxílio moral traduzido em cumplicidade (Figueiredo DIAS, *DP I* 31.º/45 ss.).

§ 48. Deste modo, devem ser excluídas do círculo típico desta incriminação os casos em que, apesar de publicamente manifestado, o incitamento à prática de um ilícito terrorista tenha como destinatária uma concreta pessoa ou mesmo um conjunto restrito e definido de pessoas (nesta direção, quanto ao crime de instigação pública a um crime, Helena MONIZ, *Comentário Conimbricense do CP II* 297.º § 10, e Pinto de ALBUQUERQUE, 297.º Nm. 6). Nessas hipóteses, o agente instigador, *hoc sensu*, poderá vir a incorrer em responsabilidade criminal, mas por via direta do ilícito-típico realizado na sequência da sua atuação pelos destinatários da mesma, na qualidade de instigador ou de cúmplice, desde que, naturalmente, os demais pressupostos da instigação ou da cumplicidade estejam preenchidos quanto a ele e quanto ao facto respetivo. Em suma, a realização típica do incitamento público ao terrorismo pressupõe que o apelo criminoso se dirija a um *grupo indeterminado de pessoas* ou a um *conjunto de pessoas não individualizáveis*. Não será, em todo o caso, necessário que o agente manifeste o desejo de que todos os destinatários da mensagem se entreguem à execução do ato instigado, bastando que exprima a vontade de que alguma das pessoas a quem o apelo é dirigido leve o ato por diante (S/S/ESER, § 111 Nm. 4, relativamente ao crime de instigação pública a um crime tipificado no § 111 do CP alemão).

§ 49. Nesta ordem de ideias, o simples facto de o apelo ao crime ter ocorrido num lugar público não significa, sem mais, que este tipo de crime se deva dar como verificado. Sempre será necessário avaliar se a mensagem incitadora do ato de terrorismo foi dirigida com um carácter difuso ou se, pelo contrário, pese embora o cenário público em que o agente atuou, foi dirigida a certa(s) e determinada(s) pessoa(s), de modo a convencê-la(s) a praticar um ato dessa natureza. Se foi este o caso, o agente não responderá criminalmente por incitamento público ao terrorismo (nesta direção, a propósito da instigação pública a um crime, o Ac. do TRC de 03-03-2010, Proc. 2753/06.3TAVIS.C1, e S/S/ESER, § 111 Nm. 4), podendo, não obstante, ser corresponsabilizado pelo ato terrorista que eventualmente venha a ser praticado pela específica pessoa instigada ou induzida pela sua mensagem.

§ 50. A divulgação ao público da mensagem incitadora de terrorismo será tipicamente relevante *independentemente do meio* utilizado para o efeito. Ao contrário do que se prevê na incriminação constante do n.º 1 do artigo 297.º do CP, na qual se tipificam específicos meios de disseminação do incitamento ao crime (Helena MONIZ, *Comentário Conimbricense do CP II*, 297.º § 11), no crime de incitamento público ao terrorismo não só não se particularizam quaisquer meios de execução, como, pelo contrário, se determina expressamente que será punível a divulgação realizada “*por qualquer meio*”. Ponto é, ainda assim, que se trate de um meio idóneo à imediata propagação da mensagem *ao público*. Será, desde logo, o caso de situações em que o agente divulgue publicamente a mensagem em espaços públicos ou livremente acessíveis ao público (*v. g.*, afixando cartazes ou distribuindo folhetos na via pública). A verbalização do incitamento ao terrorismo numa reunião pública poderá ser uma outra forma de realizar o facto, mesmo que tenha lugar num espaço de propriedade privada e o número de pessoas que a ela acorram seja reduzido ou que a ela só possa aceder-se sob determinadas condições (*v. g.*, ser portador de um título de ingresso, ser membro de um certo grupo, professar uma determinada religião, *etc.*), desde que o contexto não seja um tal que implique a recondução da situação ao plano da instigação como forma de participação criminosa, nos termos do artigo 26.º do CP (S/S/ESER, § 111 Nm. 7-10). Reuniões ou *encontros privados*, ainda que em lugares públicos (*v. g.*, uma praça ou um jardim) ou de livre acesso ao público (*v. g.*, um restaurante), não relevam neste domínio, uma vez que em tais hipóteses a mensagem não é dirigida ao público. Será ainda relevante a divulgação através da comunicação social (imprensa, televisão ou rádio), por escrito ou sob a forma oral, por exemplo, através da publicação na imprensa de um artigo de opinião ou da verbalização do incitamento durante uma entrevista televisiva.

§ 51. A divulgação da mensagem através de *meios de comunicação eletrónica*, acessíveis por *Internet*, é um outro meio possível de realização do facto e que determina a sua agravação, mediante elevação do limite máximo da pena abstrata de 5 anos de prisão para 6 anos de prisão (n.º 4). Uma vez mais, só deterão relevo típico os meios de comunicação eletrónica através dos quais a mensagem possa ser divulgada ao público. Incluir-se-ão aí mensagens publicadas em sítios da *Internet* de acesso livre (*v. g.*, *blogs*, canais de vídeos como o *Youtube* e similares) ou em redes sociais que funcionem em linha (*v. g.*, *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *Snapchat*, *etc.*). No que às *redes sociais* diz respeito, poderão suscitar-se dúvidas quando a publicação seja feita em página ou canal de

acesso restrito. Nessas situações, ainda que o acesso não seja inteiramente livre a qualquer pessoa, pelo facto de a mensagem ser difundida a um grupo fechado, não será de excluir a possibilidade de estar ainda em causa uma divulgação ao público, considerando o número de potenciais destinatários e a circunstância de o incitamento não ser especificamente dirigido a concretos membros do grupo. Com efeito, não vemos como possa negar-se estatuto típico à instigação a atos terroristas levada a cabo num canal fechado de uma rede social ao qual tenham acesso várias centenas ou milhares de seguidores do agente. Já cairão, todavia, fora do espectro de aplicação da norma as mensagens trocadas em canais privados de comunicação que funcionem nessas redes sociais.

V. O tipo subjetivo de ilícito

§ 52. O incitamento público ao terrorismo é um *crime exclusivamente doloso*. O perfeccionamento do tipo pressupõe, assim, que o agente atue com consciência e vontade de difusão ao público de mensagem que incite à prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, não havendo razões para afastar uma possibilidade de comissão sob a forma de dolo eventual.

§ 53. O tipo subjetivo integra ainda um *elemento específico adicional*: a difusão deve ser feita com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais, de impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, de forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda de intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral (cf. artigo 2.º, n.º 1).

VI. Participação

§ 54. Em caso de difusão pública de uma mensagem de apelo ao terrorismo por duas ou mais pessoas seguir-se-ão as regras gerais da participação (artigos 26.º e 27.º do CP). Como se referiu *supra* (§ 39), no caso de a difusão ser imediatamente realizada por pessoa diferente da que produziu a mensagem, esta última só responderá como autor se (também) assumir o *domínio do facto* da difusão, sob uma das formas de autoria previstas no artigo 26.º do CP e desde que, evidentemente, reunidos os respetivos pressupostos legais (autoria mediata; coautoria, se tomar parte direta na

execução do facto; e instigação, se o autor imediato executar ou der início à execução do facto).

VII. A pena

§ 55. O crime de incitamento público ao terrorismo é punível somente com pena de prisão, entre 1 e 5 anos. Trata-se de uma punição substancialmente mais severa do que a prevista para a incriminação geral de instigação pública a um crime prevista no n.º 1 do artigo 297.º do CP, punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa de 10 a 360 dias.

N.º 4 – Agravação da pena aplicável ao crime de incitamento público ao terrorismo

§ 56. A pena aplicável ao crime de incitamento público ao terrorismo é elevada no seu limite máximo quando o facto for praticado por meios de comunicação eletrónica, acessíveis por *Internet*, passando de 5 para 6 anos. Agravação instituída pela Lei 60/2015 e que radica no elevado potencial de disseminação das mensagens difundidas publicamente por via eletrónica – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The Use of the Internet for Terrorist Purposes*, 2012; e Ezekiel REDIKER, *Michigan Journal of International Law* 36 2015 321 ss. O incitamento agravado acaba por ser, assim, de entre todos os crimes materialmente preparatórios do crime de terrorismo em sentido próprio previstos no artigo 4.º, aquele para o qual é cominada a pena mais grave.

N.º 5 – Crime de acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo com finalidade de recrutamento

I. Introdução

§ 57. O crime de acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo com finalidade de recrutamento foi acrescentado a este artigo 4.º pela Lei 60/2015. Diploma particularmente centrado nas questões da apologia pública

do terrorismo (n.º 8) e das deslocações ao estrangeiro para a prática de crimes terroristas (n.ºs 10, 11 e 12). 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. É curioso notar, no entanto, que a Exposição de Motivos da Proposta de Lei 283/XII, de 19-02-2015, que esteve na génese da mencionada Lei 60/2015, nada diz 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.

§ 58. No plano internacional, caberá apontar uns poucos corpos normativos que se referem a fenómenos próximos da realidade coberta por este n.º 5, nomeadamente, o incitamento público ao terrorismo e o recrutamento para o terrorismo: a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, de 16 de maio de 2005; o Protocolo Adicional a tal Convenção, de 22 de outubro de 2015; a Decisão-Quadro 2008/919/JAI; e a Resolução 1624 (2005) do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 14 de setembro de 2005. Sobre a influência destes diplomas na tipificação dos crimes previstos no n.º 3 e no n.º 6, cf., respetivamente, *supra* § 28 ss. e *infra* § 98 ss. Vistos estes diplomas, percebe-se que o *acesso às mensagens incitadoras* à prática do terrorismo, entendido enquanto problema autónomo e justificador de uma incriminação *per se*, constitui questão que lhes foi alheia, não tendo estado no espírito dos seus promotores.

§ 59. As coisas terão mudado um pouco de figura com a recente Diretiva 2017/541/UE, transposta para o direito interno português através da Lei 16/2019, de 14 de fevereiro, que, todavia, não incidiu sobre este n.º 5. Assim, de acordo com o considerando n.º 11 da referida Diretiva, “a tipificação como infração penal do ato de receber treino para o terrorismo complementa a infração já existente de dar treino e visa especificamente as ameaças provenientes das pessoas que se preparam ativamente para cometer infrações terroristas, incluindo as que em última instância atuam isoladamente. Receber treino para terrorismo inclui a obtenção de conhecimentos, documentação ou competências práticas. O estudo autodidata, inclusive através da *Internet* ou da consulta de outros materiais de ensino, também deverá ser considerado uma forma de receber treino para o terrorismo, caso resulte de uma conduta ativa, praticada com a intenção de cometer uma infração terrorista ou de contribuir para a sua prática. No contexto de todas as circunstâncias específicas do caso, é possível inferir esta intenção,

por exemplo, do tipo de materiais consultados e da frequência da consulta. Por conseguinte, o descarregamento, a partir da *Internet*, de um manual sobre o fabrico de explosivos para a prática de uma infração terrorista poderá ser considerado uma forma de receber treino para o terrorismo. Pelo contrário, a simples visita de sítios *Web* ou a recolha de material para fins legítimos, por exemplo, para efeitos académicos ou de investigação, não é considerada uma forma de receber treino para o terrorismo (...)” (cf., consequentemente, os artigos 5.º a 8.º da mesma Diretiva). Tudo isto sem prejudicar a ideia de que uma via “eficaz de combater o terrorismo na *Internet* é suprimir na origem conteúdos em linha que constituam um incitamento público à prática de uma infração terrorista” (considerando n.º 22 da aludida Diretiva). Fazendo, pois, o legislador europeu de 2017 como que um *mélange* entre as questões do incitamento público à prática de infrações terroristas, amiúde veiculado por mensagens destinadas a um universo difuso e sem “rostro”, e a problemática do recrutamento e do treino para o terrorismo. Ao cabo e ao resto, nada de substancialmente muito diverso da “visão de continuidade” acima mencionada (§ 57), que a nossa Lei 60/2015, aliás, em consonância com iniciativas legislativas congéneres de outros países europeus, havia já procurado implementar, através do tipo criado neste n.º 5.

II. Bem jurídico e contexto político-criminal

§ 60. Como atrás expressámos, e se constata mediante uma simples leitura da respetiva norma, a conduta tipificada neste n.º 5 revela-se intimamente conexionada com os comportamentos previstos nos n.ºs 3 e 4, constituindo, pelo menos na perspetiva do legislador, uma natural consequência captável junto da generalidade de pessoas *influenciáveis e influenciadas* pelas mensagens públicas incitadoras da prática de factos terroristas. Dito de outro modo, parecerá que o n.º 5 em análise incide sobre uma etapa, que poderá até nem ser necessariamente larvar ou inicial, de um processo de *autorradicalização* do agente, levado a cabo a partir, ou no contexto, do acesso que o mesmo faz das referidas mensagens incentivadoras e panfletárias difundidas por outrem (a propósito do sentido deste tipo de criminalização, cf. Sergio COLAIOTTO, *Archivio Penale* 2015/1 10 s.; e Lukas STAFFLER, *Archivio Penale* 2016/3 21 s.).

§ 61. Compreende-se, pela própria natureza das coisas, que subjacente às preocupações do legislador se encontra uma visão eminentemente *preventiva*

da prática de atos terroristas (Élie STELLA, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2015/2 328). Com efeito, e à semelhança do que sucede, por exemplo, com os específicos crimes de *incitamento público ao terrorismo* e *apologia pública do terrorismo* (cf. *supra* § 26 e *infra* 170 ss.), o acesso à propaganda, considerado *per se* e desligado de qualquer outro comportamento próprio do “mundo” terrorista, não poderá afigurar-se, do ponto de vista substancial, como um ato de terrorismo, mas antes um momento (porventura bastante) anterior à (eventual) perpetração de condutas deste jaez. Pelo que a tomada de posição inerente a este n.º 5 representa uma clara *antecipação* da tutela penal a um estágio prévio ao *iter* terrorista e, portanto, desligado ainda dos atos executórios desse mesmo *iter* (assim, e a propósito do atual artigo 421-2-6 do *Code Pénal* francês, Élie STELLA, cit. 327).

§ 62. Em uma sociedade globalizada de informação como a que atualmente experimentamos, afigura-se, na lógica legal, que um dos efeitos amiúde verificados – e verificáveis – é precisamente o da potencial adesão de inúmeros e ignotos consumidores dos canais de comunicação informáticos ao conteúdo dos discursos apologéticos, laudatórios e incentivadores da perpetração de atos terroristas (a propósito, Raffaello PANTUCCI, in: *Developments in Radicalisation and Political Violence* 2011 11; especificamente centrado na utilização recente da *Web* pelo denominado *Estado Islâmico*, Antonio TETI, *Gnosis. Rivista Italiana di Intelligence* 2015/4 78 ss.). 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 vintena de anos. Sendo, por isso mesmo, tal forma de divulgação da 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.

§ 63. Como sugerimos, não fará sentido ignorar o relevo e o poder irrefragável, no mundo contemporâneo em que vivemos, dos meios tecnológicos de difusão e expansão da mensagem, de qualquer mensagem, que recorra a esses mesmos meios. Questão distinta, mas intimamente conexas com tais meios difusores, será já, no entanto, a das características e etiologia próprias da mensagem enquanto realidade intencional e imagética *a se*, isto é, dotada de determinadas linhas de definição material (atento o universo de conteúdo para que remete) e formal (consideradas que sejam as formas estilísticas, visuais e similares de que se serve). Pretendeu, pois, o legislador português – à semelhança, aliás, do que fizeram igualmente o espanhol, no

n.º 2 do artigo 575 do respetivo *Código Penal*, e o francês, no artigo 421-2-6 do *Code Pénal*, para citarmos apenas dois exemplos de nós bem próximos –, e dentro do tal espírito *preventivo* a que se fez referência *supra* (§ 61) incidir sobre um possível processo de *radicalização* que, na atualidade, marcará diversas franjas de indivíduos, as mais das vezes jovens. Sobretudo tendo em vista um conjunto de pessoas que se sentem seduzidas pelas mensagens, de cariz ideológico, político e religioso, assentes em um rigor de princípios dos quais, invariavelmente e por definição, a violência física e psicológica de processos não está – dir-se-ia mesmo, *não poderá estar* – nunca ausente.

§ 64. Poderá porventura sustentar-se que o acabado de expor não impede a necessidade de uma particular cautela no que tange a algo de prévio a toda e qualquer valoração substancial das apontadas mensagens *radicais*. Por um lado, tratar-se-á de ter bem presente que, em determinados casos, e em um mesmo tempo, se geram controvérsias sobre se “one person’s terrorist is another person’s freedom fighter” (Fathali MOGHADDAM, *American Psychologist*, 60 2005 161; no mesmo sentido, John HORGAN, *American Psychologist* 72 2017 199). De facto, em algumas hipóteses espaço-temporalmente circunscritas, as (autoproclamadas) lutas “libertadoras” e “revolucionárias” perante a “opressão”, enquanto objeto temático dos discursos veiculados, permitirão uma multiplicidade de perspetivas adotáveis acerca da maior ou menor legitimidade dos movimentos que as mensagens visam louvar e apresentar como inspiração para a prática de novos e futuros atos. O que, pelo menos em tese, poderá constituir um relevante sinal do não-fechamento da questão. Por outro lado, casos há em que a própria *evolução histórica* tende a aportar uma distinta visão e qualificação de pessoas, grupos e ações que em certos momentos temporais foram generalizadamente apodados de *terroristas*. Como enfatiza Paulo Ferreira da CUNHA, *Direitos Fundamentais & Justiça*, 8 2009 67, “Michael Collins, o herói célebre do filme homónimo de Neil Jordan, 1996, e talvez mesmo Eadmond de Valera, na Irlanda, Jomo Kenyatta no Quênia, Nelson Mandela na África do Sul, Ahmed Ben Bella na Argélia, Menahem Begin em Israel, Anouar El-Sadate no Egipto, Agostinho Neto em Angola, Samora Machel em Moçambique, Yasser Arafat na Palestina, não foram todos qualificados como terroristas? E não ascenderam aos mais altos cargos, dignidades e prestígios e reconhecimentos públicos, nacionais e internacionais, depois que suas ações atingiram os seus objetivos, designadamente independentistas ou afins?” (no mesmo sentido, Giovanna BORRADORI, *Filosofia em Tempo de Terror. Diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida* 2004 11 e s.).

§ 65. Cremos, todavia, que a cautela analítica sugerida não impedirá a adequada percepção da realidade factual trazida pela sociedade de informação em que nos enquadrámos. Desde logo, porquanto, independentemente das específicas características político-ideológicas, culturais ou religiosas que sirvam de bandeira e ideário orientadores aos movimentos classificados como terroristas, e a maior ou menor “simpatia” que possa ser nutrida por tais movimentos e pelas mensagens que os enaltecem e convidam a emular, o ponto fundamental, para a intervenção penal, não é – ou não deveria ser, enquanto as coisas se passarem apenas a esse nível – o da dita “simpatia” pelas ações glorificadas. A questão terá que ver, diversa e essencialmente, com a “marca de água” própria do *modus operandi* adotado pelos movimentos ou “lutas”, quaisquer que eles sejam, objeto das mensagens. Um *modus* que, como já atrás referimos, não só não recua perante a possibilidade do cometimento de crimes graves, dos *mais graves* que se possam imaginar (cf. n.º 1 do artigo 2.º), como não prescinde desse mesmo cometimento, para assim tentar lograr a concretização dos respectivos ideários inspiradores das “lutas” em questão (a propósito, Victor GÓMEZ MARTÍN, cit. 1032). “Lutas”, pois, quase sempre à custa da ordem – desde logo, institucional – e da paz públicas, e ainda da segurança e da própria vida das populações civis. Nesta conformidade, é relativamente adquirida a noção de que o terrorismo em si mesmo se tornou um avassalador problema em diversas partes do mundo contemporâneo, demandando para o erradicar todos os esforços admissíveis e possíveis em um Estado de Direito (Fathali MOGHADDAM, cit. 161). E o ponto, a nosso ver, é este mesmo: até onde será admissível ao direito penal dos Estados democráticos *antecipar* os termos da incriminação de tudo aquilo que atine à prevenção das gravíssimas ações constitutivas do *cuore* dos factos terroristas propriamente ditos?

§ 66. Problema que, como se perceberá, se revela particularmente candente em uma tipificação como a que ora analisamos, basicamente, porque suscita a questão de saber se não se reconduzirá este tipo legal a um verdadeiro – mesmo que não assumido pelo legislador – *delito de pensamento* em relação a todos aqueles que consultam ou acedem aos meios comunicacionais onde são divulgadas as mensagens incitadoras da prática dos factos terroristas. Ultrapassando-se aqui o plano do *doutrinação ativo* terrorista, isto é, o ensaiado pelo autor ou difusor das ditas mensagens – uma vez que estará tal matéria já prevista, de certa forma, nos crimes tipificados nos n.ºs 3 e 7 –, parece ter-se ido mais longe. Com efeito, *o visado é agora o recetor dessas mesmas mensagens, rectius*, aquele que, no contexto de um público difuso e indeterminado, a elas acede ou

obtém acesso, com o específico intuito, antes do mais, de *autodoutrinação* ou *doutrinação passivo* sobre a razão de ser, os intuitos e, em muitos casos, os concretos métodos terroristas explanados nos produtos comunicacionais em questão (com interesse, o artigo 575, n.º 1, do CP espanhol).

§ 67. Em todo este cenário, trilha, pois, o agente, e por si próprio, um caminho, frequentemente solitário, de aprendizagem e contacto com o conteúdo das mensagens e, sobretudo, os referentes axiológicos e a *praxis* (de terror) que (pelo menos, em uma certa interpretação, tida como a mais lídima) aquela axiologia, impregnante das mensagens, postula. O que, repitamo-lo, nos transportará para um terreno temático delicado e fugidio, sobretudo se submetido ao crivo constitucional de aferição da proporcionalidade entre a restrição dos direitos atingidos e a promoção dos valores que a norma penal visará salvaguardar (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), à análise da (des)necessidade da intervenção legislativa, e ainda ao não menos relevante teste advindo do postulado igualmente constitucional do direito penal do bem jurídico (acerca deste último princípio, Jorge de Figueiredo DIAS, *RLJ* 3998 2016 *passim*; Nuno BRANDÃO, *Estudos Costa Andrade passim*; e, mais centrada na casuística constitucional, Maria João ANTUNES, *RBCC* 92 2011 17 ss.).

§ 68. Recentemente – e em dois momentos entre si pouco distantes no tempo –, o *Conseil Constitutionnel* francês lavrou importante jurisprudência a propósito de uma norma em alguns pontos aparentada com a deste n.º 5.

§ 69. A primeira versão do artigo 421-2-5-2 do *Code Pénal* francês, introduzida por uma lei de 3 de junho de 2016, criminalizou “le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d’actes de terrorisme, soit faisant l’apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie”. A lei excluía, todavia, do âmbito da tipicidade os casos em que a consulta era efetuada “de bonne foi”, resultava do “exercice normal d’une profession ayant pour objet d’informer le public (...), de recherches scientifiques”, ou era “réalisée afin de servir de preuve en justice”. Deparávamo-nos aqui, podemos dizê-lo, com a clara consagração do que há pouco apelidámos de *delito de pensamento*, encerrado nas roupagens de um crime de perigo abstrato para cuja consumação bastava a mera consulta *tout court*, com carácter “habitual” (sendo óbvio o grau de

indeterminação que tal elemento de “habitualidade” comportava), de serviços *online* difusores de ideologia terrorista. E isto, note-se, ainda que o agente não tivesse intenção alguma de cometer atos terroristas ou não acompanhasse, sequer, a consulta de uma manifestação de adesão à mencionada ideologia. Atingindo o legislador francês na matéria, pois, o grau máximo imaginável de antecipação de tutela penal, em função de algo, um desfecho terrorista, que, na realidade, poderia nunca vir a acontecer ou sequer a estar na *cogitatio* do agente. Notando, em sentido crítico, estes precisos pontos, Olivier DÉCIMA, *Recueil Dalloz* 2016 1828; e António Manuel ABRANTES, *RPCC* 2017 442 ss.

§ 70. Em sede de apreciação da constitucionalidade da sobredita norma, e dando conta dos aspetos acabados de referir, o *Conseil Constitutionnel*, na sua Decisão n.º 2016-611 QPC, de 10-02-2017 (www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2016611QPC.htm), declarou *inconstitucional* este delito de consulta habitual de *sites* terroristas. Direccionou a sua análise, antes do mais, segundo o prisma da desnecessária desproporcionalidade – e, por consequência, da irremovível inconstitucionalidade – que surpreendeu (e muito bem, a nosso ver) entre os imperativos do combate à instigação e doutrinação terroristas empreendidas através dos meios de comunicação *online* e a restrição penal imposta pela lei à *liberdade fundamental de comunicação dos cidadãos* – desde logo garantida pelo artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mas aqui vista na atual dimensão do simples acesso, sem qualquer outro ato ou requisito, aos identificados meios *online* difusores de propaganda terrorista. Fundamento da decisão no sentido da inconstitucionalidade foi a consideração de que a solução penal fiscalizada *não era necessária*, dada a gama de meios administrativos existentes que permitiam controlar, na fonte, os serviços de comunicação ao público *online* que incitassem à prática de atos terroristas. Entendeu ainda o *Conseil* não ser adequada nem proporcional uma criminalização tão restritiva da liberdade de comunicação dos cidadãos que prescindisse da supra aludida exigência de que o agente tivesse intenção de praticar um ato terrorista ou sequer manifestasse uma adesão à ideologia propagandeada pelos *sites* consultados. Nesta direção, António Manuel ABRANTES, cit. 442 s., salientando ainda as implicações postergadoras dos princípios da necessidade da tutela penal, da legalidade e da culpa decorrentes desta primeira versão do delito de *consultation habituelle de sites Internet terroristes*, bem assim como de um dos elementos normativos da figura da *entreprise individuelle terroriste* prevista no artigo 421-2-6 do mesmo CP, na redação anterior à hoje vigente (444 ss.).

§ 71. O legislador francês não deu tréguas, porém. Pouco mais de duas semanas após a referida declaração de inconstitucionalidade do *Conseil Constitutionnel*, foi aprovada uma nova versão do dito artigo 421-2-5-2 do CP (Lei 2017-258, de 28-02-2017, relativa à segurança pública). No essencial, o crime passava a revestir a seguinte configuração: “le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d’actes de terrorisme, soit faisant l’apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni (...) lorsque cette consultation s’accompagne d’une manifestation de l’adhésion à l’idéologie exprimée sur ce service” (itálicos nossos).

§ 72. Por um lado, passou a prever-se a exigência genérica, mais diáfana, e porventura inútil do ponto de vista da técnica legislativa, de que a consulta não tivesse a sustentá-la um *motif légitime*. Motivo esse que deixou de estar densificado, ao contrário da anterior redação do preceito, na *bonne foi* ou nos quadros de uma atividade de cariz científico, destinada a informar o público ou ainda a obter provas judiciais. Por outro lado, a lei “abrandou” um pouco o seu nível de antecipação de tutela e passou a considerar como elemento típico o de a consulta ser acompanhada de uma manifestação de adesão do agente à ideologia terrorista veiculada pelo serviço consultado.

§ 73. Confrontado com esta renovada versão do artigo 421-2-5-2 do CP francês, o *Conseil Constitutionnel*, na Decisão n.º 2017-682 QPC, de 15-12-2017 (www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017682QPC.htm), voltou a concluir no sentido da sua *inconstitucionalidade*. Retomando os argumentos já explanados anteriormente, o *Conseil Constitutionnel* reforçou, ainda mais, as notas da desproporcionalidade, desnecessidade e até mesmo inutilidade deste tipo legal de crime. Assim, foi enfatizado o exercício do direito de livre comunicação e expressão enquanto valor dotado de uma relevância absolutamente essencial em uma democracia, relevância essa tanto maior quanto mais se lhe reconhecer a condição de (um dos) garante(s) do sistema político e do respeito de outros direitos e liberdades. Consequentemente, sustentou o aresto, uma incriminação restritiva de um direito fundamental protegido de modo tão específico deverá ser sempre sujeita a um controlo de proporcionalidade e necessidade mais apertado.

E, como vimos, conquanto a segunda versão da norma haja acrescentado, em termos de exigência típica, a “manifestação de adesão” à ideologia propagandeada pelos *sites* consultados, entendeu o *Conseil Constitutionnel* que tal elemento, por si só, não permitia intuir ou, muito menos, dar como assente uma qualquer “intenção terrorista” do agente, acabando por levar à perseguição (penal) desproporcionada e desnecessária da liberdade de expressão *tout court*. Em todo este contexto, foi, pois, declarada inconstitucional a segunda redação do aludido artigo 421-2-5-2 (a propósito, e com desenvolvimento, Pascal BEAUVAIS, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2018 81 ss.).

§ 74. Louvando-se porventura em preocupações semelhantes às que estiveram na base do artigo 421-2-5-2 do *Code Pénal* francês, e que, além do mais, emergem da já mencionada voragem legiferante europeia, a norma prevista neste n.º 5 não padece, apesar de tudo, dos mesmos graves vícios daquele preceito. Com efeito, o grau de antecipação de tutela penal pensado pelo legislador português não é tão acentuado quanto o revelado pelas duas sucessivas versões do dito artigo 421-2-5-2. Como veremos, para que a conduta do agente seja subsumível ao presente n.º 5 não basta, como se consagrou nos tipos legais de crime franceses, a mera consulta ou acesso às mensagens incitadoras da prática de crimes de terrorismo e uma manifestação de adesão à ideologia impregnada em tais mensagens. Exige-se que a consulta ou acesso sejam acompanhados de uma *intenção específica* – que poderíamos denominar de “intenção terrorista” –, e de uma *posterior utilização das mensagens na prática de atos preparatórios de um facto terrorista*. Tudo isto com o propósito de prevenção de comportamentos subsequentes que – aí, sim – ameacem de forma mais intensa os bens jurídicos protegidos pela legislação antiterrorista. O que, note-se, não significa que porventura não se tenha ido aqui longe de mais no cerceamento das liberdades fundamentais restringidas por esta norma incriminadora. Vejamos porquê.

§ 75. Na nossa opinião, tendo em conta o princípio da proibição do excesso, o presente preceito apresenta dificuldades de compatibilização com as exigências de proporcionalidade e de necessidade, constitucionalmente impostas, desde logo pelo n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Dificuldades por certo não tão evidentes como as apontadas pelo *Conseil Constitutionnel* ao extinto artigo 421-2-5-2 do *Code Pénal* francês, mas nem por isso despidiendas. Efetivamente, afigura-se-nos que, na sua base, a carga de ilicitude precipitada neste nosso tipo legal incide sobre a *liberdade de pensamento*. Deverá reconhecer-se que a

incriminação vai para além disso: pelo menos *prima facie*, não se reprime apenas a atitude do agente que acede às mensagens com cujo ideário se identifica, exigindo-se-lhe algo mais em termos de “modificação” do mundo exterior. Em rigor, para além da sua “intenção terrorista” e de um outro elemento de cariz subjetivo, o *propósito de recrutamento*, o agente terá de praticar atos preparatórios da factualidade materialmente terrorista visada. Só que, atentos os interesses em causa nesta equação punitiva, talvez devesse traçar-se “uma linha clara entre aquilo que uma pessoa *efetivamente faz* e aquilo que uma pessoa *pode eventualmente vir a fazer*, classificando como ilegítima a restrição de direitos fundamentais operada por via da intervenção antecipada do direito penal na segunda situação” (António Manuel ABRANTES, cit. 441, com itálicos do A.). Pois que, no tocante aos atos preparatórios do facto terrorista perseguido pelo agente, depararemos sempre com um de dois cenários: ou tais atos configurarão, *per se*, crimes autónomos e como tal serão censurados; ou, diversamente, não constituirão ilícitos penais a verberar por si próprios. Assim, teremos alguma dificuldade em fugir à ideia de que, na essência de ambas as hipóteses, a pretexto da proteção da paz pública, o verdadeiro objeto de repressão penal do tipo contido neste n.º 5 se reconduzirá ao acesso às mensagens e às “inclinações” ideológicas pressupostas por tal acesso. Razão que, considerando o direito fundamental à liberdade de pensamento, de modo algum poderá legitimar uma intervenção penal, por muito condenáveis que essas “inclinações” possam parecer aos olhos do cidadão comum.

§ 76. Por fim, e sem que com isto se coloque em causa a já existente incriminação do incitamento público ao terrorismo, cremos haver campo, cada vez maior, para trabalhar, por via de medidas de cariz administrativo e de autorregulação dos grandes operadores da *Internet*, naquilo que toca à possibilidade de bloqueio e restrição dos serviços de comunicação *online* que incitem ou difundam mensagens incitadoras à prática do terrorismo. Aí se tentando, logo *ab initio*, e mediante uma severa, atenta e pronta atuação administrativa, a responsabilização dos próprios fornecedores dos canais de comunicação pela eventual “facilitação” de condições de veiculação da aludida propaganda. Um pouco à semelhança do que sucede já atualmente, por exemplo, entre outros países, em França – cf., a propósito, Pascal BEAUVAIS, cit. 83; em termos legislativos da União Europeia, *vide* o considerando n.º 22 da Diretiva 2017/541/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Recomendação da Comissão 2018/334/UE da Comissão, de 01-03-2018, e a recente Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à prevenção

da difusão de conteúdos terroristas em linha, de 12-09-2018, COM (2018) 640 final, 2018/0331 COD.

§ 77. Tudo visto e ponderado, diferentemente do que sucede com outras incriminações dotadas também de um inegável cariz preventivo – por exemplo, o incitamento público ao terrorismo, o recrutamento, o treinamento e as viagens com fins terroristas –, haverá alguma dificuldade, até mesmo sob o essencial prisma da necessidade de tutela penal, em compreender e justificar, à luz do interesse de salvaguarda da paz pública, a existência de uma figura típica como a prevista neste n.º 5.

III. O tipo objetivo de ilícito

§ 78. O crime em causa não pode deixar de ser percecionado como um crime comum, pois não exige uma qualquer especial qualidade do autor que o pratica.

§ 79. No plano do tipo objetivo de ilícito, será relevante a *conduta de aceder ou obter acesso a mensagens* de incitamento público ao terrorismo e *delas fazer uso na prática de atos preparatórios de factos terroristas*. Trata-se, pois, de uma construção algo complexa, que exige a reunião de um determinado conjunto de marcas objetivas.

§ 80. *Objeto da ação* serão *mensagens* de incitamento público ao terrorismo, designadamente, as que se preveem no n.º 3 (*supra* § 41).

§ 81. O primeiro passo da ação típica será o *acesso ou a obtenção de acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens* em questão. O que implica, até pela lógica das coisas, que o agente deva tomar contacto cognitivo com o conteúdo essencial do enunciado verbal ou da imagética que tais mensagens incorporam e patenteiam, apreendendo o seu significado. Esta exigência do acesso é incontornável para a exigência típica suplementar a seguir expressa. A circunstância de o legislador especificar o acesso ou a obtenção de acesso às mensagens através de sistema informático destina-se, como se afigura relativamente óbvio, a traduzir a importância prática, já atrás enfatizada, que nos nossos dias assumem a difusão e a captação das mensagens pelo mundo comunicacional eletrónico e informático, e do qual é a *Internet* exemplo paradigmático. No entanto, se para quem difunde as mensagens por

meio de comunicação eletrónica acessível por *Internet* cominou o n.º 4 um *plus* de censura punitiva relativamente aos meios não eletrónicos de difusão, aqui não existe tal diferença punitiva consoante o acesso às mensagens se processe através de sistema informático ou por qualquer outro meio diverso.

§ 82. Depois, importa que se verifique o *uso das mensagens, pelo agente, na prática dos atos preparatórios dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º* O que, como se salientou *supra*, supõe o contacto cognitivo com o conteúdo das referidas mensagens, o mesmo será dizer, com a exortação ou o apelo à perpetração dos factos terroristas que o próprio agente tem o propósito de levar a cabo. Em alguns casos, para além da apontada exortação, as mensagens tenderão a revestir igualmente a característica de “guias práticos” de ensinamento de um determinado *know-how* na forma de perpetrar os factos incitados (*vide* o considerando n.º 11 e os artigos 5.º a 8.º da Diretiva 2017/541/UE, e ainda *infra* § 145 ss.). Embora não tenha de ser necessariamente sempre assim, isto é, podendo as mensagens não conter mais do que o discurso ou a imagética incitadores pelos quais irá o agente iniciar e orientar a prática dos atos preparatórios da factualidade terrorista visada. Neste último caso, no entanto, cremos que a perfeição do tipo-de-ilícito dependerá sempre da demonstração de que o comportamento depois adotado pelo agente é enquadrável na categoria dos atos idóneos e tendentes à preparação da futura prática da factualidade terrorista exortada nas mensagens. Ao cabo e ao resto, parece-nos haver sido intuito do legislador o de 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.

§ 83. Acresce que o conteúdo das mensagens de incitamento terá de apontar para uma factualidade criminosa, nomeadamente, uma das elencadas no n.º 1 do artigo 2.º, com uma das intenções aí tipificadas, e um objeto(iv) mais ou menos determinado(s) ou determinável(eis). Com efeito, e na sequência do que se sustentou *supra* (§ 43), só dessa forma poderá aferir-se do efetivo *uso* das mensagens nos atos que visam preparar a prática da aludida factualidade criminosa. Assim, imagine-se que o agente acede, por meio da *Internet*, a diversas mensagens nas quais se exortam os “oprimidos” a destruir, da forma mais violenta possível, as instalações de uma relevante instituição bancária internacional (vista como uma das encarnações do “imperialismo” contemporâneo) e todos aqueles que servem tal entidade. E imagine-se também que, para além do relevante material

explosivo encontrado em sua casa, se apura igualmente haver o agente diligenciado, ao longo de algum tempo, pela aquisição de detalhada informação sobre o modo de funcionamento (horários, condições de atendimento ao público, serviços de segurança, *etc.*) de uma das dependências da referida instituição bancária, situada na cidade onde reside.

§ 84. Sob pena de desvirtuarmos por completo o sentido da incriminação prevista neste n.º 5, parece-nos óbvio que os atos preparatórios do facto terrorista que o agente pretenda cometer *não* se confundem com o acesso às mensagens incitadoras. Dito de uma forma mais direta: para a perfeição objetiva deste tipo incriminador é necessário que o agente, *para além* do acesso às mensagens, pratique, *depois*, atos preparatórios de um facto terrorista.

IV. O tipo subjetivo de ilícito

§ 85. O preenchimento do tipo subjetivo de ilícito exige, desde logo, o *dolo*, que corresponderá à representação e vontade de aceder a mensagens incitadoras do terrorismo e de as usar na preparação de atos terroristas.

§ 86. O comportamento do agente deverá, além disso, ser dominado por uma *intenção terrorista*, mais precisamente a prevista no n.º 1 do artigo 2.º É a ausência desta intenção que arreda do âmbito subjetivo típico a conduta daquele que, por exemplo, acede às mensagens de forma inadvertida, por mero lapso informático, ou, em sentido oposto, o faz de modo voluntário e determinado, mas por motivos científicos, didáticos ou investigatórios (cf. o considerando n.º 11 da Diretiva 2017/541/UE). Também não preenche o requisito da enunciada intenção o comportamento daquele que, não tendo qualquer intuito de passar de um estágio “contemplativo”, “navega” no mundo das mensagens somente por mera “simpatia” ou identificação ideológica com a causa que tais mensagens supostamente glorificam. Cremos, com efeito, e sob pena de o transformarmos, *ainda mais*, e sem margem para quaisquer dúvidas, em um *delito de pensamento*, que não incorre na prática deste crime o mero simpatizante do ideário propugnado pelas mensagens, que a elas acede sem o intuito do cometimento de factos terroristas.

§ 87. Exige-se, por último, que o acesso seja determinado por um *propósito de recrutamento* para a prática de factos de terrorismo (sobre o recrutamento,

infra § 111 ss.). Estando o preenchimento do tipo subjetivo de ilícito dependente da existência desta intenção de recrutamento, deverá ele, naturalmente, ser negado sempre que, embora a conduta praticada assumia relevo típico objetivo, tal propósito não seja descortinável. É o que poderá suceder, pelo menos em alguns casos, com os chamados “lobos solitários”, mais concretamente com os *lone vanguards* (sobre a figura, cf., *infra*, António Miguel VEIGA, “Radicalização e «lobos solitários» no contexto da denominada «luta contra o terrorismo»”). Ou seja, com aqueles que pretendem praticar um facto terrorista, mas procuram fazê-lo de forma verdadeiramente autónoma, sem ligações de espécie alguma a entidade, pessoa ou organização terroristas, e – mais importante ainda – sem a “ambição” de serem “arregimentados” (*rectius*, “recrutados”) para (e por) essa entidade, pessoa ou organização terroristas. Se assim for, e não obstante o seu acesso às mensagens terroristas e a prática dos atos preparatórios da factualidade materialmente terrorista, não poderão ser os ditos “lobos solitários” punidos pelo tipo contido neste n.º 5, pela razão singela, mas decisiva, de lhes faltar uma das intenções tipicamente impostas, o propósito de recrutamento.

§ 88. Poder-se-ia porventura contrapor a esta visão das coisas uma outra: a de que o legislador português não pretendeu subtrair à malha penal, em matéria de acesso às mensagens incitadoras da prática do terrorismo, o comportamento dos que as consultam com o fim de perpetrarem atos terroristas em uma lógica de *one man organization*. É que, dir-se-ia, os especiais interesses de proteção e segurança coletiva assestados aos tipos-de-ilícito no domínio do terrorismo serão igualmente colocados em causa, quer por um (genuíno) “lobo solitário” que pretenda atuar, de início ao fim no *iter* terrorista, *in his own way*, quer por um agente que vise integrar um complexo organizacional que o transcenda. Uma tal posição esbarraria sempre, porém, com os limites inerentes à exegese do tipo incriminador, nomeadamente, na sua vertente subjetiva: em face da letra da lei, não há como deixar de exigir esse propósito de recrutamento, por muito político-criminalmente questionável que seja a imposição desse pressuposto. A lacuna que poderia assim porventura assacar-se à intervenção penal neste domínio parece, em todo o caso, ter sido substancialmente colmatada com a nova redação dada ao n.º 7 pela Lei 16/2019, que passou a cobrir a ação daqueles, como é típico dos “lobos solitários”, que adquirem por si próprios as competências necessárias à prática de atos terroristas.

V. As formas especiais do crime

1. Tentativa

§ 89. Como ficou exposto atrás, estamos na presença de uma figura de delito dotada de contornos algo complexos. Cremos, sem embargo, até em homenagem a uma ideia de insignificância e irrelevância jurídico-penal, não ser de entender sequer como tentativa, para os específicos efeitos que ora nos ocupam, a situação do agente que, pretendendo aceder às mensagens de incitamento ao terrorismo, todavia não o consegue por causa de persistentes dificuldades ou deficiências do sistema informático por si utilizado.

§ 90. Diferentemente, admitimos tratar-se de um caso de tentativa aquele em que o agente acede às mensagens incitadoras da prática de factos terroristas, com o propósito e a intenção exigidos pelo tipo, mas, devido a razões alheias à sua vontade, acaba por não fazer o uso dessas mensagens nos atos preparatórios dos ditos factos terroristas que pretendia levar a cabo. Tentativa, no entanto, não punível, dada a moldura penal abstrata aplicável (artigo 23.º, n.º 1, do CP).

2. Comparticipação

§ 91. Parece-nos inexistir óbice algum ao funcionamento das regras gerais da comparticipação previstas no CP no cometimento deste crime. Assim, cogite-se a hipótese de coautoria de dois agentes que, irmanados da mesma intenção (terrorista) e propósito (de recrutamento), repartem tarefas entre si, acedendo um deles às mensagens e praticando o outro os atos preparatórios do facto materialmente terrorista que ambos pretendem ver concretizado.

§ 92. Questão distinta, embora conexa com a anterior, será estoutra: paralelamente à punição, segundo as regras da comparticipação, dos dois agentes acabados de mencionar pelo crime previsto neste n.º 5, ocorrerá a condenação de um outro agente, que, “impressionado” pelo trabalho preparatório dos dois primeiros, os recruta tendo em vista a prática de um crime de terrorismo. Neste segundo caso, como se perceberá, a censura dirigida ao “recrutador” tem na sua base isso mesmo, ou seja, a comissão de um crime de recrutamento, previsto no n.º 6, e não uma qualquer hipótese de

coautoria – que, considerado apenas este cenário factual, não existe – com os dois “recrutados”.

3. Concurso

§ 93. O agente que comete o crime de acesso às mensagens incitadoras de factos substancialmente terroristas, consagrado no n.º 5, será igualmente condenado, em uma situação de *concurso efetivo*, pelo crime autónomo, mesmo que se trate de um dos previstos no n.º 2, que consubstanciou o ato preparatório no qual usou as mensagens.

§ 94. Diversamente, a situação será de *concurso aparente* quando estiverem em jogo os crimes tipificados no n.º 5 e no n.º 7. Com efeito, se as mensagens consultadas pelo agente revestirem as características do incitamento público ao terrorismo e, simultaneamente, incorporarem um “guia” de conhecimentos sobre métodos específicos para a prática desses mesmos factos terroristas, crê-se que a norma do treino *consumirá* a do acesso às mensagens de incitamento, pois que assim se firmará, em termos adequados, o juízo objetivo de (um maior) desvalor concretamente requerido pelo caso.

§ 95. Se a prática de um crime de terrorismo, previsto no n.º 1 deste artigo 4.º, tiver sido precedida de um acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo punível nos termos deste n.º 5 e de um recrutamento para esse efeito deverá o agente ser punido apenas pelo primeiro (*supra* § 19).

VI. A pena

§ 96. O crime ora em análise é punido com pena de prisão de 1 mês a 3 anos ou com pena de multa de 10 a 360 dias. Não obstante todas as críticas que já deixamos expressas quanto à existência de um tipo com as específicas características do presente, saúda-se, pelo menos, a decisão legislativa de consagrar a aplicabilidade alternativa da pena de multa, seguramente em função da ideia de que o comportamento aqui sancionado não é portador de um grau de danosidade social tal que justifique somente a via detentiva.

N.º 6 – Crime de recrutamento para o terrorismo

I. Fontes normativas

§ 97. Este preceito foi introduzido pela Lei 17/2011, a qual, para além do recrutamento para o terrorismo, criminalizou igualmente o incitamento público ao terrorismo (n.º 3) e o treino para o terrorismo (n.º 7).

§ 98. Este tipo legal de crime resulta da transposição para o ordenamento português de figura com os contornos exigidos pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI. Logo no seu considerando n.º 10, referiu esta Decisão-Quadro ser seu intuito o de que “a definição de infração terrorista, incluindo as infrações relacionadas com atividades terroristas”, fosse “mais aproximada em todos os Estados-Membros, de forma a abranger o incitamento público à prática de infrações terroristas, o *recrutamento para o terrorismo* e o treino para o terrorismo, sempre que cometidos de forma dolosa”. Prosseguindo o considerando n.º 11 no sentido de deverem ser consagradas sanções para quem tenha, de forma dolosa, “incitado publicamente à prática de infrações terroristas ou *procedido ao recrutamento para o terrorismo* ou ao treino para o terrorismo”. Foi assim *definida como “recrutamento para o terrorismo”* “a solicitação a outra pessoa para a prática de qualquer das infrações enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º ou no n.º 2 do artigo 2.º [da Decisão-Quadro 2002/475/JAI]” (artigo 3.º, n.º 1, al. b), da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, na redação introduzida pela mencionada Decisão-Quadro 2008/919/JAI). As infrações enumeradas nas referidas alíneas a) a h) são aquelas que poderão designar-se como “materialmente terroristas”, cometidas ou não por grupos terroristas.

§ 99. No entanto, havia já igualmente a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo (cf. *supra*, § 58) disposto sobre o tema. Assim, previa o n.º 1 do artigo 6.º de tal Convenção a seguinte definição, operativa para os efeitos desse mesmo convénio: “«recrutamento para o terrorismo» designa o facto de induzir uma outra pessoa a cometer ou a participar na prática de uma infração terrorista, ou a juntar-se a uma associação ou a um grupo de pessoas com vista a contribuir para a prática de uma ou várias infrações terroristas por tal associação ou grupo de pessoas”.

§ 100. Admite-se que a atenção da comunidade internacional ao problema do recrutamento para o terrorismo estaria porventura também já inerente à proclamação de índole genérica contida na Resolução 1624 (2005) do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 14-09-2005, de proibição, pelas leis internas dos Estados, do incitamento à perpetração de atos terroristas e de tudo o que pudesse rodear este tipo de condutas, designadamente por meio de utilização da *Internet*. Essa foi, aliás, a interpretação sustentada no relatório de 27 de abril de 2005, intitulado “Unidos contra o terrorismo: recomendações para uma estratégia antiterrorista global”, da autoria do Secretário-Geral da ONU, especialmente focado na perseguição das condutas ligadas ao fomento e à exortação da prática de atos terroristas e ao recrutamento (inclusivamente na *Internet*) para esses mesmos fins, defendendo constituir a Resolução 1624 um instrumento privilegiado à legitimação das intervenções normativas estatais nesse domínio.

§ 101. Por último, o artigo 6.º da Diretiva 2017/541/UE, que substituiu a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, é exemplo da persistência do empenho do legislador europeu em que todos os Estados-Membros tomem o conjunto de “medidas necessárias” à criminalização do recrutamento para o terrorismo.

II. Bem jurídico e contexto político-criminal

§ 102. Como se percebe do breve excursus *supra*, o tipo legal de recrutamento para o terrorismo configura, do ponto de vista da sua etiologia substancial, um *ato preparatório da futura perpretação dos factos* – “materialmente terroristas” – consagrados no n.º 1. O recrutamento consubstancia, pois, para utilizarmos a terminologia europeia (*vd.* a Diretiva 2017/541/UE), a par de várias outras também elas plasmadas neste artigo 4.º, uma “infração relacionada com as atividades terroristas” de que as legislações hodiernas se vão socorrendo na tão proclamada “luta contra o terrorismo”.

§ 103. Já foi (e será) chamada a atenção, em diversos pontos desta obra, para a circunstância de, na contemporaneidade, constituir a *antecipação* da tutela penal a “marca de água” por excelência dos tipos integradores da legislação antiterrorista. Sendo consabido que, em alguns casos, a atitude normativo-penal do Estado atinge patamares de criminalização cada vez mais longínquos (porque *preventivos*) em relação à efetiva lesão dos bens

jurídicos cristalizados nos ilícitos típicos terroristas (Giuseppe MARINO, *DPC-RT* 2017 47 s.). A questão que amiúde se coloca, portanto, neste e nos demais domínios tocados pelo denominado *expansionismo do direito penal*, será a de tentar perceber qual o verdadeiro custo que a dita *antecipação* da tutela penal comporta no presente e, sobretudo, comportará no futuro para os direitos e as liberdades fundamentais inerentes à própria ideia de Estado de Direito democrático. Ora, não obstante devermos permanecer atentos ao problema acabado de mencionar, cremos que o domínio do recrutamento para o terrorismo será, apesar de tudo, um daqueles em que a referida *antecipação* melhor se compreenderá, quer do ponto de vista criminológico e de política criminal, quer da própria congruência legislativa com os princípios constitucionais da necessidade, *ultima ratio* e proporcionalidade da intervenção penal.

§ 104. Desde logo, bastará pensar, de um jeito realista, em tudo o que a experiência histórica nos aportou, sobretudo do pós-Segunda Guerra Mundial em diante, no contexto de uma “Guerra Fria” travada em um ambiente mundial polarizado em torno de dois ideários com vocação (embora por meios e segundo princípios orientadores bastante diversos) claramente hegemónica. Nessa “Guerra Fria” – conflito com tradução subterrânea nos bastidores da inteligência dos vários Estados integrantes de cada um dos blocos –, o papel dos serviços secretos de espionagem e contraespionagem foi primacial, *maxime* na obtenção de informação sigilosa imprescindível à estratégia por cuja conta foram aqueles mesmos serviços atuando. E, em um submundo de espões e agentes secretos (tão bem retratado na literatura contemporânea pelos britânicos Graham Greene e, sobretudo, John le Carré), a cadeia de definição da inteligência não teria sentido algum sem os preciosíssimos recrutadores, elementos de ligação entre as agências de espionagem e os indivíduos que, nos mais variados pontos do planeta, iam sendo “agremiados” para operar por conta das diversas potências beligerantes. Daí que os recrutadores hajam sempre desempenhado o papel de autênticas peças-chave de um complexo xadrez jogado por equipas que daqueles e dos respetivos róis de recrutados não puderam nunca prescindir.

§ 105. Regressando ao domínio do terrorismo, cremos que as coisas, no específico aspeto do recrutamento, não serão muito diferentes do que acaba de se ver. Com efeito, os recrutadores tenderão, as mais das vezes, a definir os essenciais traços enformadores do fenómeno de *radicalização* dos “candidatos” a terroristas (cf., *infra*, António Miguel VEIGA, cit. 5). E, se não

é inevitável que assim aconteça sempre, a realidade sociopsicológica aí está para nos comprovar o carácter relativamente habitual daquela função dos que contactam e, na decorrência desse contacto, conseguem juntar à “causa” novos “seguidores”. Não obstante a cautela científica aconselhável quando nos debruçamos sobre matérias ligadas ao espírito e comportamento humanos, convirá realçar que, segundo o modelo da “escadaria” (*staircase*) para o terrorismo (um dos modelos de análise psicológica do mecanismo radicalizador – cf., *infra*, António Miguel VEIGA, cit. 6.), a *atividade dos recrutadores é decisiva no alcançar da transição*, por parte dos “candidatos” a radicais terroristas, de uma atitude de mera identificação referencial com determinados ideários para o propósito de participação na preparação, treinamento e até mesmo execução de atentados terroristas (Fathali MOGHADDAM, cit. 161 ss.).

§ 106. Pensamos, pois, pelo ora exposto – e diversamente do que sucede, por exemplo, com o acesso às mensagens incitadoras à prática de infrações terroristas (n.º 5) –, que a potencialidade de efetiva colocação em perigo da paz pública se revela algo de perceptível no que tange ao recrutamento. Atento o carácter deletério do tipo de comportamento em causa, os juízos constitucionais a que acabamos de fazer alusão – *maxime*, os que remetem para a necessidade, a *ultima ratio* e a proporcionalidade da atuação penal – não nos parecem desrespeitados. Mais, cremos mesmo ser este um domínio em que a necessidade de cumprimento do dever estadual de proteção de bens jurídicos com referente constitucional (Nuno BRANDÃO, *Estudos Costa Andrade* 251 ss.), como é o caso da paz pública, justificará o recurso à via criminalizadora.

§ 107. Não cremos, no rigor dos princípios, que a “democracia” e o “livre exercício dos direitos humanos”, considerados *per se*, constituam referentes específicos a proteger pelo crime de recrutamento para o terrorismo (assim, ao que parece, porém, o Ac. do TRL de 27-11-2018, Proc. n.º 78/15.2JBLSB, *www.dgsi.pt*). Independentemente das concretas feições mais ou menos democráticas do Estado e da maior ou menor abertura político-constitucional que no mesmo exista para um efetivo respeito e promoção dos direitos humanos e respetivo exercício, entendemos que o tipo legal de crime em causa se encontra afeto à proteção da paz pública – como, aliás, o estão igualmente aqueles tipos que preveem o cometimento de factos materialmente terroristas e ainda a generalidade das infrações relacionadas com atividades terroristas, na linha do preceituado pelo artigo 5.º ss. da Diretiva 2017/541/UE. E não será

a criminalização dos factos de terrorismo, *hoc sensu*, a garantir a vigência do jogo democrático, se esse jogo democrático não estiver implantado nos alicerces constitucionais de um dado ordenamento jurídico. A entenderem-se as coisas de outro modo, revelar-se-ia extremamente difícil de explicar a existência, patente um pouco por todo o mundo, de incriminações de terrorismo nas ordens jurídicas de Estados de feições autoritárias e não democráticas. Sem embargo, como facilmente se intui, o ora exposto não impedirá que a reafirmação da paz pública, enquanto bem jurídico protegido pela generalidade dos crimes de terrorismo, possa contribuir igualmente, embora *por via reflexa*, para a proteção da democracia, desde que já implantada, no sistema cuja incolumidade se pretende salvaguardar.

III. O tipo objetivo de ilícito

§ 108. O crime de recrutamento para fins terroristas previsto neste n.º 6 apresenta-se, segundo a perspectiva do agente, como um *crime comum*, uma vez que qualquer pessoa pode constituir-se autor de tal tipo-de-ilícito.

§ 109. Indiscutível, por outro lado, é ainda a circunstância de se tratar de um *crime de execução livre*, dado que, conforme expresso na própria enunciação verbal do tipo, o recrutamento pode ser levado a cabo “por qualquer meio” de atuação. Abarca-se, assim, toda uma miríade de hipóteses e formas de perpetração do ato de recrutar. Pensemos, a tal propósito, no “enleamento” doutrinário efetuado pelo recrutador junto do recrutando, tendente a obter deste último a adesão aos ideários de uma determinada causa até ao ponto de se dispor ao cometimento de factos materialmente terroristas, com a intenção a tais factos inerente. Mas atente-se também no pragmático acordo de feições quase negociais entre o recrutador e o recrutado, por forma a que a prática de factos terroristas, com a correspondente intenção, pelo segundo empreendida, tenha como contrapartida o pagamento de um determinado montante pecuniário pelo primeiro. Útil, para esta última hipótese, se mostra a análise do Ac. do TRL de 27-11-2018 (cit. *supra* § 25 e § 107), no qual se foca a situação, indiciada em sede de inquérito penal, do pagamento, por uma organização terrorista, do equivalente a cerca de € 1.800 mensais a cada um dos indivíduos que, pela mão do arguido, iam ingressando nas fileiras e nas atividades terroristas delineadas pela referida organização. Mais explícito, ainda, a propósito da via de recrutamento que poderíamos designar de

“contratual”, mostrar-se-á o que durante anos rodeou a atuação do famoso terrorista venezuelano conhecido por “Carlos, o Chacal” (e que surge retratada no filme de 2010, realizado por Olivier Assayas, intitulado *Carlos*), a quem terão sido “encomendados” e pagos diversos atentados por ele – enquanto “recrutado” – cometidos, nas décadas de 70 e 80 do século xx, essencialmente na Europa, América do Sul e Médio Oriente.

§ 110. A técnica legislativa utilizada no desenho do tipo objetivo não é isenta de mácula, dificultando a definição do exato e concreto sentido que, em sede de interpretação da norma, deverá ser atribuído à conduta descrita no tipo incriminador. E isto, essencialmente, porque nele não encontramos qualquer indício de materialidade básica a partir da qual possa densificar-se o que seja o “recrutamento”. Com efeito, o legislador português utilizou apenas a palavra “recrutar” para enunciar o facto típico, sem, contudo, concretizar o que seja isso de “recrutar”.

§ 111. Considerando o disposto no artigo 3.º, n.º 1, al. b), da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, com a redação introduzida pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI, e no artigo 6.º da Diretiva 2017/541/UE, percebe-se que, para o legislador europeu, o *ato de recrutar* se reconduz a uma *solicitação a outrem para que cometa atos terroristas*. A nosso ver, tal solicitação não poderá deixar de significar, no entanto, uma indução, uma forte e clara proposta tendente ao “convencimento” do respetivo destinatário (assim, embora no contexto de dilucidação do sentido da norma prevista no artigo 270-*quater* do *Codice Penale* italiano, sugestivamente epigrafado de *Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale*, Sergio COLAIOCCO, cit. 5; Carmelo Domenico LEOTTA, *Archivio Penale* 2016 21 s.; e ainda Francesca DE MARINIS, *Diritto Penale Contemporaneo* 7-8/2017 75 s.).

§ 112. O conceito remete-nos para um *laço comunicacional de cariz inter-subjetivo*, qualquer que ele seja, entre quem efetua e quem recebe a solicitação em causa. Isto não significa, todavia, que tal relação de intersubjetividade pressuponha ou se esgote necessariamente em uma colocação “face a face” dos dois ou mais envolvidos. Parece-nos é que se exigirá, para o preenchimento do crime, que a solicitação tenha um *destinatário determinado ou determinável*, ainda que os envolvidos hajam decidido nunca se encontrarem fisicamente entre si. Distanciamento físico que pode ser estabelecido por motivos de segurança e de diminuição dos riscos inerentes à operação de recrutamento.

Esta conexão intersubjetiva entre recrutador e recrutado e a determinabilidade do destinatário constituem decisivos elementos diferenciadores deste tipo legal de recrutamento para o terrorismo em relação ao crime de incitamento público ao terrorismo, previsto no n.º 3.

§ 113. O recrutamento tipicamente relevante *refere-se*, como se disse, à prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, no fundo, *factos de terrorismo em sentido próprio*, previstos no n.º 1 deste artigo 4.º Ou seja, factos correspondentes aos tipos de crime ali enunciados (crimes contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, *etc.*), e não quaisquer outros.

§ 114. Deste modo, o simples *recrutamento para uma organização terrorista* – por exemplo, para dar treino para o terrorismo, para organizar viagens com fins terroristas, para arrecadar fundos destinados ao terrorismo, *etc.* –, desvinculado de um propósito de direcionar o recrutando para a comissão de atos de terrorismo em sentido próprio, não preenche o tipo incriminador deste n.º 6.

§ 115. Essencial, mas também suficiente, para a *consumação* do crime de recrutamento será o momento do encontro de vontades – sério, firme e decidido – entre recrutador e recrutado para a prática, por este último, de um facto terrorista. O que significa que a consumação ocorrerá antes e até independentemente da efetiva prestação do “serviço” substancialmente terrorista pelo recrutado (Sergio COLAIOTTO, cit. 5; e Francesca De MARINIS, cit. 76 ss.).

§ 116. Parece-nos que situar a perfeição típica deste crime em momento anterior à aceitação da proposta do recrutador pelo recrutado faria com que o recrutamento se convertesse em algo de aparentado a um *crime formal*. Com efeito, equivaleria a entender que a consumação ocorreria assim que a solicitação da prática dos factos terroristas ao (aqui, ainda apenas) recrutando tivesse sido veiculada pelo recrutador e chegasse ao conhecimento do seu destinatário. E isto, note-se, independentemente da reação do recrutando a essa solicitação. Ora, não parece ter sido essa a intenção do legislador, que, além do mais, não se manifestou no sentido de equiparar tipicamente a tentativa de recrutamento (através de uma proposta recrutadora ainda não aceite) à consumação do recrutamento (quando a proposta foi já aceite). Ou seja, parece haver tomado a lei, neste domínio do recrutamento, opção distinta da que dedicou ao tipo-de-ilícito de viagem com fins terroristas, tido por

preenchido de igual modo quer a viagem venha efetivamente a ocorrer, quer não se concretize, ficando-se o agente apenas pela tentativa. Em suma, uma *proposta de recrutamento rejeitada* pelo respetivo destinatário será punível somente sob a forma de *tentativa*.

§ 117. Uma vez *aceite a solicitação de recrutamento*, ocorrerá a *consumação* do tipo incriminador, independentemente do comportamento do recrutado. Na verdade, se se fizesse depender a consumação do crime de recrutamento da perpetração, pelo recrutado, do facto terrorista que motivou o seu aliciamento, frustrar-se-ia a intencionalidade político-criminal que animou a criminalização do recrutamento para o terrorismo: a de viabilizar uma intervenção penal, a montante do ato terrorista propriamente dito, sobre quem concorre para “engrossar” as fileiras do terrorismo. Mais, bem vistas as coisas, ao ser a proposta aceite, concluiu ele – recrutador – com êxito aquilo a que destinara, no imediato, e *dominando o facto*, a respetiva conduta de recrutamento. Não devendo, portanto, a operatividade da responsabilização penal ficar dependente de factualidade (materialmente terrorista) posterior já não determinada ou controlada pelo agente recrutador.

§ 118. Diferentemente do modelo adotado pelo legislador português neste n.º 6, centrado no recrutador, o CP italiano, em matéria de *arruolamento con finalità di terrorismo*, prevê, no artigo 270-*quater*, a responsabilização tanto do *arruolatore* como do *arruolato* (sobre esta solução, Serena SANTINI, *Diritto Penale Contemporaneo* 7-8/2017 37; e sobre o seu tratamento jurisprudencial, Marco PELISSERO, *RIDPP* 2020 754 s., com uma análise crítica do Ac. da *Cassazione* n.º 23168, de 14-03-2019, que, para confirmar uma condenação por crime de recrutamento passivo de um “recrutado” que o não chegou a ser, concluiu não ser necessária a prova do “acordo sério” com a organização terrorista, considerando ser suficiente a demonstração da disponibilidade plena do “neo-terrorista” para levar a cabo uma atividade terrorista). O confronto do tipo legal português com o italiano é revelador de que entre nós, de acordo com este n.º 6, a intervenção penal só incide sobre o recrutador. Circunstância que poderá não impedir, no entanto, uma eventual responsabilização do recrutado, não pelo ilícito de recrutamento em si mesmo considerado, mas sim por via dos termos, algo complexos e pouco claros, definidos no tipo contido no n.º 5 deste artigo 4.º, ou ainda dos do n.º 11 deste mesmo preceito (como no caso apreciado pelo mencionado Ac. da *Cassazione* n.º 23168/2019, relativo a um indivíduo que rumou à Síria para se juntar à *jihad*).

§ 119. Caso cometa o posterior crime materialmente terrorista na sequência da solicitação do recrutador, o recrutado responderá por esse mesmo crime. Juízo de censura, saliente-se, dirigido apenas ao recrutado, e já não ao recrutador. Este último responderá apenas enquanto tal, isto é, pelo seu ato de recrutamento, na medida em que entre ele e o recrutado haja sido firmado o acordo de vontades a que se aludiu *supra*. Não será, porém, de excluir a possibilidade de o recrutador dever também ser responsabilizado por um eventual crime de terrorismo cometido pelo recrutado se a sua participação, através da ação de recrutamento, for uma tal que justifique a sua qualificação como participante nesse facto (cf. artigos 26.º ou 27.º do CP). Como também poderá ficar ainda em aberto a responsabilização do recrutador, por factos praticados após o recrutamento, e portanto já despojado das suas vestes de recrutador, se, em participação com o recrutado, cometer um ato terrorista.

IV. O tipo subjetivo de ilícito

§ 120. O crime de recrutamento para o terrorismo é um *crime doloso*, pelo que deverá o agente recrutador atuar com a consciência e a vontade de recrutar outrem para a prática de um ato terrorista.

§ 121. Constitui igualmente uma inarredável exigência típica a de que o agente leve a cabo a sua atuação de recrutamento com uma das intenções previstas no n.º 1 do artigo 2.º

§ 122. Sobre a intenção já se explanou, em alguns pontos deste estudo, não poder deixar de revestir uma feição especificamente “terrorista”.

V. As formas especiais do crime

1. Tentativa

§ 123. Como decorre do expandido *supra* (§ 116), o facto não passará do estágio da tentativa no caso de a solicitação da prática do ato terrorista veiculada pelo agente recrutador, e suposto também o *animus* intencional deste, exigido pelo tipo, não lograr aceitação junto do recrutando (cf. artigo 22.º, n.ºs

1 e 2, al. a), do CP). Tentativa que é punível, por força dos n.ºs 1 e 2 do artigo 23.º do CP. Assim, a propósito do artigo 270-*quater* do *Codice Penale* italiano, a decisão n.º 40699, de 9 de Setembro de 2015, da *Corte di Cassazione Penale*, disponível em www.itagiure.giustizia.it, e, essencialmente sobre este mesmo aresto, Francesca DE MARINIS, cit. 76 ss.; referindo ser a tendência generalizada da jurisprudência superior transalpina a de admitir a figura da tentativa no recrutamento para o terrorismo, Ubaldo NAZZARO, *Rivista Penale* 2018 661 s.

2. Concurso

§ 124. Poderá existir uma hipótese de *concurso aparente* de crimes, na modalidade de *consumção*, se, para levar a cabo o recrutamento, e enquadrado no contexto intersubjetivo existente entre recrutador e recrutando, o primeiro perpetrar um outro crime igualmente relacionado com as infrações terroristas. Assim, pense-se na situação do agente que, para mais facilmente concretizar a indução do recrutando à posterior prática, em um país estrangeiro, de um ato terrorista *organiza a viagem do recrutando ao dito país estrangeiro*, caindo sob a ação punitiva prevista no n.º 12 deste artigo 4.º Parece-nos que esta última conduta típica deverá ser preterida em favor da aplicação deste n.º 6, dado surpreender-se *in casu* apenas uma unidade de sentido de ilícito que colora toda a atuação do recrutador.

§ 125. Se o próprio ato de recrutamento possuir o *significado de comparticipação, sob a forma de instigação ou de cumplicidade, no facto terrorista* cometido pelo recrutando, deverá o recrutador ser punido apenas pela prática do crime de terrorismo previsto no n.º 1 (*supra* § 19 e § 119). Diferentemente, existindo uma *marcada autonomia entre o recrutamento e um posterior ato terrorista* cometido pelo recrutado em comparticipação com o recrutador, parece-nos existir uma relação de *concurso efetivo* entre o crime de recrutamento e o crime substancialmente terrorista. Nesta última hipótese, a autonomia de juízos de ilicitude a assestar ao recrutador, nos dois episódios em que tenha estado envolvido, parece apontar para um quadro de *concurso efetivo*.

§ 126. Quando o agente recrutador se encontrar integrado em um grupo, organização ou associação terrorista, deverá responder, igualmente *em concurso efetivo, pelo crime de organizações terroristas* e pelo crime de recrutamento para o terrorismo (sufragando esta posição, o Ac. do TRL de 27-11-2018, *supra* aludido no § 25 e no §107).

VI. A pena

§ 127. A pena aplicável a este crime de recrutamento para o terrorismo é a de prisão de 2 a 5 anos. Pena que é também aplicável ao crime de treino para o terrorismo previsto no n.º 7. Por seu turno, o limite máximo da referida moldura penal coincide igualmente com o do crime (simples) de incitamento público ao terrorismo (n.º 3) e o dos crimes de viagens com fins terroristas (n.ºs 10 e 11). Dada a maior ofensividade para o bem jurídico desta conduta típica de recrutamento para o terrorismo face àquela que caracteriza o incitamento público ao terrorismo, justificar-se-ia uma diferença de *quantum* punitivo abstrato entre as duas figuras, com preponderância do primeiro recrutamento. É de salientar, por outro lado, que tipos congéneres ao crime de recrutamento, em algumas das ordens jurídicas que nos são mais próximas, mereceram dos respetivos legisladores molduras abstratas substancialmente mais severas do que a portuguesa (v. g., o artigo 421-2-4 do *Code Pénal* francês comina uma pena de prisão com limite máximo de 10 anos e o artigo 270-*quater* do *Codice Penale* italiano estabelece uma moldura de 7 a 15 anos de pena de prisão).

N.º 7 – Crime de treino para o terrorismo

I. Fontes normativas

§ 128. O crime de treino para o terrorismo foi introduzido neste artigo 4.º pela Lei 17/2011, inicialmente com a seguinte redação, constante do então n.º 5, cobrindo o *lado ativo do treino*: “Quem, por qualquer meio, *treinar ou instruir outrem* sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida”. Com a Lei 60/2015, este tipo legal passou a constar do atual n.º 7. A Lei 16/2019 deu-lhe uma nova redação, atribuindo relevância típica também à *vertente passiva do treino*: “Quem, por qualquer meio, *treinar ou instruir outrem, receber de outrem ou adquirir por si próprio treino, instrução ou conhecimentos*, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida”.

§ 129. No essencial, o tipo do treino para o terrorismo – entendido em sentido amplo, nos termos que melhor explicitaremos *infra* – começou por traduzir a observância, pelo legislador português, das exigências estabelecidas pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI. Invocando a necessidade de tipificação como crime do “treino para o terrorismo” (considerandos n.ºs 10 e 11), esta Decisão-Quadro definiu-o como “a instrução dada sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos, para efeitos da prática de qualquer das infrações enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º, sabendo que os conhecimentos ministrados se destinam a ser utilizados para essa finalidade”. Tratando estas últimas normas – alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI – das denominadas infrações “materialmente terroristas”, cometidas ou não por grupos terroristas. Esta exigência de criminalização foi mantida pela Diretiva 2017/541/UE (cf. artigo 7.º: “dar treino para o terrorismo”).

§ 130. Já antes, em 2005, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo havia tratado a questão do treino com fins terroristas, aí definido nos seguintes termos: “designa o facto de dar instruções para o fabrico ou para a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas ou substâncias nocivas ou perigosas, bem como sobre outros métodos e técnicas específicos com vista à prática de uma infração terrorista ou a contribuir para a sua prática, sabendo que os conhecimentos específicos fornecidos visam a realização de tal objetivo” (n.º 1 do artigo 7.º da Convenção).

§ 131. Como se vê, tanto a Convenção do Conselho da Europa, primeiro, como a Decisão-Quadro 2008/919/JAI, depois, circunscreveram a exortação à criminalização à *atividade de dar treino para o terrorismo*. E foi nesta vertente que o treino para o terrorismo começou por ser criminalizado entre nós, pela Lei 17/2011.

§ 132. Só mais tarde foi iniciado o movimento no sentido da criminalização também da *atividade de receber treino para o terrorismo*, concretizada com a Lei 16/2019. Há a assinalar, desde logo, o n.º 1 do artigo 3.º do *Protocolo Adicional à aludida Convenção do Conselho da Europa*, adotado em 22 de outubro de 2015 (aprovado pela Resolução da AR 4/2018 e ratificado pelo Decreto do PR 7/2018), que avançou com a noção de “recebimento de treino para o terrorismo”, focado no “ato de receber de outrem instrução, incluindo a aquisição de conhecimentos

ou de competências práticas, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, de armas de fogo ou de outras armas ou substâncias nocivas ou perigosas, bem como sobre outros métodos e técnicas específicos, com a intenção de cometer uma infração terrorista ou de contribuir para a sua prática”.

§ 133. A Diretiva 2017/541/UE correu no mesmo sentido. O seu considerando n.º 11 exprime a preocupação essencial do legislador europeu de 2017 neste domínio: “A tipificação como infração penal do ato de receber treino para o terrorismo complementa a infração já existente de dar treino e visa especificamente as ameaças provenientes das pessoas que se preparam ativamente para cometer infrações terroristas, incluindo as que em última instância atuam isoladamente. Receber treino para terrorismo inclui a obtenção de conhecimentos, documentação ou competências práticas. O estudo autodidata, inclusive através da *Internet* ou da consulta de outros materiais de ensino, também deverá ser considerado uma forma de receber treino para o terrorismo, caso resulte de uma conduta ativa, praticada com a intenção de cometer uma infração terrorista ou de contribuir para a sua prática. No contexto de todas as circunstâncias específicas do caso, é possível inferir esta intenção, por exemplo, do tipo de materiais consultados e da frequência da consulta. Por conseguinte, o descarregamento, a partir da *Internet*, de um manual sobre o fabrico de explosivos para a prática de uma infração terrorista poderá ser considerado uma forma de receber treino para o terrorismo. Pelo contrário, a simples visita de sítios *Web* ou a recolha de material para fins legítimos, por exemplo, para efeitos académicos ou de investigação, não é considerada uma forma de receber treino para o terrorismo, de acordo com a presente diretiva”. Em conformidade, o artigo 8.º desta Diretiva 2017/541/UE prescreve, sob a epígrafe “receber treino para o terrorismo”, a criminalização do ato, praticado com dolo, de “receber instrução sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas ou substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos ou técnicas específicos, com o objetivo de cometer qualquer das infrações enumeradas no artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) a i), ou de contribuir para a sua prática”.

II. Bem jurídico e contexto político-criminal

§ 134. O treino para o terrorismo remete-nos, uma vez mais, para o domínio das infrações relacionadas – e apenas relacionadas – com o *cuore* do terrorismo, gravado, entre nós, no n.º 1 deste artigo 4.º Ou seja, também

neste domínio é manifesto o *carácter eminentemente preparatório* das diversas atividades que se ligam ao treino do agente, no *iter* conducente à posterior perpetração de factos terroristas.

§ 135. A ideia que vem fazendo curso, a nível europeu e nacional, quanto ao treino para o terrorismo parte, segundo nos parece, da consideração de *duas realidades distintas*, mas entre si relacionadas por uma indiscutível unidade de fim e de sentido. Uma delas, a que poderá ser reconhecida uma natureza mais tradicional, porquanto desde sempre ligada à intersubjetividade humana discernível neste domínio, reveste cariz sobretudo *operacional*, resultando a outra do eminente relevo contemporâneo dos *meios informáticos de comunicação de massas*.

§ 136. A *dimensão operacional* está patente na materialidade do treino propriamente dito, isto é, na realização de um conjunto de atos que têm que ver com a colocação do agente em locais e contextos onde decorre, por excelência, o seu contacto, ensino ou aprendizagem relativamente à realidade “técnica” e “bélica” objeto do treino. Pensemos, a este propósito, e a título de exemplo, nos campos de guerrilheiros espalhados um pouco por todo o mundo, nos quais, sob a orientação de especialistas, os instruendos são adestrados no manejamento e na experimentação de armas, explosivos e substâncias perigosas que poderão constituir meios da futura perpetração dos factos terroristas. Temos aqui, pois, em vista um modelo fáctico-operacional de treinamento, que se processa no “terreno”.

§ 137. Por outro lado, todavia, a componente ínsita à realidade das (pelo menos) últimas duas décadas impele-nos à consciencialização do cariz ubi-quitário dos meios de comunicação contemporâneos, com especial destaque para a *Internet*, e do conjunto de efeitos que os mesmos se mostram idóneos a alcançar no chamado “*mundo virtual*”. Por isso mesmo, o fenómeno do *autotreinamento*, com o grau de autodidatismo que inevitavelmente comporta, desde logo traduzido no descarregamento de materiais explicativos da provocação de factos violentos de cariz terrorista, passou a ser percebido como a arma poderosa que é, em um processo de *radicalização* em grande parte jogado no tal “mundo virtual”... até atingir o “mundo real” (cf., quanto às potencialidades que a *Web* dimana quanto ao futuro cometimento de factos com fins terroristas, Roberto WENIN, *DPC-RT* 2016/4 109 s.; e Silvia MENDOZA CALDERÓN, *Revista Penal* 41 2018 140).

§ 138. Em suma, na análise integrada dos domínios acabados de referir, veio ganhando cada vez maior consistência político-legal, nos últimos anos, um *conceito amplo de treino*. Um conceito que, como vemos, transcende a mera percepção da aprendizagem quase “escolar”, assente em uma relação intersubjetiva próxima entre quem ensina e quem aprende, das técnicas de fabrico ou utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas, substâncias nocivas ou perigosas, e ainda, em geral, dos métodos e técnicas especificamente idóneos à criação do terror. E que, portanto, vai mais longe, tendendo a abarcar, de modo essencial, todas e quaisquer formas de aprendizagem e familiarização, ainda que não presenciais, com as aludidas técnicas.

§ 139. Como já frisámos, neste tema do treino para o terrorismo deparamos com atos que, na sua substância, assumem natureza preparatória da futura comissão de factos materialmente terroristas. E todavia, à semelhança do que vimos concluindo em relação a uma boa parte de outras incriminações de matriz igualmente preparatória tipificadas ao longo deste artigo 4.º, parece-nos que também será de reconhecer legitimidade material à incriminação dos factos de dar e de receber treino para o terrorismo. Ponto é que se assegure uma clara e inquebrável ligação ao bem jurídico protegido, a *paz pública*. Conexão que, como se verá *infra* de forma mais desenvolvida, é garantida pela exigência típica de que o treino seja animado por uma intencionalidade terrorista, designadamente, a que se prevê no n.º 1 do artigo 2.º Aliás, no confronto com outras figuras preparatórias de atos de terrorismo propriamente dito, o treino para o terrorismo será das que mais se aproxima da comissão desses atos. Com efeito, se, por exemplo, o compararmos ao recrutamento, o treino para fins terroristas representará até, segundo um certo entendimento, como que um *passo mais adiantado* no percurso conducente à mencionada criação do terror, com os deletérios efeitos daí advindos para a paz pública. E mais ainda se o confrontarmos com o incitamento público, direto ou indireto, ao terrorismo. Cremos, na verdade, que no treino para o terrorismo deparamos com uma ameaça à paz pública substancialmente mais intensa e mais perigosa daquela que é própria dos casos acabados de referir. Não vemos, enfim, razões para duvidar da compatibilidade desta incriminação com as exigências da dignidade penal e da necessidade de pena constitucionalmente inerentes ao princípio da proibição do excesso (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

III. O tipo objetivo de ilícito

§ 140. À semelhança dos demais tipos-de-ilícito criados neste domínio, o crime de treino para fins terroristas erige-se, segundo a perspetiva do agente, como um *crime comum*, uma vez que qualquer pessoa pode constituir-se como seu autor.

§ 141. Como vem de se ver, o *treino* constitui o *elemento central da incriminação*. Nela abrigam-se, não obstante, duas modalidades típicas substancialmente distintas e autónomas entre si.

§ 142. A primeira delas, instituída pela Lei 17/2011, corresponde ao ato de *dar treino* para o terrorismo: “treinar ou instruir outrem”.

§ 143. A segunda espécie de conduta típica é representada pelo *ato de receber treino*, através de outrem, ou de *o adquirir por si mesmo*. Modalidade acrescentada ao presente n.º 7 pela Lei 16/2019. Pune-se agora, assim, não apenas aquele que dá treino para o terrorismo, como também o que é treinado e até mesmo ainda quem procura, amiúde de forma solitária, instruir-se para cometer atos terroristas.

§ 144. Trata-se de um crime, em qualquer uma das suas modalidades, de *execução livre*, pois, tal como enunciado de modo expreso na norma incriminadora, o treino tipicamente relevante pode ser levado a cabo “por qualquer meio” de atuação. O que nos conduz aos seguintes considerandos concretizadores.

§ 145. Desde logo, e como se salientou *supra*, a ideia de treino em sentido amplo não se atém apenas a uma qualquer proximidade fáctico-espacial entre o treinador e o treinado. Se, na história das coisas, este tipo de relacionamento intersubjetivo próximo foi certamente, e durante muito tempo, o caso mais óbvio e frequente de treino (pensemos no exemplo do “instrutor” A que, *in loco* e de arma de fogo em punho, ensina ou atualiza B na “arte” de dispará-la por forma a concretizar as suas potencialidades mais letais), a realidade atual é bem mais rica. Por isso, o “qualquer meio” de atuação expressamente referido neste n.º 7 abrangerá todas as formas através das quais possa transmitir-se o *know-how* relativo ao fabrico ou à utilização dos meios de agressão nele mencionados.

§ 146. As hipóteses serão, neste último domínio, imensas: desde a impressão e distribuição de um escrito, à filmagem e disseminação de um vídeo na *Internet*, passando por uma “palestra” em uma reunião para esse efeito organizada.

§ 147. O aspeto multiforme ora apontado permite-nos igualmente perceber – na sequência, também, das dimensões operacional e de comunicação de massas já acima referidas – a distinção ou especificação, mesmo para efeitos normativos, entre o treino propriamente dito e a instrução sobre o fabrico ou a utilização dos meios de agressão indicados no n.º 7. Distinção que, *prima facie*, parecerá revelar um interesse mais teórico do que prático, dado não consagrar a norma em causa uma qualquer distinção punitiva em termos de *quantum* abstratamente aplicável ao treino em sentido estrito ou à instrução. No entanto, poderá, apesar de tudo, conduzir a uma diferente ponderação prática pelo aplicador da lei, em sede de determinação da medida concreta da pena, consoante o comportamento perpetrado, na sua especificidade fáctica, seja enquadrável em uma ou outra das modalidades tipicamente previstas. Bastará pensar, a este último respeito, no agente que, a céu aberto, treina o arremesso e o rebentamento de algumas granadas de mão, por contraposição àquele outro que, no silêncio do seu quarto, estuda o conteúdo de um manual – descarregado da *Internet* – explicativo da forma como as granadas de mão devem ser manejadas e arremessadas em direção aos respetivos alvos.

§ 148. Segundo alguma doutrina italiana – debatendo-se com idêntica questão a partir da redação do artigo 270-*quinquies* do *Codice Penale*, nesta parte não particularmente diversa da letra adotada pela lei penal portuguesa –, o elemento diferenciador entre o treino propriamente dito e a instrução fundar-se-á na (in)existência de uma relação de feições intersubjetivas, nos termos já acima sugeridos. Concretizando: o *treino propriamente dito* pressuporá uma essencial proximidade fáctico-espacial entre o treinador (*addestratore*) e o treinado ou “recruta” (*addestrato*). A *instrução*, por seu turno, não terá a enformá-la tal relação intersubjetiva, caracterizando-se por uma difusão de informação ou *know-how* – frequentemente efetuada à distância, *v. g.*, pela *Internet* – sem que haja necessariamente um destinatário de antemão predefinido, e revelando, assim, uma vocação *ad incertam personam* (neste sentido, Sergio COLAIOTTO, cit. 6; e Roberto WENIN, cit. 119).

§ 149. Esta chave de leitura da norma incriminadora italiana parece-nos transponível para o tipo legal português. Não deverá, todavia, ser levada ao

ponto de fazer corresponder o treino a uma relação intersubjetiva prolongada no tempo, por contraste com a instrução, representativa de um *crime uni-subsistente* por excelência, que consistiria em uma única conduta (cf. Sergio COLAIOCCO, cit. 6; e Roberto WENIN, cit. 119). Com efeito, se a relação de treinamento enquanto realidade *a se*, precisamente por causa da sua componente intersubjetiva – que apela, como enfatizámos, a uma proximidade fáctica entre *addestratore* e *addestrato* –, poderá tender a uma repetição ou intensificação mais ou menos duradoura, não é forçoso nem crível que assim aconteça sempre. Figuremos, a propósito, a hipótese do agente que, ao longo de um só dia, e relativamente a um único destinatário, “ensina”, em termos teóricos e práticos, a “arte” ligada à preparação de um específico engenho armadilhado. Neste caso, não vemos como negar a integração das condutas – tanto do sujeito ativo, como do passivo – na figura do treino prevista no n.º 7. Parece-nos, pois, que, em determinados contextos, o treino propriamente dito não se distinguirá da instrução senão pela tal “proximidade” comunicante, pressuposta pelo primeiro, mesmo que não repetida ao longo de plúrimas ocasiões, e não exigida pelo segundo. E isto, portanto, ainda que ambas as realidades possam esgotar-se em uma certa unidade de comportamento(s).

§ 150. De algum modo ligada à anterior, teremos a questão de saber se, à face da nossa Lei de Combate ao Terrorismo, o crime de treino para o terrorismo constituirá ou não um *crime de mera atividade*. A resposta parece-nos dever ser afirmativa, dado não pressuporem o treino ou a instrução uma componente de resultado advinda da posterior aplicação das técnicas ou do *know-how* transmitidos e ensinados. De facto, perante o modo como o tipo objetivo se encontra desenhado, será de entender que a carga de ilicitude censurada pelo legislador radica no desvalor da ação considerada em si mesma. Será, na verdade, irrelevante para o preenchimento deste tipo incriminador saber se os conhecimentos adquiridos através do treino foram ou não depois empregues em um certo ato terrorista (nesta direção, Sergio COLAIOCCO, cit. 6 ss.; e ROBERTO WENIN, cit. 120 e 127 ss.).

§ 151. Os *conhecimentos* também referidos no tipo objetivo terão porventura que ver, segundo nos parece, com um conjunto de elementos teórico-práticos de cariz mais geral sobre os diversos temas enunciados na norma legal (fabrico ou utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou ainda outros métodos e técnicas específicos para a prática de factos terroristas).

IV. O tipo subjetivo de ilícito

§ 152. O crime de treinamento para o terrorismo é um *crime doloso*, devendo o agente atuar com a consciência e a vontade de treinar ou instruir outrem, ou, no polo contrário, de receber de outrem ou adquirir por si próprio o treino, a instrução ou o *know-how* para a prática de factos terroristas.

§ 153. Constitui igualmente exigência típica que o agente leve a cabo a sua atuação, seja de treinamento ou instrução, seja de recebimento ou aquisição do treino, instrução ou conhecimentos, *com a intenção prevista no n.º 1 do artigo 2.º*

§ 154. Sobre esta intenção já se explanou, em diversos pontos deste estudo, não poder deixar de revestir uma feição especificamente “terrorista”. Na apreensão (processual) da aludida intenção, enquanto facto da vida “espiritual” interior do agente, desempenhará seguramente um papel importante, no caso de a instrução ser efetuada ou percebida através de meios informáticos, o conjunto de meios técnico-probatórios que permitam descortinar o tipo de material enviado ou consultado na *Web* e a frequência do envio ou da consulta (*vide* o considerando n.º 11 da Diretiva 2017/541/UE e ainda, embora a propósito de dois casos de *autoadoctrinamiento*, delito previsto no artigo 575 do *Código Penal* espanhol, Román ECHANIZ CARASUSAN, *Grupo de Estudios en Seguridad Internacional* 2017 2 s.).

§ 155. A ausência desta intenção arreda do âmbito subjetivo-típico a conduta daquele que, por exemplo, acede aos conteúdos informáticos relativos à instrução sobre os meios agressivos previstos no n.º 7 por mero lapso informático ou, em sentido oposto, o faz de forma voluntária e determinada, mas por motivos científicos, didáticos ou investigatórios (cf., de novo, o considerando n.º 11 da Diretiva 2017/541/UE).

§ 156. Na generalidade dos casos dar-se-á, entre o agente que dispensa o treino e aquele que o recebe, uma convergência de “intenções terroristas”. Todavia, não é forçoso que assim ocorra sempre, podendo acontecer que, não obstante a verificação de materialidade objetiva típica em ambos os polos da relação de treinamento, só um deles esteja efetivamente imbuído da aludida intenção e, por consequência, só esse realize o facto típico previsto neste n.º 7. Pense-se, a propósito, na hipótese do agente que, com o intuito da comissão futura de uma ação terrorista, frequenta um curso de utilização e manejo de armas de fogo

ministrado por um perito, destituído daquela “intenção terrorista”, no clube de tiro perfeitamente legalizado de que ambos são membros (assim, Elise DELHAISE/ Coline FIEVET, *Journal des Tribunaux* 6676 2017 118, a propósito da figura criminal congénere constante do artigo 140-*quinquies* do *Code Pénal* belga).

V. As formas especiais do crime

1. Tentativa

§ 157. Perante o critério geral do artigo 22.º do CP, não se antolha óbice algum à verificação de algumas situações de tentativa, punível por força da regra geral constante do n.º 1 do artigo 23.º do CP. Tudo estará em conseguir vislumbrar claramente os atos de execução idóneos à efetivação ou à perceção, pelo agente, do treinamento ou da instrução. Será o caso, por exemplo, de alguém que, pretendendo deslocar-se até um campo de guerrilha tendo em mente a realização de um intensivo treino com armas de fogos e explosivos, não consegue atingir o seu destino pelo facto de entretanto ser detido pelos serviços de inteligência (situação que poderá não obstar, todavia, à chamada à colação do crime de viagem com finalidade terrorista previsto no n.º 10).

2. Comparticipação

§ 158. De igual modo, inexistem escolhos à possibilidade do funcionamento das regras gerais da comparticipação (artigos 26.º e 27.º do CP). O que, no entanto, não ocorrerá quando estivermos na presença de dois agentes que estabeleçam entre si uma relação intersubjetiva própria do treino na qual um deles dá o treino e o outro o recebe. Nesta hipótese teremos a prática de dois crimes diversos, em autorias como que “simétricas”, embora a partir do mesmíssimo “pedaço de vida”.

3. Concurso

§ 159. Como sustentámos na anotação ao *crime de acesso a mensagens incitadoras à prática de factos terroristas* (*supra* § 94), haverá concurso aparente quando a situação se reconduza simultaneamente ao previsto no n.º 5 e no n.º 7. Com efeito, se, em um contexto de navegação no ciberespaço, as

mensagens consultadas pelo agente revestirem as características do incitamento público ao terrorismo e, simultaneamente, incorporarem um “guia” de conhecimentos sobre métodos específicos para a prática desses mesmos factos terroristas, parece-nos que, logo *ab initio*, a norma relativa ao treino para o terrorismo *consumirá* a do acesso às mensagens de incitamento, pois assim se firmará, em termos adequados, o juízo objetivo de (um maior) desvalor demandado pelo caso.

§ 160. Poderemos deparar igualmente com uma relação de *consumpção*, se, para conseguir dispensar ou perceber o treino, que efetivamente dispensa ou percebe, o agente tiver necessariamente de se *deslocar para um país distinto* daquele de onde é oriundo. Neste caso, e admitindo que a viagem não conhece qualquer outra razão de ser, a deslocação do agente para “fora de muros” nada mais será do que um (necessário) meio para atingir um fim, a saber, o treino com vista ao posterior cometimento de atos terroristas. Crê-se, por isso, ter cabimento perspetivar a norma do n.º 7 como *lex consumens* relativamente à do n.º 10.

§ 161. Também nos parece que o cometimento de um dos *factos terroristas* previstos no n.º 1 do artigo 2.º, punível nos termos delineados pelo n.º 1 deste artigo 4.º, tenderá a afastar a responsabilização pelo crime previsto neste n.º 7. Pense-se, a este título, no exemplo do agente que, imbuído da “intenção terrorista”, recebe o treino adequado ao cometimento de um crime contra a vida, que vem realmente a perpetrar. Sob pena de uma duplicação valorativa, os bens jurídicos em concreto postos em crise pelas aludidas atuações ficarão reafirmados pela chamada à colação, *apenas*, da norma que contempla a perpetração do facto terrorista, norma essa que *absorverá*, nos seus efeitos próprios, a censura jurídico-penal inerente ao prévio treinamento (cf. *supra* § 19).

§ 162. Cremos, no entanto, que a situação já será de *concurso efetivo* entre um *crime cometido pelo agente tendo em vista o treinamento* e este mesmo treino. V. g., o agente que furta uma arma de fogo e, munido da mesma, recebe depois uma “aula prática” acerca da sua utilização mais letal, assim se preparando para o posterior cometimento de um ato terrorista.

§ 163. De jeito idêntico, ocorrerá *concurso efetivo* entre o crime de treino para o terrorismo e o crime autónomo que, nos termos do n.º 2 deste artigo 4.º,

for perpetrado depois com o fito do cometimento de um facto terrorista que acaba por não se concretizar. Concebamos, neste contexto, a seguinte hipótese: o agente recebe treino sobre o modo de preparar um engenho explosivo que pretende instalar no edifício parlamentar do seu país, por forma a pressionar o poder legislativo a aprovar uma lei de amnistia referente a determinados crimes; recebido o treino, e imbuído já do necessário *know-how*, o mesmo agente pratica um crime de furto qualificado em um armazém de venda de material eletrónico, onde se apropria de diversos componentes necessários à preparação do dito engenho, vindo algum tempo após, e sem que houvesse ainda levado a cabo o facto terrorista, a ser detido pela entidade policial.

§ 164. Quando o agente treinador se encontrar integrado em um *grupo, organização ou associação terrorista*, deverá responder, também *em concurso efetivo*, pelo crime de organizações terroristas e pelo crime de treino para o terrorismo.

VI. A pena

§ 165. A pena inerente ao crime de treino para o terrorismo é a de prisão de 2 a 5 anos. Pena que é igualmente aplicável ao crime de recrutamento para o terrorismo (n.º 6). Por seu turno, o limite máximo da mencionada moldura penal coincide também com o do crime (simples) de incitamento público ao terrorismo (n.º 3) e dos crimes de viagens com fins terroristas (n.ºs 10 e 11). Dada a maior ofensividade para o bem jurídico desta conduta típica de treino para o terrorismo face àquela que caracteriza o incitamento público ao terrorismo, justificar-se-ia uma diferença de *quantum* punitivo abstrato entre as duas figuras, com preponderância do primeiro. Por outro lado, cumpre notar que tipos congéneres ao crime de treino, em algumas das ordens jurídicas que nos são mais próximas, merecem molduras abstratas substancialmente mais severas do que a portuguesa (cf. *v. g.*, o artigo 270-*quinquies* do CP italiano e o artigo 140-*quinquies* do CP belga, que preveem uma pena de prisão de 5 a 10 anos).

§ 166. Contrariamente ao que sucede no ordenamento italiano (artigo 270-*quinquies* do *Codice Penale*), o legislador português não estabeleceu uma qualquer distinção punitiva (mais grave) em função de o treinamento propriamente dito ou a instrução serem fornecidos através de meios informáticos ou

telemáticos (acerca da opção da lei penal italiana, *vide* Lukas STAFFLER, cit. 34 s.; e Roberto WENIN, cit. 134 ss.). Também não se prevê, diversamente do estabelecido pelo n.º 2 do artigo 577 do CP espanhol, agravamento algum de pena nos casos em que o treino se dirige a menores de idade, a pessoas com incapacidade carecidas de especial proteção ou a mulheres vítimas de tráfico com o fim de as converter em cônjuges, companheiras ou escravas sexuais do agente (sobre a solução penal espanhola, cf. Elena NUÑEZ CASTAÑO, *Revista Penal* 41 2018 245 s.).

N.º 8 – Crime de apologia pública do terrorismo

I. Introdução

§ 167. O crime de apologia pública do terrorismo constante do n.º 8 foi tipificado pela Lei 60/2015, aprovada na sequência da Proposta de Lei 283/XII.

§ 168. A criminalização do enaltecimento do terrorismo inscreve-se no movimento político-criminal que conduziu igualmente à atribuição de relevo penal ao incitamento público ao terrorismo. Vale aqui, quanto às fontes internacionais e ao quadro político-criminal, tudo quanto se expendeu *supra* a propósito do crime de incitamento público ao terrorismo (§ 28 ss.). Recorde-se que a apologia pública do terrorismo vem sendo qualificada como uma *forma indireta de incitamento público ao terrorismo*.

§ 169. Tal como os demais tipos incriminadores constantes deste artigo 4.º, também este visa a proteção do bem jurídico *paz pública interna*. São recorrentes as dúvidas suscitadas em relação à *legitimidade material* da criminalização desta conduta de apologia pública do terrorismo (cf., *v. g.*, Pedro CAEIRO, in: *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal – Novas Perspetivas e Desafios* 2015 132 ss.). Questões que se colocam sob várias perspetivas, que relevam tanto quanto ao *se*, como quanto ao *modo* dessa sua tipificação criminal: a do princípio constitucional do direito penal do bem jurídico; e a da sua compatibilidade com direitos fundamentais como a liberdade de expressão e o princípio da legalidade criminal. As reservas que poderão justificadamente opor-se à criminalização da glorificação do terrorismo deverão ser tidas em conta na definição do conteúdo do tipo

incriminador: o respeito pelos mencionados princípios constitucionais exigirá uma sua clara vinculação a um propósito de proteção da paz pública, de um modo tal que a incriminação de apologia ao terrorismo só abranja comportamentos objetivamente suscetíveis de conduzir à prática de atos terroristas.

II. O confronto com o direito fundamental à liberdade de expressão

§ 170. A proibição penal do *discurso apologético do terrorismo* gera, em especial, delicados e difíceis problemas de compatibilização com o princípio da *liberdade de expressão*.

§ 171. A conotação de uma dada mensagem com o terrorismo poderá reconhecer-se em numerosos e diversos casos, mas muitos deles poderão legitimamente reivindicar para si a proteção da liberdade fundamental à expressão do pensamento. A defesa de causas que animam ações terroristas, por muito incompreensíveis e indesejadas que sejam para a maioria dos cidadãos, não poderá ser reprimida penalmente, porque salvaguardada pela *liberdade de expressão*. E isto mesmo que seja feita através de um discurso inflamado ou que a generalidade das pessoas encare com repugnância. Serão ainda de manter fora da ação penal *posições assumidas a favor de pessoas indiciadas ou até já condenadas por atos terroristas que passem pela defesa dos seus direitos fundamentais* (sentença do Tribunal Supremo espanhol n.º 578/2013, no qual estava em causa a colagem de cartazes com fotografias de membros da ETA acompanhada de críticas às condições carcerárias a que o Estado espanhol os sujeita). A liberdade de expressão deverá ainda prevalecer, com uma conseqüente abstenção da intervenção penal, em casos que poderão considerar-se, de certo modo, mais duvidosos por neles poder divisar-se, ainda que só implicitamente, uma apologia do terrorismo, mas nos quais o agente não vá para lá da *expressão de simpatia* por pessoas implicadas em atos terroristas ou de uma certa forma de identificação com elas. Por exemplo, envergando uma peça de roupa com o seu rosto ou o seu nome ou difundindo mensagem que dê a conhecer esse espírito de identificação: *v. g.*, a afirmação “je me sens Charlie Coulibaly” publicada no *Facebook* pelo comediante francês Dieudonné Mbala, referindo-se a um dos autores do ataque terrorista à redação do jornal *Charlie Hebdo*, realizado em janeiro de 2015, em contraposição à mensagem “je suis Charlie” então largamente difundida em solidariedade para com as vítimas (*infra* § 188). E será assim,

uma vez mais, ainda que tais manifestações possam revelar-se chocantes aos olhos do cidadão comum.

§ 172. As exigências constantes da norma incriminadora prevista neste n.º 8 de que as ações típicas de recompensa ou louvor se refiram à prática de factos terroristas e que sejam realizadas de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie parecem-nos constituir caução suficiente para assegurar a legitimidade da ingerência na liberdade de expressão do agente que *desse modo* enalteça indivíduos ou organizações terroristas. Punindo-se não a glorificação de terroristas *per se*, mas em função de atos de terrorismo por si praticados e restringindo-se o seu âmbito de aplicação somente àquele tipo de encómios aptos a levar à replicação de novos atos terroristas, deparamo-nos com uma limitação da liberdade de expressão claramente justificada do ponto de vista da proteção paz pública. Trata-se, com efeito, de uma restrição deste direito fundamental que aspira à tutela de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, desde logo e designadamente, a paz pública, e que, face à elevada danosidade social do terrorismo, se afigura adequada, proporcionada e necessária à prossecução dessa finalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

§ 173. Estes termos através dos quais se atribui relevância penal à apologia pública do terrorismo podem ainda considerar-se consentâneos com os *standards* de proteção da liberdade de expressão nesta matéria enunciados pelo TEDH (*vide*, em especial, as decisões nos casos *Zana c. Turquia*, de 25-11-1997, *Hogefeld c. Alemanha*, de 20-01-2000, e *Leroy c. França*, de 02-10-2008), em jurisprudência que tem orientado os tribunais espanhóis nos frequentes casos de enaltecimento do terrorismo submetidos à sua apreciação (cf., *v. g.*, os acórdãos do TC n.º 112/2016, de 20-06-2016, e do Tribunal Supremo n.º 106/2015, de 19-02-2015). Tendo em conta o teor do n.º 2 do artigo 10.º da CEDH, considera o TEDH que os Estados terão legitimidade para restringir a liberdade de expressão dirigida à propaganda terrorista *i)* se para tal houver base legal, *ii)* se a proibição almejar a prossecução de fins legítimos – que dificilmente poderá negar-se no âmbito da chamada luta contra o terrorismo, dado estar em causa a proteção da segurança nacional, da segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção de crimes graves (*Leroy c. France*, 36.) – e, por último, *iii)* se a ingerência for tida como necessária numa sociedade democrática. Esta última exigência pressupõe a existência de uma necessidade social ponderosa (“*pressing social need*”) que justifique a compressão desta liberdade

fundamental, reconhecendo-se aos Estados uma certa margem de apreciação da sua verificação, sem prejuízo da supervisão do TEDH. A esta luz, e sempre com base numa análise global das circunstâncias do caso e do contexto que envolve os factos apurados, o TEDH não viu razões para censurar o Estado alemão por ter proibido uma reclusa, figura proeminente da RAF (Fação do Exército Vermelho), de dar entrevistas à comunicação social (caso *Hogefeld c. Alemanha*); tal como não deu provimento à queixa apresentada contra o Estado francês pelo caricaturista Denis Leroy fundada na sua condenação penal por crime de apologia ao terrorismo em virtude da publicação num semanário basco, dois dias após os atentados de 11 de Setembro de 2001, de um desenho da derrocada de quatro arranha-céus depois de serem atingidos por dois aviões com a legenda, parafraseando um anúncio publicitário de uma marca célebre, “todos nós o sonhámos... o Hamas fê-lo” (caso *Leroy c. França*).

III. O tipo objetivo de ilícito

§ 174. O tipo incriminador de apologia pública do terrorismo é um decalque da incriminação de apologia pública de um crime prevista no artigo 298.º, n.º 1, do CP. Esta, por seu turno, segue de forma muito próxima o crime de *recompensa e aprovação de crimes* (*Belohnung und Billigung von Straftaten*) tipificado no § 140 do CP alemão. O modo como a apologia pública do terrorismo se encontra criminalizada entre nós faz dela uma *forma especial de apologia pública de um crime*, com a única particularidade de implicar uma pena substancialmente mais severa. Nesta medida, a introdução do tipo legal de apologia pública do terrorismo neste n.º 8, pela Lei 60/2015, não constituiu propriamente uma neocriminalização, mas antes uma *simples agravação*, mediante cominação de penas mais pesadas, de um facto que já era punível no ordenamento penal português nos termos prescritos pelo n.º 1 do artigo 298.º do CP.

§ 175. O conteúdo do tipo definido pelo n.º 8 é bem mais fechado do que o dos crimes homólogos dos sistemas espanhol (artigo 578, n.º 1, do CP espanhol: “*El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares (...)*”) e francês (artigo 421-2-5 do CP francês: “*Le fait de provoquer directement à des actes de*

terrorisme ou de *faire publiquement l'apologie de ces actes (...)*). Daí decorre que numerosos factos que vêm sendo qualificados como apologia pública de terrorismo por tribunais penais espanhóis e franceses poderiam considerar-se criminalmente irrelevantes no âmbito do ordenamento português.

§ 176. Uma vez que qualquer pessoa pode ser *autor* deste crime, constitui, quanto ao agente, um *crime comum*.

§ 177. O tipo incriminador integra *duas condutas típicas: recompensar* outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º; e *louvar* outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º Em ambas as modalidades típicas exige-se ainda que a ação seja adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie.

§ 178. A primeira constelação típica é formada pela *atribuição de uma recompensa a outrem* pela prática de um facto previsto no n.º 1 do artigo 2.º A recompensa corresponderá a uma vantagem, que poderá revestir tanto natureza material (*v. g.*, uma quantia pecuniária, um objeto) como imaterial (*v. g.*, uma condecoração, um cargo) e não terá necessariamente de possuir um valor económico. Só há consumação se a recompensa for efetivamente atribuída, não sendo suficiente a promessa da sua outorga (Helena MONIZ, *Comentário Conimbricense do CP II* 298.º § 6, e S/S/STERNBERG-LIEBEN, § 140 Nm. 4).

§ 179. A recompensa deve ter como beneficiária uma pessoa distinta daquela que a atribui, não sendo punível quem se recompense a si mesmo por ter praticado um facto previsto no n.º 1 do artigo 2.º Já não será, porém, de afastar o relevo típico em casos em que o agente de tal facto recompensa (publicamente) outrem que com ele o realizou (como coautor, instigador, instigado ou cúmplice).

§ 180. A concessão da recompensa só deterá significado criminal neste contexto se se *ligar a um facto previsto no n.º 1 do artigo 2.º já praticado*, sob a forma consumada ou tentada. A oferta de uma vantagem como contrapartida de (ou estímulo para) um ato terrorista ainda não levado a cabo não constitui uma apologia de terrorismo coberta pelo n.º 8, ficando, não obstante, em aberto a possibilidade de relevar criminalmente a outros títulos. Na perspectiva do tipo de apologia pública do terrorismo, destinatário da recompensa será

outra pessoa, grupo, organização ou associação, mas *não independentemente de uma qualquer sua ligação a um determinado ato terrorista*: o tipo de ilícito só será preenchido se e na medida em que a vantagem seja atribuída a um desses beneficiários *em virtude* de um facto previsto no artigo 2.º, n.º 1, que tenham praticado. Uma gratificação dada a um terrorista desvinculada de um concreto ato de terrorismo não constitui uma apologia de terrorismo punível nos termos do n.º 8.

§ 181. A segunda modalidade típica corresponde ao ato de *louvar* outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, assim estando abrangidos pelo tipo o elogio, a exaltação, a homenagem, o enaltecimento de certa pessoa ou organização terrorista por determinado ato terrorista que tenham executado. A aprovação ou expressão de admiração em relação a um dado ato terrorista poderão assumir um significado implícito de glorificação de quem o concretizou, ficando deste modo também sob a alçada do tipo incriminador (Pinto de ALBUQUERQUE, 298.º Nm. 7). A jurisprudência suprema espanhola vem considerando que no enaltecimento do terrorismo está em causa a *outorga ao ato terrorista de um valor jurídico superior ao do ordenamento jurídico vigente*, propondo-se o comportamento delituoso como modelo de comportamento aprovável (STS 398/96, *apud* STS 656/2007). Neste sentido, considera o Tribunal Supremo espanhol que com o louvor do terrorismo o sujeito passivo é elevado a um modelo de virtude ou mérito, sendo deste modo convertido em exemplo ou referente a seguir, e o sujeito ativo, ao fazê-lo, concede às ações terroristas e aos seus agentes um valor que é próprio da ordem jurídica, apesar de a contradizerem frontalmente (STS 656/2007, de 17-07-2007).

§ 182. Neste quadro típico da apologia pública do terrorismo, o *silêncio, a não emissão de uma crítica ou a ausência de demarcação em relação a um ato terrorista* a que o agente se refira ou com o qual seja confrontado não poderão ser qualificadas como formas de louvar quem o levou à prática (OSTENDORF, NK § 140 Nm. 8). Dito de outro modo, o louvar por omissão, se é que isso é sequer cogitável, não releva tipicamente como apologia do terrorismo. Diferente será, porventura, o caso daquele que publica (num jornal, numa página da *Internet*), dissemina ou partilha (no seu mural do *Facebook*, através de um *retweet* no *Twitter*, por exemplo) uma mensagem de glorificação terrorista originariamente produzida por outrem. Se os contornos da sua atuação revelarem que o agente, de certo modo, *fez sua* essa mensagem,

assim exprimindo publicamente uma posição *peçoal* de enaltecimento do terrorismo, cremos que deverá poder responder por apologia pública do terrorismo – nesta direção, na jurisprudência alemã, o Supremo Tribunal Federal alemão no caso “Bommi Baumann” (*NJW* 1978 58 s.) e o *Oberlandesgericht* de Braunschweig no caso “Buback-Ermordung” (*NJW* 1978. 2044 ss.), na jurisprudência espanhola a sentença do Tribunal Supremo n.º 600/2017, e entre nós, Pinto de ALBUQUERQUE, 298.º Nm. 7; contra, pela doutrina alemã maioritária, OSTENDORF, *NK* § 140 Nm. 8, e S/S/STERNBERG-LIEBEN, § 140 Nm. 5. Isto, sem prejuízo, como é evidente, de o ato de divulgação dever ser submetido aos demais crivos do tipo incriminador, em especial, o da sua aptidão para a criação de um perigo da prática de atos de terrorismo (em termos próximos, a referida STS 600/2017: “en los casos de reenvío las circunstancias del caso concreto se deben extremar”).

§ 183. A circunstância de a pessoa elogiada já ter morrido ou de a organização terrorista ter deixado de existir ou ter cessado a sua atividade não obstam à punição de quem as louve.

§ 184. Os muitos casos de apologia pública de terrorismo com que a jurisprudência estrangeira se vem confrontando revelam que o discurso de louvor ao terrorismo aparece frequentemente integrado em manifestações de posições que não se esgotam no encómio ou na defesa de atividades terroristas, abarcando ainda *expressões de crítica social e política*, não raro através do emprego de termos violentos ou grosseiras, suscetíveis de gerar repulsa em largos estratos da população. Posições que muitas vezes são tomadas sob formas de expressão artística, em letras de canções, poemas, caricaturas, *etc.* Sendo as mais das vezes difícil discernir onde termina a crítica legítima, ainda que agressiva ou chocante, e onde começa a apologia do terrorismo proibida. Dificuldade que se acentua pela circunstância de as mais das vezes o louvor ao terrorismo não ser diretamente perceptível, resultando antes do subtexto do discurso. Tudo o que aconselha a adoção de máximo rigor na sua apreciação, de modo a não permitir que esta incriminação se torne num instrumento de cerceamento de liberdades fundamentais como a liberdade de expressão do pensamento e a liberdade artística: “no labor judicial, como atividade individualizada que é, numa análise rigorosa e caso a caso, haverá que avaliar tanto as concretas frases ou expressões produzidas, como a ocasião e o contexto em que foram proferidas e, por fim, todas as circunstâncias pertinentes, para determinar se está dentro do tipo penal ou fica à sua margem, sem esquecer

o papel que deve caber ao princípio *favor libertatis*, necessariamente nos casos de dúvida, face à natureza constitucional dos direitos de liberdade de expressão e ideológica que poderiam ser afetados pelo tipo penal, direitos que constituem uma das mais significativas notas identitárias da sociedade democrática” (Tribunal Supremo espanhol, nas sentenças, entre outras, n.ºs 585/2007, 224/2010, 587/2013, 106/2015 e 600/2017).

§ 185. Será de reconduzir à nossa figura de apologia pública do terrorismo a situação apreciada pelo TEDH no caso *Leroy c. França* (descrita *supra* § 173, dado o significado laudatório da menção à organização terrorista que o agente julgou estar por trás do atentado de 11 de setembro (o facto de se ter referido ao Hamas e não à Al-Qaeda será objeto de análise no âmbito do tipo subjetivo, *infra* § 193). Sob a ótica do tipo incriminador português, também representaria uma apologia punível a seguinte mensagem publicada no *Twitter*, entre dezenas de outras que o agente inseriu nessa rede social, objeto de recurso apreciado pelo Tribunal Supremo espanhol: “ETA coche bomba en Hipercor, uno de los mejores atentados de ETA” (STS 206/2017). O mesmo não poderia concluir-se, tal como também entendeu o Tribunal Supremo espanhol, em relação à afixação na via pública de fotografias de membros da ETA cumprindo penas de prisão acompanhadas de mensagens apelando à sua transferência para penitenciárias no País Basco e à libertação de um deles por razões de saúde (STS 587/2013), já que a defesa de direitos fundamentais de terroristas não pode ser assimilada à sua glorificação. Deverão ficar igualmente à margem deste tipo incriminador críticas dirigidas aos poderes públicos (legislador, tribunais, polícias, *etc.*) por iniciativas, ações ou decisões que visem pessoas associadas ao terrorismo: criticar estratégias ou atos de prevenção ou repressão do terrorismo constitui um exercício legítimo da liberdade de expressão que de modo algum poderá ser tomado como uma forma de louvar terroristas.

§ 186. À semelhança do que já se adiantou em relação à conduta de recompensa (*supra* § 179), só relevam aqui os louvores dirigidos a terceiros. O autoelogio por um ato terrorista que se praticou não assume significado típico. Uma vez mais, não fica excluída a possibilidade de punição do louvor feito pelo agente a quem com ele participou na ação terrorista. Restará saber, neste caso, se as regras do concurso não deverão ditar o afastamento de uma punição autónoma por crime de apologia de terrorismo (concurso aparente).

§ 187. Também neste contexto, tal como se referiu quanto à recompensa (*supra* § 179), a glorificação de certa pessoa ou organização terroristas *não é abrangida pelo tipo legal se não se associar, pelo menos implicitamente, a um ato de terrorismo da sua autoria*, nomeadamente, um facto ilícito-típico (não necessariamente um crime – *supra* § 45) previsto no artigo 2.º, n.º 1. O elogio do terrorista *per se* não configura um ato típico de apologia do terrorismo, dado que só é punível quem louve “outra pessoa (...) *pela prática* dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º”.

§ 188. Nestes termos, tal como decidiu o Tribunal Supremo espanhol, não deverá levar-se à conta de enaltecimento do terrorismo a exibição, numa conta do *Twitter*, do logotipo da ETA como imagem de perfil de utilizador e de fotografias da libertação de membros dessa organização terrorista após cumprimento de penas de prisão por terrorismo acompanhadas de mensagens de boas vindas e de congratulação pelo seu regresso à liberdade (STS 600/2017). À vista do tipo legal do ordenamento português, a atipicidade resultaria não apenas da ausência em tais mensagens de uma verdadeira expressão apologética do terrorismo, como entendeu o Tribunal Supremo, como ainda igualmente da sua desvinculação a quaisquer concretos atos terroristas da organização ou das pessoas cuja libertação foi celebrada. Esta mesma última razão tornaria questionável, à luz do tipo incriminador deste n.º 8, uma condenação como aquela ditada pelos tribunais espanhóis, confirmada pelo TC, que visou o principal protagonista e orador numa cerimónia de homenagem a um antigo membro da ETA, conhecido como “Argala”, pelos 30 anos da sua morte (Sentença do TC espanhol 112/2016, de 20-06-2016) – o facto de se ter concluído que a “única atividade conhecida [ao homenageado] foi a sua pertença, como dirigente, à organização terrorista ETA” não nos pareceria suficiente para afirmar a ligação entre a pessoa louvada e o seu passado terrorista necessária para a realização do tipo (português). Este vínculo pode, em todo o caso, *resultar implicitamente* de uma consideração global de todas as circunstâncias do caso, como nos parece suceder na imputação de apologia de terrorismo dirigida a Dieudonné Mbala: embora sem se se referir diretamente ao atentado terrorista ao *Charlie Hebdo*, realizado, entre outros, por Ahmedy Coulibaly, em 07-01-2015, é evidente que essa ação terrorista estava subentendida na mensagem em que Mbala se identificou com esse terrorista, difundida através do *Facebook*, logo após uma gigantesca manifestação realizada em Paris no dia 11-01-2015 e num contexto em que se celebrou a expressão “je suis Charlie”: “après cette marche historique,

que dis-je, légendaire! Instant magique égal au Big Bang qui créa l'univers... ou dans une moindre mesure (plus locale) comparable au couronnement de Vercingétorix, je rentre enfin chez moi. Sachez que ce soir, en ce qui me concerne, *je me sens Charlie Coulibaly*” – o agente foi condenado por crime de apologia pública de terrorismo pelo Tribunal de Grande Instância de Paris, em decisão tomada em 18-03-2015, depois mantida pela Cour d'Appel de Paris. É por demais questionável, todavia, que o simples facto de o agente dizer *sentir-se Coulibaly* seja uma forma de exaltar ou glorificar esse terrorista.

§ 189. A circunstância de o elogio ao terrorista dever ligar-se a um ato de terrorismo por ele *anteriormente* praticado implica a irrelevância típica, na perspectiva da apologia ao terrorismo, de afirmações que apontem ou manifestem o desejo da prática *futura* de crimes de terrorismo, como as seguintes, num caso em que o agente “publicou e consentiu que outras pessoas publicassem na rede social *youtube*, diversos arquivos de áudio e/ou vídeo com canções da sua criação, que tiveram uma grande difusão, com expressões alusivas às organizações terroristas Grapo, ETA, Al-Qaeda, Terra Lliure e a alguns dos seus membros, em claro apoio dos mesmos e dessas referidas organizações terroristas” (STS 106/2015): “merece una bomba televisión española” (canção *Osama bin Laden*); “Pena de muerte a las infantas patéticas... a los dueños de los periódicos El Mundo y ABC habría que asfixiarle con la mentira de su papel... ojalá vuelvan los Grapo y te pongan de rodillas” (canção *El llanto de las gaviotas*). Ainda que relacionadas com grupos terroristas, posições deste jaez não caberiam na previsão típica do crime de apologia pública do terrorismo previsto no presente n.º 8, uma vez que não se reportam a factos passados (para um caso que, em parte, guarda similitude com aquele, *vd.* a STS 79/2018, relativa a canções *rap* pejadas de afirmações expressando o desejo de que certas pessoas pereçam ou sofram às mãos de terroristas). O que não significa, no entanto, que não pudessem conduzir a uma responsabilização por crime de incitamento público ao terrorismo.

§ 190. Não é qualquer recompensa ou louvor de terroristas por atos de terrorismo por si praticados que poderão adquirir estatuto típico. Só o deterão quando constituam uma *forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie*. Trata-se, assim, de um *crime de aptidão*, já que “só devem relevar tipicamente as condutas apropriadas ou aptas a desencadear o perigo proibido” (Figueiredo DIAS, *DP I* 11.º/47; qualificando, de forma similar, a apologia pública de um crime, prevista no artigo 298.º, n.º 1, do CP,

como um crime de perigo abstrato-concreto, Pinto de ALBUQUERQUE, 298.º Nm. 4). A idoneidade da apologia realizada para potenciar novos crimes de terrorismo só poderá ser avaliada em concreto, numa análise global de todas as circunstâncias apuradas, de uma perspectiva *ex ante* e à luz das regras da experiência comum, atendendo, por exemplo, à notoriedade pública do agente, ao prestígio de que goze no seu meio social, ao alcance previsível da apologia e aos seus potenciais destinatários. É esta aptidão para fomentar futuros atos terroristas legalmente prevista que justifica que a apologia do terrorismo seja designada ou qualificada como incitamento *indireto* ao terrorismo.

§ 191. Só é punível a apologia ao terrorismo que seja *pública*, pois, via de regra, só esta é suscetível de ameaçar a paz pública. A recompensa que em privado se conceda a um terrorista ou a loa que em privado lhe seja tecida não são abrangidas pelo tipo incriminador. E mesmo aquelas que revistam natureza pública só o serão se o agente atuar no quadro ou através de um dos meios tipicamente definidos. Estamos, com efeito, perante um crime de execução vinculada (Pinto de ALBUQUERQUE, 298.º Nm. 4), dado que a punição se restringe aos casos em que a apologia se faça “em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica” (valem aqui as considerações tecidas *supra* § 47 ss.; cf. ainda Helena MONIZ, *Comentário Conimbricense do CP II* 297.º § 11 s. e 298.º § 8).

IV. O tipo subjetivo de ilícito

§ 192. A apologia pública do terrorismo é um *crime exclusivamente doloso*, nele relevando todas as formas de comissão dolosa previstas legalmente (artigo 14.º do CP), incluindo o dolo eventual. Deverá, portanto, comprovar-se que o agente representou e quis realizar a factualidade típica. A representação deverá, naturalmente, abranger todos os elementos do tipo objetivo de ilícito, incluindo a idoneidade da recompensa ou do louvor para promover a prática de atos terroristas.

§ 193. A congruência que será necessário estabelecer entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo deste crime, dada a sua natureza dolosa, implica que o ato terrorista que o agente tem em mente ao recompensar ou louvar determinada pessoa ou organização pela sua prática haja sido, de facto, da autoria destas.

Se o agente se engana, como sucedeu no caso *Leroy c. França* apreciado pelo TEDH, e louva uma organização terrorista (v. g., o Hamas) por um atentado terrorista cometido por outra (v. g., a Al-Qaeda) incorre em erro que exclui o dolo (artigo 16.º, n.º 1, do CP).

V. A pena

§ 194. O crime de apologia pública do terrorismo é punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa de 10 a 360 dias. Sanções bem mais graves do que as previstas para a incriminação geral de apologia pública de um crime tipificada no n.º 1 do artigo 298.º do CP, punível com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa de 10 a 60 dias.

N.º 9: Agravação da pena aplicável ao crime de apologia pública do terrorismo

§ 195. As penas aplicáveis ao crime de apologia pública do terrorismo são elevadas nos seus limites máximos quando os factos forem praticados por meios de comunicação eletrónica, acessíveis por *Internet*: o da pena de prisão passa para 4 anos e o da pena de multa para 480 dias. Agravações que radicam no elevado potencial de disseminação das mensagens difundidas publicamente por via eletrónica (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The Use of the Internet for Terrorist Purposes*, 2012; e Ezekiel REDIKER, *Michigan Journal of International Law*, 36 2015 321 ss.).

N.º 10 – Crime de viagem para treino para o terrorismo

I. Fontes normativas

§ 196. O crime de viagem para treino para o terrorismo foi tipificado entre nós, pela primeira vez, pela Lei 60/2015, do seguinte modo: “Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução *de outrem* para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com

a intenção nele referida (...).” A redação atual foi cunhada pela Lei 16/2019, que visou abarcar as viagens em que o agente procura *receber ou adquirir para si próprio* apoio logístico ou treino para o terrorismo. Aditamento que corre no mesmo sentido daquele que esta mesma Lei realizou no n.º 7 (cf. *supra* § 132 s.).

§ 197. Enquadrando-se no *topos* das viagens com fins terroristas – valem, por isso, também para ele as considerações de ordem político-criminal que se tecerão *infra* a propósito da incriminação constante do n.º 11 (§ 217 ss.) –, a previsão deste crime, tanto na sua versão originária como naquela que agora conhece, foi fortemente influenciada por vários instrumentos normativos internacionais. Desde logo, pela Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas: “todos os Estados devem assegurar que a sua legislação interna tipifique como crimes graves (...): os seus nacionais que viajem ou tentem viajar para um Estado distinto do seu Estado de residência ou nacionalidade, e outras pessoas que viajem ou tentem viajar a partir dos seus territórios para um Estado distinto do seu Estado de residência ou nacionalidade, *com o propósito de (...) fornecer ou receber treino em atividades terroristas*” (n.º 6, al. a)). No ano seguinte, em 2015, no Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo, os Estados membros seus signatários comprometeram-se a criminalizar “a deslocação ao estrangeiro para fins terroristas”, aí se incluindo o “ato de se deslocar a um Estado, que não o da sua nacionalidade ou residência, (...) *para treinar ou receber treino para o terrorismo*” (artigo 4.º, n.ºs 1 e 2). E em 2017 a União Europeia, na Diretiva 2017/541/UE, impôs a criminalização da “deslocação para outros países que não o Estado-Membro, *com o objetivo (...) de dar ou receber treino para o terrorismo*, como referido nos artigos 7.º e 8.º” (artigo 9.º, n.º 1).

II. O tipo objetivo de ilícito

§ 198. Deparamos com um *crime comum*, uma vez que qualquer pessoa pode ser seu autor.

§ 199. A factualidade típica objetiva resume-se ao *ato de o agente, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade*. Trata-se, como é bom de ver, de um ato em

si mesmo absolutamente anódino e socialmente adequado. Tal como vários outros crimes previstos neste domínio do terrorismo, este facto que dá corpo ao tipo objetivo só adquire uma coloração criminosa, designadamente terrorista, quando penetrado pela intencionalidade que constitui substrato do tipo subjetivo de ilícito.

§ 200. O ato de *viajar* consiste na *deslocação* do agente até um lugar distinto do seu ponto de partida. *In casu*, tal deslocação deve ter como destino um território (integrado em um Estado da União Europeia ou em um Estado terceiro – Elise DELHAISE/Coline FIEVET, cit. 118) diverso do Estado de residência ou nacionalidade do agente. É atípica a viagem que tenha como destino o Estado onde o agente habitualmente reside ou o Estado de que é nacional. Não será de considerar como país da residência aquele no qual o agente passou a viver só após a viagem. Para efeitos do preenchimento do tipo objetivo de ilícito, é indiferente que a viagem se revele mais ou menos longa, contínua ou complexa (bastando pensar no caso de, suspeitando ser objeto de um seguimento e monitorização por serviços de inteligência de diversos países, o agente dividir a viagem por sucessivas etapas, com propositadas paragens prolongadas de permeio, em territórios não conotados com ligações a grupos ou movimentos terroristas). Tal como irrelevante será igualmente a concreta forma de deslocação, ou seja, o modo e o meio (*maxime*, o transporte) como a viagem se processa (“por qualquer meio” é, aliás, a expressão legal), assim se percebendo estarmos perante um *crime de execução livre*.

§ 201. O facto de se tratar de um crime de execução livre não significa que as circunstâncias que antecedem a viagem – e que muitas vezes constituirão atos preparatórios da mesma – não detenham relevo penal autónomo no caso de consubstanciarem, *per se*, a prática de outros ilícitos penais. Pense-se, neste último conspecto, na hipótese de o agente perpetrar previamente um furto qualificado ou um roubo do meio de transporte que depois utiliza na realização da viagem até ao território estrangeiro de destino.

§ 202. A referência, no próprio enunciado normativo do n.º 10, ao ato de *viajar* ou *tentar viajar*, traduz uma explícita equiparação objetiva-típica entre tentativa e consumação, do que decorrerá estarmos, na segunda modalidade, perante um *crime de empreendimento* (Figueiredo DIAS, *DP I* 11.º/56, e, de modo monográfico, Jorge FONSECA, *Crimes de Empreendimento e Tentativa* 1986 47 ss. e, especialmente, 88 ss.; sobre questão semelhante, na lei penal

alemã, Klaus GÜNTHER, *Anatomia do Crime* 4 (2016 19). O que significa que a prática dos atos de execução da viagem sem que ocorra a sua consumação “normal”, *i.e.* a efetiva deslocação com chegada ao destino almejado, não obsta a que se tenha por preenchida a factualidade típica objetiva.

III. O tipo subjetivo de ilícito

§ 203. O crime ora em causa é exclusivamente doloso. O *dolo* será de afirmar quando o agente represente e queira viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade.

§ 204. *Elemento essencial* para a verificação do tipo, com relevo no seu plano subjetivo, é o *propósito, determinante da viagem*, de “dar, receber ou adquirir por si próprio apoio logístico, treino, instrução ou conhecimentos, sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicas para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º”. É indispensável, pois, para o preenchimento do tipo que a viagem seja animada por uma destas finalidades: de dar apoio logístico ou treino para a prática de atos terroristas; ou de receber ou adquirir por si mesmo apoio logístico ou treino para atos dessa natureza.

§ 205. Dada a notória *proximidade material deste segmento normativo do tipo incriminador à previsão típica constante do n.º 7*, correspondente ao crime de treino para o terrorismo, valem aqui, no essencial, as considerações que sobre ele expendemos *supra* (§ 141 ss.). Será, em todo o caso, de realçar que nesta matéria das viagens é patente um propósito legislativo de abarcar tudo aquilo que tem que ver com a dinâmica intrínseca à preparação da ação terrorista nas suas mais variadas vertentes (desde a guerrilha mais rudimentar e convencional até às cada vez mais complexas e tecnológicas realidades enquadráveis no citado n.º 7), tendo em mente a posterior perpetração de factos de terrorismo propriamente ditos (cf. Elise DELHAISE/Coline FIEVET, cit. 118). Deve ainda salientar-se, aliás, na decorrência dos ditames constantes dos artigos 7.º, 8.º e 9.º da Diretiva 2017/541, que tão censurada será a atividade de quem viaja para ministrar o treino para o terrorismo como a de quem a efetua para o receber. Em termos de ilicitude típica, o legislador não distingue um qualquer *plus* acrescido consoante o agente se encontre em uma ou outra posição.

§ 206. É por fim imprescindível, ainda ao nível do tipo subjetivo de ilícito, que o agente leve a cabo a sua viagem ou tentativa de viagem com uma das *intenções previstas no n.º 1 do artigo 2.º*

§ 207. Como é evidente, tal como se salientou *supra* (§ 199), o viajar em si mesmo tende a ser algo de anódino e indiferente em termos de ofensividade e danosidade sociais (Marie-Aude BEERNAERT, *Journal des Tribunaux* 6626 2015 834). Daí o carácter determinante das intenções com que o agente efetua a sua deslocação, as quais constituem, como vimos, o *quid* desencadeador da reação penal. Com efeito, uma viagem para um destino conotado com o treino terrorista não possuirá significado típico se não for motivada pelas referidas intenções.

§ 208. Esta decisiva dependência do tipo incriminador em relação à atitude interna do agente é suscetível de concitar críticas doutrinárias e metodológico-interpretativas importantes. Designadamente, apontam-se, em sentido crítico, dificuldades em sede probatória quanto à perscrutação das aludidas “intenções” do agente na realização da viagem (Marie-Aude BEERNAERT, cit. 834, e Giuseppe MARINO, cit. 48). Críticas que, a nosso ver, dado o realismo e pragmatismo que revelam, devem suscitar ponderação séria. No entanto, sempre diremos que, conquanto não isenta de mácula, a norma incriminadora constante deste n.º 10 não padece de um cariz excessivamente vago ou indeterminável, pelo menos que legitime o surgimento de dúvidas de monta sobre as específicas intenções de viagem verberadas penalmente pelo legislador português. E, sendo assim, reduzir-se-ão as dificuldades hermenêuticas e de determinação material do tipo, do mesmo passo se esbatendo eventuais problemas de (in)constitucionalidade (cf. semelhantemente, no *Codice Penale* italiano, a propósito das *condotte con finalità di terrorismo*, o que estatui o artigo 270-*sexies*).

§ 209. O que vai dito não obnubila, todavia, a relevância do desafio – mais próprio da *law in action* e não tanto da *law in the books* – de apurar, em cada caso concreto, se as reais intenções do agente ao realizar a viagem são ou não enquadráveis nas definidas pelo tipo incriminador. Efetivamente, tratar-se-á de matéria delicada do ponto de vista da apreciação da prova, exigindo do julgador uma especial sagesa, sobretudo quando confrontado com uma hipótese de aparente tentativa. A propósito das figuras congêneres no direito belga, escreve Marie-Aude BEERNAERT, cit. 834, de modo particularmente avisado, e citando o respetivo *Conseil d'État*, que “il ne saurait être

question de se contenter en la matière «de simples présomptions ayant trait à des stéréotypes [concernant l'origine, les convictions, ou le passé (judiciaire) de la personne] ou à la destination du voyage»” (no mesmo sentido, e citando um importante relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, de 19-12-2014, Francesco BATTAGLIA, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo* 4 2015 17 s.).

IV. As formas especiais do crime

1. Tentativa

§ 210. Como se referiu, a punibilidade não só da viagem realmente concluída, como também logo a própria tentativa de viajar implica a qualificação deste crime, nomeadamente nesta segunda vertente típica, como um crime de empreendimento. Para mais desenvolvimentos, que aqui valem inteiramente, cf. *infra* § 240 ss.

2. Concurso

§ 211. Sobre o concurso (aparente) entre os factos típicos previstos no n.º 7 e neste n.º 10, com prevalência daquele, cf. *supra* § 160.

§ 212. Ocorrerá também *concurso aparente* no caso de a viagem ser motivada por um duplo propósito, de treinamento (n.º 10) e de adesão a uma organização terrorista (n.º 11). Cremos que o agente deverá responder somente por este último facto.

N.º 11: Crime de viagem para o terrorismo

I. Fontes normativas

§ 213. O crime de viagem para o terrorismo foi introduzido no ordenamento penal português pela Lei 60/2015, sob direta 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.

§ 214. Fontes normativas especialmente focadas na invocada urgência de que os Estados legislassem internamente sobre a problemática dos denominados *foreign terrorist fighters*, isto é, das 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” (Resolução 2178, de 2014). Nessa Resolução, o Conselho de Segurança da ONU manifestou mesmo uma “extrema preocupação” com a possibilidade de que os combatentes terroristas estrangeiros aumentassem a intensidade, a duração e a complexidade dos conflitos, e também que pudessem representar uma grave ameaça aos seus Estados de origem, aos Estados por onde transitassem e aos Estados para onde se deslocassem. Merecedora de igual cuidado, segundo a mesma Resolução, é a possibilidade de que hajam sido estabelecidas redes internacionais, por terroristas e por entidades terroristas, entre os Estados de origem, de trânsito ou de destino por meio das quais os combatentes terroristas estrangeiros e os recursos para apoiá-los tenham sido canalizados em ambas as direções. Tinha-se então concretamente em vista “entidades como o Estado Islâmico do Iraque e do Levante («Islamic State in Iraq and the Levant» ou «ISIL»), a Frente al-Nusra («Al Nusrah Front» ou «ANF») e outras células, entidades afiliadas ou grupos dissidentes ou derivados da Al-Qaeda”. Foi esse, com efeito, o período do auge do denominado Daesh, o referido ISIL, que constituiu uma fonte de atração para milhares de terroristas ou aspirantes a terroristas de todo o mundo, boa parte deles provindos da Europa, que nesse período migraram para a região dominada por aquela organização, na Síria e no Iraque, a fim de a ela aderirem (*infra* § 218 s.).

§ 215. Tendo tudo isto em conta, o Conselho de Segurança da ONU decidiu que os Estados deveriam criminalizar os atos de quem viaja ou tenta viajar 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 (n.º 6.º, al. a), da referida Resolução 2178, de 2014) – para uma apreciação crítica desta Resolução, cf. António Manuel ABRANTES, *Homenagem Germano Marques da Silva* I 295 ss. Acompanhando esta iniciativa, os Estados membros do Conselho da Europa, no já mencionado Protocolo Adicional à Convenção para a Prevenção do Terrorismo, de 2015,

convencionaram a obrigatoriedade de criminalização do “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 (...)” (artigo 4.º). A criminalização destas deslocações para fins de terrorismo é igualmente imposta pela Diretiva 2017/541/UE (artigo 9.º).

§ 216. Também o legislador português acompanhou a referida Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da ONU, através da tipificação deste crime de viagem para o terrorismo, constante do n.º 11, e dos crimes previstos nos n.ºs 10 e 12, operada pela Lei 60/2015, de 24 de junho, de data anterior ao sobredito Protocolo Adicional à Convenção para a Prevenção do Terrorismo, de outubro de 2015. Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 283/XII, que constituiu o ponto de partida da Lei 60/2015, foram invocadas as exigências postas pela Resolução 2178 (2014) e as descritas preocupações a ela subjacentes. Isto, do mesmo passo que se deu expressa nota de uma razão – frequentemente inconfessada, apesar de sempre presente na legiferação antiterrorista das últimas duas décadas – que motivou a criminalização destes atos materialmente preparatórios de factos terroristas *stricto sensu*, a necessidade de *reforçar a eficácia processual penal da perseguição das pessoas que enveredam por uma via terrorista*: “No mesmo sentido, a incriminação da própria viagem de acordo com as regras gerais do crime de terrorismo, o que facilita a sustentação dos factos em julgamento e, desta forma, uma mais eficaz tutela criminal do fenómeno do terrorismo. Em termos de eficácia, pretende-se, com a presente alteração legislativa, que a intervenção criminal seja suficiente para impedir a viagem, já que, em termos de medidas de coação, ficam criadas as condições para, verificados os demais pressupostos, ser aplicada a medida de proibição de ausência para o estrangeiro (...) ou de prisão preventiva, em caso de violação da medida (...)”.

II. Bem jurídico e contexto político-criminal

§ 217. Como vem de se ver, a criminalização das viagens para fins de terrorismo, promovida pela Lei 60/2015 e materializada nos n.ºs 10, 11 e 12 deste artigo 4, prende-se fundamentalmente com a figura dos chamados *foreign terrorist fighters*, que representa um dos traços marcantes do terrorismo contemporâneo.

§ 218. De acordo com estudos recentes levados a cabo pelo *International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence* (sedeado no *King's College London*), entre 2011 e 2015, mais de 25.000 combatentes estrangeiros, provindos de 104 países diferentes, rumaram à Síria e ao Iraque, não obstante a ausência de laços étnicos e culturais com os soldados sírios e os do mundo árabe em geral. Daqueles combatentes estrangeiros, uma parte significativa – entre 4.000 a 6.000 – proveio da Europa, particularmente de França, Grã-Bretanha e Alemanha, verificando-se também, em termos proporcionais à população dos países de origem, uma elevada representação de cidadãos dinamarqueses, suecos, holandeses e belgas. Muitos desse *foreign terrorist fighters* retornaram (e ainda retornam) à Europa em condições (e, em muitos casos, com intenções) desconhecidas – elementos recolhidos em Matteo BRESSAN, *Informazioni della Difesa* 5 2016 58 s.; e David MALET, in: *Returnees: Who Are They, Why Are They (Not) Coming Back and How Should We Deal with Them? Assessing Policies on Returning Foreign Terrorist Fighters in Belgium, Germany and The Netherlands* 2018 9 e 16 ss.

§ 219. Em uma outra perspectiva, o fenómeno dos *foreign terrorist fighters* constitui um dado sociocultural (*et pour cause*, criminológico) indissociável de uma “globalização” cada vez mais óbvia e da consequente criminalidade “em rede” por si potenciada (sobre este último aspeto, Anabela MIRANDA RODRIGUES, in: *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa* 2007 77 ss.). Tal contexto permite compreender, pois, que, nos nossos dias, o recurso a atos terroristas seja pensado em termos e com intuítos que quase sempre ultrapassam uma dimensão estritamente nacional. Se recordarmos episódios tão dramáticos quanto o ocorrido em Munique, no já longínquo verão de 1972, com o assassinato de diversos atletas olímpicos israelitas pelo grupo palestiano *Setembro Negro*, ou, mais recentemente, o desvio e despenhamento de dois aviões comerciais de passageiros nas “Torres Gémeas” do *World Trade Center* de Nova Iorque, em 11 de setembro de 2001, com facilidade perceberemos o que de distinto encerram esses mesmos episódios – nos métodos, atuação e intentos – se comparados a um determinado terrorismo típico de grande parte do século xx, de cariz essencialmente interno. Isto, porquanto os dois exemplos acabados de mencionar já não são assimiláveis à atuação de grupos armados como as *Brigate Rosse* e *Ordine Nuovo* em Itália, *Rote Armee Fraktion* na (então) República Federal Alemã, *ETA* em Espanha, e *IRA* na Irlanda do Norte, os quais tiveram quase sempre presente um claro intuito de subordinação dos

atos violentos perpetrados à consecução de um determinado programa ideológico (nos casos italiano e alemão) ou de objetivos independentistas bem definidos (no que toca às fações basca e irlandesa), implementáveis em um espaço geográfico-político relativamente confinado.

§ 220. Passamos, pois, de manifestações de um terrorismo quase sempre interno para um *terrorismo muito mais abrangente e internacionalizado*, preñhe de consequências em termos de alargamento do leque de protagonistas e locais escolhidos, dos efeitos deletérios causados e, concomitantemente, do complexo normativo de respostas pensáveis para tais novas realidades. Pelo que, sobretudo a partir de 2001, com o foco no terrorismo de natureza internacional e no risco ubiqüitário que dele emana, passou a ser visível um cada vez maior relevo específico do fenómeno terrorista no quadro do sistema penal. Ora, uma das fontes dessa ubiqüidade contemporânea no risco concentra-se precisamente naquilo que alguma doutrina italiana apelida de “terrorista móvel”, como que uma síntese do “terrorista interno” e do “terrorista internacional” a que acabámos de fazer referência, ou seja, o agente que, seduzido por um determinado ideário, parte do interior de um Estado até um território estrangeiro para aí treinar ou ser treinado e combater, podendo depois retornar ao ponto de partida, tanto operando ativamente como fazendo subsequente proselitismo (notando todos estes aspetos, Vincenzo MILITELLO, *DPC-RT* 2017/1 5 ss.; também com interesse, *vide* Salvo LICCIARDELLO, “*Foreign fighters: soggetti di diritto internazionale?*”, in: *www.sicurezza nazionale.gov.it*, 2016 1 ss.; e ainda Lorenzo PICOTTI, *DPC-RT* 2017/1 251 s.).

§ 221. A intervenção normativa sobre aqueles que se deslocam ao estrangeiro para fins de terrorismo não tem sido apenas levada a cabo pela via penal. A par desta, é de salientar um conjunto mais vasto de políticas da União Europeia que procuram enfrentar este fenómeno. Políticas que suscitam a questão de saber se não implicarão uma rutura na ideia de *Europa unida e sem fronteiras*, conduzindo a uma verdadeira mudança de paradigma político-ideológico europeu, através da metamorfose de uma Europa sem restrições à liberdade de circulação de pessoas e bens em algo de muito diferente, a saber, em um amplo contexto físico-geográfico dotado de diversas *fronteiras reais e impedimentos* do mais variado jaez ao livre exercício do *ius ambulandi*.

§ 222. É que, fundando-se em um ideal de livre circulação, a União Europeia erigiu-se sobre esse mesmo princípio, do qual resultou, por exemplo,

além do mais, o compromisso assumido pelos Estados-Membros no sentido de facilitarem a liberdade de circulação das pessoas, a par da manutenção da segurança das suas populações, em um espaço de liberdade, segurança e justiça (artigo 67.º, n.º 1, do TFUE). Porém, a partir dos aludidos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, seguidos dos perpetrados em Madrid e Londres e, mais recentemente, em Paris, Bruxelas, Nice, Berlim, Barcelona e Estrasburgo, a tendência securitária da União, quer no interior quer no exterior do seu espaço, tem sido indisfarçável, com a aspiração da segurança a ocupar o centro das preocupações político-governativas. E o controlo cada vez mais apertado da possibilidade de transposição das fronteiras dos Estados-Membros passou, pois, a ser encarado como uma etapa essencial da (tentativa de) consecução do dito desiderato de segurança dos cidadãos europeus.

§ 223. É no entorno acabado de referir que surgem, desde logo, os programas europeus denominados PNR (*Passenger Name Record*), vocacionados para a utilização, pelas autoridades públicas de inteligência e segurança, do conjunto de informações fornecidas aos transportadores aéreos pelos passageiros (endereço, *email*, número de telefone e até mesmo as preferências de lugar na aeronave) aquando da realização das reservas ou da aquisição das passagens (cf., a propósito, a Diretiva 2016/681/UE, de 27-04-2016, e, na doutrina, David LOWE, *International Criminal Law Review* 17 2017, 96 ss.; Elise DELHAISE/Coline FIEVET, cit. 116; e Valeria SPINOSA, *DPC-RT* 2017/1 165). Daí que, sem sofismas, e de um ponto de vista estritamente analítico, se possa considerar que normas incriminadoras como as dos n.ºs 10, 11 e 12 deste artigo 4.º se inscrevem nesta tendência política de promoção do controlo efetivo de *quem e porquê* transpõe as fronteiras, internas e externas, do espaço europeu.

§ 224. A questão dos *foreign terrorist fighters* não pode deixar de nos confrontar, antes de tudo o mais, com um problema de legitimidade e validade substancial da intervenção do *ius puniendi*. À face da juridicidade própria do direito penal de um Estado de Direito, e da fundamentação de validade a que legitimamente sempre terá de aspirar (Maria Fernanda PALMA, *Anatomia do Crime* 4 2016 24), importa perguntar se existirá um verdadeiro fundamento para a criminalização (e é só desta que ora nos ocupamos) das viagens empreendidas com fins de perpetração, adesão ou treino terroristas. Com efeito, se recordarmos o bem jurídico tradicionalmente associado à proteção dos tipos penais do terrorismo, a paz pública, logo teremos de questionar se

este mesmo bem jurídico será perturbado por condutas que se esgotem apenas – e uma vez mais importará recordar que é só disto que agora tratamos – na realização das aludidas viagens. Viagens orientadas, é certo, pelo específico intuito de encontro com a “realidade terrorista”, mas, para efeitos de verberação jurídico-penal, “desconectadas” da efetiva ocorrência de um qualquer facto terrorista posterior (Marie-Aude BEERNAERT, cit. 834).

§ 225. Retomando o que há pouco deixámos expresso acerca das políticas globais de controlo de entrada e saída das fronteiras do espaço europeu, pensamos poder existir a (natural) tentação de encarar o problema segundo uma abordagem cunhada pelos princípios da doutrina e metódica constitucionais, que nos remeta para o domínio dos *limites imanes* aos direitos constitucionalmente protegidos (sobre estas noções, e em tese, cf. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* 2017 271 ss.). É que, como já notámos, a livre circulação de pessoas no espaço europeu traduz um direito sustentador do próprio projeto da União (artigo 45.º do TFUE), no sentido de que se insere no conjunto de valores a salvaguardar para os cidadãos europeus na sua realização enquanto membros de uma Europa solidária e democrática. E a ideia do exercício do direito de livre circulação no espaço europeu, não prescindindo “etiologicamente” da possibilidade de realização do ato de viajar (e de viajar *para fora* do país de que se é nacional ou residente), também se ligaria, do ponto de vista “etiológico”, a um escopo em si mesmo não ilícito e que não contribuisse para a destruição da zona na qual – ou a partir da qual – se efetivou essa circulação. Seria, ao cabo e ao resto, a defesa da asserção de que quem viaja livremente no espaço europeu, e deste para o exterior, não pode invocar o exercício de tal direito para assim aniquilar ou contribuir para colocar em perigo a realidade civilizacional e política em que se encontra inserido. Dito ainda de um outro modo: o ato de viajar nunca estaria legitimado para a consecução de objetivos ilícitos, pois que, a não ser assim, naturalmente se converteria – o próprio ato – em algo de ilícito *per se*. A perspectiva acabada de expor assentaria, pois, na tese de que o objeto intrínseco do exercício dos direitos constitucionalmente protegidos não suporta nunca uma utilização “perversa”, que coloque em crise outros direitos ou valores também constitucionalmente garantidos; e não poderá ocorrer tal utilização “perversa” porque *implicitamente* à referida estrutura “etiológica” existem os limites impeditivos à ocorrência de *patologias* no respetivo exercício, assim se obstando a que dos direitos se faça um uso *funcionalmente desviado* (cf. Vieira de ANDRADE, cit. 273 s., o qual mostra,

aliás, não chegar sequer a estar em causa, em situações de limites imanentes, um qualquer hipotético problema de *colisão de direitos*). E evidentemente que na temática ora abordada seria o desiderato programático ínsito a um “espaço europeu de segurança”, também enunciado no n.º 1 do artigo 67.º do TFUE, o valor comunitário a salvaguardar, justificativo, portanto, da atribuição de relevância penal a estas deslocações com fins terroristas.

§ 226. Cremos, contudo, que o problema substantivo relativo à legitimidade material desta intervenção penal persistirá por responder. Desde logo, porquanto a doutrina dos limites imanentes poderá não se mostrar apta a esclarecer a razão de ser da específica atuação normativo-penal que criminaliza as mencionadas viagens com finalidade terrorista, criminalização que não existe, nos mesmos moldes, para as viagens com um escopo igualmente ilícito, embora não ligado a fins ou intuitos enquadráveis no “mundo do terrorismo”. Com efeito, por que razão não são criminalizadas enquanto tais as viagens empreendidas com a intenção de cometimento de crimes como o furto, o sequestro ou até o homicídio? Contas feitas, percebemos que, efetivamente, o ato de viajar para o estrangeiro tendo em vista o cometimento de um crime de furto, por si só e sem mais, não constituirá crime, antes legitimando, apenas, a discussão de saber se consubstanciará a realização de um ato meramente preparatório, em si mesmo não punível, ou já um ato de execução do crime que configure uma tentativa (punível). Diversamente, a realização de uma viagem para fora do país de que se é nacional ou no qual se reside, para fins terroristas, fará o agente incorrer em responsabilidade penal (n.ºs 10 e 11 do presente artigo 4.º). Pelo que, como dissemos, o problema teima em subsistir.

§ 227. Ora, partindo de uma perceção, de uma *determinada* perceção, da realidade contemporânea do terrorismo internacional, marcado por conexões e alteridades dos respetivos contextos e atores, e certamente explicável por múltiplos e distintos fatores político-culturais que não caberá agora aprofundar, existirá porventura aqui um intuito de preservação de uma certa *forma de vida*, própria do denominado “mundo ocidental”, que sente cada vez mais vulnerável e em perigo. Todavia, falamos da proteção de um específico *way of life* e não da liberdade individual daqueles que se integram nesse mesmo *way of life*. Como certamente nota Klaus GÜNTHER, cit. 20, “não obstante determinadas formas de uso da liberdade serem idênticas à particular forma de vida do moderno Estado de Bem-Estar, é esta forma de vida que é defendida, não a liberdade. Por isso, as intervenções estatais na liberdade não surgem

mais como ameaçadoras quando garantem tão-só a segurança da forma de vida” (no mesmo sentido, *vide* Thomas WEIGEND, *Criminalia* 2014 84 ss.). E a realidade sociológica vem-nos demonstrando que a sensação de insegurança – frequentemente induzida, potenciada e ampliada por fenómenos comunicacionais, *maxime*, os inerentes aos *media* – é tendencialmente global e epidémica, recrudescendo sempre que os cidadãos europeus se veem confrontados com o conhecimento de novos atos terroristas ocorridos perto de si.

§ 228. Constituindo as ações terroristas, de um modo geral, o resultado de uma detida, meticulosa e paciente preparação, pretendeu a lei intervir o mais a montante possível desse *iter* preparatório, agora no que se refere à realização das viagens dos *foreign terrorist fighters*. Como já sugerimos *supra* (§ 218 s.), a propósito de atentados terroristas mais recentes, sobretudo após a eclosão dos conflitos armados no Iraque e na Síria, é impressionante o surgimento de notícias dando conta de os respetivos perpetradores, muitas vezes nacionais ou residentes dos Estados ocidentais onde ocorreram os atentados, haverem realizado viagens a países e a zonas geográficas onde se movimentam e exercem o essencial da sua influência (bélica) os grupos terroristas reivindicadores da autoria de tais ataques e em cujo nome ou por cuja inspiração os primeiros atuaram. Sobre o tema, Ubaldo NAZZARO, *Rivista Penale* 2015 822; Luca D’AGOSTINO, *DPC-RT* 2017/1 85 s.; e, igualmente com elementos estatísticos relativos aos *foreign terrorist fighters* de alguns países europeus, na sua divisão entre os que se mantêm nas operações armadas nas zonas do Iraque e da Síria e os que retornam aos países de origem, Hristina HRISTOVA, *El Fenómeno de los Combatientes Extranjeros en Siria e Irak: Medidas Legales en España Frente al Riesgo de los Retornados* 2015 2 s. Também com muito interesse, quanto a alguns dos contextos de “incubação” familiar da ideologia *jihadista* nos países europeus, concretamente na Holanda, Rozemarijn VAN SPAENDONCK, *Utrecht Law Review* 12 2016 41 s.

§ 229. Parece ser, pois, todo este enquadramento sociopolítico que permitirá perceber a teleologia dos crimes de viagens para fins de terrorismo, previstos nos n.ºs 10, 11 e 12 (à semelhança, aliás, dos artigos 140-*sexies* e 141 do CP belga, do artigo 270-*quater*.1 do CP italiano ou ainda do artigo 8 do *Terrorism Act de 2006* do Reino Unido).

§ 230. De um ponto de vista mais estritamente jurídico, o intuito normativo de cariz securitário a que acabamos de fazer alusão mostra-se evidente,

confundindo-se com uma significativa *antecipação da tutela penal*, deslocada para momentos em que a prática do facto típico não corresponde, pelo menos *prima facie*, a uma efetiva colocação em perigo do bem jurídico em vista do qual foi edificada a incriminação. Como temos visto, no domínio da legislação antiterrorista da generalidade dos Estados ocidentais, esta antecipação constitui, com efeito, uma verdadeira “marca de água”. E a sua forma de expressão cada vez mais frequente consubstancia-se na proliferação de figuras de delito desenhadas segundo a técnica dos crimes de perigo, a par da declarada preferência pela punibilidade dos atos preparatórios, em contrariedade com o princípio geral de não punibilidade deste tipo de atos (quanto às duas formas típicas de antecipação da tutela penal na matéria antiterrorista, Giuseppe MARINO, cit. 47 s., e Fabio D’AVILA, in: *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld 2013* 197 s.). Neste quadro, a incriminação das viagens dos *foreign terrorist fighters* tende a colocar problemas quanto à efetiva ofensividade das condutas proibidas, até mesmo a propósito da concreta materialidade densificadora do bem jurídico em nome do qual surgiu essa incriminação (neste sentido, Lorenzo BRIZI, *DPC-RT 2017/1* 19).

§ 231. O ora exposto não impede, todavia, que notemos uma particularidade própria desta temática dos *foreign terrorist fighters*, a qual, em uma certa compreensão das coisas, atenuará a instintiva tendência para a crítica que, também aqui, poderíamos dirigir à atuação do legislador. A realidade que nos envolve mostra-nos que os fenómenos terroristas, *maxime* os de feição *jihadista*, são pautados, as mais das vezes, por convicções e perceções do mundo e da vida humana que pouco ou nada têm que ver com os valores e princípios comumente brandidos como enformadores do espectro axiológico ocidental contemporâneo. Sem que com isto se procure formular um juízo valorativo sobre a matéria, cremos que esta constatação não poderá ser obnubilada ou menosprezada. Independentemente do carácter mais ou menos ponderoso dos ideários em nome dos quais alguns dos factos enquadráveis no *cuore* da definição de terrorismo são perpetrados, os respetivos agentes estão amiúde dispostos *a morrer – e a fazer morrer* – por aqueles mesmos ideários (salientando este preciso aspeto, Lorenzo PICOTTI, cit. 251; Luca D’AGOSTINO, cit. 85; Paolo GALLO, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche* 2007 427; Elise DELHAISE/Coline FIEVET, cit. 119 s.; Fathali MOGHADDAM, cit. 165 ss., e ainda M. Cherif BASSIOUNI, in: *Jihad and its Challenges to International and Domestic Law* 2010 28 ss.).

§ 232. No todo contextual acabado de traçar, compreende-se que a prevenção seja muitas vezes entendida pela ordem jurídica como a única forma de tentar fazer face aos previsíveis efeitos absolutamente letais da atuação terrorista. Opção que, como é sabido, comporta diversos riscos do ponto de vista da proteção das liberdades individuais, assim como da própria razão de ser que reconhecemos às sanções cominadas pelas figuras penais em causa: “di fronte ad un terrorista che crede nel «martirio» non ha, infatti, alcun senso parlare di funzione rieducativa della pena” (Paolo GALLO, cit. 427). Mas precisamente porque nos situamos em domínios ético-comunitários de enorme relevo – desde logo, a paz e a ordem públicas, cada vez mais ameaçadas pelo fenómeno “em rede” do terrorismo, *maxime* do terrorismo com contornos e movimentações internacionais –, parece-nos ter vindo a formar-se um relativo consenso quanto à legitimidade da intervenção do poder político-legislativo, contanto que se revele a mesma constitucionalmente enquadrada pelas regras, formais e substantivas, próprias de um Estado de Direito. Assim, e de um modo geral, desde que respeitamos princípios básicos de proporcionalidade, adequação e razoabilidade, tenderá a reconhecer-se uma certa margem de autonomia e liberdade na concreta forma jurídico-penal de definição, pelo legislador, das modalidades e das técnicas de tutela antecipada contra as lesões de bens jurídicos de particular importância (Mario ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice Penale* I 1987 299 ss.; Paolo GALLO, cit. 432 s.; e ainda Enrico COTTU / Francesco MAZZACUVA, *DPC-RT* 2017/1 12 s.).

§ 233. Como acabamos de frisar, a atuação legislativa aqui em causa carecerá sempre de uma ponderação que atenda aos corolários próprios do princípio da proibição do excesso e do mesmo passo não subvalorize o papel da culpa nem promova uma desadequada hiperbolização da danosidade social na análise do crime (em tese, sobre este tema, Maria Fernanda PALMA, *Liber Discipulorum Figueiredo Dias* 254 ss.). Ora, do ponto de vista da ameaça ao bem jurídico que aqui se visa tutelar, a criminalização operada neste domínio parece-nos não afrontar aquela proibição constitucional. De facto, não vemos como poderá considerar-se que a paz pública se manterá incólume, com os consequentes efeitos intimidatórios para a comunidade e para a liberdade existencial da generalidade dos cidadãos, quando um *foreign terrorist fighter* se desloque para um país diferente do seu, para aí aderir a uma organização terrorista, para cometer atos terroristas ou para se adestrar na prática de atentados terroristas. Nessa medida, sem prejuízo do especial cuidado a ter na aplicação prática das figuras em causa, atentos

os valores envolvidos, parece-nos que a específica intervenção legislativa em análise poderá não merecer um juízo crítico tão exacerbado quanto *prima facie* seria pensável (em sentido concordante, Elise DELHAISE/Coline FIEVET, cit. 119 s., bem como ainda, embora em termos mais cautelosos, Marie-Aude BEERNAERT, cit. 832 s.).

III. O tipo objetivo de ilícito

§ 234. O crime de viagem para o terrorismo constitui, quanto ao agente, um *crime comum*, uma vez que qualquer pessoa pode constituir-se como seu autor.

§ 235. A *conduta típica* consiste no ato de, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade do agente. Há, pois, no plano do tipo objetivo de ilícito uma total coincidência com a factualidade típica própria do crime de viagem para treino para o terrorismo, previsto no n.º 10. Assim, tudo quanto *supra*, § 199 ss., se expôs relativamente a este crime constante do n.º 10 é inteiramente transponível para este domínio do n.º 11.

IV. O tipo subjetivo de ilícito

§ 236. O tipo subjetivo de ilícito é composto pelo *dolo* e por *dois distintos blocos de intenções*.

§ 237. Quanto ao *dolo*, vale o referenciado *supra*, na anotação ao n.º 10, § 203.

§ 238. Ao *dolo* deverá acrescer, na vertente subjetiva do facto, uma das *intenções previstas no n.º 1 do artigo 2.º*

§ 239. O que singulariza este tipo legal de crime, desde logo no confronto com o inscrito no n.º 10, é uma *outra ordem de intenções*: a *intenção de aderir a uma organização terrorista* (cf. artigo 2.º, n.º 2) ou a *intenção de cometer um facto terrorista* (cf. artigo 4.º, n.º 1). Estas intenções constituem o cerne da presente incriminação: é a circunstância de a viagem empreendida ser animada

por um propósito de adesão a uma organização terrorista ou de comissão de um ato terrorista que fundamentalmente justifica a intervenção penal.

IV. As formas especiais do crime

1. Tentativa

§ 240. Como vimos, o tipo incriminador engloba tanto a viagem, digamos assim, consumada, em que o agente logra atingir o destino, como também a simplesmente tentada, aquela que não chega a ser iniciada ou que não é levada até ao lugar definido pelo agente como destino. Esta equiparação entre consumação e tentativa leva à sua configuração como *crime de empreendimento*.

§ 241. Não quis, pois, o legislador afirmar apenas a punibilidade da tentativa de viagem, já que, atenta a pena abstrata aplicável, tal tentativa sempre seria punível (cf. artigo 23.º, n.º 1, do CP), nem tão-pouco pretendeu somente estabelecer uma simples equiparação *quoad poenam* entre tentativa e consumação (acerca desta equiparação, Jorge FONSECA, cit. 60 s.). O que se pretendeu foi antes dispensar à tentativa, logo no plano do tipo objetivo de ilícito, o mesmo tratamento jurídico-penal que é reservado à consumação. Com todo o cortejo de *consequências que daí advêm no plano processual penal*, em especial em sede de mobilização de meios de obtenção de prova e de aplicação de medidas de coação. Meios processuais alguns deles que porventura não estariam à disposição das autoridades judiciais se a tentativa de viagem fosse punível nos termos gerais, com uma pena especialmente atenuada (artigos 23.º, n.º 2, e 73.º, n.º 1, do CP) – cf., de novo, a Exposição de Motivos da Proposta de Lei 283/XII; e para uma análise crítica à evolução legislativa francesa no domínio processual penal, a partir das novas figuras penais incriminatórias do terrorismo, Olivier DÉCIMA, cit. 1830 ss.

§ 242. Esta equiparação da tentativa à consumação não deixa de sugerir a ideia de que, no espírito do legislador, tão grave como o ato de viajar, com finalidades terroristas, para território estrangeiro, é o ato de apenas tentar realizar essa mesma viagem. Ideia que não pode passar sem reparo, pois se não será de escamotear a concreta natureza dos factos típicos em causa, parecerá não estarmos também, e ainda assim, perante situações nas quais

a tentativa se revista de tanta ou mais gravidade objetiva que a previsivelmente revelável pelo efetivo cometimento “total” dos factos. Claramente, não é indiferente, do ponto de vista da perigosidade para o bem jurídico, que o agente tenha ou não chegado ao destino e assim podido (ou não) concretizar o seu propósito de adesão a uma organização terrorista ou de cometimento de um ato terrorista.

§ 243. Em sede de *tentativa impossível*, será, naturalmente, de tomar em devida consideração que a “tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objeto essencial à consumação do crime” (artigo 23.º, n.º 3, do CP). O que não deixa de suscitar dificuldades, aliás, também sentidas noutros tipos delitivos do ordenamento jurídico português, como, por exemplo, os crimes de traição à Pátria (artigo 308.º do CP), de alteração violenta do Estado de Direito (artigo 325.º do CP) e de atentado contra o Presidente da República (artigo 327.º do CP), decorrentes da própria estrutura típica dos crimes de empreendimento (cf. Maria João ANTUNES, *Comentário Conimbricense do CP II* 237.º § 6; e Jorge FONSECA, cit. 91 ss. e 174 ss.).

§ 244. É importante, por fim, notar que as questões interpretativas e de apreciação casuística da distinção entre os *atos preparatórios*, a tentativa e a concretização da viagem propriamente dita poderão gerar dúvidas e aporias. Tudo terá que ver, essencialmente, com o(s) momento(s) a partir do(s) qual(ais) está já o agente envolvido em uma tentativa de viagem, em face daquilo que habitualmente precede essa mesma tentativa. Como critério orientador básico, parece-nos irrecusável o estabelecimento de uma premissa geral que, nos termos entre nós sustentados por Figueiredo DIAS, *DP I* 27.º/4 ss., e na doutrina alemã por Claus ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal* 1998 302 ss., atenda quer a uma perspetiva formal-legal (objetiva), quer a uma perspetiva material de atos preparatórios. Concretizando, e seguindo Figueiredo Dias, na aceção formal-legal, atos preparatórios serão “aqueles que *antecedem* temporalmente e segundo a natureza das coisas a execução de um ilícito-típico”, pelo que não se “encontram descritos ou referidos na generalidade dos tipos legais”. Através da segunda perspetiva, e ainda com Figueiredo Dias, ressalta-se o aspeto de que, definidos em função da violação do bem jurídico que a ordem jurídica quer prevenir, quase sempre “os atos preparatórios, em si mesmos considerados, constituirão ações que estão completamente de acordo com o ordenamento

social. Uma punição indiscriminada de tais atos estaria próxima”, no fim de contas, “de uma ilegítima punibilidade de meras intenções”.

§ 245. Pelo exposto, parece-nos então que, sem a execução do início da viagem rumo ao estrangeiro ou daquilo que imediatamente precede tal início, não teremos mais do que atos preparatórios. Deste modo, a aquisição do bilhete do comboio ou do avião que transportará o agente até ao território de destino consubstanciará um ato preparatório e não um ato de execução. Mas a presença do agente, no momento da partida, na carruagem ou na aeronave em questão (ou, admitamo-lo, na realização do imediatamente anterior *check-in*), terá de ser vista como um ato de execução, pois o *viajar* enquanto elemento constitutivo típico não prescinde nem pode prescindir, como *prius* inarredável, daquela presença fáctica do agente em tais locais. Nesta mesma linha interpretativa, cremos que o aluguer ou o atestar de combustível do automóvel no qual o agente se deslocará até ao território estrangeiro não deverão ser vistos como algo mais do que atos preparatórios, enquanto o início do trajeto do veículo já representará uma tentativa da viagem propriamente dita, punível como facto (formalmente) consumado com a pena de prisão até 5 anos cominada neste n.º 11.

2. Concurso

§ 246. Se, finalizada a viagem, o agente conseguir aderir à organização terrorista, tal como desejava ao empreendê-la, responderá apenas pelo crime de adesão a organização terrorista (artigo 2.º, n.º 2). E o mesmo se diga no caso de a viagem ser concretizada e, chegado ao destino, o agente aí cometer um ato terrorista: deverá ser responsabilizado exclusivamente por crime de terrorismo (artigo 4.º, n.º 1). Em ambas as situações será afastada a aplicação deste n.º 11, atenta a sua relação de *concurso aparente, hoc sensu*, com aqueles preceitos.

V. A pena

§ 247. O crime de viagem para o terrorismo é punível com pena de prisão até 5 anos. Medida abstrata que fica bem aquém, por exemplo, dos 5 a 10 anos de prisão e da multa de € 100 a € 5.000 previstos no artigo 140-*sexies* do *Code Pénal* belga. Sem embargo, cremos, ainda assim, haver fundamentos para a formulação de um juízo crítico assente em uma lógica de proporcionalidade

em sentido estrito (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), através do qual se faça a ponderação entre a gravidade do ilícito, em si mesmo considerado, sem a ocorrência de um qualquer facto terrorista subsequente, e a gravidade da pena imposta legalmente (*vide*, traçando o contraponto entre a proporcionalidade em sentido estrito e a proporcionalidade em sentido amplo, Santiago MIR PUIG, *RPCC* 2009 12 ss.). Seria, pois, desejável a cominação de uma pena abstrata não tão elevada quanto a efetivamente prevista pelo nosso legislador, que parece ter sido ditada não tanto pelas necessidades preventivas que este tipo de viagem por via de regra suscitará, quanto pela necessidade de viabilizar certas iniciativas processuais penais de especial gravidade – cf., novamente, a Exposição de Motivos da Proposta de Lei 283/XII.

N.º 12 – Crime de apoio a viagem para fins de terrorismo

I. Fontes normativas e contexto político-criminal

§ 248. À semelhança dos outros crimes de viagens para fins de terrorismo, previstos nos n.ºs 10 e 11, este crime, constante do n.º 12, de apoio a essas viagens, foi também introduzido no artigo 4.º pela Lei 60/2015. O tipo legal foi alterado pela Lei 16/2019, que suprimiu a referência ao financiamento da viagem para fins de terrorismo, porventura por se ter considerado que essa conduta passou a ser abrangida pelo crime de financiamento do terrorismo, previsto no n.º 1 do artigo 5.º-A, na nova redação que lhe foi dada por essa mesma Lei 16/2019 (cf. *infra* artigo 5.º-A § 42 s.)

§ 249. As fontes normativas e o contexto político-criminal desta incriminação são os mesmos dos crimes previstos nos n.ºs 10 e 11, pelo que nesta sede normativa será de considerar o que quanto a eles foi adiantado *supra* (§ 213 ss.). Releva aqui, em especial, o n. 6.º, al. c), da Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da ONU, que exortou à criminalização da “*organização ou outro tipo de facilitação deliberada*, incluindo os atos de recrutamento, pelos seus nacionais ou nos seus territórios, da viagem de pessoas que partam para um Estado distinto do seu Estado de residência ou nacionalidade com o propósito de perpetrar, planear ou preparar atos terroristas ou de participar nos mesmos, ou de fornecer ou receber treino em atividades terroristas”; e ainda o Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo (artigo 6.º – “organização

ou outro tipo de facilitação de deslocações ao estrangeiro para fins terroristas”) e a Diretiva 2017/541/UE (artigo 10.º – “organização ou facilitação de deslocações para fins de terrorismo”), ambos posteriores à Lei 60/2015.

II. O tipo objetivo de ilícito

§ 250. Trata-se de um *crime comum*, uma vez que qualquer pessoa pode ser seu autor.

§ 251. Constitui conduta típica o ato de *organizar ou facilitar viagem ou tentativa de viagem* para treino para o terrorismo (n.º 10) ou para o terrorismo (n.º 11).

§ 252. A *organização* da viagem tem que ver com tudo o que rodeie a concreta definição do modo como irá decorrer – *quando, para onde e por que meio* –, incluindo, portanto, a planificação de itinerários, o delineio dos pontos do percurso, a definição dos momentos de deslocação, a aquisição dos bilhetes da viagem ou o aluguer de um veículo de transporte, a prévia reserva de alojamentos, *etc.* (a propósito, Elise DELHAISE/Coline FIEVET, cit. 119).

§ 253. A *facilitação* atinará ao remover das “dificuldades” ligadas ao processamento da deslocação e que, na perspetiva do “viajante”, a podem atrasar, pôr em perigo ou mesmo impedir. Será, por exemplo, o fornecimento ao viajante de documentos falsos emitidos por outrem, tendo em mente a transposição ilegal de uma fronteira, ou o auxílio, por um qualquer outro meio, nessa mesma passagem (Elise DELHAISE/Coline FIEVET, cit. 119). Note-se, todavia, que a “facilitação” pensada pelo tipo não tem que necessariamente reconduzir-se a uma atividade em si mesma ilícita. Consideremos, a tal respeito, a hipótese de, em um dado ponto do trajeto do “viajante”, o agente lhe proporcionar um veículo automóvel mais potente e de muito maior fiabilidade para a realização do resto da viagem, tendo assim em vista a substituição do até aí utilizado, a fim de que a chegada ao destino possa ser mais facilmente lograda.

§ 254. Não se exige que o agente tenha contacto direto com a pessoa que irá viajar ou sequer que saiba concretamente quem ela é, podendo haver, sem perda de relevância típica do *ato de auxílio indireto*, a interposição de terceiras pessoas entre ambos. Caso exista esta intermediação assegurada

por terceiros, poderão estes responder também como participantes do primeiro na prática deste crime de apoio a viagens para fins de terrorismo.

§ 255. Também não é imprescindível que a viagem venha efetivamente a ser tentada ou realizada. Revela-se aqui a *autonomia* deste crime face aos crimes tipificados nos n.ºs 10 e 11. É precisamente o intuito de assegurar a responsabilização do organizador ou facilitador da viagem independentemente da concretização da deslocação que justifica esta criminalização da conduta de auxílio a viagens para fins terroristas. Com o que fica igualmente viabilizada a imediata tomada de medidas processuais penais sobre o agente, mesmo antes de iniciada a viagem. A não existir esta norma do n.º 12, auxílio ora em consideração sempre seria, em regra, punível a título de cumplicidade na prática dos crimes previstos nos n.ºs 10 e 11. Caso em que, porém, a punição do cúmplice ficaria na dependência da comprovação da prática de atos de execução da viagem por parte do beneficiário do auxílio (Figueiredo DIAS, *DP I* 32.º/18).

§ 256. Em qualquer uma das suas modalidades, incluindo a da organização, estará em causa uma atividade de auxílio desenvolvida *em favor de outrem*, designadamente, daquele que empreende(rá) a viagem. Aquele que organiza a sua própria viagem para fins de terrorismo poderá responder criminalmente, nos termos dos n.ºs 10 ou 11, consoante os casos, não estando abrangido por esta disposição incriminadora do n.º 12. Admitir o contrário, isto é, que logo a organização da própria viagem faria incorrer o viajante em responsabilidade criminal, nos termos deste n.º 12, significaria alargar a punição do viajante a uma etapa preparatória da viagem, o que não parece ter sido querido pelo legislador, que colocou o limite da intervenção penal sobre o viajante “apenas” no estágio da tentativa.

§ 257. Esta leitura restritiva vai ao encontro da teleologia político-criminal subjacente à presente incriminação, materialmente concebida como um crime de auxílio, patente na Resolução 2178 (2014) do Conselho de Segurança da ONU, que se refere a estes atos de organização, a par do recrutamento, não como atos dos *foreign terrorist fighters*, mas antes de quem contribui para que estes concretizem os seus desígnios terroristas (*vide*, em especial, os n.ºs 5 e 6., *c*), da Resolução). E encontra apoio na Proposta de Lei 283/XII, fonte da Lei 60/2015, que introduziu este n.º 12 no artigo 4.º, cuja Exposição de Motivos se refere ao crime nos seguintes termos: “Já quanto a quem organiza, financia ou facilita a viagem *de outrem*, é fixada a pena de prisão de 4 anos” (itálico nosso).

III. O tipo subjetivo de ilícito

§ 258. O presente crime é punível apenas sob a forma *dolosa*. A representação e vontade próprias do dolo deverão reportar-se às viagens referidas nos n.ºs 10 e 11, devendo englobar as intenções terroristas do beneficiário do auxílio. Aquele que organiza ou facilita a viagem de um terceiro para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade não representando que o viajante se propõe realizá-la com uma finalidade terrorista atua sem dolo, não podendo, por isso, ser punido por este crime. Já se o agente representa essa possibilidade e se conforma com ela, poderá responder por este crime, a título de dolo eventual.

§ 259. Diferentemente do que sucede com os crimes previstos nos n.ºs 10 e 11, para a perfeição do tipo subjetivo *não se exige a específica “intenção terrorista”* prevista no n.º 1 do artigo 2.º De acordo com a Exposição de Motivos da Proposta de Lei 283/XII, “para bom entendimento sobre o elemento subjetivo relativamente a quem faz ou tenta fazer a viagem, bem como relativamente aos que a organizam (...) ou facilitam, consagra-se que apenas os primeiros têm de ter a intenção de praticar os atos previstos no n.º 1 do artigo 2.º da Lei 52/2003 (...), com a intenção neles referida, enquanto *a punição daquele que organiza (...) ou facilita a viagem de outrem depende apenas de agir conhecendo a intenção daquele, sem que ele próprio tenha essa intenção*, pelo que, em consequência, se autonomizam os dois comportamentos”.

IV. Concurso

§ 260. A organização e a facilitação da viagem de um terceiro poderiam relevar como atos de cumplicidade na prática dos *crimes previstos nos n.ºs 10 e 11* (cf. *supra* § 255). Dada, porém, a criminalização autónoma daqueles atos de auxílio à viagem, “organizador” e “viajante” serão punidos autonomamente, e por crimes diversos: o primeiro nos termos do n.º 12 e o segundo nos dos n.ºs 10 ou 11.

§ 261. Sobre o concurso (aparente) que se verificará no caso de à prática de um *crime de recrutamento para o terrorismo (n.º 6)* ir associada, pelo recrutador, a organização da viagem do recrutando (n.º 12), cf. *supra* § 124.

§ 262. Haverá *concurso efetivo* de ilícitos no caso de a organização ou a facilitação da viagem envolverem também a perpetração de distintos crimes como tal *per se* valoráveis (v. g., ao “preparar” a deslocação de um terceiro para território estrangeiro, o agente furta ou rouba o veículo que cederá para essa mesma deslocação).

V. A pena

§ 263. Este crime é punível com pena de prisão até 4 anos. Atendendo às considerações críticas já dirigidas às penas abstratas definidas para os crimes previstos nos n.ºs 10 e 11 (*supra* § 247), e por maioria de razão, somos do entendimento de que não se justifica, desde logo do ponto de vista político-criminal, semelhante aproximação punitiva entre aquilo que amiúde se revela um conjunto de atos materialmente preparatórios e a prática dos factos que envolvem já, apesar de tudo, uma maior perigosidade para a paz pública, puníveis com penas de magnitude pouco superior (v. g., os factos tipificados nos n.ºs 7, 10 e 11).

N.º 13 – Desistência e colaboração probatória

I. Introdução

§ 264. A redação da norma atualmente constante deste n.º 13 foi cunhada, logo *ab initio*, pela Lei 52/2003, não tendo sofrido entretanto qualquer alteração. E já antes constava do n.º 2 do artigo 301.º do CP, até à sua revogação por esta Lei de Combate ao Terrorismo.

§ 265. A presente solução filia-se, no essencial, na legislação italiana congénere, *maxime*, na “Legge Cossiga” (diploma de 15 de dezembro de 1979, alterado em 6 de fevereiro de 1980), assim conhecida em homenagem ao primeiro-ministro italiano de então. O contexto do surgimento da “Legge Cossiga” está indissociavelmente ligado aos graves problemas de terrorismo interno experienciado por Itália nos anos 70 e 80 do século xx (os chamados “*anni di piombo*”), e destinou-se a “premiar” os “arrepentidos” (*pentiti*) dos movimentos terroristas que decidissem abandonar os seus comportamentos

ilícitos e cooperar com o sistema formal de justiça (Maurizio LAUDI, *I Casi di Non Punibilità dei “Terroristi Pentiti”* 1983 13 ss.; e Enrico COTTU, *DPC-RT* 2017/1 192 s.).

II. Desistência

§ 266. A norma começa por referir-se a várias circunstâncias propiciadoras dos prémios nela previstos, a isenção da pena ou a sua atenuação especial, todas elas radicadas na ideia geral de desistência: “o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique”.

§ 267. Tal como já salientava Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do CP II* 301.º § 6 ss., a propósito do pretérito artigo 301.º, n.º 2, do CP, as hipóteses legais previstas neste n.º 13 do “abandono voluntário da atividade” e do “impedimento do resultado que a lei quer evitar se verifique” coincidem com o que consta no n.º 1 do artigo 24.º do CP. Hipóteses que, assim, se revelam redundantes, senão mesmo inúteis, implicando, porém, um injustificado e incompreensível desvio ao regime geral da desistência da tentativa (artigo 24.º, n.º 1, do CP). Pois enquanto este determina, sem mais, a não punição do facto, o presente n.º 13 permite ao julgador optar entre a não punição e a atenuação especial da pena.

§ 268. Este n.º 13 não faz referência a *outras hipóteses previstas nos artigos 24.º e 25.º do CP*, nomeadamente, as seguintes: o agente impedir a consumação; o agente esforçar-se seriamente por evitar a consumação ou a verificação do resultado impedidas por facto independente da sua conduta; e o agente desenvolver esse esforço ainda que outros participantes prossigam na execução do crime ou o consumem. Tal como já era entendido por Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do CP II* 301.º § 7, quanto ao anterior artigo 301.º, n.º 2, do CP, “seria todavia inadmissível concluir daqui que o privilegiamento do agente não se verifica nestes casos. A intenção da lei – deficientemente traduzida, é certo – foi seguramente a de alargar, não a de restringir o privilégio em virtude da muito especial perigosidade destes crimes”. Deve, por isso, considerar-se, com este A., que este n.º 13 não constitui *lex specialis* relativamente aos artigos 24.º e 25.º do CP, mas antes lei complementar.

§ 269. Em suma, as situações previstas nos artigos 24.º e 25.º do CP não contempladas por este n.º 13 conduzirão à *isenção da pena*, ao passo que as nele referidas obrigarão a uma opção pela *atenuação especial da pena* ou pela *sua isenção* (assim, Figueiredo DIAS/Pedro CAEIRO, cit. 86 ss.).

§ 270. Independentemente das deficiências acabadas de apontar, percebe-se que, na lógica político-criminal de consideração pela atitude dos “arrepentidos”, tudo será de atender, desde que o agente não prossiga na prática de qualquer um dos factos desenhados como crime ou até como ato preparatório expressamente punidos pela Lei 52/2003 (cf. Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do CP II* 301.º § 8 ss., e, a propósito da “*Legge Cossiga*”, Enrico COTTU, cit. 192 ss.). Por exemplo, no que toca aos crimes previstos nos n.ºs 10 e 11, importará, para efeitos da aplicação deste n.º 13, que o agente, de modo voluntário, acabe por não chegar ao destino. E isto, porquanto, como se viu *supra*, as viagens com fins terroristas consubstanciam *crimes de empreendimento*. Mas se o agente atingir o destino – não podendo, portanto, abandonar um facto típico, a viagem, que se encontra já concretizado – e, todavia, acabar por se “arrepender”, não aderindo à organização terrorista como antes desejava ou não praticando o ato terrorista projetado, terá cabimento a punição da viagem enquanto ato isolado *a se*? Cremos que em situações deste género, posto que comprovada a voluntariedade do abandono do trilho terrorista antes empreendido, a resposta deverá ser negativa, mediante aplicação do presente n.º 13.

III. Colaboração probatória

§ 271. A isenção ou a atenuação especial da pena poderão ainda fundar-se na *colaboração probatória* prestada pelo agente, mais concretamente no auxílio prestado na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis. Há de tratar-se de uma colaboração que dê a conhecer, mediante prestação de declarações heteroincriminatorias, os termos da participação de outros responsáveis no facto penalmente relevante objeto do processo conexo com aquele pelo qual o colaborador responde e que, além disso, permita a obtenção ou valoração de provas que corroborem essa imputação (cf., de forma desenvolvida, Nuno BRANDÃO, *Julgar* 38 2019 121 ss.).

Nuno Brandão/António Miguel Veiga

Artigo 5.º – TERRORISMO INTERNACIONAL

1 – Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º, é punido com a pena de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela.

2 – É correspondente aplicável o disposto nos n.ºs 2 a 13 do artigo anterior.

I. Fontes normativas

§ 1. A presente redação foi introduzida pela Lei 60/2015, de 24/6. Diga-se, no entanto, que o n.º 1 deste artigo 5.º se mantém intacto desde o início da vigência da Lei 52/2003, de 22/8, enquanto o atual n.º 2 resulta de sucessivas alterações, advindas da circunstância, apenas e tão-só, do crescente “engrandecimento” do texto do artigo 4.º da mesma Lei 52/2003 (para o qual, aliás, aquele n.º 2 remete).

II. Da razão de ser da incriminação do terrorismo internacional

§ 2. As normas contidas no presente artigo 5.º estão intimamente relacionadas com os artigos 2.º, 3.º e 4.º da Lei 52/2003, em vista dos quais devem ser perspectivadas e entendidas, mas em função de um especial *quid* diferenciador, a saber, o que se prende com a realidade do denominado terrorismo internacional (a propósito, Figueiredo DIAS/Pedro CAEIRO, *RLJ* 3935 2005 71-74). O que mostra não ter sido o nosso legislador imune à necessidade, sentida pela comunidade internacional, de criação de mecanismos normativos que atendam aos comportamentos terroristas ubiquamente desenvolvidos e direcionados a Estados estrangeiros ou a instâncias públicas internacionais (cfr. artigo 3.º da Lei 52/2003). É, pois, o indisfarçável desiderato de *aggiornamento* do combate jurídico-penal a um terrorismo em si mesmo cada vez mais “globalizado” que justifica a tipificação de uma figura com as características deste artigo 5.º, através do qual se visa, assim, um alargamento da possibilidade de punição, pela ordem jurídica interna, de determinados factos inerentes ao terrorismo internacional.

III. Bem jurídico

§ 3. A paz pública internacional é divisável como o bem jurídico protegido por excelência pela incriminação atinente ao terrorismo internacional, embora não deva igualmente perder-se de vista, nos tempos hodiernos, a cada vez menor estanquicidade entre tudo aquilo que rege a promoção, a segurança e a estabilização democráticas internas dos Estados e o genérico equilíbrio relacional dos diversos membros da comunidade internacional entre si. Na sua base, teremos aqui, pois, como que uma “expansão” ou “universalização” do bem jurídico tradicionalmente associado à criminalidade terrorista de feições mais internas ou domésticas (Figueiredo DIAS/Pedro CAEIRO, cit. 71).

IV. Remissão

§ 4. Constituindo este, como há pouco frisámos, um preceito de cariz intrinsecamente remissivo para os artigos 2.º, 3.º e 4.º da Lei 52/2003, faremos nós aqui idêntica remissão para todos os comentários já expendidos na presente obra a propósito das concretas características de cada uma das normas ora referidas. Ponto essencial é, todavia – reafirmemo-lo –, estoutro: o conjunto de comportamentos verberados por este artigo 5.º (cf. n.º 1 do artigo 2.º e n.ºs 2 a 13 do artigo 4.º) comunga de um marcado intuito de prejuízo da integridade ou independência de um *Estado estrangeiro*, mediante a atuação do agente (ou grupo, organização ou associação terroristas) sobre as instituições ou certos grupos de pessoas de tal Estado, ou ainda de uma *organização pública internacional* (n.º 1 do artigo 3.º).

V. As penas

§ 5. Se atentarmos bem, facilmente concluiremos, sobretudo por efeito do aludido carácter remissivo do presente artigo 5.º, que às diversas formas típicas de terrorismo internacional cabem as mesmas penas previstas para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º e para os vários crimes de terrorismo delineados no artigo 4.º da Lei 52/2003. Demonstrando, assim, o legislador não fazer destrinça substancial, em termos de avaliação das respetivas ofensividade e danosidade sociocomunitárias, entre aquelas duas faces do

fenómeno terrorista. O que, concomitantemente, parecerá também valer para reafirmar, uma vez mais, a interpenetração do peso da integridade interna dos Estados e o equilíbrio que se pretende obter no seguro relacionamento entre os diferentes atores da comunidade internacional.

António Miguel Veiga

Artigo 5.º-A

FINANCIAMENTO DO TERRORISMO

- 1 - *Quem, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática das infrações previstas no n.º 1 do artigo 2.º, quer com a intenção nele referida quer com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º, bem como nos n.ºs 3, 6, 7, 10, 11 e 12 do artigo 4.º, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.*
- 2 - *Para que um ato constitua a infração prevista no número anterior não é necessário que os fundos provenham de terceiros, nem que tenham sido entregues a quem se destinam, ou que tenham sido ou se destinem a ser efetivamente utilizados para cometer os factos nele previstos, bastando que o agente tenha consciência de que se destinam a organizações terroristas ou a terroristas individuais.*
- 3 - *A pena é especialmente atenuada ou não tem lugar a punição, se o agente voluntariamente abandonar a sua atividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ele provocado ou auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.*

I. Fontes normativas e contexto político-criminal

§ 1. O *crime de financiamento do terrorismo* foi introduzido pela Lei 25/2008, tendo sido alterado pela Lei 60/2015 (*infra* § 9) e pela Lei 16/2019 (*infra* § 10). A criminalização dos factos descritos neste artigo 5.º-A constitui uma das vertentes dos esforços, nacionais e internacionais, de prevenção e repressão do financiamento do terrorismo, através dos quais se procura secar as fontes dos fundos necessários a promover ações terroristas (sobre os “três patamares de combate ao financiamento do terrorismo”, cf. o importante estudo de António Manuel ABRANTES, *Anatomia do Crime* 5 2017 97 ss.).

§ 2. O tipo legal procura dar cumprimento às obrigações do Estado português nesta matéria, fundadas em instrumentos normativos de variada ordem,

estabelecidos sobretudo nos quadros da Organização das Nações Unidas e da União Europeia.

§ 3. No âmbito da Organização das Nações Unidas, foi decisiva a *Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo*, adotada em Nova Iorque, em 09-12-1999 (v. Resolução da AR 51/2002), nos termos da qual os Estados Contratantes assumiram a obrigação de tomar medidas jurídico-penais para prevenir e suprimir o financiamento do terrorismo, designadamente, a qualificação como infração penal das respetivas condutas, o congelamento ou apreensão de todos os fundos utilizados ou destinados a ser utilizados para essa finalidade e a cooperação internacional nas investigações ou procedimentos criminais ou de extradição. Seguiram-se, ao longo dos anos, sob forte influência dos atentados de 11 de setembro de 2001 e tendo especialmente em vista o chamado terrorismo islâmico, várias resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança, para reforço e concretização da estratégia político-criminal contraterrorista – v. g., as Resoluções 1373 (2001), 2161 (2014), 2178 (2014), 2199 (2015) e 2253 (2015).

§ 4. Com objetivos convergentes, em outubro de 2001, alargou-se o mandato do organismo intergovernamental *GAFI* através de 8 recomendações especiais sobre o financiamento do terrorismo, aditadas às 40 dirigidas ao branqueamento de capitais e a outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional. Sob esta influência, o financiamento do terrorismo passou a integrar, de forma sistemática, incluindo também entre nós (Lei 25/2008 e Lei 83/2017), o domínio do sistema de prevenção do branqueamento de capitais. O *GAFI* não se limita, porém, a emitir recomendações para a prevenção do financiamento do terrorismo. Entre as suas recomendações nesta matéria, a n.º 5 chega mesmo a exortar à criminalização do financiamento do terrorismo: “Os países deveriam criminalizar o financiamento do terrorismo com base na *Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo*, e criminalizar não apenas o financiamento de atos terroristas, mas também o financiamento de organizações terroristas e terroristas individuais, mesmo na ausência de relação com um ato ou atos terroristas específicos. Os países deveriam garantir que tais crimes sejam considerados crimes antecedentes da lavagem de dinheiro”.

§ 5. No plano *européu*, é especialmente relevante a *Convenção do Conselho da Europa* relativa ao branqueamento, apreensão e perda dos produtos do

crime e ao financiamento do terrorismo, adotada em Varsóvia em 16-05-2005 (v. Resolução da AR 82/2009), com vista a “detetar, localizar, identificar, congelar, apreender e decretar a perda de bens, de proveniência lícita ou ilícita, utilizados ou destinados a ser utilizados por qualquer forma, no todo ou em parte, para o financiamento do terrorismo, ou os produtos dessa infração, e para prestar a maior cooperação possível com essa finalidade”.

§ 6. A estratégia prosseguida pela ONU, as recomendações emitidas pelo GAFI e as medidas tomadas no âmbito do Conselho da Europa influíram substancialmente na definição da *política criminal da União Europeia* neste domínio. Cumpre assinalar, em primeiro lugar, a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, que obrigou os Estados-Membros a tomarem as medidas necessárias para tornar punível a “participação nas atividades de um grupo terrorista, incluindo pelo *fornecimento de informações ou meios materiais, ou através de qualquer forma de financiamento das suas atividades*, tendo conhecimento de que essa participação contribuirá para as atividades criminosas do grupo terrorista” (artigo 2.º, n.º 2, al. a)). Esta exigência foi reiterada e alargada pela Diretiva 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26-10-2005, “relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo”, na qual se determinou que “os Estados-Membros devem assegurar a proibição do branqueamento de capitais e do *financiamento do terrorismo*” (artigo 1.º, n.º 1), entendendo-se por financiamento do terrorismo “o fornecimento ou a recolha de fundos, por qualquer meio, direta ou indiretamente, com a intenção de os utilizar, ou com conhecimento de que serão utilizados, no todo ou em parte, para praticar uma das infrações previstas nos artigos 1.º a 4.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo” (artigo 1.º, n.º 4). Foi precisamente o diploma que procedeu à transposição desta Diretiva 2005/60/CE para a ordem jurídica portuguesa, a Lei 25/2008, que aditou à Lei 52/2003 o presente crime de financiamento do terrorismo. Aquela definição de financiamento do terrorismo constante do artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2005/60/CE foi mantida pela Diretiva 2015/849/UE, de 20-05-2015, que a revogou e substituiu.

§ 7. É essa mesma definição que encontramos também no artigo 11.º, n.º 1, da nova Diretiva europeia relativa à luta contra o terrorismo, a Diretiva 2017/541/UE: “Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que seja punível como infração penal, quando cometido com dolo,

o fornecimento ou a recolha de fundos, seja por que meio for, direto ou indireto, com a intenção de serem utilizados, ou com conhecimento de que serão utilizados, total ou parcialmente, para cometer qualquer das infrações referidas nos artigos 3.º a 10.º ou para contribuir para a sua prática”. Esta última Diretiva impõe, não obstante, que o crime de financiamento do terrorismo se refira não apenas às infrações de terrorismo e de grupo terrorista – antes previstas nos artigos 1.º e 2.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI –, mas também ainda às demais novas infrações previstas nos seus artigos 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º e 10.º (incitamento público à prática de infrações terroristas, recrutamento para o terrorismo, *etc.*). Na linha do que já se estabelecia no artigo 2.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2002/475/JAI relativamente ao financiamento de organizações terroristas, o artigo 4.º, alínea *b*), da Diretiva 2017/541/UE impõe a criminalização da participação nas atividades de um grupo terrorista através de qualquer forma de financiamento das suas atividades, com conhecimento de que essa participação contribuirá para as atividades criminosas do grupo terrorista.

§ 8. No plano nacional, na versão originária da Lei 52/2003, que transpôs a referida Decisão Quadro 2002/475/JAI, o financiamento do terrorismo era punido no quadro do auxílio a organizações terroristas: “Quem (...) apoiar [grupo, organização ou associação terrorista], nomeadamente *através do fornecimento de informações ou meios materiais, ou através de qualquer forma de financiamento das suas atividades*, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos” (artigo 2.º, 2). Como se referiu *supra*, foi aquando da transposição da Diretiva 2005/60/CE, operada pela Lei 25/2008, que o crime de financiamento do terrorismo foi tipificado de forma autónoma, no atual artigo 5.º-A da Lei 52/2003, integrando, além de outras, condutas de apoio financeiro ou material ao planeamento, preparação e execução de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º Do mesmo passo, a Lei 25/2008 alterou a redação do n.º 2 do artigo 2.º, que, desde então, passou a deter o seguinte conteúdo: “Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos”. Desta última norma foi, assim, eliminado o anterior segmento “ou através de qualquer forma de financiamento das suas atividades”, daí resultando uma questionável *exclusão típica do apoio financeiro a organizações terroristas desprovido de uma intenção de auxílio a um ato terrorista* (cf. comentário ao Artigo 2.º § 29 e *infra* § 49 ss.).

§ 9. Em 2015, através de várias leis (Leis 55/2015, 57/2015, 58/2015 e 61/2015), todas publicadas nos dias 23 e 24 de junho, o crime de financiamento do terrorismo passou a ser objeto de referência autónoma, como uma das infrações correspondentes a “terrorismo”, no Código de Processo Penal (artigo 1.º, al. i)), na Lei 5/2002 (artigo 1.º, n.º 1, al. b)), na Lei de Organização de Investigação Criminal (artigo 7.º, n.º 2, al. l) e na Lei 101/2001 (artigo 2.º, al. f)). Nessa mesma altura, procedeu-se à alteração do teor do n.º 1 do presente artigo 5.º-A, através da Lei 60/2015, de 24/6: onde antes se previa “para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, ou praticar estes factos com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º ou no n.º 1 do artigo 4.º”, passou a prever-se “para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, quer com a intenção nele referida quer com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º”.

§ 10. A Lei 16/2019 alterou o artigo 5.º-A, acrescentando ao n.º 1 o segmento “bem como nos n.ºs 3, 6, 7, 10, 11 e 12 do artigo 4.º” (*infra* § 42 s.) e ao n.º 2 o trecho “bastando que o agente tenha consciência de que se destinam a organizações terroristas ou a terroristas individuais” (*infra* § 49 ss.). A primeira alteração funda-se na Proposta de Lei 139/XIII e a segunda em proposta formulada pelo grupo parlamentar do PSD, procurando-se através delas dar cumprimento ao determinado pelos artigos 4.º, al. b), e 11.º da nova Diretiva 2017/541/UE.

§ 11. O legislador português complementa a criminalização do financiamento do terrorismo com distintas estratégias de natureza preventiva e repressiva, sendo de realçar o regime que estabelece “medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”, constante da Lei 83/2017, que transpõe a já mencionada Diretiva 2015/849/UE, bem como ainda a Diretiva 2016/2258/UE. Merece ainda referência a Comissão de Coordenação das Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, que funciona na dependência do Ministério das Finanças (v. Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2015, de 1 de outubro).

§ 12. O fenómeno do financiamento do terrorismo está geralmente associado a organizações criminosas ou a *atividades ilícitas* relacionadas com o tráfico de armas, estupefacientes, tabaco, petróleo, produtos contrafeitos e bens culturais, assim como a coação, extorsão, rapto, furto e roubo. Como é evidente, porém, as fontes do financiamento podem também ter *natureza lícita*, sendo de assinalar uma tendência, manifestada na última década, para o alargamento da recolha de fundos através de atividades legítimas (*vd.* “Explanatory Report” da Convenção

do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo, de 16-05-2005, *in: Council of Europe Treaty Series*, n.º 198; e ainda Miguel BUSTOS RUBIO, *Revista Penal* 41 2018 27 ss.). Disto são exemplos, enunciados pelo GAFI em relatório acerca do financiamento do Daesh (*Financing of the Terrorist Organisation Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL)*), Fevereiro de 2015, p. 24 ss.), a arrecadação de fundos por via da *Internet* (p. ex., “crowdfunding” ou redes sociais), de organizações não lucrativas (como associações de solidariedade) e atividades comerciais, para além do dinheiro proveniente de mútuos bancários ou de subsídios sociais do Estado, para situações de desemprego ou para famílias carenciadas. Outras realidades do nosso tempo podem ser consideradas para prevenir os riscos de financiamento do terrorismo, particularmente no que diz respeito aos cartões pré-pagos e ao câmbio de moedas virtuais por moedas reais, utilizados para um certo tipo de *financiamento anónimo* (v. COM (2016) 50 final – “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre um Plano de ação para reforçar a luta contra o financiamento do terrorismo”).

§ 13. Pelo que vem de se ver, a frequente consideração conjunta do *branqueamento de capitais* (artigo 368.º-A do CP) e do financiamento do terrorismo não deve obnubilar a diferença estrutural que entre ambos intercede: enquanto o branqueamento pressupõe necessariamente que os fundos ou bens dele objeto tenham uma origem criminoso, aquele não, pelo que no branqueamento a mácula da ilicitude penal está a montante da conduta do agente ao passo que no financiamento do terrorismo está a jusante.

II. Bem jurídico

§ 14. A proibição penal do financiamento do terrorismo visa fundamentalmente privar os indivíduos e organizações terroristas dos fundos de que carecem para materializar os seus propósitos terroristas. O *bem jurídico* que deste modo se protege será, assim, o mesmo que se visa tutelar com as incriminações de terrorismo nacional (artigo 4.º, n.º 1) e de terrorismo internacional (artigo 5.º, n.º 1), consoante a atividade terrorista a que se dirige o financiamento, respetivamente, a *paz pública interna* e a *paz pública internacional* (*supra*, anotação ao artigo 4.º, n.º 1, § 4; cf. ainda Jorge de Figueiredo DIAS / Pedro CAEIRO, *RLJ* 3935 2005 79 ss.; Conde FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes I* 227; e António ABRANTES, cit. 108 ss.).

§ 15. A defesa do bem jurídico é aqui assegurada através de uma intervenção penal num estágio ainda *materialmente preparatório* do ato terrorista propriamente dito. A incriminação pode, por isso, reconduzir-se ao *universo das infrações de perigo abstrato* (nesta direção, António ABRANTES, cit. 108 s., e SCHÄFER, *MüKoStGB* § 89c nm. 3, por referência à segurança estadual interna e externa como bem jurídico). Cremos que ninguém discutirá a legitimidade material de uma responsabilização penal daquele que, de forma consciente e deliberada, presta apoio material à concretização de um determinado ato terrorista por si desejado que vem efetivamente a ser consumado por quem beneficiou desse auxílio. Tal contributo sempre seria penalmente punível no quadro do crime concretamente cometido, em princípio a título de cumplicidade (artigo 27.º, n.º 1, do CP). Com a criminalização do financiamento do terrorismo, condutas dessa natureza assumem relevo penal autónomo, antes e independentemente do início da execução de uma eventual conduta terrorista a que possam ser úteis (artigo 5.º-A, n.º 2).

§ 16. A legitimidade da qualificação destas condutas como crime radica na efetiva relevância das fontes de financiamento para a estruturação e funcionamento das redes terroristas e assim, concomitantemente, para a consumação de atos de terrorismo. Esta criminalização autónoma revela-se ainda útil para a implementação e colocação em funcionamento de programas de prevenção do terrorismo, nomeadamente, daqueles através dos quais se procure estancar a captação de recursos dirigidos à prática do terrorismo. A existência de um crime de financiamento do terrorismo permite que esses programas tenham um pólo de referência em torno e à vista do qual poderão ser instituídos, favorecendo a sua eficácia preventiva. Desta perspetiva, considerando o papel que a incriminação do financiamento do terrorismo poderá, de forma imediata ou mediata, desempenhar na proteção da paz comunitária e da segurança dos Estados, parece-nos que a sua tipificação criminal se revela materialmente legítima (contra, porém, PAEFFGEN, *NK* § 89c nm. 5, em função dos termos em que o financiamento do terrorismo foi tipificado como crime no § 89c do CP alemão).

§ 17. Esta nossa *posição de princípio* favorável à criminalização do financiamento do terrorismo *per se* não significa, porém, que possam ficar sem reparo determinadas configurações típicas que o delito em apreço pode assumir entre nós. Com efeito, em certos casos, e temos em mente sobretudo a modalidade típica de *detenção de fundos*, a distância que separará a conduta

do agente de um eventual ato terrorista será tão substancial que dificilmente poderá divisar-se aí sequer um mínimo de perigosidade para o bem jurídico que possa justificar a sua criminalização. Isto quando pode estar em causa um ato ligado a um comportamento desprovido de relevo criminal, dado situar-se num estágio absolutamente embrionário do *iter criminis* (v. g., o “planeamento”), o que poderá implicar “a punição de um ato prévio de um ato preparatório de um crime” (António ABRANTES, cit. 111). Reservas que poderão acentuar-se à vista do princípio da necessidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), um dos corolários do princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico” (Jorge de Figueiredo DIAS, *RLJ* 3998 2016 250 ss.): se se pune o fornecimento de fundos com fins terroristas, qual a necessidade de punir a sua mera detenção? Não admira, assim, que o crime de financiamento do terrorismo seja erigido, a par de outros tipos legais introduzidos pelas mais recentes vagas neocriminalizadoras no âmbito do terrorismo, a exemplo paradigmático de um direito penal puramente preventivo, cada vez mais afastado do ideário do bem jurídico como padrão e limite da criminalização e a caminho de se transformar num *Gesinnungsstrafrecht* (direito penal da atitude) (nesta direção, Pedro CAEIRO, in: *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal – Novas Perspetivas e Desafios* 2015 131 s.; Ulrich SIEBER, *NStZ* 2009 353 s.; e PAEFFGEN, *NK* § 89c nm. 7).

III. O tipo objetivo de ilícito

1. O autor

§ 18. Qualquer pessoa, singular ou coletiva, poderá assumir o papel de *autor* deste crime, que, por isso, constitui um *crime comum*.

2. As condutas típicas

§ 19. As *condutas típicas* podem ser executadas “por quaisquer meios”, não estando limitadas a métodos ou formas especiais de realização, assim como “direta ou indiretamente”, pelo próprio agente ou através de interposta pessoa.

§ 20. São *três as modalidades típicas de conduta previstas*: “fornecer”, “recoher” ou “deter”. Estas condutas podem ser pensadas em sentido cronológico,

como uma forma de responsabilizar os possíveis intervenientes do processo de financiamento: recolher, deter e fornecer.

§ 21. Neste contexto normativo, “recolher” significa obter, adquirir, fazer entrar o objeto de ação na esfera de disponibilidade patrimonial, como bem próprio ou, ainda que de terceiro, como bem que se detém, sobre o qual se poderá facticamente dispor. Trata-se, assim, de uma forma de obtenção de controlo, ainda que meramente de facto, sobre os fundos, bens, produtos ou direitos a que o tipo legal se refere. Pretende-se, por esta via, colocar sob a alçada do tipo-de-ilícito aqueles que se dedicam à atividade de angariação de recursos materiais – pecuniários, financeiros ou outros – suscetíveis de utilização para fins terroristas. À partida, e sem prejuízo das restrições que se defendem *infra* (§ 23 e § 25), a (i)licitude desses bens ou da atividade empreendida para a sua obtenção é irrelevante para este efeito.

§ 22. Embora se trate de uma modalidade de ação prevista nos mais diversos instrumentos normativos internacionais e europeus respeitantes ao financiamento do terrorismo, este é um daqueles casos merecedores de reservas em função do franco adiantamento da intervenção penal a que desta forma se dá corpo. Uma vez que os fundos ou bens recolhidos só adquirirão utilidade para uma ação terrorista quando o agente que os obteve abre mão deles a favor de quem os poderá, mediata ou imediatamente, direcionar para um ato terrorista parece-nos questionável a atribuição de relevo penal autónomo a esta específica conduta de recolha.

§ 23. Discute-se na doutrina alemã se este segmento típico integra situações de *pura acumulação de fundos*, por exemplo, através da poupança de dinheiro. Considerando que às demais condutas previstas no § 89c (1) do CP alemão (receber e pôr à disposição) é inerente uma relação de interatividade entre o agente e outra pessoa e de forma a evitar um alargamento (ainda mais) desmesurado do tipo incriminador, entende PAEFFGEN, NK § 89c nm. 7, que o simples ato de acumular bens ou capitais não detém relevo típico (contra, SCHÄFER, *MüKoStGB* § 89c nm. 8, para quem o perigo abstrato característico de um fluxo incontrolado de fundos para canais terroristas não está dependente da existência ou não de uma sua prévia aquisição no quadro de uma relação interativa). Só a conceção restritiva de Paeffgen nos parece estar em condições de manter a incriminação vinculada ao paradigma do direito penal do facto. Comportamentos neutros, do ponto de vista penal, e socialmente adequados

poderiam deste modo ser levados à conta de financiamento de terrorismo. Pense-se, por exemplo, no caso daquele que põe de lado e reserva, com um escopo terrorista, uma parte dos rendimentos que auferem legitimamente, *v. g.*, a título de salário ou de rendas prediais. O risco de assim se resvalar para um puro direito penal do autor é de tal modo elevado que justifica uma interpretação contida do tipo que dele afaste formas legítimas de aquisição de rendimentos pessoais, ainda que parte deles possa vir a ser poupada para uma causa terrorista (nesta conclusão, já SIEBER, *cit.* 360).

§ 24. A segunda modalidade típica consiste em *deter* fundos, bens de qualquer tipo ou produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos. Estar na posse ou ter controlo sobre estes objetos da “ação” poderá aparentemente configurar um ato típico de financiamento do terrorismo. Os problemas de legitimidade material apontados à recolha de fundos, fazem-se aqui também sentir. Como bem nota Pedro CAEIRO, *cit.* 131 s., “uma leitura literal da norma levaria à conclusão de que comete um crime de financiamento do terrorismo todo o cidadão que detém dinheiro ou fundos num banco e representa, conformando-se com ela, a possibilidade de esses bens virem a ser usados (“sabendo que podem ser utilizados”) em negócios com grupos terroristas”. E por isso, sob pena de se cair no absurdo, é indispensável uma interpretação restritiva deste segmento típico, conforme com o princípio da proibição do excesso.

§ 25. Uma vez mais, cremos que dele deverão ficar de fora aqueles casos de simples poupança de rendimentos pessoais legitimamente auferidos. Deverão igualmente ser mantidas à sua margem situações como as descritas por Pedro CAEIRO, *cit.* 131 s., em que embora os fundos sejam formalmente detidos por certa pessoa (*v. g.*, num depósito bancário), não detém ela qualquer controlo efetivo sobre a utilização que lhe poderá ser dada. Ainda que questionável sob a perspetiva do princípio da necessidade – de novo: é no momento em que o detentor passa os fundos a terceiros que se manifesta a perigosidade que dá razão de ser à incriminação –, julgamos que esta constelação típica deverá confinar-se às situações de detenção de fundos recebidos de quem, ao realizar tal disposição patrimonial, pratica a conduta típica de fornecimento de fundos que também integra este tipo legal de financiamento do terrorismo.

§ 26. O terceiro núcleo típico é formado pela conduta de *fornecer* fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos suscetíveis de ser

transformados em fundos. Entrarão nesta modalidade as ações de os transferir ou deslocar para a esfera de disponibilidade de terceiros, de um modo reiterado ou não. Integram o tipo não só os casos de fornecimento direto de fundos, isto é, a quem lhes dará uso no planeamento, preparação ou execução de atos terroristas, mas também indireto, por interposta pessoa. Quem entrega fundos àquele que é um mero elo de transmissão na cadeia de financiamento do terrorismo também realiza um ato típico de fornecimento (indireto) de fundos para o terrorismo.

3. O objeto da ação

§ 27. *Objeto da ação* típica poderão ser “fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos”. Deparamos com uma formulação de largo espectro, que visa cobrir as diversíssimas espécies de recursos através dos quais poderá auxiliar-se financeira, económica ou materialmente uma ação terrorista. Referindo-se o legislador a fundos, a bens de qualquer tipo e a produtos ou direitos que possam ser transformados em fundos, nada parece escapar a esta previsão típica. Sem embargo, o tipo não abrange o fornecimento de serviços (por exemplo, financeiros), os quais poderão, não obstante, ser objeto de reação penal a outros títulos (António ABRANTES, cit. 113).

§ 28. A legislação europeia respeitante à prevenção e à repressão penal do financiamento do terrorismo prevê distintas definições de fundos, abrangendo, *v. g.*, “ativos financeiros e vantagens económicas de qualquer tipo” (Regulamento 2016/1686/UE do Conselho, de 20 de setembro de 2016) e “quaisquer ativos, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, independentemente da forma como sejam adquiridos, e documentos ou instrumentos jurídicos sob qualquer forma, inclusive eletrónica ou digital, que comprovem o direito de propriedade ou um interesse nesses ativos” (Diretiva 2017/541/UE, artigo 2.º, 1). Poderia, eventualmente, admitir-se uma interpretação ampla e atualista do conceito de *fundos* que fosse ao encontro destas definições (assim, António ABRANTES, cit. 112), apesar de terem entrado em vigor em momento posterior ao início de vigência do presente artigo 5.º-A da Lei 52/2003. Mas isso significaria insuflar o elemento “fundos” à custa do esvaziamento dos elementos “bens de qualquer tipo” e “produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos”, desconsiderando a diferenciação estabelecida pelo legislador.

§ 29. É certo que haverá fundos (v. g., quantias monetárias em numerário) que simultaneamente constituem bens, havendo zonas de sobreposição entre os vários elementos. Mas também existem casos onde tal não se verifica: por definição, “produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos” não são fundos. Poderá, ainda assim, admitir-se que, dada a sua lata abrangência, os três elementos objeto da ação englobam, no seu conjunto, ativos financeiros e vantagens económicas como os enumerados, a título exemplificativo, pelo mencionado Regulamento 2016/1686/UE: “numerário, cheques, direitos sobre numerário, saques, ordens de pagamento e outros instrumentos de pagamento; depósitos em instituições financeiras ou outras entidades, saldos de contas, créditos e títulos de crédito; valores mobiliários e instrumentos de dívida de negociação aberta ao público ou restrita, incluindo títulos de capital e ações, certificados representativos de valores mobiliários, obrigações, promissórias, *warrants*, cédulas, contratos sobre instrumentos derivados; juros, dividendos ou outros rendimentos gerados por ativos ou mais-valias provenientes de ativos; créditos, direitos de compensação, garantias de boa execução ou outros compromissos financeiros; cartas de crédito, conhecimentos de embarque, comprovativos de vendas; documentos que comprovem um interesse em fundos ou recursos financeiros e quaisquer outros instrumentos de financiamento de exportações”.

4. As ressalvas previstas no n.º 2

§ 30. O n.º 2 deste artigo 5.º-A ressalva que para que um ato constitua infração de financiamento de terrorismo, nos termos do n.º 1, “não é necessário que os fundos provenham de terceiros, nem que tenham sido entregues a quem se destinam, ou que tenham sido efetivamente utilizados para cometer os factos nele previstos, bastando que o agente tenha consciência de que se destinam a organizações terroristas ou a terroristas individuais”.

§ 31. O alcance, o sentido e até a utilidade da primeira ressalva – “*não é necessário que os fundos provenham de terceiros*” – estão longe de se afigurar claros (António ABRANTES, cit. 114 s.). Não parece que o intuito do legislador tenha sido o de, por esta forma, esclarecer que o tipo incriminador abrange o autofinanciamento, isto é, a recolha, detenção e fornecimento de fundos para a prática de atos terroristas pelo próprio. A lei penal alemã, no n.º 2 do § 89c do CP, prevê esse autofinanciamento como crime autónomo, mas fá-lo porque o

crime de financiamento do terrorismo tipificado no n.º 1 se refere expressamente à recolha, recebimento e fornecimento de bens destinados à prática de atos terroristas por terceiros. No nosso tipo legal não se introduziu uma tal restrição, devendo entender-se que *o tipo incriminador engloba tanto o financiamento de atos terroristas de terceiros como próprios*. Uma vez que o que está em causa no n.º 2 do artigo 5.º-A é (re)afirmar a punibilidade penal das condutas típicas previstas no n.º 1, parece-nos que o segmento da norma em consideração *visa referir-se aos fundos que são objeto de tais condutas*, em especial ao fornecimento de fundos para atividades terroristas. Como é evidente, aquele que dispõe de fundos seus a favor de um projeto terrorista poderá incorrer na prática de um crime de terrorismo. Levar mais longe esta ressalva, de modo a “forçar” a punição da detenção de fundos próprios adquiridos legitimamente, seria por demais questionável à luz do princípio constitucional da proibição do excesso.

§ 32. Com a segunda ressalva – *não é necessário que os fundos tenham sido entregues a quem se destinam* – visa-se frisar a autonomia recíproca de cada uma das três condutas típicas: a recolha, a detenção e o fornecimento não deixarão de ser puníveis ainda que os fundos não cheguem ao destino (final ou intermédio) almejado. Isto, sem prejuízo, naturalmente, do regime da desistência voluntária previsto no n.º 3 deste artigo 5.º-A.

§ 33. A terceira ressalva – *não é necessário que os fundos tenham sido efetivamente utilizados para cometer os factos previstos no n.º 1* – pretende reforçar o carácter autónomo e preparatório da presente incriminação face aos crimes a que o n.º 1 se refere. Embora seja uma clarificação frequentemente expressa nas legislações penais nacionais e em instrumentos internacionais e europeus, pode hoje considerar-se supérflua, dada a indiscutível autonomia do crime de financiamento do terrorismo.

§ 34. Sobre a quarta ressalva – *bastando que o agente tenha consciência de que se destinam a organizações terroristas ou a terroristas individuais* –, introduzida pela Lei 16/2019, cf. *infra* § 49 ss.

IV. O tipo subjetivo de ilícito: o dolo

§ 35. O financiamento do terrorismo só é penalmente punível sob a forma *dolosa*. O conhecimento e vontade próprios do dolo deverão referir-se, tal

como em geral, aos elementos que compõem a factualidade típica (Figueiredo DIAS, *DP I* 13.º/4): o dolo será afirmado se o agente atuar representando e querendo a realização dos factos que formam o tipo objetivo de ilícito. Nesta incriminação, como vimos *supra* (§ 19 ss.), o tipo objetivo consubstancia-se em uma de três condutas que tenham por objeto fundos, bens de qualquer tipo ou ainda produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos: *recolher, deter* ou *fornecer*. Quando o agente represente e queira recolher, deter ou fornecer fundos, *hoc sensu*, atua com dolo. À partida, parecem admissíveis todas as espécies de comissão dolosa.

§ 36. Percebe-se, deste modo, que a intenção e o conhecimento da possibilidade de utilização dos fundos em ações terroristas previstos no tipo incriminador extravasam o plano do dolo, uma vez que transcendem a factualidade em que se materializa a dimensão objetiva do tipo. São, por isso, elementos autónomos do tipo subjetivo de ilícito (*vd.*, de novo, Figueiredo DIAS, *DP I* 13.º/3/55), compatíveis com quaisquer uma das formas possíveis de dolo (diferentemente, reconduzindo a intenção e o conhecimento ao domínio do dolo, atribuindo-lhes um efeito condicionador sobre as formas de dolo admitidas pelo tipo subjetivo, António ABRANTES, cit. 118 s., PAEFFGEN, *NK* § 89c nm. 11 s., e SCHÄFER, *MüKoStGB* § 89c nm. 14 s.). Em tese, parece-nos que não será de excluir a possibilidade de coexistência, no mesmo facto, de dolo eventual relativamente à recolha ou entrega de fundos acompanhado de uma intenção de auxílio financeiro a um ato terrorista.

V. O tipo subjetivo de ilícito (cont.): os elementos subjetivos especiais do tipo

§ 37. A atuação só será típica se na recolha, detenção ou fornecimento dos fundos o agente, atuando de forma dolosa, tiver intenção de que sejam utilizados *ou* souber que podem ser utilizados, “total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática das infrações previstas no n.º 1 do artigo 2.º, quer com a intenção nele referida quer com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º, bem como nos n.ºs 3, 6, 7, 10, 11 e 12 do artigo 4.º”. São estes específicos e alternativos elementos subjetivos que, verdadeiramente, conferem desvalor material à incriminação. Sem eles, a infração esgotar-se-ia na comissão de atos absolutamente banais e legítimos da vida social, sem qualquer conotação com o fenómeno do terrorismo. Elementos que assumem, assim, um papel constitutivo

da ilicitude material do crime de financiamento do terrorismo (Pedro CAEIRO, cit. 131 s.). Sem a concreta verificação da intenção da colaboração financeira ou material com uma ação terrorista ou do conhecimento da possibilidade de utilização dos fundos para fins terroristas o facto será atípico à luz do crime de financiamento do terrorismo previsto no artigo 5.º-A.

§ 38. Tendo em conta a referência “total ou parcialmente”, não será necessário que os fundos ou bens objeto da conduta sejam totalmente canalizados para uma atividade terrorista. Ainda que o agente tenha intenção de que só parte deles seja afeto a esse fim ou tenha conhecimento de que só uma sua parcela será usada para esse efeito, isso não obstará ao preenchimento destes elementos subjetivos do tipo.

§ 39. Tratando-se de um *crime de resultado cortado*, para o preenchimento do tipo é irrelevante se o destinatário final dos fundos lhes dá o uso aspirado ou representado pelo financiador. O mesmo se diga no caso de o beneficiário os utilizar de modo diferente do intencionado ou previsto pelo agente, *v. g.*, usando-os na prática do ato terrorista e não na sua preparação.

1. A intenção de utilização

§ 40. A primeira das duas possíveis específicas exigências típicas de natureza subjetiva é a *intenção de que os fundos recolhidos, detidos ou fornecidos sejam utilizados*, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos de terrorismo, *lato sensu*, a que a norma alude. Neste caso, a conduta do agente deverá ser presidida por um *direto propósito* de auxílio a uma destas etapas da ação terrorista. Não bastará, portanto, uma simples conformação com a possibilidade de os fundos virem a aproveitar a uma causa terrorista.

2. O conhecimento da possibilidade de utilização

§ 41. Já a segunda exigência, alternativa àquela, é bem menos restritiva: será suficiente que o agente atue *sabendo que os fundos podem ser utilizados* no planeamento, na preparação ou para a prática de atos terroristas. Trata-se de uma formulação absurda e desmesuradamente lata, sem paralelo nas leis penais de outros países, nas convenções ou resoluções internacionais e na legislação comunitária, que exigem invariavelmente que o agente saiba que

os fundos *irão ser* utilizados para fins terroristas. Nesta vertente, como já foi posto em relevo por PEDRO CAEIRO, cit. 131 s., se interpretada ao pé da letra, a norma nacional abrangeria comportamentos tão anódinos como a entrega de uma quantia a um banco para constituição ou reforço de um depósito bancário ou o pagamento do salário a um trabalhador pela sua entidade patronal. Uma tão vasta amplitude normativa do tipo incriminador violaria flagrantemente o princípio da dignidade penal, pelo que se impõe uma *interpretação restritiva* deste elemento subjetivo do tipo que o circunscreva aos casos de *conhecimento de que os fundos serão (e não apenas que poderão ser) utilizados* no planeamento, preparação ou prática de um ato de terrorismo (admitindo, porém, uma interpretação literal da norma, que merece a sua concordância, António ABRANTES, cit. 118 ss.). Só uma interpretação deste elemento que o cinja a estes casos de conhecimento de que os fundos *são* destinados a uma atividade terrorista permitirá ao tipo desempenhar uma efetiva função de proteção do bem jurídico que visa tutelar. A perigosidade para o bem jurídico imanente à simples possibilidade de os fundos virem a servir um plano terrorista é tão difusa e remota que uma interpretação teleológica do tipo à luz do bem jurídico deverá implicar a exclusão de relevo típico a essas situações.

3. Factos beneficiários do financiamento

§ 42. A intenção ou o conhecimento com que o agente atuar aquando da prática da conduta típica (de recolha, detenção ou fornecimento de fundos) deverá *referir-se a um dos seguintes factos tipificados como crime na presente Lei*: terrorismo interno (artigo 4.º, n.º 1: infração prevista no n.º 1 do artigo 2.º, praticada com a intenção nele referida); terrorismo internacional (artigo 5.º, n.º 1: infração prevista no n.º 1 do artigo 2.º, praticada com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º); incitamento público ao terrorismo (artigo 4.º, n.º 3); recrutamento para o terrorismo (artigo 4.º, n.º 6); treino para o terrorismo (artigo 4.º, n.º 7); viagem para treino para o terrorismo (artigo 4.º, n.º 10); viagem para o terrorismo (artigo 4.º, n.º 11); e apoio a viagens para fins terroristas (artigo 4.º, n.º 12).

§ 43. Até à Lei 16/2019, o crime de financiamento ligava-se apenas aos crimes de terrorismo, interno e internacional, propriamente ditos (os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, realizados quer com a intenção nele prevista quer com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º). Com a Lei 16/2019, passa

a ser punível, a título de financiamento do terrorismo, até mesmo o auxílio financeiro ou material a factos substancialmente prévios a ações terroristas *stricto sensu*, designadamente, os previstos nos n.ºs 3, 6, 7, 10, 11 e 12 do artigo 4.º Este alargamento do âmbito normativo desta incriminação deve-se essencialmente à Diretiva 2017/541/UE, que, indo para além do que já se previa na Decisão-Quadro 2002/475/JAI e na Diretiva 2005/60/UE, obriga os Estados-Membros a punir penalmente a recolha ou o fornecimento de fundos destinados à prática das infrações relacionadas com atividades terroristas previstas nos seus artigo 5.º a 10.º

§ 44. A intenção ou o conhecimento que o agente deverá ter em mente aquando da prática da conduta típica (de recolha, detenção ou fornecimento de fundos) deverá referir-se a um de três tipos de atividades respeitantes às mencionadas infrações: *i)* o seu *planeamento*; *ii)* a sua *preparação*; ou *iii)* a sua *prática propriamente dita*. No seu espírito, o agente deverá estar animado por um propósito de *apoio a um ato terrorista ou a um ato relacionado com atividades terroristas*, seja na sua fase embrionária, de planeamento, seja já num estágio avançado, de execução. Os atos em apreço não terão, no entanto, de ser projetados pelo agente ao ponto de dever antever quem neles participará ou como, quando e onde se concretizarão (António ABRANTES, cit. 120). Não será de exigir, além disso, que o financiador procure apoiar a realização de um ato de terrorismo ou conexo que sejam em si mesmos penalmente puníveis: ainda que a sua vontade se dirija ao auxílio de atividades com escopo terrorista em si mesmas criminalmente irrelevantes, como sucederá no caso do planeamento e de inúmeros atos preparatórios não tipificados como crime, tal não prejudica a relevância penal do financiamento.

4. A menção às intenções referidas no n.º 1 do artigo 2.º e no n.º 1 do artigo 3.º

§ 45. Questiona-se se, além da verificação (alternativa) dos dois específicos elementos subjetivos a que nos vimos referindo – a intenção e o conhecimento da destinação dos fundos a atos terroristas ou ligados ao terrorismo –, o tipo subjetivo ainda será formado por mais dois, também eles alternativos, elementos subjetivos especiais: *a intenção referida no n.º 1 do artigo 2.º e a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º* Com efeito, suscita-se a *dúvida sobre que pessoa deverá atuar com uma destas duas intenções*: se o financiador, se o beneficiário do financiamento (António ABRANTES, cit. 120 s.).

§ 46. Elementos similares encontram-se também previsto em várias incriminações tipificadas no artigo 4.º (n.ºs 1, 3, 5, 6, 7, 10 e 11), mas já não em outras normas do mesmo preceito (n.ºs 2, 8 e 12). O modo pouco claro com que, a esse propósito, o legislador se exprimiu ao longo do artigo 4.º e as incertezas que logo assaltam o intérprete ao proceder a uma análise global e comparativa dos seus vários números são sinal de ausência de uma lógica interna linear e congruente na consagração típica do(s) elemento(s) “factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida”. Circunstância que, a nosso ver, obsta a que tais trechos constantes de vários números do artigo 4.º (ou a ausência deles) possam ser tomados como ponto de apoio para a dilucidação da dúvida que aqui se põe quanto à interpretação do segmento “das infrações previstas no n.º 1 do artigo 2.º, quer com a intenção nele referida quer com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º”.

§ 47. Considerar que estas intenções deveriam verificar-se no agente do crime e não no potencial destinatário dos fundos implicaria atribuir a esta incriminação de financiamento do terrorismo um conteúdo típico sem paralelo nas legislações penais estrangeiras, estreitando a sua amplitude típica de um modo tal que poderia ficar comprometida a observância das obrigações internacionais do Estado português nesta matéria (António ABRANTES, cit. 120). Ficaria igualmente posta em causa a eficácia político-criminal da incriminação, já que se abriria uma lacuna clamorosa: entendendo-se que estas intenções diriam respeito ao agente do crime de financiamento, então, no que concerne a atos de terrorismo *stricto sensu*, a conduta típica reportar-se-ia apenas ao planeamento, à preparação e à prática de atos de terrorismo nacional (os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º) e já não também às atividades de terrorismo internacional, previstas pelas disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 5.º e do n.º 1 do artigo 3.º Significaria isto que o apoio financeiro ou material ao planeamento, preparação ou execução de atos de terrorismo internacional seria atípico. Irrelevância que, por certo, não foi desejada pelo legislador nacional (de 2008, de 2015 e de 2019). Uma interpretação do tipo que adscrevesse a intenção ao financiador e não ao beneficiário do financiamento desembocaria num cenário dificilmente compreensível e desafiador da lógica: nesta linha, como acabou de se ver, só relevaria o financiamento para atos de terrorismo nacional, mas o tipo subjetivo de ilícito integraria uma intenção, a referida no n.º 1 do artigo 3.º, que se liga a atos de terrorismo internacional. Ora, um quadro em que alguém fornece fundos com a intenção de que sejam utilizados num ato de terrorismo interno de modo a perturbar a

integridade ou independência de um Estado estrangeiro é de tal modo bizarro que não vemos como possa ter entrado nas cogitações do legislador ao definir o conteúdo típico da incriminação de que curamos. Tudo o que nos leva a concluir que, para este efeito, estando em causa atos de terrorismo *stricto sensu*, *deverá ser o financiado e não o financiador a deter a intenção referida no n.º 1 do artigo 2.º ou a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º* Intenções estas que, desta forma, não constituem elementos subjetivos *autónomos* do tipo subjetivo de ilícito do crime de financiamento do terrorismo que devam animar a conduta típica do agente (financiador).

§ 48. Tais intenções deverão, assim, ser tomadas como parte integrante do facto terrorista a que as ações típicas (de recolha, detenção ou fornecimento) se dirigem: “infrações previstas no n.º 1 do artigo 2.º, quer com a intenção nele referida quer com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º”. *Grosso modo*, para deter relevância penal nesta sede, referente a factos terroristas em sentido próprio, o financiamento deverá ser realizado com a intenção ou com o conhecimento de que os fundos sejam canalizados *para um ato de terrorismo nacional ou internacional* em toda a sua amplitude possível (planeamento, preparação ou execução).

5. O financiamento de organizações terroristas

§ 49. No quadro legal anterior à Lei 16/2019, o crime de financiamento de terrorismo não abrangia, claramente, o *financiamento de uma organização terrorista* desligado de uma intenção de auxiliar atos de terrorismo ou de um conhecimento de que os fundos seriam destinados a tais atos. O artigo 2.º, n.º 2, também não conferia, como continua a não conferir relevo típico autónomo ao fornecimento de fundos a organizações terroristas (*vd.* comentário ao artigo 2.º, § 29).

§ 50. O Estado português parecia, assim, encontrar-se em falta no cumprimento do preceituado pela Diretiva 2017/541/UE, que impõe aos Estados-Membros a criminalização de qualquer forma de financiamento das atividades de grupos terroristas, com conhecimento de que esse auxílio contribuirá para as suas atividades criminosas (artigo 4.º, n.º 2, al. *b*)), bem como ainda o fornecimento ou a recolha de fundos com a intenção de serem utilizados ou com o conhecimento de que serão utilizados para cometer crimes de direção ou participação nas atividades de um grupo terrorista (artigo 11.º, n.º 1).

§ 51. A mais recente intervenção legislativa nesta matéria foi, além do mais, animada pelo propósito de criminalizar o financiamento de organizações terroristas *per se*. É isso que se afirma na exposição de motivos da Proposta de Lei 139/XIII, a iniciativa que abriu o processo legislativo que culminou na aprovação da Lei 16/2019: “Outra das novidades trazidas pela Diretiva é um conceito mais amplo de financiamento do terrorismo – no que, aliás, é secundada pelas recomendações de vários organismos internacionais, nomeadamente do Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais (GAFI). Neste sentido, procura-se, ainda, incorporar plenamente no ordenamento jurídico interno a Recomendação 5 do GAFI, na medida em que esta estabelece que «Os países devem criminalizar o financiamento do terrorismo com base na Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, e criminalizar não apenas o financiamento de atos terroristas, mas também o financiamento de organizações terroristas e terroristas individuais, mesmo na ausência de relação com um ato ou atos terroristas específicos. Os países devem garantir que tais crimes sejam considerados crimes antecedentes da lavagem de dinheiro.». A Resolução 1373 (2001), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 28 de setembro de 2001, conclui no mesmo sentido. Assim, o artigo 5.º-A da Lei 52/2003, de 22 de agosto, é alterado no sentido de passar a qualificar como financiamento do terrorismo as situações em que os fundos disponibilizados a organizações terroristas ou a terroristas individuais são utilizados para outros fins que não a prática direta de atos de terrorismo”.

§ 52. De modo a concretizar este propósito, procedeu-se, tal como se preconizava na mencionada Proposta de Lei 139/XIII, a uma alteração no n.º 2 do artigo 5.º-A, que, com a Lei 16/2019, passou a ter a seguinte redação: “Para que um ato constitua a infração prevista no número anterior, não é necessário que os fundos provenham de terceiros, nem que tenham sido entregues a quem se destinam, ou que tenham sido ou se destinem a ser efetivamente utilizados para cometer os factos nele previstos, *bastando que o agente tenha consciência de que se destinam a organizações terroristas ou a terroristas individuais*”.

§ 53. Parece-nos que esta alteração operada ao artigo 5.º-A representa um *ato falhado* do legislador nacional. Com efeito, para que a presente incriminação de financiamento do terrorismo passasse a englobar o financiamento de organizações terroristas *per se*, como se pretendia, a norma a modificar deveria ter sido a do n.º 1 e não a do n.º 2. Sendo no n.º 1 que se define a

conduta típica, seria aí que faria sentido acrescentar, como novo elemento do tipo subjetivo, “a consciência de que [os fundos] se destinam a organizações terroristas ou a terroristas individuais”. Tendo-se introduzido a modificação no n.º 2, parece-nos que não pode reconhecer-se relevo típico a factos que não encontram previsão no n.º 1, a saber: o fornecimento, a recolha ou a detenção de fundos com a consciência de que se destinam a organizações terroristas ou a terroristas individuais, sem relação com o planeamento, a preparação ou a prática de atos de terrorismo, *lato sensu*.

§ 54. Seja como for, sempre se deverá ressaltar que a criminalização do financiamento de *terroristas individuais* desvinculada de uma ação terrorista *in fieri* – e desvinculada assim, também, de uma ameaça, mesmo que remota, à paz pública – não é consentânea com um paradigma do direito penal do facto, representando uma clara manifestação de um *direito penal do autor*, incompatível com o princípio do Estado de direito (artigo 2.º da CRP) e com o princípio constitucional do direito penal do bem jurídico.

§ 55. Cremos, enfim, que, tal como sucedia antes da entrada em vigor da Lei 16/2019, o financiamento de organizações terroristas estará abrangido pelo tipo incriminador do financiamento do terrorismo naqueles casos em que o financiamento de um grupo terrorista ou de elementos integrados numa organização terrorista em função dessa pertença for *determinado por uma intencionalidade de auxílio a uma das atividades terroristas referenciadas no n.º 1 do artigo 5.º-A* ou *dominado pelo conhecimento de que terá esse destino*. Não sendo esse o caso – como sucederá, por exemplo, quando o apoio seja prestado a uma organização que anunciou a suspensão e, de facto, suspendeu a sua atividade terrorista ou a uma “célula adormecida” de um grupo terrorista –, não pode o auxílio financeiro a um grupo terrorista, sem mais, ser tomado como um facto típico de financiamento de terrorismo. Pois se o agente que fornece fundos a um grupo terrorista atuar *sem intenção* de que o seu contributo sirva um *ato terrorista e não estiver certo* de que lhe será dado *esse uso*, não estará preenchido o tipo subjetivo de ilícito do crime de financiamento do terrorismo previsto no n.º 1 do artigo 5.º-A, a sede do tipo incriminador de financiamento do terrorismo. *Vd.*, nesta direção, antes da entrada em vigor da Lei 16/2019, a decisão instrutória do Tribunal Central de Instrução Criminal de 22-06-2018, no “caso Abdesselam Tazi” (Proc. n.º 78/15.2JBSB); contra, o Ac. do TRL de 27-11-2018 (Proc. n.º 78/15.2JBSB. L1-5, www.dgsi.pt), que revogou aquela decisão e enquadrrou no crime de

168

financiamento de terrorismo “a utilização de cartões de crédito falsificados, por parte de um indivíduo que aderiu e passou a colaborar com o Daesh, como meio de financiar despesas e prestar apoio a pessoas que o agente procurou recrutar (e no caso do H... efetivamente recrutou e apoiou financeiramente) para aderir a tal organização terrorista internacional” (p. 71).

VI. Concurso

§ 56. Estando a conduta de financiamento do terrorismo a montante do *crime de terrorismo* propriamente dito (artigo 4.º, n.º 1), vindo este a consumir-se ou a, pelo menos, conhecer um início de execução, colocar-se-á um problema de concurso no caso de o ato de terrorismo ter sido apoiado, financeira ou materialmente, pelo próprio agente terrorista. *V. g.*, aquele que fornece veículos, armas e explosivos para a execução de um atentado terrorista que será conjuntamente levado a cabo por ele e outros começará por incorrer na prática de um crime de financiamento do terrorismo e responderá depois também por participação em crime de terrorismo (artigo 4.º, n.º 1), se o atentado se concretizar. Atenta a dependência daquele crime em relação a este, é notória a prevalência do sentido de ilicitude do crime de terrorismo, o único pelo qual o agente deverá ser punido (*concurso aparente*, de acordo com o critério do crime instrumental ou crime-meio – Figueiredo DIAS, *DP I* 43.º/21). O agente deverá ser então punido com a pena abstrata aplicável ao crime de terrorismo concretamente cometido (pena de prisão de 2 a 10 anos ou pena correspondente ao crime previsto no n.º 1 do artigo 2.º que tenha sido praticado agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for superior àquela). Se, porventura, a pena abstrata prevista para o crime de terrorismo praticado for mais leve que a definida para o crime de financiamento do terrorismo (pena de prisão de 8 a 15 anos), atendendo a que todos os factos devem ser conhecidos pelo julgador ao abrigo do mandado de esgotante apreciação, o juiz deverá aplicar a pena mais grave (a do financiamento de terrorismo), não obstante o sentido de ilícito prevalecente e dominante corresponder ao ilícito de terrorismo. Na solução de Figueiredo Dias, que convoca para estes casos de concurso aparente a cisão entre a norma de comportamento e a norma de sanção, o agente deverá ser condenado por crime de terrorismo e punido com a pena abstrata tipificada para o crime de financiamento do terrorismo (Figueiredo DIAS, *DP I* 43.º/36), cumprindo-se, assim, o mandado de esgotante apreciação.

§ 57. Esta solução deverá ser igualmente adotada nos casos em que o financiador não chega a ser autor do crime de terrorismo, mas atua como *cúmplice*.

§ 58. Existe uma relação de *concurso aparente* entre o crime de financiamento de terrorismo e o *crime de apoio a organização terrorista*, mediante fornecimento de meios materiais (artigo 2.º, n.º 2), punido com pena de prisão de 8 a 15 anos, parecendo-nos que o sentido de ilicitude dominante pertencerá ao segundo.

VII. A pena

§ 59. O crime de financiamento do terrorismo é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos. Parece-nos uma *pena desproporcionada*, por excesso, quer no seu limite máximo, quer também, e sobretudo, no seu limite mínimo. Com exceção de Itália, em que se comina uma pena similar (pena de prisão de 7 a 15 anos – artigo 270-quinquies.1 do CP italiano), nos países que nos são mais próximos preveem-se penas substancialmente mais reduzidas: pena de prisão até 10 anos em França (artigo 421-2-2 e 421-5 do CP francês); pena de prisão de 5 a 10 anos em Espanha (artigo 576.º, n.º 1, do CP espanhol); e pena de prisão de 6 meses a 10 anos na Alemanha (§ 89c do CP alemão).

§ 60. A imposição de um mínimo de pena de prisão de 8 anos implica que deva ser aplicada, pelo menos, essa medida de pena mesmo em casos em que a concreta gravidade do facto praticado é baixa. Mal se compreende também que a pena aplicável ao crime de financiamento do terrorismo seja substancialmente superior à pena, digamos assim, supletiva prevista para o crime de terrorismo (artigo 4.º, n.º 1): pena de prisão de 2 a 10 anos: a aplicabilidade, no mínimo, de uma pena de prisão de 8 anos por um crime com uma natureza preparatória em relação a um outro que poderá ser punível, também no seu mínimo, com uma pena de prisão 4 vezes inferior não se afigura ajustada na perspectiva do princípio da proporcionalidade. Esta e outras incongruências que ressaltam de um contraste com as penas cominadas noutras infrações tipificadas nesta Lei 52/2003 suscitam as maiores reservas sobre a pena de prisão de 8 a 15 anos que aqui se previu (para uma crítica mais desenvolvida, cf. António ABRANTES, cit. 121 s.).

§ 61. A cominação de uma pena abstrata de prisão de 8 a 15 anos pelo auxílio financeiro ou material ao planeamento, à preparação ou à prática das

infrações relacionadas com o terrorismo tipificadas nos n.ºs 3, 6, 7, 10, 11 e 12 do artigo 4.º, cujas penas máximas são, todas elas, inferiores a 8 anos de prisão, é clamorosamente desproporcional, parecendo-nos, por isso, inconstitucional.

§ 62. Sobre a *atenuação especial da pena e a não punição previstas no n.º 3*, valem, com as devidas adaptações, as considerações formuladas sobre o n.º 5 do artigo 2.º (cf. *supra* artigo 2.º § 42 ss.) e sobre o n.º 13 do artigo 4.º (cf. *supra* artigo 4.º § 264 ss.).

Nuno Brandão

(com a colaboração de *Pedro Sá Machado*)

Artigo 6.º – RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS E EQUIPARADAS

As pessoas coletivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.

I. Generalidades

§ 1. A responsabilização criminal das pessoas coletivas não constitui novidade no ordenamento jurídico-penal português. Desde a década de 80 do século passado que, no âmbito do direito penal secundário, se prevê, em alguns diplomas, este tipo de responsabilização. A Lei 52/2003, de 22 de agosto, ao criar o novo regime jurídico-criminal em matéria de terrorismo, introduziu, no seu artigo 6.º, a responsabilidade dos entes coletivos. Esta previsão surge em resposta à obrigação assumida pelo Estado português em dar cumprimento ao artigo 7.º da Decisão Quadro 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho, entretanto substituída pela Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, que nos seus artigos 17.º e 18.º se refere expressamente à responsabilidade das pessoas coletivas impondo aos Estados-membros que tomem “as medidas necessárias para assegurar que as pessoas coletivas possam ser consideradas responsáveis”. A lei portuguesa optou, assim, por uma responsabilidade de natureza criminal. Por conseguinte, a autonomização, em 2003, dos crimes de terrorismo do CP, no âmbito do qual respondiam apenas as pessoas individuais, trouxe também, como novidade, a responsabilidade criminal das pessoas coletivas por aqueles crimes.

§ 2. Na sua versão originária, o artigo 6.º, seguindo o modelo de responsabilização das pessoas coletivas então dominante na legislação portuguesa (extravagante), dispunha que “As pessoas coletivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 2.º a 5.º, quando cometidos em seu nome e no interesse coletivo pelos seus órgãos ou representantes, ou por uma pessoa sob a autoridade destes quando o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem”. A norma previa ainda a multa e a dissolução como sanções aplicáveis à pessoa coletiva (n.ºs 3 a 7), bem como um conjunto de penas acessórias (n.º 8). Subsidiariamente

aplicava-se o disposto nos artigos 11.º, 12.º, 14.º e 19.º do Decreto-Lei 28/84, de 20 de janeiro.

Este regime sofreu uma modificação substancial em 2007 com a Lei 59/2007, de 4 de setembro. Este diploma levou a cabo uma revisão do CP e, entre as principais modificações efetuadas, destacou-se a introdução, no artigo 11.º do CP, da responsabilidade das pessoas coletivas no âmbito do direito penal clássico. Foi ainda criado um catálogo de sanções, principais, substitutivas e acessórias aplicáveis à pessoa jurídica (artigo 90.º-A e ss.).

§ 3. O novo regime previsto pelo artigo 11.º levantou, pela sua diferença (v. g., nos pressupostos de imputação do facto criminalmente relevante ou no leque de sanções previstas), alguns problemas de conjugação com as normas especiais de responsabilização da pessoa coletiva previstas em legislação penal extravagante. Destas dificuldades se terá apercebido, em alguma medida, o legislador de 2007 ao aditar ou alterar as normas de algumas leis extravagantes respeitantes à responsabilidade das pessoas coletivas. Exemplo disso é a alteração ao artigo 6.º da Lei 52/2003, de 22 de agosto. A nova redação conferida em 2007 a este artigo estatuiu que as pessoas coletivas respondem “nos termos gerais”, eliminando-se o anterior regime de responsabilidade que aí se previa. Supõe-se que esta expressão – “nos termos gerais” – signifique que a responsabilidade criminal se realiza, agora e a partir de 2007, nos termos da lei geral, isto é, do CP.

§ 4. Por via das modificações efetuadas em 2007, criou-se assim uma divisão no regime da responsabilidade das pessoas coletivas no âmbito do direito penal extravagante: cabe agora distinguir entre os entes coletivos que respondem nos termos do CP e entes da mesma natureza que respondem não nos termos deste diploma geral, mas antes no específico quadro previsto na respetiva lei extravagante (sobre esta questão, Susana Aires de SOUSA, *Questões Fundamentais do Direito Penal da Empresa*, 103 e s.). Os crimes de terrorismo enquadram-se na primeira hipótese, valendo em matéria de responsabilidade criminal das pessoas coletivas, a partir de 2007, o regime “geral” contido no CP. Em consequência, houve uma modificação de enorme relevância, em 2007, tanto quanto ao modelo de imputação do facto criminal de natureza terrorista à pessoa coletiva, como no plano das sanções aplicáveis: de 2003 a 2007 previa-se um regime específico na lei de combate ao terrorismo; a partir de 2007 a lei remete para o regime geral punitivo previsto no CP.

II. Breve caracterização do modelo de imputação

§ 5. Nos termos do artigo 6.º da Lei 52/2003, de 22 de agosto, e do artigo 11.º, n.º 2, do CP, a pessoa coletiva responde pelos crimes previstos na Lei de combate ao terrorismo que tenham sido cometidos: *a)* Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou *b)* Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

Até 2007 a lei de combate ao terrorismo consagrava, em matéria de imputação do facto à pessoa coletiva, um *modelo de hetero-responsabilidade* ou de *responsabilidade derivada, vicarial* ou *indireta* (Susana Aires de SOUSA, *Questões Fundamentais do Direito Penal da Empresa*, p. 89) nos termos do qual se funda a responsabilidade da pessoa jurídica no facto praticado por pessoas individuais a ela organicamente ligadas, e que, como seus representantes, atuam em seu nome e no seu interesse. A remissão para o regime previsto no CP constitui uma alteração relevante na medida em que concretizou uma “ampliação do círculo de pessoas capazes de comprometer a sociedade” (Germano Marques da SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades*, 178) àqueles que na empresa desempenham uma *posição de liderança*, isto é, “aos órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade” (cfr. artigo 11.º, n.º 4 do CP). Esta ampliação responde pelo menos em certa medida à exigência estabelecida no artigo 17.º, n.º 1, da Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, nos termos do qual a pessoa coletiva deve responder pelos atos da pessoa que “tenha poderes de representação da pessoa coletiva” (al. *a)*); “poder para tomar decisões em nome da pessoa coletiva” (al. *b)*) ou poder de exercer controlo no âmbito da pessoa coletiva (al. *c)*”.

Deve ainda acrescentar-se que o modelo consagrado no artigo 11.º, n.º 2, do CP, especialmente na modalidade prevista da alínea *b)*, se afasta do modelo de hetero-responsabilidade puro tradicionalmente acolhido na legislação portuguesa e concede algum espaço de aproximação – ainda que muito reduzido – a um modelo *auto-responsabilidade* ou *responsabilização direta* que procura construir a responsabilidade criminal da pessoa coletiva de forma autónoma, baseada em pressupostos próprios e distintos da responsabilidade individual das pessoas singulares que a ela se ligam. Nos termos desta alínea *b)* a pessoa coletiva pode ser responsabilizada por factos praticados por *terceiros* que atuam sob a autoridade de pessoas que *nela ocupam uma posição de*

liderança e em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. Esta tendência em alargar a base de imputação do facto criminal à pessoa coletiva está em conformidade com o disposto no artigo 17.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017.

III. Penas aplicáveis

§ 6. As penas aplicáveis à pessoa coletiva estão previstas nos artigos 90.º-CP e ss. do CP. Como penas principais preveem-se a pena de *Multa e Dissolução* (artigo 90.º-A, n.º 1; 90.º-B e 90.º-F). Este capítulo compreende também, como penas de substituição, a *Admoestação* (artigo 90.º-C), a *Caução de boa conduta* (artigo 90.º-D) e a *Vigilância judiciária* (artigo 90.º-E). O julgador tem ainda a possibilidade de aplicar as seguintes penas acessórias: *Injunção judiciária* (artigo 90.º-G), *Proibição de celebrar contratos* (artigo 90.º-H); *Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos* (artigo 90.º-I), *Interdição do exercício de atividade* (artigo 90.º-J), *Encerramento de estabelecimento* (artigo 90.º-L) e *Publicidade da decisão condenatória* (artigo 90.º-M).

Susana Aires de Sousa

Artigo 6.º-A – COMUNICAÇÃO DE DECISÃO FINAL CONDENATÓRIA

Os tribunais enviam à Unidade de Coordenação Antiterrorismo, com a maior brevidade e em formato eletrónico, certidões das decisões finais condenatórias proferidas em processos instaurados pela prática de crimes de terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo.

§ 1. De acordo com o disposto na alínea e) do n.º 2 do art. 8.º da Lei 37/2015, de 5 de maio, que estabelece os princípios gerais que regem a organização e o funcionamento da identificação criminal, as entidades com competência legal para garantir a segurança interna e combater o terrorismo podem aceder à informação constante do registo criminal, na esfera da prossecução dos seus fins. Todavia, o legislador julgou por bem reforçar os mecanismos informacionais nesta matéria, formalizando uma via direta de comunicação entre os tribunais que condenam por crimes de terrorismo e o setor da administração encarregado do balizamento da respetiva política de combate.

Assim, ao proceder à quarta alteração à Lei de combate ao terrorismo, criminalizando a apologia pública e as deslocações para a prática do crime de terrorismo, a Lei 60/2015, de 24 de junho, também veio introduzir o art. 6.º-A, impondo aos órgãos jurisdicionais o dever de colaborar, em termos bastante específicos, com a chamada Unidade de Coordenação Antiterrorismo (UCAT), no horizonte da gestão de informações que de algum modo possam interessar, em virtude da sua estrita pertinência temática, às entidades que participam da elaboração e da execução das grandes diretrizes de luta contra as diversas formas de manifestação do terrorismo.

A UCAT foi uma inovação trazida pela Lei 53/2008, de 29 de agosto, que aprova a Lei de Segurança Interna. Na sua versão originária, o art. 23.º deste diploma sublinhava a vocação eminentemente informacional do novo órgão, restringindo a sua competência à garantia da coordenação e da partilha de dados, no campo do combate ao terrorismo, entre os serviços que o integrava. Todavia, a Lei 59/2015, de 24 de junho, modificou aquele preceito, alterando a composição, a organização e o funcionamento da UCAT. Tais modificações refletiram-se não só no modo de atuação, mas também e sobretudo nas atribuições do novo organismo.

§ 2. Nos termos ora vertidos no n.º 4 do art. 23.º da Lei de Segurança Interna, a UCAT funciona no âmbito do Sistema de Segurança Interna, na

dependência e sob coordenação do respetivo Secretário-Geral. De acordo com n.º 2 daquele preceito legal, a composição do órgão envolve, além dos representantes do Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna e do Secretário-Geral do Sistema de Informações da República Portuguesa, os representantes do Comandante-Geral da Guarda Nacional Republicana, do Comandante-Geral da Polícia Marítima, do Diretor Nacional da Polícia de Segurança Pública, do Diretor Nacional da Polícia Judiciária, do Diretor Nacional do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, do Diretor do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa e do Diretor do Serviço de Informações de Segurança (veja-se ainda o n.º 1 do art. 3.º do Decreto Regulamentar 2/2016, de 23 de agosto).

À luz do n.º 6 do mesmo artigo, ainda podem participar das reuniões da UCAT, por iniciativa própria, sempre que o entenda, ou a convite do Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna, um representante do Procurador-Geral da República, indicado para o efeito, bem como, mediante convite daquele Secretário-Geral, conforme as matérias a tratar, representantes do Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, da Autoridade Marítima Nacional, da Autoridade Aeronáutica Nacional, da Autoridade Nacional da Aviação Civil, do Presidente da Autoridade Nacional de Proteção Civil, do Diretor-geral de Reinserção e Serviços Prisionais, do Diretor-geral da Autoridade Tributária e Aduaneira e do Coordenador do Centro Nacional de Cibersegurança (cf. também os n.ºs 2 e 3 do art. 3.º do Decreto Regulamentar 2/2016, de 23 de agosto).

§ 3. Por outro lado, o art. 23.º da Lei de Segurança Interna agora investe a UCAT em competências de gestão que ultrapassam a vertente informacional, deixando transparecer, no seu n.º 3, uma vertente de centralização e de especialização que busca potenciar uma intervenção ágil e flexível. Estas novas atribuições abrangem tanto a (i) coordenação, no âmbito interno, dos planos de execução das ações definidas na Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo quanto a (ii) coordenação, no âmbito da cooperação internacional, entre os pontos de contacto para as diversas áreas de intervenção em matéria de terrorismo. Tal alargamento só veio reforçar o que já vinha enunciado pelo n.º 5 do anexo da Resolução do Conselho de Ministros 7-A/2015, de 20 de fevereiro, em sintonia com os pilares de atuação do Estado Português neste terreno: *detetar, prevenir, proteger, perseguir e responder*. Logo, o ordenamento jurídico interno segue de perto os quatro pilares da Estratégia Antiterrorista da União Europeia, estabelecida pelo Conselho da União Europeia, de 30 de novembro de 2005, acrescentando o pilar da deteção.

O n.º 3 da Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo vem enunciar que o compromisso de intervenção ali assumido orienta-se por cinco grandes eixos de intervenção: (i) identificação precoce de potenciais ameaças terroristas, mediante a obtenção do conhecimento essencial para um combate eficaz; (ii) identificação das causas que estão na origem dos processos de radicalização, de recrutamento e de atos terroristas; (iii) fortalecimento da segurança dos alvos prioritários, reduzindo quer a sua vulnerabilidade, quer o impacto de potenciais ameaças terroristas; (iv) dismantelamento ou neutralização das iniciativas terroristas projetadas ou em execução e das suas redes de apoio, impedimento das deslocações, das comunicações e do acesso ao financiamento e aos materiais utilizáveis em atentados, bem como a sujeição dos fenómenos terroristas à ação da justiça; (v) gestão operacional de todos os meios a utilizar na reação a ocorrências terroristas, de modo a limitar as suas consequências mediante ações de assistência.

Por conseguinte, além de afiançar o fluxo das informações relevantes no contexto do combate ao terrorismo, a UCAT agora desempenha atividades que se prendem diretamente com a articulação dos objetivos gerais e das linhas de atuação ali enunciados. Por exemplo, no que diz respeito à adoção de um Plano de Ação de Prevenção da Radicalização e do Recrutamento para o Terrorismo, à atualização do Plano de Ação Nacional contra Ataques Nucleares, Biológicos, Químicos e Radiológicos, ao desenvolvimento do Plano de Ação para a Proteção e Aumento da Resiliência das Infraestruturas Críticas e à implementação do Plano de Ação Nacional para a Proteção contra as Ciberameaças, tudo isso em conformidade com o disposto nos itens constantes do n.º 4 daquele instrumento normativo.

A UCAT não se confunde com a Unidade Nacional Contra-Terrorismo, referida na alínea *a*) do n.º 3 do art. 18.º do Decreto-Lei n.º 137/2019, de 13 de setembro. Em termos institucionais e organizatórios, a UNCT é um braço da Polícia Judiciária – sendo certo que, por força do enunciado na alínea *l*) do n.º 2 do art. 7.º da Lei 49/2008, de 27 de agosto, na sua versão atual, a investigação dos crimes tipificados na Lei de combate ao terrorismo é da competência reservada da Polícia Judiciária, não podendo ser deferida a outros órgãos de polícia criminal – encarregado da prevenção, da deteção, da investigação e da coadjuvação das autoridades judiciais, não só relativamente a crimes de terrorismo e de organizações terroristas, mas também no campo dos demais crimes listados no n.º 2 do art. 30.º daquele mesmo diploma. Neste enquadramento, em princípio, a UNCT em nenhum caso desempenha, em sentido próprio, as atividades de gestão informacional ou de coordenação interna e externa reservadas à UCAT.

§ 4. Ainda faltava definir, nos seus pormenores, as condições de operacionalização do novo órgão. Assim, ao abrigo do n.º 7 do art. 23.º da Lei de Segurança Interna, o Decreto Regulamentar 2/2016, de 23 de agosto, veio finalmente estabelecer o regime jurídico aplicável à organização e ao funcionamento da UCAT. Segundo o seu art. 4.º, para além da atuação permanente e ininterrupta assegurada por uma equipa técnica que opera nas instalações do Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna, a UCAT reúne-se periodicamente para garantir e desenvolver a partilha de informações, a coordenação dos planos e ações previstos na Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo e a articulação relativa à rede de pontos de contato para as diversas áreas de intervenção em matéria de terrorismo, bem como para acompanhar e avaliar a execução daquela estratégia e emitir orientações no âmbito das suas competências.

De acordo o art. 5.º do Decreto Regulamentar 2/2016, de 23 de agosto, o trabalho da UCAT conta sempre com o apoio do Gabinete do Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna, nas áreas administrativa, financeira, tecnológica e de formação. Também merece referência, pela sua imediata relevância à luz da tipificação do crime de violação de segredo, a norma de confidencialidade vertida no art. 6.º do mesmo diploma, impondo aos membros da UCAT e a todos aqueles que participem das suas reuniões ou lhe prestem auxílio a observância, relativamente às matérias que tenham conhecimento por força das suas funções e consoante a natureza da informação, dos deveres de sigilo aplicáveis nos termos da lei, nomeadamente daqueles que emanam dos respetivos estatutos funcionais de origem, dos regimes de segredo de Estado e do segredo de justiça e do quadro normativo atinente à segurança das matérias classificadas.

§ 5. O combate ao terrorismo possui um lugar de destaque nas preocupações do serviço de inteligência (sobre a relevância deste mecanismo para a gestão de informação em matéria de luta contra o terrorismo e a necessidade de limitar, em homenagem à autodeterminação comunicacional, as prerrogativas de interrogatório, monitoramento e intercetção: PINTO DE ALBUQUERQUE, *Europa – Novas Fronteiras* 258 s.). A Lei 30/84, de 5 de setembro, alterada e republicada pela Lei Orgânica 4/2004, de 13 de agosto, atribui (art. 2.º) ao Sistema de Informações da República Portuguesa – além do respetivo Secretário-geral, atua no âmbito do SIRP o Conselho Superior de Informações, órgão interministerial de consulta e coordenação nesta matéria – a tarefa de garantir a produção das informações necessárias à preservação da segurança

interna e externa, bem como à independência e interesses nacionais e à unidade e integridade do Estado.

O art. 21.º da lei quadro do Sistema de Informações da República Portuguesa vem definir o Serviço de Informações de Segurança (SIS) como o organismo encarregado da produção de informações que contribuam para a salvaguarda da segurança interna e a prevenção não só da sabotagem e da espionagem, mas também do terrorismo, bem como da prática de outros atos que, pela sua natureza, possam alterar ou destruir o Estado de direito constitucionalmente estabelecido (veja-se também o n.º 3 do art. 3.º da Lei 9/2007, de 19 de fevereiro, alterada e republicada pela Lei 50/2014, de 13 de agosto).

O SIRP é integrado pelo Serviço de Informações e de Segurança e pelo Serviço de Informações Estratégicas de Defesa, que é o organismo incumbido da produção de informações que contribuam para a salvaguarda da independência nacional, dos interesses nacionais e da segurança externa do Estado Português. Por força das als. *d)* e *e)* do art. 33.º da Lei 9/2007, alterada e republicada pela Lei 50/2014, o SIS deve não apenas comunicar às instituições encarregadas da investigação criminal e do exercício da ação penal os factos suscetíveis de configurar ilícitos criminais (o que abrange, naturalmente, os crimes de terrorismo), mas também comunicar às entidades competentes as notícias e informações de que tenha conhecimento e respeitantes à segurança interna e à prevenção e repressão daquela espécie de criminalidade.

§ 6. Por fim, resta saber qual será a natureza da exigência de comunicação de decisão final condenatória, tal como consagrada no art. 6.º-A. *Prima vista*, trata-se de um simples dever de informação elaborado em homenagem aos interesses estratégicos de articulação e gestão de dados em um horizonte de prevenção que se quer tão eficaz quanto possível. A vinculação dos tribunais a especiais deveres de colaboração não é uma novidade no ordenamento jurídico pátrio, que reconhece outras hipóteses nas quais os órgãos judiciais são chamados a coadjuvar organismos encarregados da definição ou da execução de determinadas políticas públicas. Basta pensar, por exemplo, no dever de colaboração previsto no n.º 1 do art. 42.º da Lei 36/98, de 24 de julho, que obriga os tribunais, em matéria de saúde mental, a remeter à Comissão para Acompanhamento da Execução do Regime de Internamento Compulsivo cópia das decisões judiciais que determinam o internamento de pessoas portadoras de anomalia psíquica grave.

De qualquer modo, aparentemente não haverá nenhum motivo teórico incontornável para excluir, desde o início e com convicção próxima da absoluta

certeza, que o dever de comunicação aqui imposto aos tribunais, enquanto órgãos chamados a colaborar com a Administração Pública no contexto maior da gestão informacional imprescindível para a tomada de decisões relativas ao combate ao terrorismo, possa ser tematizada na perspectiva da doutrina das consequências jurídicas do crime (para a delimitação do território-objeto desta disciplina: FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português* 2009 39 s.; com uma visão mais restritiva: ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança* 2017 7 ss.). Em princípio, não será desarrazoado afirmar, por exemplo, que estamos diante de uma espécie de efeito acessório ou colateral da condenação definitiva pelo cometimento dos delitos tipificados na Lei de combate ao terrorismo, semelhante àquele se verifica na hipótese de inscrição no registo criminal.

Bruno Oliveira Moura/Matheus Almeida Caetano

Artigo 7.º – DIREITO SUBSIDIÁRIO

São aplicáveis subsidiariamente à matéria constante da presente lei as disposições do Código Penal e respetiva legislação complementar.

§ 1. Ao estabelecer um novo quadro para as tipificações penais relevantes no cenário de combate ao terrorismo, o legislador optou por retirar da alçada do CP o tratamento normativo da matéria, que passou a ser alocada na legislação extravagante. Na base deste deslocamento estarão razões de técnica legislativa que se prendem não só com a tentativa de evitar que o CP ficasse abarrotado de remissões internas, mas também e sobretudo com a necessidade de uma sistematização que fugisse ao espartilho nacional-estadual característico do esquema de tutela nos tradicionais crimes contra a paz pública e que encontrasse a devida projeção em um específico modelo de aplicação da lei no espaço, tudo isso sem falar em um eventual propósito simbólico. Bem vistas as coisas, estes dois últimos vetores – o carácter supranacional dos bens jurídicos tutelados e o reforçado viés de intervenção preventiva (antecipação da tutela) – parecem falar a favor da inclusão da Lei de combate ao terrorismo no horizonte do chamado direito penal secundário (recentemente a propósito das notas distintivas deste sector normativo frente ao denominado direito penal nuclear, CAETANO, *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental* 106 s.).

Estas linhas de força constam da própria exposição de motivos da Proposta de Lei 43/IX, que deu iniciativa legislativa ao diploma onde se insere o artigo 7.º: “a opção por uma lei autónoma e consequente revogação das normas correspondentes do Código Penal resulta da perceção que o Estado português tem da absoluta transnacionalidade das infrações em apreço. Nesse sentido, justifica-se, do ponto de vista simbólico, no contexto da função preventiva do Direito Penal, criar um diploma que dê um sinal claro à comunidade portuguesa e internacional enfatizando o facto de se considerar, com crescente convicção, que os crimes de terrorismo e organização terrorista violam bens jurídicos supranacionais, à semelhança dos crimes contra a Humanidade, merecedores de uma tutela clara, severa e tranquilizadora”. Para além disso, ali também se enuncia que “um diploma autónomo permite uma mais eficaz adequação à decisão-quadro, em especial no que diz respeito à responsabilização penal das pessoas coletivas, sem introduzir elementos perturbadores da harmonia do atual Código Penal”. Uma vez que a matéria da responsabilidade

penal das pessoas coletivas atualmente encontra o seu regime geral no artigo 11.º do CP, apenas as duas primeiras razões legislativas poderão seguir como os grandes eixos hermenêuticos que ainda iluminam a sistematização da Lei de combate ao terrorismo.

No que se prende com a vertente da transnacionalidade da matéria, cumpre apenas sublinhar como o fenómeno social do terrorismo ajudou a conduzir o tradicional paradigma da legitimação do poder punitivo, ancorado no trinómio Estado soberano/território nacional/direito de punir, a uma situação de grave crise categorial (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 19 s.). Nesse sentido, a macroestrutura dos aparelhos que a ordem jurídica nacional mobiliza no enfrentamento do problema do terrorismo assimila algumas das características do chamado “Estado Constitucional Cooperativo”, que passa não só pela relativização ou erosão dos conceitos de soberania, povo e território no horizonte maior da União Europeia, mas também pelo entrelaçamento das relações internacionais, agora envolvendo a cooperação com outros Estados, comunidades de Estados e organizações internacionais, tudo isso segundo uma estrutura que, abrindo-se para dentro (cooperação estadual-federal) e para fora (cooperação estatal-internacional), implica transferência de poder soberano a instituições supranacionais (HÄBERLE, *Estado Constitucional Cooperativo* 4 s. 16 s. 48 s.).

Já no que diz respeito à vertente de simbolismo assumida no projeto que deu origem à Lei 52/2003, de 22 de agosto, parece inegável que as diversas legislações nacionais de combate ao terrorismo estão alimentadas, desde a sua origem, por uma lógica de “Estado Prevenção” que vem legitimar o raciocínio pan-securitário que, nos últimos anos e de maneira especialmente acutilante, tem feito carreira no seio do direito constitucional e do direito penal (CANOTILHO, *Criminalidade organizada e criminalidade de massa* 19; DENNINGER, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 29 s., chamando atenção para o facto de a legislação alemã de combate ao terrorismo empregar *ad nauseam* o termo “segurança”, omitindo quase sempre o termo “liberdade”). Por outro lado, “contra as razões simbólicas invocadas milita, inelutável, a própria força simbólica inerente a toda a codificação penal, enquanto ‘direito penal de justiça’ por excelência” (CONDE FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes* I 201).

Também não será descabido atentar para “o risco de, ao ser publicada legislação avulsa especificamente sobre o terrorismo, se poder julgar que o legislador pretende operar uma dignificação, mesmo que meramente simbólica, deste crime face a outros, o que, não obstante a mediatização, justificada,

em torno das atividades terroristas, não corresponde à realidade portuguesa atual; por outro lado, não deverá retratar certamente uma opção de política criminal baseada apenas na ‘transnacionalidade’, em especial quando o ‘simbolismo’ é perigosamente erigido em justificação autónoma de normativos penais” (SILVEIRA/ROMÃO *Europa – Novas Fronteiras* 235).

§ 2. A expressão “direito subsidiário” costuma ser utilizada para designar a possibilidade de recorrer aos demais enunciados do ordenamento jurídico para suprir as omissões do diploma de cuja aplicação se trata. Na base desta estrutura remissiva está a convicção de que o conjunto normativo que disciplina uma determinada matéria não consegue ou não pretende regular todos os aspetos do seu território-objeto, reconhecendo espaço para disposições que pertencem a um registo normativo mais alargado. Com efeito, a noção de subsidiariedade convoca uma relação entre dois grupos de normas, na qual um deles se aplica em primeira linha, ou seja, a título principal, e o outro apenas em segunda linha, na ausência dos preceitos primários, como um «soldado de reserva». Em homenagem ao princípio da legalidade criminal, a Lei de combate ao terrorismo limitou expressamente o seu direito subsidiário às determinações constantes do CP e respetiva legislação complementar. Trata-se, neste sentido, de um direito subsidiário especial, porque restrito a certos sectores do ordenamento jurídico, e não de um direito subsidiário geral, como sucederia no caso de remissão para o “espírito do sistema”, a “lei da boa-razão” ou os “princípios gerais do direito”, etc. (MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito* 176 s.).

Por definição, do ponto de vista da esperada prescritividade das normas jurídicas, os preceitos legais que enunciam o mecanismo de reenvio ou reencaminhamento para o direito subsidiário não têm nenhum efeito constitutivo ou inovatório próprio e autónomo relativamente aos destinatários das proibições penais. Nesse preciso sentido, eles desempenham apenas uma função declaratória ou informativa, só aparentemente devolutória (sobre as “normas de devolução”, Galvão TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito* I 439 s.), não obstante com alguma valia de orientação hermenêutica, porquanto se restringem a chamar a atenção dos intérpretes para a vigência das disposições que não foram afastadas (derrogadas) pela Lei 52/2003. Por conseguinte, mesmo que o artigo 7.º simplesmente não existisse, as determinações do CP e a correspondente legislação complementar sempre seriam aplicáveis na parte em que não fossem contrariadas pela Lei de combate ao terrorismo.

Daí que o artigo 7.º já tenha sido considerado dispensável mesmo em termos legísticos, na medida em que “manda aplicar subsidiariamente as disposições do Código Penal ‘e respetiva legislação complementar’ – esta última, fórmula sempre vaga e de evitar, para além de eventualmente a própria lei em causa ser ela mesma ‘legislação complementar’ do próprio Código...” (SILVEIRA/ROMÃO, *Europa – Novas Fronteiras*, 234). Sendo certo que, no contexto do combate ao terrorismo, considerando a transnacionalidade dos bens jurídicos protegidos, a matéria da aplicação da lei penal no espaço será, para o legislador, aquela que mais propriamente reclama uma especial configuração normativa, a ponto de legitimar um regime diferenciado em face das regras comuns enunciadas no artigo 5.º do CP (*infra*, artigo 8.º).

§ 3. Ganham relevância, desde logo, as determinações da *Parte especial* que tipificam os diversos crimes elencados no n.º 1 do artigo 2.º e no n.º 2 do artigo 4.º da Lei de combate ao terrorismo (*supra*, artigo 2.º §§ 1 e 16 ss. e 4.º § 21 e s.). No horizonte da legislação complementar do CP cabe mencionar, relativamente às hipóteses descritas na alínea *f*) do n.º 1 do artigo 2.º, as disposições constantes da Lei 5/2006, de 23 de fevereiro, na sua atual redação, que aprova o regime jurídico das *armas e munições*. Já no que diz respeito à alínea *b*) daquele mesmo preceito, convém sublinhar as figuras típicas descritas nos artigos 3.º, 4.º, 5.º, 6.º e 7.º da Lei 109/2009, de 15 de setembro, que aprova a Lei do Cibercrime.

§ 4. A remissão feita no artigo 7.º é pensada sobretudo para as normas da *Parte geral* que cuidam dos pressupostos da punição, regendo figuras ou categorias como a omissão, o dolo, o erro, a tentativa, a desistência, a autoria, a cumplicidade e o concurso de infrações (*supra*, artigo 2.º, §§ 20, 35 e ss. e 44, 4.º, §§ 47 e s., 89 e s., 91 e s., 93 e ss., 123, 124 e ss., 157, 158, 159 e ss., 210, 211 e s., 240 e ss., 246, 255, 260 e ss. e 266 e ss.). Ainda neste contexto, despertam acrescido interesse as determinações constantes do artigo 11.º do CP, por remissão do artigo 6.º da Lei de combate ao terrorismo (*supra*, artigo 6.º).

Bruno Oliveira Moura/Matheus Almeida Caetano

Artigo 8.º – APLICAÇÃO NO ESPAÇO

1 – Para efeitos da presente lei, e salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável aos factos cometidos fora do território nacional:

a) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 2.º e 4.º;

b) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 3.º, 5.º e 5.º-A, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em execução de mandado de detenção europeu.

2 – Aos crimes previstos na alínea a) do número anterior não é aplicável o n.º 2 do artigo 6.º do Código Penal.

§ 1. As normas de aplicação da lei penal no espaço integram o direito penal português interno (cf. Furtado dos SANTOS, *BMJ* 167 s. 181 s.; Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais* 195; CALDAS, *Temas de Direito Penal Económico* 92; Figueiredo DIAS, *DP* I³ 242-3, não obstante estejam tematicamente inseridas no *direito penal internacional* (cf. XAVIER, *Direito e Justiça* 1997 50 s.; CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 35 e 38; Furtado dos SANTOS, *BMJ* 167 s.; Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais* 195 s. 245; Figueiredo DIAS, *DP* I³ 242-3, com a advertência de que, após a criação do Tribunal Penal Internacional e a vinculação de grande parte dos Estados ao Tratado de Roma, o termo direito penal internacional acabou por ser mais utilizado, embora a designar o que, tradicionalmente, chamava-se direito internacional penal “tendo por isso a distinção formal praticamente perdido o sentido indicativo que lhe presidia”; GARCIA/RIO, *Código Penal* 45), que, sem quaisquer pretensões de aprofundamento de seu conceito, pode ser considerado o “direito penal positivo de cada ordenamento jurídico-penal que define critérios e regras da sua própria aplicação ou desaplicação a situações fácticas que contenham ou envolvem elementos de ‘estranheidade’” (CALDAS, *Temas de Direito Penal Económico* 92).

A noção jurídica de espaço é preenchível por água, ar e terra (os três elementos básicos da natureza), que representam um importante papel no direito penal (Faria COSTA, *RLJ* 3950 2008 287). Assim, o artigo 8.º da Lei de combate ao terrorismo envolve “questões de técnica legislativa, atinentes à organização da aplicação da lei no espaço” (Figueiredo DIAS/CAEIRO, *RLJ* 3935 2005 70), muito embora, por parte do legislador, não se tenha primado tão bem pelo rigor técnico na delimitação da matéria tratada. O que, diga-se de passagem, também foi replicado por boa parte da doutrina de modo a causar

impropriedades terminológicas com consequências materiais, como a amplitude ou redução da matéria abarcada pela Lei de combate ao terrorismo. Essa questão é habitualmente mal compreendida, tendo a doutrina jurídico-penal oscilado entre a adoção de algum dos critérios de aplicabilidade da lei (v.g. eficácia, validade ou âmbito) e a sobrestimação da dimensão internacional, o direito penal internacional (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 30).

Considerando-se os aspetos pertinentes ao (terminologicamente criticável) “direito penal internacional” e muito embora não se desconsidere a importância do espaço e do território para a circunscrição do raio de eficácia da Lei 52/2003, pensa-se que o título do presente dispositivo não deveria reduzir-se à “aplicação no espaço” por “deriva[r] da conceção moderna da relação entre a soberania do Estado e os limites territoriais da eficácia da lei”, sendo preferível a expressão “âmbito de eficácia *real* da norma” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 31). Contudo, realça-se que o termo «real» nada tem a ver com o *princípio realista*, conforme as explicações a seguir desenvolvidas (v. *infra* §§ 3 e 6) sobre o sentido e alcance da alínea *a*) n.º 1 do artigo 8.º. Conclui-se dessa forma que as regras de aplicação da Lei de combate ao terrorismo no espaço representam parcela do direito penal português interno, não obstante, em termos de taxonomia, elas constituam o direito penal internacional.

§ 2. O artigo 8.º compõe-se basicamente de «regras de aplicabilidade» sobre a concretização da Lei 52/2003 no espaço, cuja natureza jurídica é de «normas sobre normas» por buscarem delimitar o verdadeiro raio de cobertura das proibições, mandados e permissões jurídico-penais, bem como apontar “factos e circunstâncias (conexões de aplicabilidade) ligados ao ilícito-típico” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 331). Salienta-se inicialmente os profundos paralelos estabelecidos entre as regras de aplicabilidade e sua respetiva natureza com as «regras de conflitos» de natureza de «normas de segundo grau» propostas para o Direito dos Conflitos no âmbito do Direito Internacional Privado (Baptista MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis* 1998).

As regras de aplicabilidade pertencem ao reino dos «entes imperfeitos», *rectius* dos entes normativos imperfeitos, porque não criam, de forma autónoma e isolada pelo menos, deveres jurídicos *per se*. Em síntese, o dever jurídico-penal manifestar-se-á, em sua plenitude, por meio da «unidade funcional», constituída pela conjugação das normas materiais com as regras de

aplicabilidade em direito penal (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 325). Exatamente por não ser possível encontrar apenas nas regras de aplicabilidade o conteúdo total da norma jurídico-penal, “a solução do problema do âmbito de aplicabilidade duma norma (diferentemente da do «âmbito de aplicação» da mesma norma) nunca pode achar-se no conteúdo dessa norma, por isso que se trata dum problema ou questão jurídica de segundo grau” (Baptista MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis* 8), conforme salientado anteriormente.

Enquanto as normas materiais de direito penal definem os comportamentos proibidos, exigidos e permitidos, de modo a traçar o âmbito de aplicação da norma jurídico-penal; as regras de aplicabilidade determinam a extensão dos últimos, delineando o *âmbito de aplicabilidade das normas*, que é respetivamente compreendido como “conjunto de factos que, em virtude de certas conexões, se encontram sob o domínio de certo sistema normativo”, não se confundindo com a «esfera de jurisdição dos tribunais» (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 18). Portanto, as regras de aplicabilidade do artigo 8.º apenas circunscrevem o âmbito de aplicabilidade da Lei de combate ao terrorismo, caracterizando-se pela regulamentação de leis, *rectius* por “determinar o sistema ou sistemas jurídicos dentro de cujo âmbito de eficácia se insere uma *qualquer* situação de facto” (Baptista MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis* 190).

Em síntese: a *natureza* do artigo 8.º é de norma de segundo grau (ou de norma sobre norma), porque ele é composto de regras de aplicabilidade que auxiliam, de forma determinante, a circunscrição do âmbito de aplicabilidade da Lei 52/2003 (o que se pode caracterizar como a *finalidade* do próprio artigo). Este não se confunde com o âmbito de aplicação determinado pelas normas materiais que traçam as proibições, os mandados e as permissões jurídico-penais. Portanto, o *conteúdo* do artigo 8.º é constituído por regras de aplicabilidade (nomeadamente os seus n.ºs 1 e 2), segundo diversas conexões de aplicabilidade (nomeadamente as alíneas *a*) e *b*) de seu n.º 1).

§ 3. Apontadas as considerações iniciais sobre o artigo 8.º, cabe agora avançar para o seu primeiro segmento: “1 – Para efeitos da presente lei, e salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável aos factos cometidos fora do território nacional”. Esta primeira regra de aplicabilidade divide-se em duas partes. A parte inicial, a saber, “salvo tratado ou convenção internacional em contrário”, consagra uma *cláusula geral de prevenção de conflitos positivos de competência jurisdicional* em

homenagem à adoção antiga, pelo direito penal português, da “afirmação do *primado do direito internacional sobre o direito nacional*” (Furtado dos SANTOS, *BMJ* 189 Nt. 44). Considera-se o direito internacional convencional como fonte do *princípio universalista* (v. *infra* §§ 9, 10, 11 e 12), cujo caso é a luta internacional contra o terrorismo (Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais* 215; Figueiredo DIAS, *DP* 1³ 267, que é objeto da lei onde se insere o artigo 8.º. Por sua vez, a parte restante do n.º 1 do artigo 8.º constitui o núcleo desta regra de aplicabilidade (“a lei penal portuguesa é aplicável aos factos cometidos fora do território nacional”): a “regra de competência jurisdicional” que delimita (“para efeitos da presente lei”) o “âmbito de eficácia *real*” da Lei de combate ao terrorismo (*supra*, § 1, *in fine*). Não por outras razões, considera-se, de forma resumida, o artigo 8.º “uma regra de aplicação no espaço da lei interna, em caso de ato cometido fora do território nacional” (SILVEIRA/ROMÃO, *Europa – Novas Fronteiras* 235).

A (“regra de) competência jurisdicional” não se confunde com a (de) “competência judiciária”, ou, em outros termos, o âmbito de aplicabilidade das normas não é o mesmo que a “esfera de jurisdição dos tribunais” (XAVIER, *Direito e Justiça* 57 s.; SCHUTTE, *RPCC* 15). Ambas constituem “questões distintas e que, por vezes, se confundem em virtude da sua íntima ligação”: a “competência jurisdicional” aponta a lei penal *material* aplicável a determinados factos e circunstâncias, segundo variados critérios de conexão, e, por sua vez, a “competência judiciária” determina “qual o tribunal que deve aplicá-la” (Furtado dos SANTOS, *BMJ* 186). Nos mesmos moldes, pode-se falar de “competência criminal internacional” em que as “normas de direito penal substantivo” determinariam “o domínio de aplicação da lei penal no espaço”, enquanto as “normas de direito penal adjetivo” fixariam “a competência dos tribunais portugueses, os limites de exercício da ação penal e as formas processuais a seguir” (Furtado dos SANTOS, *BMJ* 189 s.). Buscando o reforço do desenvolvido *supra* § 2, é extraída a seguinte relação: as conexões de aplicabilidade das alíneas *a*) e *b*), contidas na regra de aplicabilidade do n.º 1, circunscrevem o âmbito de aplicabilidade da Lei 52/2003, determinando o(s) sistema(s) jurídico(s) envolvido(s) por meio da competência jurisdicional adotada, quanto a factos praticados fora do território nacional.

§ 4. Ao comentar o artigo 4.º do CP, mas, segundo se pensa aqui, também seria válido para essa parte do artigo 8.º, tem-se que: “o conceito de território nacional ou território português é extrapenal (constitucional) e impõe-se à lei penal” (Pinto de ALBUQUERQUE, 96 Nm. 4).

Compreende-se assim, por território português, a superfície terrestre, o subsolo, o mar territorial (“1 – A largura do mar territorial português é de 12 milhas marítimas”, artigo 1.º da Lei n.º 33/1977, de 12 de maio), o espaço aéreo e os arquipélagos dos Açores e da Madeira (artigo 5.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa). Por exclusão, considera-se “fora do território nacional”: a plataforma continental; a zona económica exclusiva, “cujo limite exterior é uma linha em que cada ponto se encontra a uma distância de 200 milhas marítimas do ponto mais próximo da linha de base a partir da qual se mede a largura do mar territorial português” (artigo 2.º, n.º 1, da Lei 33/1977, de 12 de maio); a superfície terrestre; o subsolo; o mar territorial; o espaço aéreo de outros Estados pertencentes ou não à União Europeia; bem como o porão de aeronaves e navios portadores de outra bandeira que não a portuguesa. Quanto aos Estados não pertencentes à União Europeia, os denominados Estados terceiros, conforme melhor se desenvolverá à frente (*infra*, § 19), antecipa-se a seguinte observação: nas hipóteses casuísticas que envolvam Estados terceiros, as possibilidades de inaplicabilidade do artigo 8.º são enormes, o que remeterá, na prática, aos mecanismos tradicionais de cooperação judicial e de estabelecimento de relações diplomáticas entre os Estados envolvidos em virtude da inexistência de tratado ou convenção global sobre o combate ao terrorismo que discipline tal matéria – sem que tais palavras representem, pelo menos de nossa parte, qualquer *plaidoyer* por sua concretização no plano do direito internacional penal.

§ 5. São os diversos critérios de extraterritorialidade que legitimam as “conexões de aplicabilidade” na “*regra de competência jurisdicional*”, que, por sua vez, reclama a aplicação da lei penal substantiva incriminadora, *rectius* dos tipos penais, conforme as alíneas *a*) e *b*) deste n.º 1 do artigo 8.º. Embora essa regra gire ao redor do *princípio geral* da territorialidade, conforme o artigo 4.º, alínea *a*), do CP (Furtado dos SANTOS, *BMJ* 182 s. e 191; FERNANDES/LEAL, *RMP* 93 e 97; Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal* 71; XAVIER, *Direito e Justiça* 61; CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 321; Faria COSTA, *DP* 97), no âmbito da Lei 52/2003, segundo os termos “para efeitos da presente lei”, a “*regra de competência jurisdicional*” fundamenta-se em critérios subsidiários de ordem extraterritorial.

Para uma melhor compreensão do traço principal da territorialidade neste âmbito, cabe lembrar que, para além do carácter de elemento de conexão do facto com a lei, o território é visto “como verdadeira categoria transcendental do *ius puniendi*” por três razões básicas: (*i*) a compreensão

do âmbito de aplicabilidade da lei penal como “problema de aplicação da lei ‘no espaço’”, (ii) a centralidade no critério da territorialidade (enquanto princípio geral) e (iii) a “dicotomia ‘competência territorial’ e competência extraterritorial” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* p. 32). Assim, de forma conjugada, os princípios empregados como fundamentos da extraterritorialidade da aplicação da lei penal no espaço tem caráter subsidiário ou complementar (FERNANDES/LEAL, *RMP* 94 97; Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal* 73; Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais* 196 216; SCHUTTE, *RPCC* 31; Figueiredo DIAS, *DP* 1³ 268-69; GARCIA/RIO, *Código Penal* 45). Enquanto nítida exceção ao critério da territorialidade, as razões de extraterritorialidade da aplicação real da Lei de combate ao terrorismo decorrem de alguns dos respetivos *princípios subsidiários*, que fundamentam cada uma das alíneas deste n.º 1 do artigo 8.º. Constituem “princípios de conexão do poder punitivo do Estado nacional com o crime cometido”, segundo diversos critérios extraterritoriais, de maneira que todos buscam “prevenir a impunidade que poderia resultar de *conflitos negativos de jurisdição*” (Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais* 221 216; Figueiredo DIAS, *DP* 1³ 269-70). Contudo, essas “regras de aplicabilidade da lei a factos extraterritoriais envolvem, virtualmente *sempre*, conflitos potenciais entre as pretensões jurisdicionais dos Estados, por se destinarem a proibir ou impor comportamentos que, salvas raras exceções, ocorrerão num lugar sujeito a um poder alheio” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 329).

Para além das razões apresentadas *supra*, artigo 7.º § 1, complementa-se que a adoção dos princípios de proteção real e de universalidade (ou de justiça universal), como princípios gerais de aplicabilidade, retratam também a Lei de combate ao terrorismo como direito penal secundário. No direito penal clássico, o princípio geral adotado é o da territorialidade (v. artigo 4.º do CP), entretanto, nesta lei, há uma *predominância* (obviamente sem anular ou afastar aquele) dos princípios de proteção real e de universalidade (ou de justiça universal). Nesse sentido, respetivamente destaca-se que: “Para o terrorismo e organizações terroristas, que visem atentar contra a paz pública interna, a partir do exterior, continua a valer a regra realista que constava anteriormente do 5.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 deste preceito” e “o estabelecimento de uma jurisdição universal sobre crimes de terrorismo internacional e de organizações terroristas internacionais” (Conde FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes* 1 232 Nm. 4).

§ 6. Segundo a primeira (regra de) conexão de aplicabilidade do artigo 8.º, n.º 1, alínea *a*), “Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 2.º e 4.º”. Esta primeira conexão de aplicabilidade justifica a aplicação desta legislação penal aos factos cometidos fora do território nacional. É denominada de *regra de conexão extraterritorial* (chamadas “conexões de competência” por Figueiredo DIAS /CAEIRO, *RLJ* 3953 2005 72), cujo fundamento é a “ofensa de interesses fundamentais do Estado Português” (XAVIER, *Direito e Justiça* 74), a saber: o bem jurídico penal da paz pública tutelado pelos crimes de organizações terroristas e de terrorismo (*supra*, artigo 2.º § 3 e s. e 4.º §§ 4 e s., 36 e 139).

Considerando-se as alterações promovidas pela Lei 52/2003, “ao nível dos factos incriminados, através nomeadamente de um desdobramento entre terrorismo com um âmbito exclusivamente nacional e terrorismo internacional e da complexificação das previsões anteriores” (SILVEIRA/ROMÃO, *Europa – Novas Fronteiras* 235), chegamos à divisão e correlação que permeará o presente comentário: o terrorismo de cariz nacional é regulado por meio dos artigos 2.º e 4.º, cujo bem jurídico tutelado é a paz pública interna/nacional (*supra* artigos 2.º § 3 e s. e 4.º §§ 4 e s., 36 e 139), aplicando-se a alínea *a*), n.º 1, artigo 8.º; por sua vez, o terrorismo de cariz internacional é disciplinado pelos artigos 3.º, 5.º e 5.º-A, cujo bem jurídico é a paz pública externa/internacional, aplicando-se a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 8.º (*supra* artigos 3.º, § 8, 5.º § 3 e 5.º-A § 14).

Na análise da Lei de combate ao terrorismo, percebe-se que a tutela da paz pública é a *interna*, o que, por sua vez, faz desta alínea *a*) uma materialização do *princípio-de proteção ou -da defesa de certos interesses nacionais* (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 238; Pinto de ALBUQUERQUE, 100 Nm. 11; Figueiredo DIAS, DP Iº 256).

Quanto ao fundamento desta *conexão de aplicabilidade*, vincada no *princípio-de proteção ou -da defesa de certos interesses nacionais*, ele decorre do facto “de que não pode deixar-se a outros Estados a proteção de tais interesses” (SCHUTTE, *RPCC* 24).

É “a *substância* – não necessariamente a *titularidade* – do bem jurídico que o torna em interesse nacional”, o que justifica falar-se “desta vertente do princípio da defesa de interesses nacionais, de um *princípio de proteção real*” (Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais* 213; e Figueiredo DIAS, DP Iº 264, “por isso se falando hoje com propriedade, a respeito desta vertente do princípio da defesa de interesses nacionais, de um princípio de proteção *real*.”). Há duas possibilidades de manifestação (ou

vertentes) do princípio de proteção, uma enquanto “*garantia jurídica individual* (princípio da personalidade passiva)” e outra como “*garantia jurídica do Estado* (princípio real)” (AMBOS, *Persona y Derecho* 240; Furtado dos SANTOS, *BMJ* 187). A conexão de aplicabilidade desta alínea *a*) funda-se na última delas, o *princípio de proteção real*, que permite, em termos práticos, “a consagração da possibilidade de aplicação concreta do direito penal [português] estrangeiro no País [estrangeiro] (...) para além da mera aplicação convencional na matéria em apreço” (FERNANDES/LEAL, *RMP* 95, interpolação livre). Em síntese, nesta alínea *a*) do n.º 1 do artigo 8.º é indiferente que: (i) o agente seja português, nacional de Estados membros, nacional de Estados terceiros ou apátrida; (ii) o facto punível tenha sido cometido dentro ou fora do território nacional (Furtado dos SANTOS, *BMJ* 187; Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais* 196; Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal* 74; Pinto de ALBUQUERQUE, 100 Nm. 11; AMBOS, *Persona y Derecho* 240; Figueiredo DIAS, *DP* I³ 243; ou que o (iii) facto praticado seja punível pela *lex loci* onde esteja o agente (GARCIA/RIO, *Código Penal* 45).

Por todo o exposto, conclui-se que esta alínea *a*) constitui uma *regra de conexão de competência (jurisdicional) extraterritorial incondicionada* (ou *regra de “competência extraterritorial incondicionada”* para Figueiredo DIAS /CAEIRO, *RLJ* 3953 2005 79 s.). Ela não se prende apenas ao carácter substancial do bem jurídico-penal nacional tutelado pelas razões apresentadas. Ao se relembrar que as normas primárias determinam os bens jurídicos protegidos (denominadas de normas materiais de direito penal, *v.g.* os tipos penais dos artigos 2.º e 4.º, *supra* § 2), e, sendo o respetivo género normativo, de normas secundárias (denominadas acima de normas de segundo grau ou normas sobre normas, *v.g.* a regra de aplicabilidade do n.º 1 do ar. 8.º) a determinar a regra de conexão de competência jurisdicional-extraterritorial incondicionada contida na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 8.º, destaca-se que: “o facto de o bem jurídico protegido ser especificamente nacional não implica, de forma necessária, que o âmbito de eficácia das normas que o protegem seja exclusivamente territorial”, e, para além disso, são exatamente as normas que tutelam “os interesses mais importantes do Estado Português” – mencionando os que punem a ofensa a paz pública, *v.g.* – aquelas “que gozam de uma aplicabilidade extraterritorial incondicionada, em virtude de sua inclusão no artigo 5.º, n.º 1, *al. a*)” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 265).

§ 7. Quanto às *críticas* dirigidas à alínea *a*), a mais divulgada delas é a da sua capacidade proliferativa de conflitos positivos de jurisdição, pois é

inegável que o direito de jurisdição dos Estados, quando operacionalizado de forma extraterritorial, “determina potencialmente um conflito efetivo e positivo de competências, já que aquele há de pretender exercer-se em espaços territoriais sob soberania de outros Estados” (CALDAS, *Temas de Direito Penal Económico* 99). Por sua vez, na esfera das relações internacionais, isso poderia também gerar uma indevida ingerência em alguns assuntos internos dos Estados, pois, bem ou mal, o exercício extraterritorial do direito de jurisdição representaria a projeção do *ius puniendi* nacional em território de outra soberania, “o Estado estrangeiro exercita seu próprio ‘poder de proibição’ em território alheio” (AMBOS, *Persona y Derecho* 226 s.).

§ 8. O texto da segunda regra de conexão de aplicabilidade, contida na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 8.º, enuncia: “Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 3.º, 5.º e 5.º-A, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em execução de mandado de detenção europeu”. Inicialmente faz-se uma breve nota histórica sobre esta alínea no ordenamento jurídico-penal português. Como se sabe, ela sofreu alterações por meio do artigo 61.º da Lei 25/2008, de 5 de junho, cuja redação revogada era: “Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 3.º e 5.º, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em execução de mandado de detenção europeu” (destaque livre). Considerando isso, pode afirmar-se que, ao menos, de forma predominante, a conexão de aplicabilidade desta *regra de conexão extraterritorial*, justificadora da aplicação da legislação penal portuguesa aos factos cometidos fora do território nacional, decorre do *princípio da universalidade* (ou *da justiça universal*), *scilicet*, “aquele onde mais nitidamente se revela a ideia de coordenação dos esforços dos diferentes Estados” (XAVIER, *Direito e Justiça* 75).

Variadas são as concepções sobre esse princípio, a saber: a sua “preocupação (...) em punir factos que atentem contra certos princípios fundamentadores de sociedades pacíficas e civilizadas” (FERNANDES/LEAL, *RMP* 100); a proteção de “bens jurídicos que qualquer nação culta reconhece e que têm de característico serem alvo de ataque de organizações criminosas internacionais de tal modo que qualquer facto representa, ao menos em abstrato, um perigo para qualquer nação” (GARCIA/RIO, *Código Penal* 45); a punição de “todos os factos juridicamente relevantes dirigidos contra os interesses da humanidade” (Pinto de ALBUQUERQUE, 100 Nm. 12); ou ainda a “regra que estende o poder punitivo do Estado a factos extraterritoriais” (CAEIRO, *Fundamento*,

conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado 239). Dentre tais concepções mencionadas, apenas se regista as mais sinceras e profundas dúvidas sobre o que seriam “sociedades pacíficas e civilizadas” (FERNANDES/LEAL) e “nações cultas” (GARCIA/RIO).

As características desse princípio resumem-se: (i) na presença do autor no espaço do Estado que reclama a aplicabilidade da norma primária, desde que não tenha sido punido nem cumprido pena no estrangeiro (cf. Furtado dos SANTOS, *BMJ* 1960 188; GARCIA/RIO, *Código Penal* 45; CONDE FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes* I 232 Nm. 4); (ii) na irrelevância da nacionalidade do autor, da vítima, do local da prática do facto (cf. Furtado dos SANTOS, *BMJ* 188; Pinto de ALBUQUERQUE, 100 Nm. 12; GARCIA/ RIO, *Código Penal* 45; AMBOS, *Persona y Derecho* 245), bem como da concreta titularidade ou localização dos bens jurídicos ofendidos (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 239).

§ 9. A primeira parte da alínea *b*) retira o seu fundamento de conexão extraterritorial dos contornos e peculiaridades do bem jurídico tutelado pelos crimes de “outras organizações terroristas” (artigo 3.º), “terrorismo internacional” (artigo 5.º) e “financiamento do terrorismo” (artigo 5.º-A): a *paz pública externa ou internacional*.

É inegável que a conjectura geográfica-política-jurídica da União Europeia implica uma correlação entre a paz pública interna de cada Estado membro e a paz pública internacional, a justificar que, nos crimes de terrorismo internacional, em especial contra os Estados e as organizações terceiras, “a territorialidade dos factos perturba intensamente a paz pública da União” (Figueiredo DIAS / CAEIRO, *RLJ* 3953 2005 75). Não por outras razões, conforme dispõe o artigo 29.º do Tratado da União Europeia, a tutela do «espaço de liberdade, segurança e justiça» leva a “incumbir ao sistema penal de cada Estado-Membro a proteção dos demais Estados-Membros, suas instituições e populações” (CONDE FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes* I 224 Nm. 2). Considerando-se todos esses fatores, o regime de combate ao terrorismo, “quer a sua vertente meramente interna, quer uma vertente internacional (defendendo bens jurídicos necessariamente supranacionais)” (SILVEIRA/ROMÃO, *Europa – Novas Fronteiras* 237), acaba por buscar a tutela dos “interesses fundamentais da comunidade internacional” (Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal* 76).

§ 10. Nesse contexto, é notável a viragem da Lei 52/2003. Não se pode negar a alteração do que se protege *hoje* nesses tipos penais mais recentes

em relação ao que se tutelava antes. Isto é perceptível, principalmente se se detiver na análise do revogado artigo 300.º do CP e o atual artigo 3.º da Lei em comento, pois “até aqui o crime de organizações terroristas, então previsto no artigo 300.º do Código Penal, apenas protegia o Estado português, as suas instituições e população, ou os residentes no seu território”, mas, com a recente finalidade de proteção da paz pública da União, também se juntou “a proteção das instituições internacionais, estados e populações estrangeiras, na medida em que essa proteção replicará, reflexamente, na proteção interna da própria União, por força da dimensão internacional e global do terrorismo” (CONDE FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes* I 217 Nm. 2).

A acompanhar esse mesmo fio condutor, lembra-se que o revogado artigo 300.º do CP localizava-se topograficamente na secção II (“Dos crimes contra a paz pública”), capítulo V (“Dos crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas”) do Título IV (“Dos crimes contra a vida em sociedade”), bem como que “a generalidade dos crimes contra o Estado português apenas tutela interesses do próprio Estado e não de entidades estrangeiras. Já não assim a Lei de Combate ao Terrorismo, Lei 52/2003, de 22-8, que se ocupa do próprio terrorismo internacional” (GARCIA/RIO, *Código Penal* 46).

Um outro fator crucial dessa viragem decorre da inserção do terrorismo no conceito indeterminado de crimes internacionais. Mesmo a tentativa de os delimitar por meio do critério do bem jurídico tutelado, o qual, em razão das feições particulares, interessa “à comunidade internacional de Estados (a ordem, a paz ou a segurança internacionais)” (BUENO ARUS, *Estudos Figueiredo Dias III* 177), não convence. Nomeadamente por sua circularidade conceitual (o “terrorismo é o mais internacional dos delitos internacionais”), que não somente se pode fazer aplicar o princípio da competência da justiça penal universal ao propriamente chamado terrorismo internacional, “senão que a qualquer delito qualificável de terrorismo ainda que todos seus elementos apresentem-se no mesmo Estado, porque, ainda nessa situação, é suscetível de sentir a ameaça de associação delinquente que tenha cometido o delito (Não só é poderoso cavaleiro o Senhor Dinheiro; mas também o Medo)” (BUENO ARUS, *Estudos Figueiredo Dias III* 178).

Não é por menos que uma parcela da doutrina jurídico-penal nacional menciona a necessidade de “adaptação” das regras de “competência em razão do espaço” por causa da “recepção de um novo bem jurídico – a paz pública internacional” (Conde FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes* I 232 Nm. 4). Embora não aponte como necessária a punição de algumas

formas de terrorismo, inseridas na noção ampla de crimes internacionais, mediante a regra da universalidade, “também é verdade que uma tutela eficaz desses interesses pode exigir que os Estados exerçam o seu poder punitivo independentemente do lugar onde o facto foi praticado e da nacionalidade do agente ou das vítimas” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 243 Nt. 652 s.). Nesse sentido, os bravíssimos ventos que sopram *contra* um direito penal liberal, segundo se pensa, também se manifestaram na Lei de combate ao terrorismo.

Considerando todos os aspetos levantados, nota-se a condução do pêndulo da proteção de interesses portugueses para o de interesses comunitários europeus e internacionais, junto aos quais o Estado Português participa em maior ou menor intensidade. Pode concluir-se que há “uma ‘europeização’ do bem jurídico: a paz pública interna é alargada à paz pública da União” (Figueiredo DIAS/CAEIRO, *RLJ* 3953 2005 73).

Cada um dos Estados diante de “sua qualidade de membro da ‘comunidade internacional’ e a capacidade para exercer o poder punitivo chamam-no à corresponsabilidade pela preservação da paz e da segurança dessa *outra* comunidade onde se insere, não em todos os seus aspetos, mas naqueles que os Estados, conjuntamente, entendem transcender o âmbito puramente interno”, o que também não se pode deixar descurar que “quando o Estado, ao abrigo de um poder jurídico-internacionalmente legítimo (não importa se no exercício de um direito ou no cumprimento de um dever), afirma a sua jurisdição sobre crimes internacionais praticados fora do seu território: o Estado age aí, por assim dizer, numa veste diferente, porque atua com vista à proteção de uma outra comunidade (a internacional), para a qual se requer, não a exclusividade típica da jurisdição estatal, mas sim a *colaboração* de vários titulares” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 242 244).

Por todo o exposto, justifica-se a adequação do princípio universalista para os “factos que lesionam ou, ao menos, ameaçam os interesses de segurança não apenas do Estado ajuizador senão também de outros Estados; nesta linha defende interesses comuns de segurança de todos os Estados” (AMBOS, *Persona y Derecho* 246 s.). Assim, em especial, para a Lei de combate ao terrorismo, não parece ser outro o sentido apontado na afirmação de que “a prática de crimes terroristas e as organizações terroristas, mesmo que dirigidas contra terceiros, ofendem *mediatamente* a paz pública europeia sempre que apresentem uma conexão relevante com o ELSJ [Espaço de liberdade, de segurança e de justiça]” (Figueiredo DIAS/CAEIRO, *RLJ* 3953 2005 74).

§ 11. Portanto, esta alínea *b*) materializa o *princípio da justiça universal* ou da *universalidade* (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 248 s.), pois o bem jurídico tutelado nos artigos 3.º, 5.º e 5.º-A é a paz pública externa/internacional, enquanto que o princípio da proteção real se concretiza na alínea *a*) do artigo 8.º, pois o bem jurídico tutelado nos artigos 2.º e 4.º da LCT é a paz pública interna/nacional. Contudo, fica a ressalva de que, quanto ao artigo 5.º-A, “o bem jurídico protegido pela incriminação é a paz pública interna ou a internacional, consoante a natureza do terrorismo que o financiamento visa apoiar” (CONDE FERNANDES, *Comentário das Leis Penais Extravagantes* I 227 Nm. 4). Considerando-se “a persecução do terrorismo internacional, que, em última instância, ameaça a segurança de todos os Estados, inclusive e de modo particular, em seu próprio âmbito de soberania” (AMBOS, *Persona y Derecho* 247), os tipos penais dos artigos 3.º, 5.º e 5.º-A da LCT atenderão ao *princípio da assimilação*, em que “a norma interna, originariamente elaborada para proteger os bens jurídicos do Estado-membro, passa a proteger também os bens jurídicos da Comunidade” (CAEIRO, *RPCC* 1996 192).

§ 12. Na segunda parte da alínea *b*) manifesta-se o *princípio da administração supletiva da justiça penal ou da justiça criminal supletiva*. Isso porque “preenche em primeiro lugar lacunas na persecução dos delitos, que surgem quando seu autor foge para outro Estado para evitar a pena. Em tais casos, a persecução penal poderia tropeçar em que o autor, por razões jurídicas ou fácticas, não pode ser entregue pelo Estado que o capturou ao Estado do lugar do facto” (AMBOS, *Persona y Derecho* 249). Tal princípio foi introduzido pela reforma do CP de 1998, nos moldes do artigo 5.º, n.º 1, alínea *b*), “nos termos do qual o Estado pune os factos juridicamente relevantes cometidos fora do território nacional contra estrangeiros por estrangeiros que se encontram em Portugal, mas que não podem ser extraditados” (Pinto de ALBUQUERQUE, 100 Nm. 15).

Dessa forma, a aplicação extraterritorial da LCT depende aqui de *(i)* o agente ser encontrado em Portugal e *(ii)* não poder ser extraditado ou entregue em execução de mandado de detenção europeu. Em relação às duas condições de aplicação extraterritorial da LCT expostas, traça-se as seguintes observações: *(i)* face à primeira, a doutrina penal nacional ou vincula a condição de estar o agente em território nacional com o princípio da universalidade (Furtado dos SANTOS, *BMJ* 188; CORREIA, *Direito Criminal I* 178; Faria COSTA, *DP* 106) ou refere-se a uma “universalidade ‘condicionada’ ” por exigir o

atendimento de certos pressupostos para a incidência da jurisdição judicativa, aqui, *v.g.* a presença do agente em território (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 241); (ii) quanto à segunda, compreende-se que a alínea *b*), n.º 2, artigo 8.º, da LCT, visou resguardar-se diante da possibilidade de recusa facultativa de execução do mandado de detenção europeu (*v.* artigo 12.º, n.º 1, alínea *ii*), da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto). Há aqui uma manifestação nítida do *princípio da administração supletiva da justiça penal*. Sobre essa segunda exigência, ao tratar do art. 5.º-1 do CP, levanta-se a questão de “se ela vale apenas para o caso em que a extradição/entrega foi requerida, mas não pode ser *concedida*, ou ainda para o caso de a não concessão derivar de ela não ter sido requerida”. Sendo “a interpretação mais ampla” a que deve aqui prevalecer exatamente em virtude da “teologia específica do princípio da universalidade” (Figueiredo DIAS, DP I³, 266.)

Diante do exposto, trata-se nesta segunda parte de uma *cláusula mista de prevenção de lacunas de persecução criminal por conflito negativo de competência judiciária*, considerando-se que o Estado Português não pode atender ao pedido de extradição passiva nem dar cumprimento ao mandado de detenção europeu.

§ 13. Além de se constituir-se em “competência universal (condicionada)” (Figueiredo DIAS /CAEIRO, RLJ 3935 2005 79) ou *universalidade condicionada* (*supra* § 12), trata-se também aqui de uma *regra de universalidade imperfeita* ou *relativa*, pois “oponível apenas aos Estados-Partes que se encontram vinculados pela convenção em causa e dotada, portanto, de *eficácia particular* (ou *relativa*)” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 245 s.). O que vale nomeadamente para a presente Lei, posto que, conforme se sabe, até o momento, não há uma convenção internacional de alcance global de combate ao terrorismo, “em virtude da dificuldade de se alcançar uma definição consensual, internacionalmente vinculante, do próprio crime” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 252 Nt. 678), embora existam vários instrumentos internacionais, disponibilizados de forma fragmentada, seja de natureza regional, comunitária e internacional. O que não deixa de levar ao questionamento da “*legitimidade* da União para impor aos Estados membros o estabelecimento de sua jurisdição penal, em função da nacionalidade, sobre factos praticados fora do território europeu, contra entidades terceiras relativamente à União”, bem como, além da questionável operacionalidade, a duvidosa imposição da União Europeia “aos Estados membros que exerçam a sua jurisdição penal sobre

factos praticados pelos seus nacionais, fora do território europeu e contra entidades terceiras em relação à União” (Figueiredo DIAS/CAEIRO, *RLJ* 3935 2005 75). Em resumo: a eficácia real da alínea *b*) limita-se ao espaço jurídico da União Europeia com todas as dificuldades conhecidas.

Desta forma, adverte-se que a miscelânea promovida pelas duas partes da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 8.º muito provavelmente fará com que surjam significativas dificuldades de concretização jurídico-práticas. Inicialmente porque a primeira parte rege-se pelo princípio da justiça universal (baseado em uma conceção de *ius puniendi* originário), o que é independente das pretensões estatais do lugar do facto praticado, por outro lado, a segunda parte rege-se pelo princípio da justiça supletiva, vincada em um *ius puniendi* derivado, já que se trata de “extensão do *ius puniendi* em representação e com o consentimento do outro Estado”; ainda se complementa que “impedir uma impunidade jurídica ou fáctica no Estado do lugar do facto não pode ser obra da justiça criminal supletiva, mas somente do princípio da justiça universal. Isso convida a falar não de impunidade, mas de uma conseqüente delimitação de princípios”, ou ainda, “se a sociedade internacional quer assegurar a escala mundial a punibilidade de determinadas condutas, há de submetê-las ao princípio da justiça universal” (AMBOS, *Persona y Derecho* 251 s.).

Não por acaso, discute-se a legitimidade desta alínea *b*) do n.º 1, devido a sua vinculação à regra da universalidade, o que coloca a questão de se “se convencionou uma regra de universalidade (relativa, própria e condicionada), ou uma obrigação de consagrar, no direito interno, um mecanismo de administração supletiva da justiça penal em relação a esses crimes (dependente, portanto, da concreta não satisfação de um pedido de extradição efetivamente apresentado por um Estado com um título de jurisdição ‘clássico’)” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 253). No mandado de detenção europeu (*supra*, § 13), no artigo 12.º, n.º 1, alínea *ii*) da Lei 65/2003, de 23 de agosto, há um afloramento do princípio da administração supletiva da justiça penal. Por fim, cabe lembrar que, ainda que superadas todas as dificuldades práticas, no âmbito jurídico-processual penal, para os crimes dos artigos 3.º, 5.º e 5.º-A, da Lei 52/2003, “a materialidade dos factos que convocam a regra da universalidade atrairá, por definição, outras jurisdições, que, após a decisão do tribunal português, poderão considerar-se impedidas de atuar o seu *ius puniendi* em virtude do princípio *ne bis in idem*”, o que conduz a que “tudo o que depõe na adoção de particulares cuidados quando se trata de *exercer* a jurisdição universal, de maneira a que uma indesejável impunidade não cresça à sombra da impossibilidade de provar o

crime devida à circunstância de a jurisdição do foro se encontrar manifestamente impreparada para o efeito” (CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado* 293). E se acrescente, e vice-versa, conforme o sentido de muitos dos regimes jurídicos próximos ao do português.

§ 14. O n.º 2 do artigo 8.º dispõe: “Aos crimes previstos na alínea a) do número anterior não é aplicável o n.º 2 do artigo 6.º do Código Penal”. Por coerência, ao invocar a aplicação da lei penal nacional aos factos puníveis previstos nos artigos 2.º e 4.º, da LCT, quando cometidos fora do território nacional (v. *supra* § 6), o Estado Português prioriza a aplicação de sua lei penal em relação a lei penal estrangeira, em homenagem ao *princípio de proteção real* ou *de interesses nacionais*. Relativamente a versões anteriores dos artigos 5.º, n.º 1, alínea a), e 6.º, n.º 3, do CP, afirmava-se que estava “em causa a lesão de interesses vitais próprios do Estado Português, cuja tutela não pode esperar-se do Estado estrangeiro onde o facto tiver sido praticado. Deste modo, a lei portuguesa é sempre aplicável nestes casos, independentemente do que dispõe a *lex loci*” (XAVIER, *Direito e Justiça* 89). Considerando-se que a paz pública interna constitui o bem jurídico-penal tutelado pelos tipos penais supramencionados, o Estado Português não poderia dar-se por satisfeito aqui com a aplicação da lei penal estrangeira. A exceção à regra de aplicação da legislação mais favorável ao agente aqui é decorrência dos princípios realista ou da defesa dos interesses nacionais, pelas razões *supra*-expostas (§§ 6, 7 e 8 e 13).

Ainda que concretamente mais favorável ao agente, não se deve julgar segundo a lei do país em que foram praticados os factos típicos constantes dos artigos 2.º e 4.º da Lei de combate ao terrorismo. A não restrição da aplicação da lei portuguesa é explicada em razão do bem jurídico tutelado por esses dispositivos ser eminentemente de lastro nacional. Contudo, exatamente por impedir a aplicação da *lex mellior* penal estrangeira, esta competência incondicionada poderá levar ao “paradoxo de Portugal vir a punir o agente de forma mais severa do que o faria o Estado da União onde o crime foi praticado (e, na maioria dos casos, contra cujos interesses o crime foi dirigido)” (Figueiredo DIAS /CAEIRO, *RLJ* 3935 2005 80 s.).

§ 15. Concluem-se estes comentários ao artigo 8.º com a interpolação de um trecho de Faria Costa sobre o legado político-liberal pós-Vestefália: “esta ideia de limitação [diluição] espacial, quanto ao âmbito de validade da ordem jurídico-penal, veio abrir [lacrar] as primeiras janelas ou seteiras por onde a luz da legalidade, em direito penal, mais tarde [em um passado não

tão remoto], veio a entrar” (RLJ 3950 2008 290). Contudo, há de ressaltar que, segundo o n.º 1 do artigo 6.º do CP – não excluído da aplicação no n.º 2 do artigo 8.º – apenas será aplicada a lei portuguesa aos factos realizados fora do território nacional em duas hipóteses: (i) na ausência de julgamento do autor pelo Estado no qual foi praticado o facto punível; (ii) na subtração do agente ao cumprimento parcial ou total da condenação respetiva.

Bruno Oliveira Moura/Matheus Almeida Caetano

Bibliografia

- ABRANTES, António Manuel, “Limites constitucionais à (excessiva) antecipação da tutela penal nos crimes de terrorismo. Anotação às decisões n.ºs 2016-611 Q.P.C. e 2017-625 Q.P.C. do Conselho Constitucional francês”, *RPCC* (2017) 413-463.
- “Anatomia de um crime: o financiamento do terrorismo no ordenamento jurídico-penal português”, *Anatomia do Crime* 5 (2017) 95-125.
- “As obrigações internacionais de criminalização impostas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas no âmbito do combate ao terrorismo”, in José Lobo Moutinho *et al.* (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa: Universidade Católica Editora, I, 2020, 259-307.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Terrorism and penal reform: A European perspective”, *Europa – Novas Fronteiras* 16-17 (Dezembro 2004/Junho 2005) 243-262.
- *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- /BRANCO, José, org., *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- AMBOS, Kai, “Los fundamentos del ius puniendi nacional, en particular su aplicación extraterritorial”, trad. José Antonio Santos/Andrés Ollero, *Persona y Derecho* 51 (2004) 225-254.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed. /reimpr., Coimbra: Almedina, 2017.
- ANTUNES, Maria João, “Problemática penal no Tribunal Constitucional Português”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 92 (2011) 13-30.
- *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, 2017.
- BASSIOUNI, M. Cherif, “Evolving approaches to *jihād*: from self-defense to revolutionary and regime-change political violence”, in: M. Cherif BASSIOUNI/Amna GUELLALI, ed., *Jihad and its Challenges to International and Domestic Law*, The Hague: Hague Academic Press, 2010, 11-38.
- BATTAGLIA, Francesco, “L’attività legislativa italiana di recepimento degli obblighi internazionali in materia di lotta al terrorismo internazionale e combattenti stranieri”, *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo* 4 (2015) 2-26.
- BEAUVAIS, Pascal, “L’infraction-obstacle terroriste à l’épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (janvier-mars 2018) 75-85.
- BEERNAERT, Marie-Aude, “Renforcement de l’arsenal législatif anti-terroriste: entre symboles et prévention”, *Journal des Tribunaux* 134/6626 (2015) 833-836.
- BORRADORI, Giovanna, *Filosofia em Tempo de Terror. Diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, trad. Jorge Pinho, Porto: Campo das Letras, 2004.

- BRANDÃO, Nuno, “Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso”, in José de Faria COSTA *et al.*, org., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017) 239-266.
- “Colaboração probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, *Julgar* 38 (2019), 115-134.
- “O caso do ataque à Academia de Alcochete sob a perspectiva do crime de terrorismo. Anotação ao acórdão do Juízo Central Criminal de Almada (Juiz 3) de 28 de Maio de 2020”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (2020), 403-430.
- BRESSAN, Matteo, “*Foreign fighters* e lupi solitari. Una minaccia in evoluzione”, *Informazioni della Difesa* 5 (2016) 56-63.
- BRIZI, Lorenzo, “L’illecito penale costruito *ex latere subjecti*: la «finalità di terrorismo» alla prova del diritto penale del fatto”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 1 (2017) 14-25.
- BUENO ARUS, Francisco, “Terrorismo: algunas cuestiones pendientes”, in Manuel da Costa ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana Aires de SOUSA, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 153-186.
- BUSTOS RUBIO, Miguel, “Prevención y control de los medios de financiación del terrorismo como estrategia político-criminal”, *Revista Penal*, n.º 41, (2018) 27-46.
- CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação de um Direito Penal da União Europeia”, *RPCC* (1996) 189-208.
- *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado. O caso português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- “Concluding remarks”, in Francesca GALLI/Anne WEYEMBERGH, ed., *EU counter-terrorism offences*, Bruxelles: Editions de L’Université de Bruxelles, 2012) 305-312.
- “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado «direito penal do inimigo» e a sua incidência na investigação criminal”, in *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal – Novas Perspetivas e Desafios*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária/Universidade de Coimbra, 2015, 125-136.
- CAEIRO, Pedro/LEMONS, Miguel Ângelo, “Content and impact of approximation: the case of terrorist offences (Council Framework Decisions of 2002 and 2008)”, in Francesca GALLI/Anne WEYEMBERGH, ed., *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU. The Way Forward*, Bruxelles: Editions de L’Université de Bruxelles, 2013, 153-167.
- CAETANO, Matheus Almeida, *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*, São Paulo: Pillares, 2016.
- CALDAS, Luís Felipe, “Território e espaço em Direito Penal Económico – novos temas e novos azimutes”, in José de Faria COSTA, coord., *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005) 65-145.

- CALDERÓN, Silvia Mendoza, “La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas”, *Revista Penal*, n.º 41, (2018) 136-152.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Terrorismo e direitos fundamentais”, in Manuel Monteiro Guedes VALENTE, coord., *Criminalidade organizada e criminalidade de massa. Interferências e ingerências mútuas*, Coimbra: Almedina, 2009, 19-30.
- CARASUSAN, Román Echaniz, “Ertzaintza, periciales y autoadoctrinamiento”, *Grupo de Estudios en Seguridad Internacional*, Universidad de Granada, disponível em www.seguridadinternacional.es, (2017) 1-6.
- COLAIOCCO, Sergio, “Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015”, *Archivio Penale* 1 (2015) 1-12.
- CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, dir., *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Tomo I, reimpr., Coimbra: Almedina, 2007.
- COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- “O princípio da territorialidade entre Portugal e o Brasil”, *RLJ* 3950 (2008) 285-293.
- *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- COTTU, Enrico, “Altre «soavi inquisizioni» le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 1 (2017) 191-207.
- COTTU, Enrico/MAZZACUVA, Francesco, “Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive e limiti”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 1 (2017) 11-25.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, “Do terrorismo. Reflexões jurídico-políticas”, *Direitos Fundamentais e Justiça* 8 (2009) 65-72.
- D’AVILA, Fabio, “O direito penal na «luta contra o terrorismo»”, in: Manuel da Costa ANDRADE et al., org., *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 185-209.
- D’AGOSTINO, Luca, “I margini applicativi della condotta di partecipazione all’associazione terroristica: adesione psicologica e contributo causale all’esecuzione del programma criminoso”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 1 (2017) 81-95.
- DE MARINIS, Francesca, “Considerazioni minime intorno al tentativo di arruolamento, tra legislazione e prassi giurisprudenziale”, *Diritto Penale Contemporaneo* 7-8 (2017) 71-78.
- DÉCIMA, Olivier, “Terreur et métamorphose. À propos de la loi n.º 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme”, *Recueil Dalloz* 31, 192/7700 (2016) 1826-1835.
- DELHAISE, Elise/FIEVET, Coline, “Frontières intelligentes et nouvelles incriminations pénales: l’Union européenne face à la problématique des «Foreign terrorist fighters»”, *Journal des Tribunaux* 136/6676 (2017) 113-120.

- DENNINGER, Erhard, “Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgese”, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B-10-11 (2002) 22-30.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, 2.^a reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- *Direito Penal. Parte Geral*, I, 3.^a ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.
- “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3998/145 (2016) 250-266.
- dir., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Coimbra, Coimbra Editora: Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, 2.^a ed., 2012; e Tomo II, Artigos 202.º a 307.º, 1999.
- /ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*. Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal (3.º ano), Coimbra: datilografado, 1996.
- /CAEIRO, Pedro, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto). Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3935/135 (2005) 70-89.
- FERNANDES, Alda Freitas/LEAL, Jorge Cruz, “Da aplicação da lei penal no espaço”, *RMP* 12 (1982) 93-102.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, reimpr. da 4.^a ed., Lisboa: Almedina, 2010.
- FONSECA, Jorge, *Crimes de Empreendimento e Tentativa. Um Estudo com Particular Incidência sobre o Direito Penal Português*, Coimbra: Almedina, 1986.
- GAFI, *Financing of the Terrorist Organisation Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL)*, FATF/OECD, 2015.
- GARCIA, M. Miguez/RIO, J. M. Castela, *Código Penal. Parte Geral e especial. Com notas e comentários*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- GALLO, Paolo, “Il dopo 11 Settembre: un nuovo concetto giuridico di «pericolo». Tra libertà individuale ed esigenze di tutela della sicurezza collettiva”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche* 2-3 (2007) 427-438.
- GÓMEZ MARTÍN, Victor, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, in LUZÓN PEÑA, org., *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas: La Ley, 2010, 1011-1040.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, dir., *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Valladolid: Lex Nova, 2011.
- GÜNTHER, Klaus, “Da liberdade à segurança – os fundamentos normativos do direito penal em mudança”, *Anatomia do Crime* 4 (2016) 9-21.
- HÄBERLE, Peter, *Estado Constitucional Cooperativo*, trad. Marcos Augusto Maliska/Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- HORGAN, John, “Psychology of terrorism: introduction to the special issue”, *American Psychologist* 72/3 (2017) 199-204.
- HRISTOVA, Hristina, *El Fenómeno de los Combatientes Extranjeros en Siria e Irak: Medidas Legales en España Frente al Riesgo de los Retornados*, Instituto de Ciencias Forense y de la Seguridad/Universidad Autónoma de Madrid, 2015.
- KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, org., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1, 5.^a ed., Baden-Baden: Nomos, 2017.
- LAUDI, Maurizio, *I Casi di Non Punibilità dei “Terroristi Pentiti”*, Milano: Giuffrè, 1983.
- LEOTTA, Carmelo Domenico, “La repressione penale del terrorismo a un anno dalla riforma del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. dalla l. 17 aprile 2015, n. 43”, *Archivio Penale* 1 (2016) 11-27.
- LICCIARDELLO, Salvo, “Foreign fighters: soggetti di diritto internazionale?”, disponível em www.sicurezzanazionale.gov.it, 2016, 1-8.
- LOWE, David, “The European Union’s Passenger Name Record Data Directive 2016/681: is it fit for purpose?”, *International Criminal Law Review*, 17/1 (2017) 78-106.
- MACHADO, João Baptista, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis (limites das leis e conflitos de leis)*, Coimbra: Almedina, 1998.
- MALET, David, “The european experience with foreign fighters and returnees”, in Thomas RENARD/Rik COOLSAET, ed., *Returnees: Who Are They, Why Are They (Not) Coming Back and How Should We Deal with Them? Assessing Policies on Returning Foreign Terrorist Fighters in Belgium, Germany and The Netherlands*, Brussels: Egmont, 2018, 6-18.
- MARINO, Giuseppe, “Lo statuto del «terrorista»: tra simbolo ed anticipazione”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 1 (2017) 44-52.
- MARQUES, J. Dias, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a ed., Lisboa: PF, 1994.
- MILITELLO, Vincenzo, “Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 1 (2017) 3-10.
- MIR PUIG, Santiago, “O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1 (2009) 7-38.
- MOGHADDAM, Fathali, “The staircase to terrorism. A psychological exploration”, *American Psychologist*, 60/2 (2005) 161-169.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, in JOECKS/MIEBACH, org., 3.^a ed., München: C. H. Beck, 2017.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- NAZZARO, Ubaldo, “Le misure di contrasto al terrorismo internazionale alla luce della legge 17 aprile 2015, n.º 43”, *Rivista Penale* 10 (2015) 822-829.
- “Spunti di riflessione sulle figure penalmente rilevanti in materia di terrorismo internazionale: il contributo esegetico della giurisprudenza”, *Rivista Penale* 7-8 (2018) 658-664.

- NUÑEZ CASTAÑO, Elena “Terrorismo. España”, *Revista Penal* 41 (2018) 242-253.
- PALMA, Maria Fernanda, “Crimes de terrorismo e culpa penal”, in: Manuel da Costa Andrade *et al.*, org., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 235-258.
- “Dos fundamentos da normatividade na filosofia ao problema do enquadramento pelo Direito do terrorismo”, *Anatomia do Crime* 4 (2016) 23-29.
- PANTUCCI, Raffaello, “A typology of lone wolves: preliminary analysis of lone islamist terrorists”, *Developments in Radicalisation and Political Violence*, London: King’s College, 2011.
- PELISSERO, Marco, “La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, 745-771.
- PICOTTI, Lorenzo, “Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 1 (2017) 249-263.
- PRIMORATZ, Igor, “What is terrorism?”, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 7, n.º 2 (1990) 129-138.
- REDIKER, Ezekiel, “The incitement of terrorism on the Internet: legal standards, enforcement, and the role of the European Union”, *Michigan Journal of International Law* 36/2 (2015) 321-351.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “A globalização do direito penal – da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização”, in António Menezes CORDEIRO *et al.*, coord., *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra: Almedina (2007) 77-89.
- ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, I, Milano: Giuffrè Editore, 1987.
- RONEN, Yaël, “Incitement to terrorist acts and International Law”, *Leiden Journal of International Law* 23/3 (2010) 645-674.
- ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (tradução portuguesa de Ana Paula Natscheradetz *et al.*), 3.ª ed., Lisboa: Vega, 1998.
- SANTINI, Serena, “L’Unione Europea compie un nuovo passo nel camino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541”, *Diritto Penale Contemporaneo* 7-8 (2017) 13-48.
- SANTOS, António Furtado dos, “Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional – Aplicação da lei penal estrangeira pelo juiz nacional”, *BMJ* 92 (1960) 159-201.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., München: C. H. Beck, 2019.
- SCHUTTE, Julian J.E., “O direito internacional público e a competência extraterritorial em matéria penal”, tradução de Manuel António Lopes Rocha, *RPCC* (1993) 11-52.
- SIEBER, Ulrich, “Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2009) 353-364.

- SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades Comerciais*, Lisboa: Verbo, 2009.
- SILVEIRA, João Tiago/ROMÃO, Miguel Lopes, “Regime jurídico do combate ao terrorismo: os quadros normativos internacional, comunitário e português”, *Europa Novas Fronteiras* 16-17 (2004-05) 221-241.
- SOUSA, Susana Aires de, *Questões Fundamentais do Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019.
- SPINOSA, Valeria, “La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 1(2017) 162-168.
- STAFFLER, Lukas, “Politica criminale e contrasto al terrorismo internazionale alla luce del d.l. antiterrorismo del 2015”, *Archivio Penale* 3 (2016) 1-61.
- STELLA, Élie, “Terrorisme et Internet, nouveaux enjeux juridiques”, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2 (2015) 323-332.
- StGB. *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Holger MATT/Joachim RENZIKOWSKI, org., München: Verlag Franz Vahlen, 2013.
- Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, in Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE/Ruth Rissing-VAN SAAN/Klaus TIEDEMANN, org., Großkommentar, 12.^a ed., Berlin: De Gruyter Recht, 2009.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8.^a ed., Neuwied: Luchterland, 2014.
- TETI, Antonio, “ISIS e social network. Da Twitter a Facebook passando per WhatsApp e YouTube”, *Gnosis. Rivista Italiana di Intelligence* 4 (2015) 75-83.
- TELLES, Inocência Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. 1, Lisboa: Petrony, 1988.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The Use of the Internet for Terrorist Purposes*, New York: United Nations, 2012.
- VAN SPAENDONCK, Rozemarijn, “To School or to Syria? The foreign fighter phenomenon from a children’s rights perspective”, *Utrecht Law Review* 12/2 (2016) 41-62.
- VEIGA, António Miguel, “Radicalização e «lobos solitários» no contexto da denominada «luta contra o terrorismo»” (artigo integrado na presente obra).
- WEIGEND, Thomas, “Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo” (tradução italiana de Renzo Orlandi), *Criminalia. Annuario di Scienze Penali*, 2014) 75-88.
- WENIN, Roberto, “Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale* 4 (2016) 108-140.
- XAVIER, Luís Barreto, “Âmbito espacial de aplicação da lei penal português”, *Direito e Justiça* 11 (1997) 49-100.

RESUMO

Na Parte II são analisadas as alterações introduzidas em 2015 em outras leis, com o propósito do combate ao terrorismo: na lei da nacionalidade, na lei que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, na lei sobre a entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, na lei de organização da investigação criminal, no Código de Processo Penal, na lei de segurança interna e na lei sobre ações encobertas para fins de prevenção e repressão criminal.

PALAVRAS-CHAVE

terrorismo; nacionalidade; criminalidade organizada e económico-financeira; vistos; expulsão; investigação criminal; processo penal; segurança interna; agentes encobertos.

ABSTRACT

In Part II are analyzed the changes introduced in 2015 in other laws, for the purpose of combating terrorism: in the law of nationality, in the law establishing measures to combat organized and economic and financial crime, in the law on the entry, permanence, exit and removal of foreigners from the national territory, in the law of organization of criminal investigation, in the code of criminal procedure, in the law of internal security and in the law on undercover actions for the purpose of prevention and criminal repression.

KEYWORDS

terrorism; nationality; organized and economic and financial crime; visas; expulsion; criminal investigation; criminal procedure; internal security; undercover agents.

PARTE II

OUTRA LEGISLAÇÃO COMENTADA

NOTA PRÉVIA

Com o ato terrorista contra o jornal satírico francês *Charlie Hebdo* de 7 de janeiro de 2015 ainda na memória, o Conselho de Ministros aprovou, em 19 de fevereiro de 2015, a revisão da *Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo*, logo publicada na I Série do *Diário da República* de 20 de fevereiro de 2015 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2015).

Na sequência de revisão da *Estratégia*, o Conselho de Ministros aprovou oito propostas de lei que estiveram na origem da Lei Orgânica n.º 8/2015, de 22 de junho, que alterou a Lei da Nacionalidade; da Lei n.º 55/2015, de 23 de junho, que alterou a lei que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira; da Lei n.º 56/2015, de 23 de junho, que alterou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional; da Lei n.º 57/2015, de 23 de junho, que alterou a Lei de Organização da Investigação Criminal; da Lei n.º 58/2015, de 23 de junho, que alterou o Código de Processo Penal; da Lei n.º 59/2015, de 24 de junho, que alterou a Lei de Segurança Interna; da Lei n.º 60/2015, de 24 de junho, que alterou a Lei de Combate ao Terrorismo; e da Lei n.º 61/2015, de 24 de junho, que alterou o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.

O comentário à Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (*supra*, Parte I), modificada em 24 de junho de 2015, não ficaria completo se não fossem também comentados todos diplomas que foram alterados por ocasião da revisão da *Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo* – documento fundado no compromisso de combate ao terrorismo em todas as suas manifestações, com os objetivos estratégicos de detetar, prevenir, proteger, perseguir e responder. Sendo este o critério, ficaram por comentar outros diplomas pertinentes como, por exemplo, a Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, diploma que aprova e regula o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança e do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa.

Maria João Antunes

LEI ORGÂNICA N.º 8/2015, DE 22 DE JUNHO, E LEGISLAÇÃO POSTERIOR

ALTERAÇÕES À LEI DA NACIONALIDADE PORTUGUESA*

1. *Introdução.* Como se refere na Nota Prévia com que se inicia a Parte (a II) da obra em que o presente comentário se insere, a Lei da Nacionalidade foi um dos diplomas que vieram a ser alterados na sequência da revisão da *Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo*. Essa alteração verificou-se nomeadamente através da Lei Orgânica n.º 8/2015, de 22 de junho, e constituiu o objeto exclusivo deste diploma. Todavia não foi esta a única ocasião em que o nosso legislador se ocupou do envolvimento em atividades relacionadas com o combate à radicalização e ao recrutamento para o terrorismo, uma vez que em

* O presente estudo foi realizado no âmbito do projeto UIDB/04643/2020 «Desafios sociais, incerteza e direito», desenvolvido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, de que o autor é investigador integrado.

iniciativas legislativas posteriores voltaria a fazer releva, no regime jurídico da nacionalidade portuguesa, a circunstância de os estrangeiros candidatos à obtenção desta nacionalidade, poderem constituir, em virtude daquele facto, um perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional. Consideraremos por isso, em primeiro lugar, o regime da Lei Orgânica n.º 8/2015, que se refere à aquisição derivada da nacionalidade portuguesa, para tratar em seguida dos demais diplomas em que importa atentar a este propósito.

2. *A Lei Orgânica n.º 8/2015 e o combate ao terrorismo na aquisição derivada da nacionalidade portuguesa.* A proposta de lei (n.º 280/XII) que esteve na origem do diploma que consideramos invoca a revisão da Estratégia Europeia no domínio do Combate à radicalização e ao recrutamento para o terrorismo¹ e a circunstância da existência de orientações convergentes da Organização das Nações Unidas² para, por um lado, propor a consagração de mais um requisito para a naturalização, consistente em o requerente não constituir perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, e, por outro lado, considerar a prática de atos que ponham em causa estes valores como fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade. Discutida em conjunto com as propostas e projetos relativos aos demais diplomas inseridos na presente obra³, seria objeto de aprovação, na generalidade como na especialidade⁴, sem ter sido objeto de qualquer modificação.

O diploma dela resultante, a Lei Orgânica n.º 8/2015, constituiu a sexta alteração à Lei da Nacionalidade e entrou em vigor, nos termos do seu artigo 5.º, no dia seguinte ao da sua publicação (23 de junho de 2015), passando a aplicar-se inclusivamente aos processos pendentes nesse momento (artigo 3.º).

¹ Constante do documento 9956/14 do Conselho da União Europeia de 19 de março de 2014.

² Evidenciadas designadamente pela Resolução do Conselho de Segurança n.º 2178 (2014), de 24 de setembro.

³ Mas já não, estranhamente, com outras iniciativas legislativas relativas à revisão da Lei da Nacionalidade, também na altura presentes no Parlamento (os Projetos de lei 373/XII e 394/XII, que estiveram na base da Lei Orgânica n.º 1/2013, de 29 de julho, sobre a nacionalidade portuguesa de membros das comunidades sefarditas expulsas de Portugal nos finais do século XV, e 382/XII, 387/XII e 400/XII, que dariam origem à Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29 de julho, que estenderia a nacionalidade portuguesa originária aos netos de portugueses nascidos no estrangeiro). Sobre estes dois diplomas legais e aquele a que é essencialmente dedicado o presente comentário. cfr. Moura Ramos, «As alterações recentes ao direito português da nacionalidade – Entre a reparação histórica, a ameaça do terrorismo islâmico e a situação dos netos de portugueses nascidos no estrangeiro», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 145/3994 (Setembro/Outubro de 2015) 4-25.

⁴ Num como noutro caso, com os votos favoráveis do Partido Socialista, do Partido Social-Democrata e do Centro Democrático e Social-Partido Popular, e os votos desfavoráveis do Partido Comunista Português, do Bloco de Esquerda e do Partido Ecologista “Os Verdes”.

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei procede à sexta alteração à Lei n.º 37/81, de 3 de outubro (Lei da Nacionalidade), fixando novos fundamentos para a concessão da nacionalidade por naturalização e de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa.

Artigo 2.º

Alteração à Lei n.º 37/81, de 3 de outubro

Os artigos 6.º e 9.º da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, alterada pela Lei n.º 25/94, de 19 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 322 -A/2001, de 14 de dezembro, na redação dada pelo Decreto -Lei n.º 194/2003, de 23 de agosto, e pelas Leis Orgânicas n.ºs 1/2004, de 15 de janeiro, 2/2006, de 17 de abril, e 1/2013, de 29 de julho, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 6.º

[...]

- 1 -
- a)
- b)
- c)
- d)
- e) Não constituam perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei.
- 2 -
- 3 -
- 4 -
- 5 -
- 6 -
- 7 -

Artigo 9.º

[...]

.....

a)

b)

c)

d) A existência de perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei.»

Artigo 3.º

Processos pendentes

O disposto na presente lei é aplicável aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor.

Artigo 4.º

Regulamentação

O Governo procede às necessárias alterações do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro, no prazo de 30 dias a contar da publicação da presente lei.

Artigo 5.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

2.1. **A nova disciplina legal.** A alteração efetuada (artigo 2.º) traduz-se no aditamento de um novo requisito (negativo) para a concessão da nacionalidade por naturalização e de um novo fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito da vontade ou da adoção, constantes, respetivamente, de uma nova alínea [e)] acrescentada ao número 1 do artigo 6.º e de uma nova alínea [d)] que passa a ser incluída no artigo 9.º daquela lei. E previu-se (artigo 4.º) que o Governo procedesse, nos trinta dias após a sua publicação, às necessárias alterações do Regulamento da Nacionalidade

Portuguesa (aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de Dezembro), o que só viria porém a acontecer mais de dois anos depois, com o Decreto-Lei n.º 71/2017, de 21 de Junho (cfr. o artigo 2.º deste diploma)⁵.

A finalidade da alteração é a mesma nos dois casos (a prevenção do terrorismo), como idêntica é a situação que neles motiva as referidas modificações, tendo, porém, uma distinta relevância nos dois diferentes domínios considerados. Assim, em matéria de naturalização, adita-se ao n.º 1 do artigo 6.º⁶, um novo requisito da respetiva concessão⁷, que opera cumulativamente com os demais: é preciso que o requerente não constitua «perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei⁸». Por outro lado, esta mesma situação de «existência de perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo⁹, nos termos da respetiva lei», passa a

⁵ A dilação temporal provoca alguma estranheza, uma vez que a Proposta de Lei n.º 280/XII vinha já acompanhada de um Anteprojeto de Decreto-Lei que continha os termos da alteração que o Governo se propunha fazer ao Regulamento da Nacionalidade Portuguesa. Essa projetada alteração, que se limitava aos termos da intervenção do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras na tramitação do procedimento de naturalização (artigo 1.º), e que previa a respetiva entrada em vigor no dia seguinte ao da publicação do diploma (artigo 3.º), circunscrevia-se ao n.º 5 do então artigo 27.º (Tramitação do processo de naturalização) do Regulamento, onde se passava a dispor que aquele Serviço em lugar de, quando lhe sejam solicitadas informações pela Conservatória dos Serviços Centrais sobre o processo de naturalização, poder consultar outras entidades, serviços e forças de segurança, passava a «sempre que necessário, consulta[r] outras entidades, serviços e forças de segurança» (artigo 2.º).

Como se pode concluir pela da consulta do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 71/2017, as alterações introduzidas por este último diploma viriam a ser de muito maior alcance.

⁶ De onde constavam já: a maioria ou emancipação do interessado, à face da lei portuguesa [alínea a)]; a residência legal em território português há pelo menos seis anos [alínea b)]; o conhecimento suficiente da língua portuguesa [alínea c)]; e a ausência de condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa [alínea d)].

Sobre o ponto, cfr. Moura RAMOS, «O novo direito português da nacionalidade», in *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 129-267 (207-219); e IDEM, «A renovação do direito português da nacionalidade pela lei orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril», *ibid.*, 523-590 (p. 539-548 e 581-589); e Claire HEALY, *Cidadania Portuguesa: A Nova Lei da Nacionalidade de 2006*, Lisboa, 2011, Alto-Comissariado para a Imigração e Diálogo Inter-cultural.

⁷ Que passa a constar da nova alínea e).

⁸ A lei em questão é a Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de combate ao terrorismo) que, em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, relativa à luta contra o terrorismo, leva a cabo a punição dos atos e das organizações terroristas. Cfr. *supra*, nesta obra. Sobre a panóplia de medidas tomadas pela União neste contexto, cfr. Christina ECKES, «EU restrictive measures against natural and legal persons: from counterterrorist to third country sanctions», *Common Market Law Review* 51/3 (2014) 869-906.

⁹ Noção que abrange os crimes de organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional, e financiamento do terrorismo.

ser autonomamente relevante, nos termos do artigo 9.º da lei¹⁰, como fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa¹¹. Num como noutro caso, a lei recorre, pois, a uma cláusula geral, a existência de *perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional*, perigo ou ameaça estes, porém, que serão apenas aqueles que decorrerem do *envolvimento*¹² em atividades relacionadas com a prática do terrorismo.

Se esta última referência, ao envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, não pode considerar-se destituída de precisão¹³, já o decisivo aspeto da existência de perigo ou ameaça para a segurança ou defesa nacional envolve o recurso a um conceito indeterminado, a preencher pelo intérprete nas circunstâncias do caso. Não cremos, no entanto, que possa discutir-se a legitimidade de introdução deste elemento na ponderação levada a cabo pelo legislador a este propósito. Na verdade, é certo que até agora a lei atendia apenas a circunstâncias de facto bem determinadas¹⁴ quando valorava o comportamento do requerente da naturalização e daquele cuja aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade ou da adoção é objeto de oposição. Mas a previsão legal havia sido pensada num contexto, o da redação inicial da lei n.º 37/81, em que a naturalização era vista como um poder discricionário do Governo,

Sobre os problemas de fronteira que suscita a sua aplicação, cfr., recentemente, Romyana GROZANOVA, «“Terrorism” – Too elusive a term for an international legal definition?», *Netherlands International Law Review* 61/3 (2014) 303-334, e Alan Greene, «Defining terrorism: one size fits all?», *International and Comparative Law Quarterly*, v. 66, April 2017, p. 411-440.

¹⁰ De que passa a constituir a alínea d).

¹¹ Ao lado da inexistência de ligação efetiva à comunidade nacional [alínea o)], da condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa [alínea b)], e do exercício de funções públicas sem carácter predominantemente técnico e da prestação de serviço militar não obrigatório a Estado estrangeiro [alínea c)].

Sobre o ponto, cfr. Moura RAMOS, «O novo direito português da nacionalidade» (*cit. supra*, nota 2), 205-207, «Oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa», in *Estudos de Direito Português da Nacionalidade* (*cit. supra*, na nota 2), 293-316 (297-316); e IDEM, «A renovação do direito português da nacionalidade pela lei orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril», *ibid.*, 548-555.

¹² Do requerente da naturalização, num caso, e daquele cuja aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade ou da adoção é objeto de oposição, no outro caso.

¹³ Uma vez que a este respeito («*nos termos da respetiva lei*», itálico nosso) se remete para a legislação aplicável na matéria. Cfr. *supra*, nota 4.

¹⁴ A ausência «de condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa», em sede de naturalização, na alínea d) do artigo 6.º, e a existência de uma condenação com este alcance, nos casos de oposição à aquisição da nacionalidade, na alínea b) do artigo 9.º. Para as dúvidas de constitucionalidade suscitadas por esta última disposição, cfr. Moura Ramos, «O Direito da Nacionalidade na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, v. I – Direito Constitucional, Coimbra, 2019, Almedina, p. 363-399 (386-394).

condicionado embora, na sua utilização, à verificação de certos pressupostos¹⁵. Assim sendo, no domínio da naturalização não se tornava necessário introduzir quaisquer outras limitações à sua concessão, uma vez que o legislador tinha toda a liberdade para, em cada caso, pura e simplesmente a não conceder. Mas a situação alterou-se com a modificação decorrente da lei orgânica n.º 2/2006, em que, também na hipótese (que é aquela a que nos referimos) prevista no n.º 1¹⁶ do artigo 6.º, a naturalização passou a ser configurada como um direito do requerente¹⁷, preenchidos que fossem os requisitos previstos nessa disposição. Simplesmente, o legislador não curou, na altura, de reponderar os pressupostos da concessão da naturalização; e, ao fazê-lo agora, em termos de considerar que ela não deve ter lugar em casos como os que passaram a constar da nova alínea e) do n.º 1¹⁸, a única questão que parece poder colocar-se é a de dever ou não constituir condição da concessão da naturalização a não existência de «perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional», seja ele resultante do envolvimento do requerente em atividades relacionadas com a prática do terrorismo¹⁹ ou de qualquer outro facto suscetível de o fundamentar.

O mesmo parece dever pensar-se da introdução de idêntico condicionalismo no contexto do mecanismo da oposição à aquisição da nacionalidade. Também aí, na verdade, não parece dever existir séria discussão sobre a ideia de que o Governo deva poder opor-se a uma tal aquisição, por força da vontade e da adoção, quando ela possa constituir um «perigo ou ameaça para a segurança ou

¹⁵ Assim Moura RAMOS, «O novo direito português da nacionalidade» (*cit. supra*, nota 2), 207-209.

¹⁶ Como de resto também nas situações previstas nos n.ºs 2 a 4 do mesmo artigo [Note-se porém que este número 4 virá a ser revogado pela lei orgânica n.º 9/2015].

Saliente-se, contudo, que o novo requisito ora introduzido em matéria de concessão da naturalização a que em texto nos temos vindo a referir não relevava nas situações ao tempo consideradas no âmbito do n.º 2 do artigo 6.º. No que à hipótese aí considerada diz respeito (naturalização de menores, nascidos no território português, filhos de estrangeiros), o legislador não passou a exigir, ao lado do preenchimento dos requisitos das alíneas c) e d) do n.º 1 (e do condicionalismo previsto numa das duas alíneas do n.º 2) a verificação da condição negativa que passou a constar da nova alínea e) do número 1, pelo que a naturalização de menores continuou a decorrer (potestativamente) sem o limite ora introduzido a propósito dos maiores, o que não deixa de suscitar alguma perplexidade.

¹⁷ Cfr. o que escrevemos em «A renovação do direito português da nacionalidade pela lei orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril» (*cit. supra*, nota 2), 539-541.

¹⁸ De «existência de perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei».

¹⁹ Note-se o facto de a formulação legal apenas contemplar expressamente esta hipótese, e as disposições legais em matéria de nacionalidade deverem, em princípio, e sobretudo no que se refere à naturalização, ser objeto de uma interpretação estrita. Sobre o ponto, cfr. já Henri BATIFFOL, «De l'interprétation stricte des textes sur la nationalité française», in *Choix d'Articles rassemblés par ses amis*, Paris: L.G.D.J., 1976, 145-156 (155).

a defesa nacional», e aqui também²⁰ independentemente desse perigo provir do envolvimento, daquele que pretende beneficiar da aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade ou da adoção, em atividades relacionadas com a prática do terrorismo ou de qualquer outro condicionalismo que igualmente o fundamente de forma legítima. Adiantar-se-á apenas que, diferentemente do que ocorre em sede de naturalização, nem sequer a introdução de conceitos indeterminados constitui novidade nesta sede, já que a disciplina do instituto de que agora curamos integrava já um conceito deste tipo, ao fazer apelo à «inexistência de ligação efetiva à comunidade nacional»²¹.

1.2. **O condicionalismo que rodeou a sua aprovação.** O contexto de que emerge o diploma que analisamos aparece claramente delineado na já referida Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 280/XII²², onde se recorda o empenhamento da comunidade internacional na criação de um quadro regulador adequado para garantir a segurança e defesa dos cidadãos, de modo a combater ameaças de carácter global, a aprovação, pela União Europeia, da revisão da Estratégia Europeia no domínio do combate à radicalização e ao recrutamento para o terrorismo (Conselho JAI 2014), e as orientações adotadas pela Organização da Nações Unidas, designadamente a Resolução do Conselho de Segurança n.º 2178 (2014), de 24 de Setembro²³. Tudo isto para considerar que devendo Portugal, enquanto Estado Membro da União Europeia, procurar encontrar respostas que possam limitar tais práticas, se torna necessária a consagração de mais um requisito para a naturalização, que consiste em o requerente não constituir perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, e a possibilidade de constituir fundamento de oposição

²⁰ E agora diferentemente do que o prevê a nova disciplina legal. Recordamos aqui o que se deixou dito na nota anterior.

²¹ Cfr. *supra*, na nota 11. Sobre os problemas suscitados a propósito da interpretação deste fundamento de oposição, cfr. Moura RAMOS, «A renovação do direito português da nacionalidade pela lei orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril» (*cit. supra*, nota 2), 549-552; Paulo Manuel COSTA, «Oposição à aquisição da nacionalidade: A inexistência de ligação efetiva à comunidade nacional», *ROA* 72/4 (Out.-Dez. 2012) 1453-1481; e António Manuel BEIRÃO, «O conceito de ligação efetiva à comunidade nacional em sede de contencioso da nacionalidade. Contributo para a sua interpretação», *Data Venia*, Revista Jurídica Digital, 4/6 (Novembro de 2016) 353-378. Veja-se também o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 2 de Outubro de 2008 (processo 04125/08) que considera que a ação destinada à declaração da inexistência da ligação à comunidade portuguesa deve ser qualificada como ação de simples apreciação negativa, pelo que, atento o artigo 343.º, n.º 1 do Cód. Civil, compete ao Réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga».

²² In <www.parlamento.pt>.

²³ Para um enquadramento da ação das Nações Unidas nesta matéria, pode ver-se José FONTES, *A Arte da Paz. A ONU e Portugal no combate ao terrorismo: Estudo de Direito e Política Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

à aquisição da nacionalidade portuguesa a prática de atos que ponham em causa esses mesmos valores. Fica assim bem claro o contexto que esteve na base da presente alteração legislativa²⁴, que de alguma forma poderemos centrar na prevenção e combate ao terrorismo.

Sendo verdade o que acaba de dizer-se, cumpre recordar que não constituem novidade as intervenções do legislador no domínio do direito da nacionalidade em obediência a motivações que se não distanciam das presentes. Pode inclusivamente dizer-se que tal sucedeu quase como regra, se pensarmos na sensibilidade revelada pela regulamentação jurídica deste instituto em face de situações de conflitos bélicos, pelo menos os de natureza generalizada²⁵.

Deve, contudo, salientar-se que o legislador português atuou nesta sede com particular circunspeção, tendo resistido à tentação, a que não escaparam outras ordens jurídicas²⁶, de agir no domínio da perda da nacionali-

²⁴ E que de alguma forma preside também às demais iniciativas que são analisadas na presente obra.

²⁵ Para uma exemplificação deste ponto, cfr., recentemente, as análises de Gérard LÉGIER, «La législation relative à la nationalité française durant la Première Guerre mondiale», *Rev. crit. DIP* 103 (2014) 751-795; e Hugues FULCHIRON, «Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire», *Pouvoirs* 160 (2017) 7-17 (8-14) que sublinham diversos aspetos, desde a necessidade de reforçar o contingente, até às desnaturalizações e ao controlo dos casamentos com nacionais de países inimigos. E para o reflexo desta tendência na nossa ordem jurídica, cfr. o Decreto n.º 2335, de 23 de Abril de 1916, que retira consequências do estado de guerra entre Portugal e a Alemanha, no plano da condição dos estrangeiros mas também no da nacionalidade [Cfr. Machado VILELA, *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado*, Livro I – Princípios Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1921, 91, nota 2; e IDEM, «Os bens dos alemães em Portugal e a última Grande Guerra», *Scientia Iuridica* 6 (1957) 22-32, e 231-246; e Moura RAMOS, «A evolução do direito da nacionalidade em Portugal (Das Ordenações Filipinas à Lei n.º 2098)», in *Estudos de Direito Português da Nacionalidade (cit. supra, nota 2)*, 40].

Algo de semelhante se passou, em matéria de nacionalidade das sociedades com a afirmação do critério do controlo, que permitia considerar como pessoas inimigas, e portanto sujeitas ao sequestro dos seus bens, sociedades dominadas por (e também sucursais ou filiais de) cidadãos (ou sociedades) de um país inimigo, sociedades constituídas no Estado do foro e tendo aí a sua sede social. Sobre o ponto, cfr. Yvon LOUSSOUARN/Jean-Denis BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, Éditions Sirey, p. 269-277; e, entre nós, Marques dos SANTOS, «Algumas reflexões sobre a nacionalidade das sociedades em direito internacional privado e em direito internacional público», in *Estudos de Direito da Nacionalidade*, Coimbra: Almedina, 1998, 7-209 (62-69).

²⁶ Saliente-se, todavia, que viriam a existir iniciativas nesse sentido. Assim o projeto de lei n.º 479/XIII, de 27 de março, que visava determinar a perda da nacionalidade portuguesa, por parte de quem seja também nacional de outro Estado, em caso de condenação pela prática do crime de terrorismo; apresentado pelo Centro Democrático e Social/Partido Popular, e discutido conjuntamente com outras propostas e projetos relativos também ao combate ao terrorismo (os projetos de lei n.º 478/XIII e 480/XIII, os projetos de resolução n.ºs 778/XIII, 779/XIII e 852/XIII e a proposta de lei n.º 79/XIII), este texto seria rejeitado, com os votos do Partido Socialista, do Bloco de Esquerda, do Partido Comunista Português, do Partido Ecologista “Os Verdes” e do Partido das Pessoas, dos Animais e da Natureza, a abstenção do Partido Social Democrata e os votos favoráveis do partido proponente.

Em sentido contrário no direito comparado veja-se por exemplo o direito francês, onde o artigo 25 do *Code Civil* (na redacção que lhe foi dada pelas leis n.º 92-683 a 92-686, de 22 de Julho de 1992, relativas à reforma do Código Penal) permite determinar a perda da nacionalidade francesa aos que

dade²⁷. Terá provavelmente tido em conta, a este propósito, não só as condicionantes constitucionais que especificamente rodeiam entre nós a perda da nacionalidade²⁸, como aquelas que nesta sede têm vindo, de forma crescente, a resultar tanto do direito da União Europeia²⁹ como do próprio Direito

não sejam franceses de origem, a menos que tal perda os coloque na situação de apatridia, entre outras situações em caso de condenação «pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme» (sendo que esta última situação decorre da lei n.º 96-947, de 22 de Julho de 1996, relativa ao reforço da repressão do terrorismo), sendo certo que tal perda «n'est encourue que si les faits reprochés à l'intéressé et visés à l'article 25 se sont produits antérieurement à l'acquisition de la nationalité française ou dans le délai de (...) quinze ans à compter de la date de cette acquisition (...)», e «ne peut être prononcée que dans le délai de quinze ans à compter de la perpétration desdits faits» (...) (artigo 25-1) (Sobre o ponto, cfr. Paul LAGARDE, *La Nationalité Française*, 3^{me} éd., Paris: Dalloz, 1997, 163-165). A legitimidade constitucional deste preceito foi entretanto questionada através de uma questão prévia de constitucionalidade, tendo o *Conseil Constitutionnel*, pela decisão n.º 2014-439 QPC, de 23 de Janeiro de 2015, confirmado que ele deve ser considerado conforme à Constituição, por não contrariar o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade ou da necessidade das penas ou qualquer outro direito ou liberdade por ela garantidos [in «www.conseil-constitutionnel.fr»; cfr. também Bertrand PAUVERT, «Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif* 17 (2015), du 18 mai 2015, 1000-1005]; Paul LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 104 (2015) 115-125; e Nicolas CATELAN, *Revue française de droit constitutionnel* 203 (2015) 715-720]. Para uma apreciação geral da resposta do direito francês em relação ao problema do terrorismo, cfr., recentemente, Henri OBERDORFF, «La République Française face au défi du terrorisme», *Revue de Droit Public* 131/2 (Mars-Avril 2015) 357-370; e, mais em geral, José Carlos REMOTTI CARBONELL, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid: Colex 1999.

²⁷ A propósito do debate que se verificou a este respeito, cfr., recentemente, em França, Jean-Christophe GAVEN, «La déchéance avant la nationalité. Archéologie d'une déchéance de citoyenneté», *Pouvoirs* 160 (2017) 85-98; e Gilles FINCHELSTEIN, «Post Mortem. Raison et déraison du débat sur la déchéance de la nationalité», *ibid.*, 99-111

²⁸ Recorde-se que, nos termos do artigo 26.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa, «a privação da cidadania (...) só pode (...) efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter por fundamento motivos políticos». Sobre o ponto, cfr. Moura RAMOS, «O novo direito português da nacionalidade» (*cit. supra*, no, 166-172); Jorge Pereira da SILVA, «O direito fundamental à cidadania portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 265-313; e Ana Rita GIL, «Princípios de direito da nacionalidade – sua consagração no ordenamento jurídico português», *O Direito* 142/4 (2010) 723-760 (752-754). Para uma ampla consideração do tema, no plano comparatístico, cfr. Gerard René de GOOT/Marten P. VINK, *Loss of Citizenship. Trends and regulations in Europe*, European University Institute – Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2010.

²⁹ Note-se que o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão *Rottmann*, de 2 de Março de 2010 (processo C-135/08), que «a situação de um cidadão da União confrontado com uma decisão de revogação da naturalização adotada pelas autoridades de um Estado-Membro, que o coloca, após ter perdido a nacionalidade originária de outro Estado-Membro, numa situação suscetível de implicar a perda do estatuto conferido pelo artigo 17.º CE e dos direitos correspondentes, é abrangida, pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União» (ponto 42). E, depois de recordar que «os Estados-Membros devem respeitar o direito da União no exercício da sua competência em matéria de nacionalidade» (ponto 45), o Tribunal admitiria que «quando uma decisão de revogação da naturalização é motivada pela fraude cometida pelo interessado no contexto da aquisição da nacionalidade em causa, essa decisão pode ser compatível com o direito da União» (ponto 50). O Tribunal entendeu que «é legítimo que um Estado-Membro queira proteger a particular relação de solidariedade e de lealdade entre ele próprio e os seus nacionais e a reciprocidade dos direitos e deveres, que são o fundamento da relação de nacionalidade» (ponto 51), e que «quando um Estado priva uma pessoa da sua nacionalidade, em virtude do seu comportamento fraudulento, legalmente provado, essa privação não pode ser considerada um ato arbitrário» (ponto 53), tal conclusão não sendo afetada na sua validade «em princípio, quando essa revogação tem por consequência que

Internacional³⁰; e que vão no sentido de sufragar a censura que tem sido feita à sua utilização em circunstâncias como aquelas a que o nosso legislador

a pessoa perca, para além da nacionalidade do Estado-Membro de naturalização, a cidadania da União» (ponto 54). De todo o modo, não deixou de acrescentar que «nesse caso, compete ao órgão jurisdicional de reenvio averiguar se a decisão de revogação em causa no processo principal respeita o princípio da proporcionalidade, no que respeita às consequências que implica para a situação da pessoa interessada, à luz do direito da União, para além de, se necessário, examinar a proporcionalidade dessa decisão à luz do direito nacional (ponto 55). E que, para o efeito, «há que ter em conta, no exame duma decisão de revogação da naturalização, as eventuais consequências que essa decisão implica para o interessado e, eventualmente, para os membros da sua família, no que respeita à perda dos direitos de que goza qualquer cidadão da União», importando «essencialmente verificar, nomeadamente, se essa perda se justifica em relação à gravidade da infração cometida por este, ao tempo decorrido entre a decisão de naturalização e a decisão de revogação e à possibilidade de o interessado readquirir a sua nacionalidade originária» (ponto 56); a este respeito, acrescentou que se não se pode «considerar que um Estado-Membro cuja nacionalidade tenha sido adquirida de modo fraudulento está obrigado, nos termos do artigo 17.º CE, a abster-se da revogação da naturalização, pela simples razão de que o interessado não readquiriu a nacionalidade do seu Estado de origem» (ponto 57), não é menos verdade que «incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se, atentas todas as circunstâncias pertinentes, o respeito do princípio da proporcionalidade exige que, antes que essa decisão de revogação da naturalização produza efeitos, seja concedido ao interessado um prazo razoável para que possa tentar readquirir a nacionalidade do seu Estado-Membro de origem» (ponto 58). Fazendo ressaltar a importância desta decisão, vejam-se os comentários de H.U. Jessurun d'OLIVEIRA, «Decoupling Nationality and European Citizenship?», e Gerard René de GROOT/Anja SELING, «The consequences of the Rottmann Judgement on Member State Autonomy – The European Court of Justice's Avant-Gardism in Nationality matters», inseridos, respectivamente, a p. 139-149, e 150-160, do v. 7 (2011) da *European Constitutional Law Review*, e F. Jesus CARRERA HERNANDEZ, «El ámbito de aplicación personal de la libre circulación de personas a examen: el asunto Rottmann y la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión Europea», in *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, t. II, Valencia: Tirant lo blanch, 2012, 1405-1417. E para os desenvolvimentos jurisprudenciais subsequentes, cfr. Moura Ramos, «Perda automática da nacionalidade de um Estado-Membro e perda do estatuto de cidadão da União Europeia. Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 12 de Março de 2019», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 149.º (Julho-Agosto de 2020), N.º 4023, p. 412-433. Sobre a relevância da fraude neste domínio, cfr., por último, Paul LAGARDE, «La fraude en matière de nationalité», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Paris: L.G.D.J., 2014, 511-523, e, para o interessante comentário de um caso de alegada fraude em matéria de naturalização; Hans Ulrich Jessurun d'OLIVEIRA, «Turmoil around a naturalization decree. Or how the dutch cabinet stumbled over a pebble», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris: Dalloz, 2008, 319-333. E sobre os termos e consequências da inserção da matéria da nacionalidade no âmbito do direito da União, vide Stephen HALL, «Loss of Union Citizenship in breach of fundamental rights», *European Law Review* 21/2 (April 1996) 129-143; Gerard-René de GROOT, «The Relationship between the Nationality Legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship», in Massimo LA TORRE, ed., *European Citizenship. An Institutional Challenge* The Hague: Kluwer Law International, 1998, 115-147; Sabine CORNELOUP, «Réflexions sur l'émergence d'un droit de l'Union Européenne en matière de nationalité», *Journal de Droit International* 138 (2011) 51-66; Hans Ulrich Jessurun d'OLIVEIRA, «Iberian Nationality Legislation and Sephardic Jews. With due regard to European law?», *European Constitutional Law Review* 11/1 (May 2015) 13-29 (20-27, com particular referência aos problemas postos, a este propósito, na nossa ordem jurídica, pela Lei orgânica n.º 1/2013); e, entre nós, Marques dos SANTOS, «Nacionalidade e Efectividade», in *Estudos de Direito da Nacionalidade (cit. supra, nota 25)*, 279-310 (306-309); Moura RAMOS, «Conflitos positivos (concursos) de nacionalidade e direito comunitário (Anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1999)», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 134 (2001-2002) 146-160; e Daniel de Bettencourt Rodrigues MORAIS, «O Acórdão Micheletti e as suas repercussões em matéria de direito da nacionalidade dos Estados-Membros», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 44 (2003) 269-348.

³⁰ Na verdade, os limites colocados por esta ordem jurídica à regulação estatal em matéria de nacionalidade têm vindo a ser precisados nos tempos mais recentes, ultrapassando os que resultavam

procurou reagir³¹. Desta forma, pode concluir-se que a introdução de um novo requisito para a naturalização, destinado a tentar obviar a que o requerente possa constituir perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pode perfeitamente aceitar-se³², sobretudo no contexto de um instituto cuja disciplina é tradicionalmente informada pela ideia de livre apreciação do poder público nesta matéria³³. Da mesma forma haverá que reconhecer que,

dos primeiros passos dados a este propósito, com o acórdão do Tribunal Internacional de Justiça no caso *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, de 1955 (para uma recente crítica à leitura mais corrente desta decisão, cfr. Robert D. SLOANE, «Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality», *Harvard International Law Journal* 50/1 (Winter 2009) 1-60). Neste sentido, cfr., recentemente, a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Humanos no caso *Genovese v. Malta* (application 53124/09), de 11 de Outubro de 2011 (in <www.echr.coe.int>), que condenou este país da União Europeia por ter considerado discriminatório e arbitrário o diferente tratamento dos filhos nascidos dentro e fora do casamento em sede de aquisição da nacionalidade maltesa (a este respeito, cfr. Fabien MARCHADIER, «L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev. crit. DIP* 101 (2012) 61-78), a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de Agosto de 2014 no *Caso de personas dominicanas e haitianas expulsadas vs República Dominicana* (in <www.corteidh.or.cr>) e os desenvolvimentos em matéria de apatridia (a este propósito, cfr. Laura van WAAS, «"Are we there yet?" The emergence of statelessness on the international human rights agenda», *Netherlands Quarterly of Human Rights* 32/4 (December 2014) 342-346; e extensamente, William E. CONKLIN, *Statelessness. The Enigma of the International Community*, Oxford: Hart, 2014. Para a consideração de alguns direitos estaduais da nacionalidade à luz da ordem internacional, cfr., recentemente, Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, «Greek and Dutch Nationality Codes in the Light of International Law. Similarities and Differences», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon V. Vrellis*, Athens: Nomiki Bibliothiki, 2014, 331-346.

³¹ Não ignoramos que com a perda da nacionalidade em tais contextos se tem procurado tirar «une conséquence d'une attitude réputée blâmable, bref d'infliger une sanction affectant le caractère d'une déchéance», e que tal resulta de uma alegada desorganização das consequências jurídicas do vínculo de nacionalidade, quando «l'intéressé ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent alors qu'il prétend ou peut prétendre exercer les droits attachés à sa qualité» (neste sentido, veja-se Henri BATIFFOL, «Evolution du droit de la perte de la nationalité française», in *Choix d'Articles rassemblés par ses amis* (cit. supra, nota 19), 157-159 (158). Mas de há muito [«O novo direito português da nacionalidade»] (cit. supra, nota 2), p. 219-235, e p. 166-172, e, ainda antes, em «Nacionalidade e Descolonização. Algumas reflexões a propósito do Decreto-Lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho», in *Estudos de Direito Português da Nacionalidade* (cit. supra, nota 2), 63-128 (105-107)] temos entendido que «há outras formas de sancionar tais comportamentos e que a nacionalidade deve ser considerada um vínculo primário e essencial que, por isso mesmo, haverá de permanecer intocado qualquer que seja a censura que eventualmente possa merecer o seu titular» (p. 234). Entendimento que encontramos também perfilhado, nos alvares da doutrina portuguesa nesta matéria, por Guimarães PEDROSA [*Da Naturalização em Portugal segundo o direito moderno* (cit. supra, nota 6), 17], que escreve, sobre as perdas de nacionalidade em virtude de pena, que «Quasi todas as legislações teem disposições d'esta ordem, as quaes não sabemos justificar, pois, se é natural a suspensão dos direitos políticos, não vemos porque se lhes retire a qualidade de cidadão, se por os factos que implicam essa perda taes pessoas não adquirem uma outra nacionalidade».

³² Veja-se, por exemplo, o que se passa em Espanha (artigo 21, 2 do Código Civil), onde o Ministério da Justiça pode sempre não conceder a naturalização, «por motivos razonados de orden público o interés nacional». Cfr., a propósito, Juan José PRETEL SERRANO, «La adquisición de la nacionalidad española en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre», in *Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Centro de Estudios Registrales, 1994, 153-244 (213-216).

³³ Recorde-se que, entre nós, foi apenas com a lei orgânica n.º 2/2006 que o legislador se afastou desta orientação. Cfr. Moura RAMOS, «A renovação do direito português da nacionalidade pela lei orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril» (cit. supra, nota 2), 575-577, e 581-584.

à luz das preocupações manifestadas pelo legislador, e cuja razoabilidade se aceita (com as ressalvas atrás referidas), também a introdução do novo fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa se afigura corresponder ao perfil que a nossa lei reconhece a este instituto.

3. *A Legislação Posterior.* Ainda que sem o relevo que se pode reconhecer ao assumido pela Lei Orgânica n.º 8/2015, em que o combate ao terrorismo constituiu o intuito exclusivo da intervenção legislativa, deve reconhecer-se que esta motivação voltou a surgir na legislação posterior, ou para corrigir lapsos de previsão das soluções daquela lei ou para responder a novas situações entretanto criadas, e em que o legislador se tinha absterido de responder àquela preocupação.

3.1. *A lacuna de previsão da Lei n.º 8/2015.* Resulta do que ficou dito que o legislador português procurou, com a Lei Orgânica n.º 8/2015, nas situações em que o Governo dispunha de um poder de intervir na modelação em concreto na definição da nacionalidade portuguesa³⁴, ter a possibilidade de impedir ou dificultar a sua aquisição nos casos em que antecipava que o interessado pudesse constituir “perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo”. Simplesmente, ao concretizar a alteração legislativa que considerámos, fê-lo em termos de, em sede de naturalização, estender o novo mecanismo que criou apenas ao que chamaríamos de regime geral da naturalização³⁵, sem alargar a sua aplicação ao regime aplicável aos casos (especiais) da naturalização de menores, filhos de estrangeiros, nascidos em território português³⁶.

³⁴ Isto é, através dos institutos da naturalização e da oposição à aquisição da nacionalidade.

³⁵ Constante do artigo 6.º, n.º 1, da Lei da Nacionalidade.

³⁶ Regulado na altura no artigo 6.º, n.º 2, daquela lei (e, posteriormente à Lei Orgânica n.º 2/2018, de 5 de julho, nos n.ºs 2 e 3 daquele artigo).

Nas demais situações em que se encontravam previstos regimes especiais de naturalização (em 2015, regulados nos n.ºs 3 a 7 do artigo 6.º) o problema não se punha, porque a especialidade dos regimes em questão se traduzia na dispensa de certos requisitos de ordem geral (os previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1, isto é, a residência legal pelo prazo mínimo de seis anos em território português e o conhecimento suficiente da língua portuguesa) e não, como na hipótese que se passará a referir em texto, na exigência do respeito de apenas alguns deles. E o mesmo se diga da situação [ascendentes de cidadãos portugueses originários que aqui tenham residência, independentemente de título, há pelo menos cinco anos imediatamente anteriores ao pedido e desde que a ascendência tenha sido estabelecida no momento do nascimento do cidadão português] que (com a Lei Orgânica n.º 2/2018) passaria ser contemplada no n.º 8 do artigo 6.º, em que se admitia a dispensa do requisito relativo à residência em território português.

Quando teve ocasião de revisitar o regime da Lei da Nacionalidade, com a Lei Orgânica n.º 2/2018³⁷, o legislador veio, porém, a reconsiderar esta situação³⁸. Assim, assumiria expressamente a correção da anterior solução em matéria de naturalização de menores, ao passar a dispor expressamente que se tornava igualmente necessário respeitar, também neste caso, o requisito negativo que, com a Lei Orgânica n.º 8/2015, fora inserido na nova alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º³⁹. Nestes termos, o regime especial aplicável neste caso passou a ser formulado em termos de atender a essa preocupação.

Artigo 6.º

[...]

2 – O Governo concede a nacionalidade, por naturalização, aos menores, nascidos no território português, filhos de estrangeiros, desde que preencham os requisitos das alíneas c), d) e e) do número anterior e desde que, no momento do pedido, se verifique uma das seguintes condições:

[...]

O respeito pelo requisito que fora introduzido pela Lei Orgânica n.º 8/2015 passou assim a impor-se em todos os casos, ou seja, não apenas no regime-regra da naturalização como nos regimes especiais previstos nos diferentes números do artigo 6.º. Na verdade, saliente-se que, com exclusão do constante do n.º 2 desta disposição⁴⁰, todos os demais⁴¹ se caracterizam por preverem a possibilidade de dispensa de alguns dos requisitos da naturalização que constam do elenco geral do n.º 1, e em nenhum deles se admite a possibilidade de dispensa do que se refere à ausência de perigo ou ameaça para a segurança

³⁷ Sobre o ponto, cfr. Moura Ramos, «O direito da nacionalidade sob a Constituição de 1976», in *Constitucionalismos e (con)temporaneidade – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, [Rita Lobo Xavier & Outros (eds.)], Porto, 2020, Universidade Católica Editora, p. 455-487 (474).

³⁸ Para que havíamos chamado a atenção em estudo anterior. Cfr. Moura Ramos, «As alterações recentes ao direito português da nacionalidade – Entre a reparação histórica, a ameaça do terrorismo islâmico e a situação dos netos de portugueses nascidos no estrangeiro» (*cit. supra*, nota 3), p. 12, nota 56.

³⁹ *Vide supra*, n.º 2.

⁴⁰ Cujo regime se prolonga no n.º 3 do mesmo artigo, e onde, como acabámos de ver, a observância daquele requisito é expressamente exigida.

⁴¹ Os constantes hoje dos números 4,5,6,7,8 e 9 do artigo 6.º.

ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo⁴².

3.2. A Lei Orgânica n.º 2/2020 e o combate ao terrorismo na aquisição originária da nacionalidade portuguesa. Finalmente, um último desenvolvimento merece ser considerado, sendo que, por ele, a preocupação do combate ao terrorismo vem relevar mesmo no regime da aquisição originária da nacionalidade portuguesa.

A questão surge em consequência da disciplina constante da Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29 de julho⁴³, que veio estabelecer um novo caso de atribuição da condição de “portugueses de origem”. Na realidade, nos termos daquele diploma, ao elenco a este respeito constante do artigo 1.º da Lei da Nacionalidade foi acrescentada mais uma situação, prevista na nova alínea d) do seu n.º 1:

«Os indivíduos nascidos no estrangeiro com, pelo menos, um ascendente de nacionalidade portuguesa do 2.º grau na linha reta que não tenha perdido essa nacionalidade, se declararem que querem ser portugueses, possuírem laços de efetiva ligação à comunidade nacional e, verificados tais requisitos, inscreverem o nascimento no registo civil português;»

Dispondo o novo regime que uma das condições de que dependia aquela atribuição⁴⁴ supunha a verificação das demais, e sendo uma delas enunciada através de um conceito indeterminado⁴⁵, o legislador entendeu precisar a sua densificação em termos que supunham a prática de um ato governamental que deveria reconhecer a relevância da situação por aquela enunciada. Assim, dispunha-se num novo número daquele artigo que

⁴² Que figura, como por diversas vezes se deixou referido, na alínea e) do n.º 1 daquele artigo. E o mesmo se diga, de resto, do previsto na alínea d), e que alude à ausência de condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa.

Pode assim dizer-se que estes constituem assim os requisitos inarredáveis da naturalização, não podendo, contrariamente a todos os demais (*supra*, na nota 6), deixar de se verificar em todas as situações em que esta haja de ser decretada.

⁴³ Sobre este diploma, cfr. Moura Ramos, «As alterações recentes ao direito português da nacionalidade – Entre a reparação histórica, a ameaça do terrorismo islâmico e a situação dos netos de portugueses nascidos no estrangeiro» (*cit. supra*, nota 3), p. 17-23, e 24.

⁴⁴ A inscrição do nascimento no registo civil português.

⁴⁵ A existência de laços de efetiva ligação à comunidade nacional.

«3 – A verificação da existência de laços de efetiva ligação à comunidade nacional, para os efeitos estabelecidos na alínea *d*) do n.º 1, implica o reconhecimento, pelo Governo, da relevância de tais laços, nomeadamente pelo conhecimento suficiente da língua portuguesa e pela existência de contactos regulares com o território português, e depende de não condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa».

Nestes termos, com este regime, importavam-se para a prova da referida existência de laços de efetiva ligação à comunidade nacional alguns dos requisitos da naturalização, independentemente da sua pertinência para a prova daquela circunstância⁴⁶. Só que, ao fazê-lo, o legislador parece não se ter apercebido de que havia acrescentado a estes requisitos um outro, tendo-lhe inclusivamente reconhecido carácter de essencialidade, ao não ter admitido em caso algum a sua dispensa: a ausência de perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo envolvimento do interessado em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei⁴⁷.

Se a inconsistência para que assim chamamos a atenção se manteve ainda com a Lei Orgânica n.º 2/2018, ela seria porém eliminada, mais recentemente, com a Lei Orgânica n.º 2/2020⁴⁸, através da qual o legislador pôs termo à incongruência legislativa em que laborara desde 2015, equiparando a determinadas situações de condenação penal com trânsito em julgado da sentença o perigo ou ameaça (do interessado) para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei, não só no quadro da naturalização como no acesso à condição de “português de origem”. É o que resulta da redação por este último diploma aprovada para o referido n.º 3 do artigo 1.º, nos termos da qual

⁴⁶ Na verdade, se para tal pode ser relevante o conhecimento suficiente da língua portuguesa não vemos como se possa considerar atendível, para esse efeito, a ausência de condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa, circunstâncias atualmente mencionadas nas alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do artigo 6.º

⁴⁷ *Vide supra*, n.º 2.1.

⁴⁸ Sobre este diploma, cfr. Moura Ramos, «A Nona Alteração à Lei da Nacionalidade Portuguesa. Reafirmação e (Re)ponderação de Tendências Anteriores», in *Boletim da Faculdade de Direito*, v. XCVI (2020), t. II, p. 631-666.

«3 – A existência de laços de efetiva ligação à comunidade nacional, para os efeitos estabelecidos na alínea d) do n.º1, verifica-se pelo conhecimento suficiente da língua portuguesa e depende da não condenação a pena de prisão igual ou superior a 3 anos, com trânsito em julgado da sentença, por crime punível segundo a lei portuguesa, e da não existência de perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei».

Pelo que a ponderação da prevenção do terrorismo se estendeu assim também à disciplina da aquisição originária da nacionalidade portuguesa.

4. *Observações conclusivas.* Podemos assim constatar que a preocupação com a prevenção da prática do terrorismo, que a partir de 2015 iluminou transversalmente diversos sectores da nossa ordem jurídica, chegou também, nesse preciso momento, ao direito da nacionalidade.

Tal sucedeu, inicialmente, através da Lei Orgânica n.º 8/2015, que veio introduzir no nosso sistema um novo requisito da naturalização e um novo fundamento da oposição à aquisição da nacionalidade. Baseando-os, respetivamente, na ausência de «perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei», e na sua existência, o legislador regressou, nestas matérias, à utilização de conceitos indeterminados, que tinha pretendido, entretanto, na medida do possível, afastar⁴⁹. E, desta forma, reintroduziu na aplicação da lei a margem de imprecisão que, aparentemente ao menos, tinha tentado evitar.

O propósito legislativo prece ter sido o de, nas matérias em que o poder público (através do Governo ou do Ministério Público) tinha a possibilidade de modelar em concreto a aquisição da nacionalidade, o poder fazer, num domínio que tinha passado a ser dominado pelo princípio da legalidade, em termos de considerar o condicionalismo acima referido.

Há, porém, que reconhecer que esta intervenção se limitou, por isso mesmo, ao domínio da aquisição derivada da nacionalidade, e que, mesmo quanto a este sector, o não abrangeu na totalidade, uma vez que se não repercutiu no regime especial da naturalização de menores previsto no n.º 2 do

⁴⁹ Tendo-o conseguido quanto aos requisitos da naturalização (vejam-se as diversas alíneas do n.º 1 do artigo 6.º), e logrando limitar o alcance do que mantém a sua relevância no domínio dos fundamentos da oposição à aquisição da nacionalidade (a inexistência de ligação efetiva à comunidade nacional).

artigo 6.º. E que, contrariamente ao sucedido noutros sistemas jurídicos, não logrou abarcar o instituto da perda da nacionalidade, tendo a iniciativa feita nesse sentido sido condenada ao malogro⁵⁰.

A incompletude revelada pelo desenho do âmbito de aplicação do novo sistema veio a acentuar-se quando, através de uma providência legislativa ligeiramente posterior (a constante da Lei Orgânica n.º 9/2015), mas que tramitara no Parlamento em simultâneo com a anterior sem que, estranhamente, jamais existisse qualquer contacto entre ambos os debates⁵¹, o nosso ordenamento, em termos que nos continua a ser difícil compreender⁵², acolheu, em sede de aquisição originária da nacionalidade⁵³, um espaço de atuação governamental em que, tendo feito relevar um dos requisitos que diríamos obrigatórios⁵⁴ da naturalização⁵⁵, viria a desconsiderar nesse contexto o outro⁵⁶, precisamente o que fora recentemente introduzido em ordem à prevenção e combate ao terrorismo.

Posteriormente, a situação que acabamos de mencionar veio a ser revertida, em termos de o mecanismo com que se procurou prevenir e combater o terrorismo ser estendido a todos os domínios da Lei da Nacionalidade em que o Governo dispõe de uma margem de conformação. Para além do disposto na Lei Orgânica n.º 8/2015, onde isso sucedeu a propósito do regime-regra em matéria de naturalização e do instituto da oposição à aquisição da

⁵⁰ Cfr. o que se diz *supra*, na nota 26.

Saliente-se porém há a registar uma nova iniciativa neste domínio (ainda que não especificamente vocacionada para a prevenção e combate ao terrorismo, mas assumindo um carácter mais geral), com a recente apresentação do Projeto de Lei n.º 697/XIV, de 19 de fevereiro de 2021, pelo deputado único do Partido Chega, que visa acrescentar ao artigo 8.º da Lei da Nacionalidade um novo número (que passaria a ser o n.º 2) que elencaria diversas circunstâncias (para além de determinadas condenações penais, a ofensa “de forma ostensiva ou notória, com o objetivo de incentivar ao ódio ou humilhação da Nação, [d]a história nacional e seus símbolos fundamentais”) em que os plurinacionais que houvessem adquirido a nacionalidade portuguesa por naturalização perderiam esta última nacionalidade. Este texto propõe ainda o aditamento de um novo fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito da vontade (que passaria a constar de uma nova alínea e) do atual artigo 9.º): “a prática reiterada de comportamentos, condutas ou declarações ofensivas da dignidade da Nação e dos seus símbolos políticos, históricos e culturais fundamentais”.

⁵¹ Apesar de ambos incidirem sobre um só e mesmo ato legislativo: a Lei da Nacionalidade.

⁵² Desde logo por fazer relevar como demonstrativos da existência de laços de efetiva ligação à comunidade nacional circunstâncias (como a referida *infra*, na nota 55) que consideramos insuscetíveis de a revelar.

⁵³ Ou seja, de definição do círculo dos “portugueses de origem”.

⁵⁴ Porque insuscetíveis de dispensa.

⁵⁵ Que considerava a ausência de condenação a pena de prisão igual ou superior a 3 anos, com trânsito em julgado da sentença, por crime punível segundo a lei portuguesa.

⁵⁶ Que atendia à ausência de perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei.

nacionalidade, tal ocorreria, com a Lei Orgânica n.º 2/2018, que remediou a lacuna anterior em matéria de naturalização de menores, e, em seguida, com a Lei Orgânica n.º 2/2020, que fez relevar aquele mecanismo no domínio da aquisição originária da nacionalidade. As perplexidades que a este respeito se podem ainda notar não decorrem tanto deste regime em si mesmo, mas antes dos contextos sistemáticos utilizados para que certas das preocupações a que ele responde obtenham a sanção do legislador⁵⁷.

⁵⁷ Como vimos acontecer quando se eleva o perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei, a circunstância demonstrativa da existência de laços de efetiva ligação à comunidade nacional (mas note-se que o mesmo acontecia já com a ausência de condenação a pena de prisão igual ou superior a 3 anos, com trânsito em julgado da sentença, por crime punível segundo a lei portuguesa).

LEI N.º 55/2015, DE 23 DE JUNHO

ALTERAÇÃO DA LEI SOBRE MEDIDAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO-FINANCEIRA

Segundo o artigo 1.º da Lei n.º 55/2015, de 23 de junho, este diploma procede à alteração da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, de modo a abranger todos os ilícitos criminais relacionados com o terrorismo. A alteração entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação (artigo 3.º).

Tendo em vista o objetivo de abranger todos os ilícitos criminais relacionados com o terrorismo, o artigo 1.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei de 2002, foi alargado aos crimes de *terrorismo internacional* e de *financiamento do terrorismo* (artigos 5.º e 5.º-A da Lei n.º 52/2003). A versão primitiva daquela disposição legal abrangia somente os crimes de organização terrorista e terrorismo (artigos

2.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 52/2003), uma vez que os crimes agora incluídos só foram introduzidos no ordenamento jurídico português por via das Leis n.ºs 25/2008, de 5 de junho, e 60/2015, de 24 de junho.

A Lei n.º 5/2002 estabelece um regime especial de recolha de prova (artigo 6.º), quebra do segredo profissional (artigos 2.º a 5.º) e perda de bens a favor do Estado (artigos 7.º a 12.º-B), relativamente a um catálogo, relativamente alargado¹, de crimes, onde se incluem os crimes de organização terrorista, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo, previstos, respetivamente, nos artigos 2.º e 3.º, 4.º, 5.º e 5.º-A, da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto². Este diploma legal estabelece um tratamento processual penal diferenciado em função da natureza destes crimes³ e soluções diferenciadas do ponto de vista do direito substantivo, no que se refere à perda de instrumentos, produtos e vantagens, por comparação com o disposto nos artigos 109.º a 111.º do CP (artigos 7.º e 12.º-B da Lei n.º 5/2002)⁴.

Já depois de 2015, a lei sobre medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira foi alterada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, que transpõe a Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia⁵.

¹ Além dos crimes previstos nas alíneas do n.º 1 do artigo 1.º, são também abrangidos os crimes referidos no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro (lei sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), bem como os crimes previstos na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (lei do cibercrime), quando não abrangidos pela alínea *m*) daquele n.º 1.

² Sobre esta lei, Silva DIAS, "Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito", in Maria Fernanda PALMA/Augusto Silva DIAS/Paulo de Sousa MENDES, coord., *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, 2010, 23 e s.; João CAIRES, "O regime processual especial aplicável ao crime organizado (económico-financeiro): âmbito de aplicação da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, o regime do sigilo e do registo de voz e imagem", in Maria Fernanda PALMA/Augusto Silva DIAS/Paulo de Sousa MENDES, *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra Editora, 2012, 453 e s.; e Damião da CUNHA, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Universidade Católica, 2017.

³ Cf. *infra* comentário à Lei n.º 58/2015.

⁴ Sobre isto, Damião da CUNHA, *A perda de bens a favor do Estado*, Centro de Estudos Judiciários, 2002; e IDEM, *Medidas de combate*, 13 e s.; Pedro CAEIRO, "Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito)", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (2011) 306 e s.; e João Conde CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, 100 e s.

⁵ Sobre isto, *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpõe*, Maria Raquel Desterro FERREIRA/Elina Lopes CARDOSO/João Conde CORREIA, coord., Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018.

AFONSO PATRÃO

LEI N.º 56/2015, DE 23 DE JUNHO

**ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE ENTRADA, PERMANÊNCIA,
SAÍDA E AFASTAMENTO DE ESTRANGEIROS DO TERRITÓRIO NACIONAL,
MODIFICANDO OS FUNDAMENTOS PARA**

A CONCESSÃO E CANCELAMENTO DE VISTOS E PARA A APLICAÇÃO DA PENA ACESSÓRIA DE EXPULSÃO

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei procede à segunda alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, modificando os fundamentos para a concessão e cancelamento de vistos e para a aplicação da pena acessória de expulsão.

I. O propósito da intervenção legislativa

A Lei ora em comentário, integrada num *pacote legislativo* de medidas de combate ao terrorismo, altera o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros em território nacional (RJEPSAE).

A Exposição de Motivos da Proposta de Lei que lhe deu origem (Proposta de Lei n.º 284/XII), embora envolva esta intervenção normativa no esforço europeu de combate ao terrorismo, invoca, como fundamento, a Resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) n.º 2178 (2014). Com efeito, aí se expressa preocupação com a ameaça colocada por indivíduos estrangeiros que se descocam a um Estado diferente do da sua nacionalidade com o intuito de planejar, participar ou perpetrar atos terroristas. Em consequência, a Resolução comete aos Estados-Membros da ONU a obrigação de prevenir tais condutas pela realização de controlos fronteiriços eficazes que levem em consideração uma análise de risco dos viajantes (n.º 2) e encarrega os Estados de prevenir a entrada em território nacional de indivíduos relativamente aos quais exista informação credível que indicie o objetivo de participação em atos terroristas (n.º 8).

Neste contexto, a Lei n.º 56/2015, de 23 de junho, introduz três cirúrgicas alterações ao Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros em Território Nacional (RJEPSAE). *Por um lado*, intervém no domínio da concessão de vistos a cidadãos nacionais de Estados terceiros à União Europeia, aditando uma nova justificação para a respetiva recusa; *por outro*, acrescenta um novo fundamento para o cancelamento de vistos já concedidos; *por fim*, modifica a regulação da pena acessória de expulsão, alargando o respetivo âmbito no que concerne a cidadãos estrangeiros com residência permanente em Portugal.

Assim, não obstante a Proposta de Lei invocar o objetivo de “*clarificação e precisão da lei*”, o que está verdadeiramente em causa é um maior rigor na viabilização da permanência de estrangeiros em território nacional, seja mediante a verificação de requisitos adicionais para concessão ou manutenção de visto, seja por via da ampliação dos casos em que pode ser aplicada a pena acessória de expulsão.

Artigo 2.º

Alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho

Os artigos 52.º, 70.º e 151.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, alterada e republicada pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 52.º

[...]

4 – Pode ser recusada a emissão de visto a pessoas que constituam perigo ou ameaça para a ordem pública, a segurança ou a defesa nacional ou a saúde pública.

Artigo 70.º

[...]

1 –

d) Quando o seu titular constitua perigo ou ameaça grave para a ordem pública, a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei.

I. As alterações: o “perigo ou ameaça” e a “segurança e defesa nacional”

No que concerne ao regime dos vistos, o legislador operou duas alterações no circunstancialismo que pode fundamentar a recusa de visto aos cidadãos nacionais de Estados terceiros à União Europeia (artigo 52.º) e o respetivo cancelamento (artigo 70.º). A intervenção legislativa dirigiu-se, pois, a alargar os casos em que os estrangeiros (isto é, aqueles que *não têm nacionalidade portuguesa*, tendo outra nacionalidade ou sendo apátridas – o conceito *amplo* de estrangeiro¹) abrangidos pelo RJEPSAE² podem ser objeto de uma medida desfavorável³.

¹ Cfr. Rui Moura RAMOS, “Estrangeiro”, *Polis*, Tomo II, Sintra: Verbo, 1989, 1215 s.; Maria José Rangel de MESQUITA, *Os direitos fundamentais dos estrangeiros na ordem jurídica portuguesa: uma perspetiva constitucional*, Coimbra: Almedina, 2013, 17; Mário TORRES, “O Estatuto Constitucional dos Estrangeiros”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro* 50/290 (2001) 7-27, p. 7.

² Estão excluídos, nos termos do artigo 4.º, os nacionais de Estados-Membros da UE e do EEE e os titulares do estatuto de refugiado, de beneficiário de asilo ou de proteção temporária.

³ Cfr. Carla Amado GOMES/Anabela LEÃO, *A condição de imigrante – uma análise de direito constitucional e de direito administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 23; Tiago Fidalgo FREITAS, “O

Com efeito, sendo certo que a norma do artigo 52.º do RJEPSAE se dirige a enunciar as condições de que depende a atribuição de vistos de residência, estadia temporária e curta duração⁴, o mero cumprimento dos requisitos enunciados no n.º 1 não é condição suficiente para que o visto seja atribuído ou mantido; é ainda necessário que se conclua que o requerente (no caso do artigo 52.º) ou titular (no caso do artigo 70.º) não constitui uma ameaça a valores fundamentais.

Ora, é justamente no quadro deste *pressuposto negativo* (a inexistência de uma ameaça) que interveio o legislador de 2015. Na redação originária do RJEPSAE, a recusa e o cancelamento de vistos estavam limitados aos casos de “ameaça grave para a ordem pública, segurança pública ou saúde pública”; este elenco foi alterado pela Lei n.º 56/2015, de 23 de junho, que passou a determinar a recusa ou cancelamento de visto quando se verifique “perigo ou ameaça para a ordem pública, a segurança ou a defesa nacional ou a saúde pública”.

Assim, são duas as alterações operadas: *por um lado*, a lei modificou o critério da “segurança pública”, substituindo-o pela expressão “segurança ou a defesa nacional”, o que parece querer significar o aditamento de um novo fundamento – a ameaça à defesa nacional. *Em segundo lugar*, se aqueles efeitos se podiam produzir apenas no caso de “ameaça grave” àqueles valores, agora prescreve-se a afetação do cidadão nos casos de “perigo ou ameaça”, sem qualquer qualificativo.

II. O “perigo ou ameaça” em detrimento da “grave ameaça”

É absolutamente inequívoca a intenção do legislador ao substituir, na apreciação do requisito negativo, a necessidade de se verificar uma “grave ameaça” pela nova cláusula de “perigo ou ameaça”: pretende-se, por um lado, uma maior margem de apreciação por parte do decisor e, por outro, uma menor exigência legal na sua utilização. Na verdade, a lei “dispensou o adjetivo

regime jurídico da imigração: a entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional”, in *O Contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros e ao regime de entrada, permanência, saída e afastamento do território português, bem como do estatuto de residente de longa duração*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, 41-64, p. 44.

⁴ Cfr. Júlio PEREIRA/José Cândido de PINHO, *Direito de Estrangeiros – Entrada, permanência saída e afastamento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 199.

«grave» para qualificar a ameaça” e “previu situações de mero «perigo» a par da ameaça”, o que permitirá utilizar aquelas ressalvas em mais casos⁵.

Nestes termos, se a apreciação daqueles pressupostos dependia de uma densificação sujeita a fundamentação exigente⁶, o legislador quis atenuar o grau de severidade de que depende o ato administrativo de recusa ou cancelamento do visto: ao permitir sustentá-lo em ameaças *não graves* ou até em casos de simples *perigo*, promove-se um alargamento do seu âmbito⁷.

Dito de outro modo: a nova formulação facilita a produção do efeito desfavorável ao estrangeiro não tanto (nesta parte) pela nova definição dos respetivos pressupostos mas por via de menor rigor na fundamentação. Terá o legislador entendido, em suma, que a ameaça atual à segurança nacional não se compadece com a obrigação, para a Administração, de uma exigente justificação do ato nocivo, a qual é judicialmente controlável⁸. Por outras palavras, ter-se-á consagrado aqui, em alguma medida, *um princípio de precaução*: não podendo demonstrar-se uma ameaça *grave*, a mera existência de perigo ou ameaça basta para a aplicação daquelas medidas aos estrangeiros.

III. A “segurança e defesa nacional” em detrimento da “segurança pública”: um novo fundamento?

a) O conceito de “segurança nacional”: contributo do direito da União Europeia e sua densificação no quadro interno

Em segundo lugar, no que concerne agora aos pressupostos substantivos de adoção daquelas medidas, veio o legislador substituir a condição de *segurança pública* por *segurança e defesa nacional*, importando por isso determinar qual o alcance da nova formulação.

O conceito de “segurança nacional” não era totalmente desconhecido do RJEPSAE, porquanto já era razão habilitante para recusa de entrada em território nacional (artigos 32.º e 33.º), para a adoção de medidas de afastamento coercivo e expulsão judicial (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 134.º), e já era convocado, como requisito negativo, no quadro da concessão, a título

⁵ Neste sentido, Tiago Fidalgo FREITAS, “O regime jurídico da imigração”, 48, nota 31.

⁶ JORGE GASPAR, “Reflexão sobre o regime jurídico da concessão da autorização de permanência”, *Revista do Ministério Público* 89 (2002) 165 s.

⁷ Cfr. Tiago Fidalgo FREITAS, “O regime jurídico da imigração”, 48, nota 31.

⁸ Cfr. Carla Amado GOMES/Anabela LEÃO, *A condição de imigrante*, 70.

excecional, de vistos de trânsito e de curta duração (alínea *d*) do n.º 1 do artigo 67.º). O mesmo conceito é, aliás, utilizado no artigo 6.º, como razão para a reposição do controlo documental fronteiriço interno no âmbito do Acordo de Schengen.

Por seu turno, o agora afastado conceito de “segurança pública” surgia não só nas normas alteradas em 2015 como se mantém enquanto fundamento de recusa de *autorização de residência* (n.º 2 do artigo 77.º) ou para o seu *cancelamento* (alínea *d*) do n.º 1 do artigo 85.º), constituindo ainda limite jurídico para o reagrupamento familiar (alínea *c*) do n.º 1 do artigo 106.º), concessão de autorização de residência para nacionais de Estados terceiros que sejam titulares do estatuto de residência de longa duração noutro Estado-Membro da União Europeia (n.º 1 do artigo 119.º), atribuição do estatuto de residente de longa duração em Portugal (n.º 1 do artigo 127.º) e expulsão de residentes de longa duração (n.º 1 do artigo 136.º).

Estes dois conceitos, aliás, eram utilizados amiúde no anterior regime de entrada e permanência de estrangeiros, designadamente nos domínios ora intervencionados – a concessão de vistos e a expulsão de estrangeiros⁹.

Importa determinar o sentido da alteração legislativa em anotação.

O conceito de *segurança* não é líquido, sendo ao invés “contestado, ambíguo, complexo, com implicações políticas e ideológicas”¹⁰. Se a tal imprecisão aditarmos adjetivos próximos mas não coincidentes (*segurança interna*, *segurança nacional*, *segurança pública*), é evidente a dificuldade na exegese da atuação legislativa.

Ora, o primeiro passo para o apuramento do alcance do pressuposto aqui inaugurado retira-se dos dados normativos decorrentes do Direito da União Europeia. Na verdade, os conceitos de “segurança pública” e de “segurança nacional” acima elencados são utilizados no RJEPASE na reprodução de regras europeias que contêm a expressão “segurança interna”. Nessa medida, não é indiferente o sentido que o direito europeu lhes confere, atendendo à respetiva importância no quadro do direito dos estrangeiros na ordem jurídica portuguesa¹¹. Com efeito, não pode olvidar-se que a União Europeia vem intervindo na gestão das suas *fronteiras externas* (cfr. alínea *c*) do n.º 1 do artigo 77.º TFUE), pelo que a interpretação dos conceitos utilizados no direito nacional

⁹ Cfr. Constança Urbano de Sousa, “The new Portuguese Immigration Act”, *European Journal of Migration and Law* 4/1 (2002) 49–69, p. 55 e 66.

¹⁰ Cfr. Ana Paula BRANDÃO, “Segurança: um conceito contestado em debate”, *Informações e Segurança – Estudos em Honra do General Pedro Cardoso*, Pref. Adriano Moreira, Lisboa, 2003, 38.

¹¹ Neste sentido, Maria José Rangel de MESQUITA, *Os direitos fundamentais dos estrangeiros*, 5.

não pode desligar-se das obrigações que incumbem ao Estado por força de normas jurídico-comunitárias¹². Sendo certo que o domínio das normas ora comentadas é justamente um dos que é abrangido pela regulação europeia¹³.

Dito de outro modo: dependendo o acesso dos estrangeiros ao território dos Estados-Membros, em boa parte, do Direito da União Europeia e do Direito Internacional, é impossível avaliar os conceitos vigentes na lei portuguesa sem considerar o respetivo sentido naquelas ordens jurídicas¹⁴. Neste quadro, não é despicienda a interpretação das normas que, no Código das Fronteiras Schengen (atualmente consagrado no Regulamento UE 2016/399) consagram pressupostos *negativos* de admissão de estrangeiros – designadamente o conceito aí utilizado de “ameaça grave à segurança interna” (artigos 5.º, 6.º, 8.º, relativos à passagem e entrada nas fronteiras externas; 25.º a 30.º, relativos à reintrodução temporária de controlos nas fronteiras internas) que, tantas vezes, é reproduzido na legislação pátria como “segurança nacional” nos domínios que são objeto de regulação direta de normas europeias (artigo 6.º RJEPSAE, para a reintrodução de controlos nas fronteiras internas; artigos 32.º e 33.º quanto à entrada em território nacional). Até porque o propósito do Regulamento e do Manual Prático aprovado em seu complemento é assegurar uma aplicação uniforme, sobretudo no quadro das fronteiras externas do espaço Schengen¹⁵.

Neste contexto, sendo o conceito de *segurança nacional* convocado pelo RJEPSAE *quer* quando se trata de repetir normas do Código de Fronteiras Schengen, *quer* em domínios por ele não diretamente disciplinados (como sucede nas normas agora comentadas), o legislador terá querido trazer para este domínio o *mesmo* sentido que resulta do ordenamento jurídico da União Europeia.

¹² Neste sentido, Nuno PIÇARRA, “O Regime Jurídico da Passagem de Pessoas nas Fronteiras Externas e Internas na União Europeia”, *O Contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros e ao regime de entrada, permanência, saída e afastamento do território português, bem como do estatuto de residente de longa duração*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, 65-108, p. 65; Dulce LOPES, “Política da União Europeia em matéria de Migração: rede de protecção ou manta de retalhos?”, *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Senhor Professor Doutor António Avelãs Nunes*, 57/2 (2014) 1791-1832, p. 1791; Constança Urbano de SOUSA, “Globalização e Livre Circulação de Pessoas”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* 15/26-27 (2014) 137-152, p. 142.

¹³ Cfr. Nuno BORGES, “O mito da Europa Fortaleza – Análise desassomburada da Directiva do Retorno”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro* 56/330 (2012) 521-541, p. 523.

¹⁴ Também neste sentido, cfr. José de Melo ALEXANDRINO, “A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 49/1-2 (2008) 69-100, p. 69.

¹⁵ Cfr. Nuno PIÇARRA, “O Regime Jurídico da Passagem”, 68.

Esta conclusão, não sendo particularmente determinante na fixação do conceito agora utilizado de “segurança e defesa nacional”, permite, contudo, inferir alguns limites impostos pelas normas europeias para a respetiva densificação.

Em primeiro lugar, parece que a “a migração e a passagem das fronteiras externas por um grande número de nacionais de países terceiros não devam ser consideradas, em si, como uma ameaça” (cfr. Considerando n.º 26 do Regulamento que aprova o Código de Fronteiras Schengen), ainda que no Parecer da Comissão de 23 de Outubro de 2015, C(2015) 7100 final, se tenha entendido, a propósito da reintrodução de controlos documentais nas fronteiras internas da Alemanha e da Áustria, que “o elevado número de pessoas que entra no território da Alemanha em busca de proteção internacional origina, efetivamente, uma ameaça à ordem pública e à segurança interna e, por conseguinte, justifica a aplicação das medidas excecionais adotadas ao abrigo do Código das Fronteiras Schengen”.

Em segundo lugar, parece deduzir-se do direito internacional e do direito da União Europeia a existência de uma ampla margem de apreciação na densificação dos conceitos que autorizam a adoção de medidas defensivas¹⁶, sendo a limitação – mesmo entre cidadãos da União – destinada apenas a temperar um amplo poder conferido ao Estado no domínio do direito dos estrangeiros¹⁷. Aliás, mesmo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é particularmente permissiva no que concerne à proteção do valor da *segurança nacional*, chegando a considerar que um período de 4 anos na análise de um pedido de asilo *não é excessivo*, atendendo à defesa do valor da *segurança nacional*¹⁸.

Sintomático desta ampla liberdade de conformação é, aliás, o facto de o Manual Prático para os Guardas de Fronteira Schengen (aprovado pela Recomendação da Comissão Europeia c[2006] 5186 final) não dar exemplos para a concretização do conceito de *segurança interna* ou de *segurança pública*, ao contrário do que sucede em sede de *ordem pública* ou *saúde pública* (p. 39 s.).

¹⁶ Neste sentido, cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, 234.

¹⁷ Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 574.

¹⁸ Cfr. Acórdão do TEDH de 15.11.1996, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93; Ana Rita GIL, “A detenção de imigrantes na jurisprudência nacional e internacional”, *O Contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros e ao regime de entrada, permanência, saída e afastamento do território português, bem como do estatuto de residente de longa duração*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, 189-210, p. 196.

b) *A densificação do conceito de “segurança e defesa nacional”*

Aqui chegados, importa então densificar o conceito de *segurança e defesa nacional* que determina a adoção destas decisões desfavoráveis para estrangeiros, até porque eles não estão isentos de controlo judicial¹⁹.

Tradicionalmente, entende-se que a *segurança nacional* constitui um conceito mais amplo do que o de *segurança interna*, abrangendo não só este último (o interesse público da ordem e segurança das populações²⁰) como também o da defesa da soberania do Estado e da integridade do território contra ameaça externa²¹. No fundo, se histórica e doutrinariamente se conhece uma diferença entre *segurança interna* (a ordem e segurança das populações) e *segurança externa* (a garantia de integridade das instituições do Estado e dos seus serviços essenciais contra ameaças exteriores), o conceito de *segurança nacional* constituiria um conceito mais amplo, em agregação destes dois valores²².

O ordenamento jurídico português surge alinhado com a dicotomia tradicional *segurança interna/segurança externa*. Com efeito, o artigo 1.º da Lei da Segurança Interna²³, define a *segurança interna* como “a atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática”, acrescentando no n.º 3 que as medidas daquela Lei se destinam a “proteger a vida e a integridade das pessoas, a paz pública e a ordem democrática, designadamente contra o terrorismo, a criminalidade violenta ou altamente organizada, a sabotagem e

¹⁹ Cfr. Carla Amado GOMES/Anabela LEÃO, *A condição de imigrante*, 70.

²⁰ Neste sentido, António Francisco de SOUSA, “A função constitucional da polícia”, *Revista do Ministério Público* 95 (2003).

²¹ Neste sentido, cfr. Júlio PEREIRA/José Cândido de PINHO, *Direito de Estrangeiros*, 68 s.; Adriano MOREIRA, “Segurança e Defesa”, *Nação e Defesa* 13/45 (1988) 37-52, p. 40.

²² A isto acresce que, para parte da doutrina, *defesa nacional* constitui um sinónimo de *segurança externa* (Jorge Silva CARVALHO, *Segurança Nacional, Serviços de Informações e as Forças Armadas*, disponível em <http://www.segurancaedefesa.pt/noticias/009/intervencao_jorge_silva_carvalho_20090528.pdf>, consultado em 12 de Setembro de 2017), ao passo que outros autores veem na *defesa nacional* um dos mecanismos destinados a assegurar o objetivo da *segurança externa*, no que concerne à respetiva dimensão militar – cfr. Júlio PEREIRA/José Cândido de PINHO, *Direito de Estrangeiros*, 68; Carlos Blanco de MORAIS/António ARAÚJO/Alexandra LEITÃO, *O Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, Lisboa: Cosmos, 2000, 19 e 42; Frederico Carlos de Sá COSTA, “Sobre o conceito de «segurança nacional»”, *Tensões Mundiais* (2010) 123-140, p. 124.

²³ Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto, atualmente na versão conferida pelo Decreto-Lei n.º 49/2017, de 24 de maio.

a espionagem, a prevenir e reagir a acidentes graves ou catástrofes, a defender o ambiente e a preservar a saúde pública”.

Já o artigo 1.º da Lei de Defesa Nacional²⁴ define a *defesa nacional* como o conjunto de meios destinados a “garantir a soberania do Estado, a independência nacional e a integridade territorial de Portugal, bem como assegurar a liberdade e a segurança das populações e a protecção dos valores fundamentais da ordem constitucional contra qualquer agressão ou ameaça externas”. Nestes termos, preocupação com a segurança externa envolve a esfera específica de atuação das forças armadas, parecendo estar em causa uma atuação também militar, já que “a defesa se identifica essencialmente com a componente militar”²⁵, embora a referência à liberdade e segurança das populações inclua fenómenos que, habitualmente, se inscrevem no âmbito da segurança interna²⁶. É por isso que, como nota a doutrina, é por vezes questionável a separação dos conceitos de *defesa nacional* e *segurança nacional*, não obstante a tradicional distinção —, que se mantém sobretudo em face da delimitação da esfera constitucional de atuação das forças armadas por referência com o conceito de *defesa nacional*, o que parece excluir a legitimidade da sua atuação em face de ameaças *internas*²⁷.

Assim, a alusão na norma comentada ao conceito de *segurança e defesa nacional* parece ser dirigida à dissipação de quaisquer dúvidas quanto à viabilidade de adoção de medidas defensivas não apenas nos casos em que o estrangeiro constitui perigo ou ameaça para a ordem e tranquilidade das populações mas também quando se insira numa ameaça externa, por envolver risco para a soberania e integridade do Estado.

Isto é, sabendo-se que existe hodiernamente uma criminalidade altamente organizada que “utiliza as lógicas e as potencialidades da globalização para a organização do crime e está, cada vez mais, em lugar nenhum”²⁸, gerou-se uma noção compósita que é dirigida a permitir a recusa ou cancelamento de vistos, embora mantendo a separação concetual (que é própria dos sistemas democráticos) que arreda as forças armadas da atuação relativa às ameaças

²⁴ Lei n.º 31-A/2009, de 7 de julho.

²⁵ Cfr. José Nunes FONSECA, “O conceito de segurança nacional perspectivado para 2030”, *Boletim Ensino Investigação* 11 (2011) 81-115, p. 84; Pedro SOUSA, *O Direito Penal e a Defesa Nacional*, Coimbra: Almedina, 2008, 24.

²⁶ Cfr. Jorge Silva CARVALHO, *Segurança Nacional*, 5.

²⁷ Pedro SOUSA, *O Direito Penal*, 19; e IDEM, “Segurança interna e defesa nacional: uma evolução para o conceito de segurança nacional?”, *Segurança e Defesa* 3 (2010) 70-78, p. 72; Carlos Blanco de MORAIS/António ARAÚJO/Alexandra LEITÃO, *O Direito da Defesa Nacional*, 42 e 61.

²⁸ Cfr. Pedro SOUSA, *O Direito Penal*, 54 e 68; Jorge Silva CARVALHO, *Segurança Nacional*, 2.

puramente internas²⁹. No fundo, os novos fenómenos de criminalidade transnacional obrigam a esta articulação entre a *segurança interna* e *segurança externa*, pelo que a lei procurou superar esta dicotomia em sede da concessão e cancelamento de vistos.

c) A «*segurança e defesa nacional*»: um conceito mais amplo do que o anterior?

Contudo, se bem se atentar, a intervenção do legislador não gera uma novidade substantiva. Com efeito, a distinção entre *segurança pública* e *segurança e defesa nacional* (segundo a qual só neste segundo conceito se abrangiam os motivos relativos à segurança externa do Estado), é questionável no domínio regulado por normas europeias, especialmente no quadro do Código de Fronteiras Schengen. Com efeito, o Tribunal de Justiça da União Europeia esclareceu que o conceito de *segurança pública* utilizado nas regras comunitárias “cobre ao mesmo tempo a segurança interna de um Estado-Membro e a sua segurança externa”, abrangendo designadamente o ataque ao funcionamento das instituições e dos serviços públicos essenciais, o risco de uma perturbação grave das relações externas ou da coexistência pacífica dos povos, ou ainda um ataque a interesses militares³⁰. É por esta razão que a doutrina sustentava que o conceito de *segurança pública* anteriormente ali fixado abrangia *quer* motivos de segurança interna, *quer* motivos de segurança externa³¹.

Em consequência, no que concerne ao pacote legislativo ora comentado, é bom de ver que o conceito de “segurança pública” antes estatuído parecia abranger já a ameaça de atos de terrorismo, porquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia a propósito da interpretação da Diretiva n.º 2004/38/CE (que harmonizava entre os Estados-Membros as condições de concessão do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de protecção internacional) interpretou o conceito de “motivos imperiosos de segurança nacional” – que constituía, nos termos daquele ato europeu, um requisito negativo para a autorização de residência – como abrangendo os

²⁹ Neste sentido, Carlos Blanco de MORAIS/António ARAÚJO/Alexandra LEITÃO, *O Direito da Defesa Nacional*, 61.

³⁰ Cfr., designadamente, Acórdão de 23 de novembro de 2010, *Tsakouridis*, C-145/09, n.º 43; Acórdão de 11 de março de 2003, *Dory*, C-186/01, n.º 32.

³¹ Neste sentido, Carla Amado GOMES/Anabela LEÃO, *A condição de imigrante*, 65, nota n.º 205.

casos em que o estrangeiro faz parte de uma organização terrorista³². Aliás, aos exemplos dados na jurisprudência supracitada coincidem com aqueles que, no Código Penal, se identificam com os tipos ligados ao terrorismo, nos termos dos seus artigos 300.º e 301.º³³, pelo que a ameaça de prática de atos terroristas já implicava, nos termos da anterior formulação, a viabilidade de negação de visto³⁴.

Quer isto dizer que a alteração do pressuposto para adoção de medidas defensivas (de *segurança pública* para *segurança e defesa nacional*) não era necessária para ali se abranger a segurança externa do Estado nem a ameaça de prática de atos terroristas, porquanto tais valores estavam já abrangidos no dispositivo anterior.

Há então que indagar *qual o efeito prático* da nova formulação. Segundo cremos, a substituição do requisito negativo de *segurança pública* para *segurança e defesa nacional* dirigiu-se somente a clarificar a viabilidade de negação de vistos em *mais situações* do que aquelas em que se comprove uma ameaça à segurança interna, evitando quaisquer dúvidas que pudessem surgir quando se considerasse que certo cidadão estrangeiro, não obstante se não prever que venha a cometer crimes ou delitos comuns, constitua uma ameaça à soberania e integridade do Estado.

Em consequência, a intervenção legislativa vem tornar mais fácil a fundamentação de uma decisão desfavorável quando haja perigo ou ameaça de que o indivíduo prepare um ato terrorista ou esteja envolvido em organizações terroristas, porque aos fundamentos anteriormente estabelecidos (ordem pública, segurança pública e, no que concerne aos vistos, saúde pública) se aditou um novo motivo habilitante da adoção de medidas desfavoráveis a estrangeiros – a *defesa nacional* – cuja maior latitude decorre claramente da específica formulação³⁵.

³² Cfr. Acórdão TJUE de 24 de junho de 2015, *H. T.*, proc. c-373/2013.

³³ Cfr. Jorge de Figueiredo DIAS, “Comentário aos artigos 300.º e 301.º”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 1175 s.

³⁴ Neste sentido, Rui PEREIRA, “Os desafios do terrorismo: a resposta penal e o sistema de informações”, *Informações e Segurança – Estudos em Honra do General Pedro Cardoso*, Adriano MOREIRA, ed., Lisboa: Prefácio, 2003, 508. A isto acresce que o próprio conceito de segurança interna, nos termos especialmente previstos no n.º 3 do artigo 1.º da Lei de Segurança Interna, visa proteger as populações justamente contra o terrorismo, como *supra* se viu (cfr. Armando Marques GUEDES/Luís ELIAS, *Controlos remotos – Dimensões externas da segurança interna em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2010, 98).

³⁵ Cfr. Carla Amado GOMES/Anabela LEÃO, “Ser e deixar de ser imigrante: notas sobre o contencioso dos imigrantes em Portugal”, in *O Contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros e ao regime de entrada, permanência, saída e afastamento do território português*,

Artigo 151.º

[...]

3 – *Sem prejuízo do disposto no número anterior, a pena acessória de expulsão só pode ser aplicada ao cidadão estrangeiro com residência permanente, quando a sua conduta constitua perigo ou ameaça graves para a ordem pública, a segurança ou a defesa nacional.*

Uma dos casos em que é muito nítido o tratamento diferenciado dos estrangeiros por atenção à sua ligação ao território nacional decorre da norma do n.º 3 do artigo 151.º do RJEPSAE³⁶: os estrangeiros com residência permanente em Portugal são, em princípio, insuscetíveis de condenação em pena acessória de expulsão, ao contrário do que sucede com os demais³⁷.

A exceção a esta isenção encontra-se nas situações em que o estrangeiro representa *perigo ou ameaça graves para a ordem pública, a segurança ou a defesa nacional*. Como se percebe, face à norma anteriormente vigente (que apenas autorizava a aplicação daquela pena quando o estrangeiro constituísse uma “ameaça suficientemente grave para a ordem pública ou segurança nacional”), o legislador veio, por um lado, aditar a *defesa nacional* como fundamento habilitante para a condenação naquela pena e, por outro, modificar o modo da sua apreciação – substituindo a “ameaça suficientemente grave” pelo “perigo ou ameaça graves”.

O primeiro aspeto é, como vimos, comum à alteração operada em sede de vistos, pelo que valem aqui as considerações expendidas *supra*. De notar que o legislador, apesar de mesmo antes da alteração ora comentada se referir à “segurança nacional”, fazia deduzir da expulsão efeitos diferentes consoante a ameaça se dirigisse exclusivamente à segurança do Estado ou se estendesse aos demais Estados do espaço Schengen: neste último caso, a decisão executar-se-ia pela inscrição do expulsando no Sistema de Informação Schengen, ao passo que no primeiro caso o condenado apenas é elencado na lista nacional de pessoas não admissíveis³⁸. No fundo, se o poder de expulsão dos Estados, numa perspetiva jurídico-internacional, apenas se pode exercer *individualmente*

bem como do estatuto de residente de longa duração, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, 159-188, p. 164, nota n.º 19.

³⁶ Sobre esta diferenciação, Maria José Rangel de MESQUITA, *Os direitos fundamentais dos estrangeiros*, 34.

³⁷ Cfr., sobre os aspetos problemáticos da aplicação desta pena, Ana Luísa PINTO, *A Pena Acessória de Expulsão de Estrangeiros do Território Nacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

³⁸ Cfr. n.º 2 do artigo 157.º RJEPSAE e Carla Amado GOMES/Anabela LEÃO, “Ser e deixar de ser imigrante”, 187.

e somente quando “o estrangeiro perturbe a ordem pública ou a segurança interna do Estado e constitua uma ameaça para outros valores fundamentais da sociedade”³⁹, o legislador nacional fez uso de tal prerrogativa e admitiu tal efeito, como pena acessória, mesmo para os estrangeiros com residência permanente em Portugal.

O segundo constitui uma especificidade da regulação da pena acessória de expulsão, importando por isso determinar o respetivo significado. Com efeito, se antes se obrigava à fundamentação de uma “ameaça suficientemente grave” agora postula-se a necessidade de “perigo ou ameaça graves”.

Desde logo, importa notar que, face ao regime dos vistos *supra* analisado, a atenuação das exigências de fundamentação foi aqui menor, porquanto não se prescinde de um juízo de *gravidade*. Simplesmente, alarga-se o espectro da sua aplicação, porquanto mesmo nos casos em que não seja possível demonstrar uma *ameaça* pode aplicar-se ao estrangeiro tal pena se existir um *perigo grave* – ainda que não se consubstancie numa ameaça real. Nestes termos, pese embora uma menor audácia do legislador, o tom da nova regulação é o mesmo: facilitar a aplicação da medida desfavorável ao estrangeiro (*in casu*, a pena acessória de expulsão).

Artigo 3.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

³⁹ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade de circulação*, 34; Ana Rita GIL, “Comentário ao artigo 19.º”, in Alessandra SILVEIRA/Mariana CANOTILHO, ed., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra: Almedina, 2013, 245.

LEI N.º 57/2015, DE 23 DE JUNHO

ALTERAÇÃO DA LEI DA ORGANIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Segundo o artigo 1.º da Lei n.º 57/2015, de 23 de junho, este diploma procedeu à alteração da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal –, de modo a abranger todos os ilícitos criminais relacionados com o terrorismo. A alteração entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação (artigo 3.º).

Tendo em vista este objetivo, o artigo 7.º, n.º 2, alínea *l*), desta Lei de 2008, foi alargado aos crimes de *terrorismo internacional* e de *financiamento do terrorismo* (artigos 5.º e 5.º-A da Lei n.º 52/2003). A versão primitiva daquela disposição legal abrangia somente os crimes de organização terrorista e terrorismo (artigos 2.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 52/2003). Os crimes agora incluídos foram introduzidos no ordenamento jurídico português por via das Leis n.ºs 25/2008, de 5 de junho, pouco tempo antes da publicação da Lei n.º 49/2008, sem que tal justifique o desacerto legislativo, e 60/2015, de 24 de junho.

O artigo 7.º, n.º 2, da Lei da Organização da Investigação Criminal reserva à Polícia Judiciária a competência para a investigação de determinados crimes, não podendo a mesma ser deferida a outros órgãos de polícia criminal, por exemplo, à Guarda Nacional Republicana ou à Polícia de Segurança Pública, muito embora sejam órgãos de polícia criminal de competência genérica. Incluem-se em tais crimes o de organização terrorista, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo, previstos, respetivamente, nos artigos 2.º e 3.º, 4.º, 5.º e 5.º-A, da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto. Enquanto participante processual penal compete à Polícia Judiciária coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo que vise investigar a existência de um destes crimes, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a submissão da causa a julgamento (artigos 55.º, 56.º, 262.º, n.º 1, 263.º, 270.º, 288.º, n.º 1, e 290.º do CPP)¹.

É congruente com esta reserva de competência a existência na Polícia Judiciária da Unidade Nacional Contraterrorismo, nos termos do disposto nos artigos 18.º, n.º 3, alínea *a*), e 30.º do diploma que aprova a nova estrutura organizacional da Polícia Judiciária (Decreto-Lei n.º 137/2019, de 13 de setembro).

Maria João Antunes

¹ Sobre o estatuto processual penal dos órgãos de polícia criminal, FIGUEIREDO DIAS, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", in *O Novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal*, Almedina, 1988, p. 12 e ss., DAMIÃO DA CUNHA, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*, Universidade Católica, Porto, 1993, p. 105 e ss., e MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2021, p. 68 e ss.

LEI N.º 58/2015, DE 23 DE JUNHO

ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Lei n.º 58/2015, de 23 de junho, procedeu à vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal (CPP), modificando a alínea *i*) do artigo 1.º Para efeitos do disposto neste Código, passou a considerar-se “terrorismo”, além das condutas que integram os crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional, as que integram os crimes de *financiamento do terrorismo*. Esta Lei procedeu a uma atualização da alínea *i*) do artigo 1.º do CPP, em razão da tipificação do crime de financiamento do terrorismo, por via da Lei n.º 25/2008, que aditou o artigo 5.º-A. A alteração entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação (artigo 3.º).

Estatuiu-se logo na redação primitiva do CPP que para efeitos deste Código apenas podia considerar-se como casos de terrorismo as condutas que integrassem os crimes previstos nos artigos 288.º – *Organizações terroristas* – ou 289.º – *Terrorismo* – do Código Penal (CP), na versão original (alínea *a*) do n.º 2 do artigo 1.º). Esta técnica de remissão para a disposição legal concreta que

criminaliza a conduta foi mantida no Decreto-Lei n.º 317/95, de 28 de novembro, e na Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, remetendo este último diploma para os artigos 2.º – *Organizações terroristas* – e 3.º – *Outras organizações terroristas* (artigo 9.º). Tal técnica foi abandonada na Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, a partir da qual passaram a ser referidas, sem remissão para qualquer disposição legal, as condutas que integrassem os crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional. O que significou um alargamento a estas duas últimas condutas, por comparação com a redação dada em 2003 ao artigo 1.º do CPP.

Além do acabado de referir, há que salientar uma alteração relevante na sequência da lei de 2007: onde antes se dizia que, para efeitos do disposto no presente Código, apenas podem considerar-se como casos de terrorismo as condutas que integrem os crimes previstos nos artigos 288.º ou 289.º do CP, na versão então vigente (artigo 1.º, n.º 1, alínea *a*)), passou a dizer-se que, para efeitos do disposto no presente Código considera-se “terrorismo” as condutas que integram os crimes de organizações terroristas, terrorismo e de terrorismo internacional¹. E ainda de financiamento do terrorismo, depois da redação dada em 2015.

De um ponto de vista material, a alínea *i*) do artigo 1.º do CPP tem o sentido de prescrever um regime processual penal distinto, quando o crime em investigação seja pela prática de crime de *organização terrorista*, *terrorismo*, *terrorismo internacional* ou *financiamento do terrorismo*, previstos, respetivamente, nos artigos 2.º e 3.º, 4.º, 5.º e 5.º-A, da Lei n.º 52/2003. Deve notar-se que este regime processual diferenciado coincide, em geral, com o da criminalidade violenta, criminalidade especialmente violenta e criminalidade altamente organizadas (alíneas *j*), *l*) e *m*) do mesmo artigo 1.º do CPP), pelo que não pode afirmar-se a existência de um regime processual específico para casos de terrorismo.

Às diferenciações no âmbito da criminalidade menos grave têm vindo a juntar-se, de forma progressiva, tratamentos processuais distintos no âmbito da criminalidade mais grave, em nome da descoberta da verdade e da realização da justiça, previstos quer no próprio CPP quer na legislação extravagante². A complexidade criminalística, a resistência à investigação, a danosidade

¹ Sobre a nova técnica legislativa, criticamente, Costa ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ser diferente*, Coimbra Editora, 2009, 50 e s.; e Maria João ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2021, 17 e s.

² Cf. *supra*, comentário à Lei n.º 55/2015 e *infra*, comentário à Lei n.º Lei n.º 61/2015.

social e o alarme social são distintos em certas formas de criminalidade grave, justificando-se, por isso, um tratamento processual também ele distinto³.

Para certas formas de criminalidade grave passou a ser diferente a harmonização das finalidades de descoberta da verdade e de realização da justiça com a de proteção perante o Estado dos direitos fundamentais do arguido e de terceiros, nomeadamente no que se refere aos meios processuais, designadamente aos meios de prova, aos meios de obtenção da prova e às medidas de coação⁴. A própria Constituição aceita uma diferenciação processual nos artigos 34.º, n.º 3, em matéria de inviolabilidade do domicílio, e 207.º, n.º 1, no que se refere ao julgamento pelo tribunal de júri. Ponto é que a diferenciação processual se imponha em função do objeto da investigação. Ponto é que a diferenciação processual não resida no tipo de agente que está a ser investigado (o terrorista, o corrupto...), nem tão pouco em razões que o decurso do processo vem a revelar de pura tática processual (de puro oportunismo processual). Por exemplo, quando se enquadram os factos de que se toma conhecimento como investigação da prática de crime de terrorismo, para a partir desse enquadramento poderem ser ordenadas buscas domiciliária pelo Ministério Público (artigo 177.º, n.º 3, alínea *a*), do CPP).

Em matéria de prova testemunhal, de acordo com o artigo 139.º, n.º 2, do CPP, a proteção das testemunhas e de outros intervenientes no processo contra formas de ameaça, pressão ou intimidação é regulada em lei especial nos casos de terrorismo – na Lei n.º 93/99, de 14 de julho, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 190/2003, de 22 de agosto.

No regime das revistas e buscas, é excecionada a regra segundo a qual são autorizadas por despacho da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível presidir à diligência, prevendo-se no artigo 174.º, n.º 5, alínea *a*) do CPP, que, nos casos de terrorismo, possam ser efetuadas pelos órgãos de polícia criminal, sem cumprimento destas exigências, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa. Se a busca for domiciliária, exceciona-se a regra segundo a qual não podem ser efetuadas buscas no domicílio

³ Assim, Costa ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, 52.

⁴ Sobre isto, Figueiredo DIAS, “O processo penal português: problemas e prospectivas”, *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, 812 e s.; e Maria João ANTUNES, “Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo: Implicações na Investigação Criminal”, in *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal – Novas Perspetivas e Desafios. Livro de Atas*, ASFIC/PI, 2012, 122 e s.

durante a noite, sem consentimento do visado, prevendo o artigo 177.º, n.º 2, alínea *a*), do CPP que, nos casos de terrorismo, possa ter lugar entre as 21 e as 7 horas (cf. artigo 34.º, n.º 3, da Constituição); bem como a regra da competência reservada do juiz, prevendo-se no artigo 177.º, n.º 3, alínea *a*), que, nos casos de terrorismo, as buscas domiciliárias possam também ser ordenadas pelo Ministério Público ou efetuadas por órgão de polícia criminal, entre as 21 e as 7 horas, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.

Em matéria de escutas telefónicas, de conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone e de interceções de comunicações entre pessoas, nos casos de terrorismo, o Ministério Público pode requerer a interceção e a gravação de conversações ou comunicações ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efetivar a conversação ou comunicação ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, de acordo com os artigos 187.º, n.º 2, alínea *a*), e 189.º, n.º 1, do CPP.

No que diz respeito às medidas de coação, designadamente no que se refere à prisão preventiva e à obrigação de permanência na habitação, exceciona-se, quanto à primeira, a regra segundo a qual esta medida é aplicável quando houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos, dispondo a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 202.º do CPP que é aplicável quando houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo. A prisão preventiva é aplicável em função da natureza do crime e não em razão da sua gravidade, o que é particularmente evidente já que o limite máximo das penas aplicáveis aos crimes de terrorismo será, em regra, superior a 5 anos. Por outro lado, os prazos de duração máxima de ambas as medidas de coação são alargados também em razão da natureza do crime – terrorismo – de acordo com o disposto nos artigos 202.º, n.ºs 2, 3 e 5, e 218.º, n.º 3, do CPP.

Além deste regime diferenciado em matéria de meios processuais, o legislador dispõe ainda, no artigo 143.º, n.º 4, do CPP que, em casos de terrorismo, o Ministério Público pode determinar que o detido não comunique com pessoa alguma antes do primeiro interrogatório judicial, salvo o defensor. Em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas constantes do decreto que aprovou o CPP, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido da inconstitucionalidade da norma que não ressalvava o defensor do regime de incomunicabilidade, por violação do artigo 32.º, n.º 3, da Constituição. Entendeu-se que o direito de ser assistido por defensor, uma das garantias constitucionais do processo criminal abrange, não apenas a simples

presença física do defensor aos atos do processo, mas também o direito de o arguido comunicar com ele (Acórdão n.º 7/87⁵).

Em matéria de prazos de duração máxima do inquérito, o legislador também atende à natureza do crime em investigação – terrorismo – para alargar estes prazos, segundo o disposto no artigo 276.º, n.ºs 2 e 3, do CPP.

Por determinação constitucional, não há intervenção do tribunal do júri (artigo 13.º do CPP) no julgamento dos crimes de terrorismo, ainda que a pena aplicável seja superior a 8 anos de prisão (artigos 207.º, n.º 1, da Constituição e 13.º, n.º 2, do CPP). Deve entender-se por crimes de terrorismo, os de *organização terrorista*, *terrorismo*, *terrorismo internacional* ou *financiamento do terrorismo*, previstos, respetivamente, nos artigos 2.º e 3.º, 4.º, 5.º e 5.º-A, da Lei n.º 52/2003, por em relação a todos valerem as razões justificativas da subtração de determinados crimes do julgamento pelo tribunal de júri: os juízes leigos podem não reunir as condições que garantam a sua capacidade para administrar a justiça, em face do grau de ameaça ou de intimidação que o julgamento de tais crimes pode comportar; não é razoável que um cidadão seja chamado a exercer uma função que se pode tornar particularmente espinhosa em razão da natureza do crime em julgamento⁶.

⁵ Disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>.

⁶ Cf. Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, anotação ao artigo 207.º, ponto II, alínea c), e Maria João ANTUNES, *Direito Processual Penal*, nota 1, 179 e s.

LEI N.º 59/2015, DE 24 DE JUNHO

ALTERAÇÃO DA LEI DE SEGURANÇA INTERNA

Segundo o artigo 1.º da Lei n.º 59/2015, de 24 de junho, este diploma procede à alteração da Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto, que aprova a Lei de Segurança Interna, modificando a composição do Conselho Superior de Segurança Interna e a organização e o funcionamento da Unidade de Coordenação Antiterrorismo. A alteração entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação (artigo 3.º).

O Conselho Superior de Segurança Interna é o órgão interministerial de audição e consulta em matéria de segurança interna. Tendo em vista a modificação do Conselho, o artigo 12.º, n.º 2, da Lei de Segurança Interna foi alterado no sentido de passar a ser integrado também pelo comandante-geral da Polícia Marítima, pela Autoridade Nacional de Aviação Civil, pelo coordenador do Centro Nacional de Cibersegurança e pelo diretor-geral da Autoridade Tributária e Aduaneira. A alteração de redação de outras alíneas do n.º 2 teve que ver apenas com objetivos de atualização terminológica.

A Unidade de Coordenação Antiterrorismo é um órgão de coordenação e partilha de informações, no âmbito do combate ao terrorismo, entre os serviços que o integram. Em razão de tais competências, prescreve-se no artigo 6.º-A da *Lei de combate ao terrorismo* que “os tribunais enviam à Unidade de Coordenação Antiterrorismo, com a maior brevidade e em formato eletrónico, certidões das decisões finais condenatórias proferidas em processos instaurados pela prática de crimes de terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo”¹.

Tendo em vista a modificação da organização e funcionamento da Unidade de Coordenação Antiterrorismo, o elenco das entidades do Conselho Superior de Segurança Interna que integram a Unidade foi alterado; as competências da Unidade foram ampliadas; a Unidade foi integrada no âmbito do Sistema de Segurança Interna; e a participação em reuniões da Unidade foi alargada (cf. artigo 2.º da Lei n.º 59/2015, que deu nova redação ao artigo 23.º da Lei n.º 53/2008). Mais se estabeleceu, no n.º 7 do artigo 23.º da Lei de Segurança Interna, na nova redação, que a orgânica da Unidade é estabelecida em diploma próprio, o que veio a suceder através do Decreto Regulamentar n.º 2/2016, de 23 de agosto.

Já depois de 2015, a Lei de Segurança Interna foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 49/2017, de 24 de maio, que lhe aditou o artigo 23.º-A – Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional –, ao qual foi dada nova redação por via da Lei n.º 21/2019, de 25 de fevereiro.

¹ O artigo foi aditado pela Lei n.º 60/2015, de 24 de junho, que alterou a *Lei de combate ao terrorismo* – Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto. Cf. *supra*, I parte, comentário ao artigo 6.º-A.

LEI N.º 61/2015, DE 24 DE JUNHO

AÇÕES ENCOBERTAS PARA FINS DE PREVENÇÃO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Segundo o artigo 1.º da Lei n.º 61/2015, de 24 de junho, este diploma procedeu à alteração da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que estabelece o regime das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, de modo a abranger todos os ilícitos criminais relacionados com o terrorismo. A alteração entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação (artigo 3.º).

Tendo em vista este objetivo, o artigo 2.º alínea *f*), desta Lei de 2001, foi alargado aos crimes de *terrorismo internacional* e de *financiamento do terrorismo* (artigos 5.º e 5.º-A da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto). A versão primitiva desta norma abrangia somente os crimes de organização terrorista e terrorismo, uma vez que os crimes agora incluídos só foram introduzidos no ordenamento jurídico português por via das Leis n.ºs 25/2008, de 5 de junho, e 60/2015, de 24 de junho.

O artigo 2.º da Lei n.º 101/2001 estatui que são admissíveis ações encobertas no âmbito da prevenção e da repressão de determinados crimes, incluindo-se no catálogo os crimes de organização terrorista, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo previstos, respetivamente, nos artigos 2.º e 3.º, 4.º, 5.º e 5.º-A, da Lei n.º 52/2003. Consideram-se ações encobertas, de acordo com o artigo 1.º, n.º 2, desta Lei, aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta Lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.

As ações encobertas constituem um meio oculto de investigação, um meio de obtenção de conhecimentos, “em que os agentes da investigação se intrometem nos processos de comunicação privada das pessoas investigadas, que não têm conhecimento do facto”, em relação ao qual devem valer de forma particular as exigências de reserva de lei e de juiz, por configurar invariavelmente o sacrifício de direitos fundamentais¹.

Quando é utilizado este meio oculto de investigação é outro o ponto de harmonização entre as finalidades necessariamente conflitantes do processo penal²; é potenciada a “confusão” entre prevenção e repressão criminal, uma vez que as ações encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção de crimes³; e é promovida a privatização do processo penal, na medida em que as ações encobertas podem ser desenvolvidas também por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária⁴.

¹ Cf. Costa ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral”, *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, 532 e 540 e s.

² Cf. *supra* comentário à Lei n.º 58/2015.

³ Sobre o risco de subversão da opção político-criminal de não serem admissíveis fases pré-processuais, Maria João ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2021, 90 e s.

⁴ Sobre o fenómeno da privatização do processo penal no contexto dos programas de *compliance*, Maria João ANTUNES, “Privatização das investigações e *compliance* criminal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (2018) 121 e s.

PARTE III

TEXTOS DOUTRINAIS

GUERRA E PAZ EM *TEMPOS DE TERROR* OU OS LIMITES DA COMPARABILIDADE *NÃO VIOLENTA*:

OUVINDO RICŒUR

RESUMO: Este ensaio alude à possibilidade de submeter o tema do terrorismo (na sua relevância jurídica) a três grandes perspectivas, ditas dogmático-conceitual, dogmático-material e meta-dogmática. Depois de uma breve exploração das duas primeiras, o texto concentra-se na última e nalgumas perguntas que a especificam, estas últimas iluminadas pelo binómio *guerra/paz*. Significa isto dialogar com os argumentos de Hobbes e de Rousseau, mas sobretudo explorar uma certa *separation thesis* (entre filosofias da política e do direito) exemplarmente defendida por Ricoeur. Esta concentração na especificidade do Direito (invocando o sentido, autonomia e limites do seu projeto) é por fim uma oportunidade de voltar ao tema da *comparabilidade não-violenta* e ao problema-limite dos *casos trágicos*.

Palavras-chave: terrorismo; guerra; paz; comparabilidade; casos trágicos; Ricoeur

ABSTRACT: This essay alludes to the possibility of considering the topic of terrorism (in its legal relevance) from three major perspectives, called dogmatic-conceptual, dogmatic-substantive and meta-dogmatic. After a brief exploration of the first two perspectives, the text focuses on the last and on a few questions that specify it, highlighted by the binomial war/peace.

This means dialoguing with the arguments of Hobbes and Rousseau, but above all exploring a certain *separation thesis* (between philosophy of politics and legal philosophy) exemplarily defended by Ricoeur. This concentration on the specificity and limits of Law, seriously taken as an autonomous practical-cultural project, is finally an opportunity to return to the theme of *non-violent comparability* and the limit-problem of *tragic cases*.

Keywords: terrorism; war; peace; comparability; tragic cases; Ricoeur

Na introdução ao precioso conjunto de textos que reuniu em *Le juste I* (1995), Ricoeur atribui à filosofia política e à filosofia do direito núcleos temáticos inconfundíveis, iluminados respetivamente pelos polos da *guerra* e da *paz*: *pour donner un tour dramatique à l'opposition que je fais [ici] (...), je propose de dire que la guerre est le thème lancinant de la philosophie politique, et la paix celui de la philosophie du droit*¹. Num tempo em que a violência do *terror impius* (enquanto presença ominosa do inumano) se instalou decisivamente no nosso quotidiano, conquistando a identidade perturbadora de um *doing what comes naturally* – e assim mesmo exigindo respostas do direito (nos seus diversos planos discursivos)... –, voltar a esta distribuição (por mais discutível que nos possa parecer o seu díptico de sombra e de luz!) é decerto reflexivamente inspirador, sobretudo se à possibilidade de um tratamento dogmático-categorial (analítico-conceitualmente depurado) e à indispensabilidade de uma reflexão dogmático-material (normativo-problematicamente construída) acrescentarmos a urgência de uma interpelação meta-dogmática.

1. Antes de me concentrar nesta última interpelação (aludindo a algumas das perguntas que a especificam), permitam-se-me apenas duas palavras para reconhecer os territórios frequentados pelas duas primeiras perspetivas (na sua inteligibilidade dogmática). Socorrendo-nos da ajuda de Luhmann, podemos na verdade considerar que aquele primeiro tratamento possível (dito dogmático-*categorial*) apela, mais ou menos diretamente, para uma

¹ RICOEUR, *Le Juste I*, Paris, Éditions Esprit, 1995, 10.

“organização de redundâncias” (*als rechtseigene Begrifflichkeit*)² na qual os fenómenos do terrorismo („Was ist Terrorismus?“) e a qualidade do *mal* que os distingue („Was ist böse am Terrorismus?“) possam aparecer categorial-classificatoriamente assimilados pelo direito³ ou pelo sistema jurídico (como tal inscritos numa *rede de segurança* plausível e na reinvenção permanente que a sua função desoneradora exige).

Desta *possibilidade* (mais ou menos autonomamente prosseguida) se distingue no entanto a *indispensabilidade* da segunda abordagem (dita dogmático-*material*), a qual só estará na verdade em condições de responder ou de reagir ao apelo da primeira se conseguir (e na exata medida em que consiga) excedê-lo. Acentuação só aparentemente paradoxal, uma vez que responder-reagir a um tal apelo (conferindo identidade jurídica aos referidos fenómenos) significa aqui e agora assumir uma autêntica perspectiva prático-normativa. Uma perspectiva que possa desde logo ocupar-se com as pretensões-exigências do princípio *suprapositivo* do mínimo⁴ (e com o sentido da corresponsabilidade que este autoriza, no seu equilíbrio constitutivo com as exigências dos direitos fundamentais). Uma perspectiva que depois (e sem soluções de continuidade) enquadre

² Trata-se de mobilizar o indispensável capítulo 8 (“Juristische Argumentation”) da última (e monumental) monografia que Luhmann dedicou ao sistema jurídico: LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), Frankfurt am Main: Suhrkamp (Taschenbuch), 1995, 338 e s., 384-393 (VII, VIII).

³ Para uma tentativa de ensaiar uma resposta especificamente jurídica a estas duas grandes perguntas, veja-se Adriano TEIXEIRA, “Was ist böse am Terrorismus? Zugleich Vorüberlegungen zu einer Definition des Terrorismus”, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 2 (2013) 57-76. Sem esquecer a exaustiva reconstrução terminológica (mobilizando significantes e significados de distintas arenas discursivas) proposta por Georg LÖCKINGER, *Terrorismus, Terrorismusabwehr, Terrorismusbekämpfung. Einführung in das Fachgebiet, Methodik und Ergebnis einer Terminologiearbeit in den Sprachen Englisch und Deutsch*, Reproz: Wien 2005, <http://www.bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/05_ttt_01_ttt.pdf>.

⁴ Com o alcance que a proposta de Castanheira Neves nos ensina a reconhecer (associando-o ao chamado *princípio da formalização*): ver muito especialmente Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, *Digesta*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 415-416. Trata-se muito claramente de acentuar o “*discretum* normativo” que (rompendo com um *continuum*, se não já com uma hipertofia de responsabilidade) deverá corresponder à institucionalização da responsabilidade comunitária (ou às implicações negativas do *commune* que esta justifica)... e então e assim de reconhecer que será imprescindível impor um *limite aos limites*. “Limite dos limites que (...) haverá de ser assumido em dois planos e se projectará em dois (...) princípios. No plano material ou *quoad substantiam*, há que reconhecer um *princípio do mínimo*, pois só serão legítimos os impedimentos de realização que se reconheçam como indispensáveis condições de realização de todos, i.e. que sejam condição necessária tanto da coexistência como da convivência comunitárias para a realização pessoal de cada um. No plano formal ou *quoad modum*, não há menos a reconhecer um *princípio de formalização*, ou seja, a exigência de uma institucionalização formal dos limites materialmente intencionados em obediência ao princípio do mínimo, porquanto sem essa institucionalização formal – com as características normativas que ela, enquanto tal, implica: a definição de um esquema jurídico susceptível de pré-demarcar de um modo objectivamente controlável o seu concreto cumprimento – abrir-se-ia a possibilidade de um *continuum* de impedimento que não só frustraria o princípio do mínimo como tenderia igualmente à (...) hipertrofia da responsabilidade...” (*Ibidem*, p. 416).

normativo-constitucionalmente o problema da “guerra contra o terrorismo”: discutindo as exigências do *princípio da liberdade*⁵ e do *legal archetype* da “proibição da tortura”⁶, mas não menos exemplarmente enfrentando as pretensões securitárias⁷ e a sua persuasiva tradução pragmática⁸. Uma perspectiva enfim que, entrando já no território decisivo da dogmática penal, cuide das projeções específicas dos princípios *transpositivos* da proporcionalidade e da ofensividade... para, no limite, discutir a possibilidade de, na qualificação-valorização das eventuais normas incriminadoras (constituintes do crime de terrorismo ou de ação terrorista), se atribuir ao bem jurídico ou bens jurídicos tutelados (se não já ao sentido e limites desta proteção e da ofensa correspondente) uma configuração inconfundível⁹.

⁵ Ver exemplarmente Owen FISS, “The War against Terrorism and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 26/2 (2006) 235-256, atribuindo ao chamado *principle of freedom* um significado normativamente específico (“no person shall be deprived of liberty without due process of law”).

⁶ Veja-se agora por todos Jeremy WALDRON, “Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House” [General Aspects of Law (GALA) Seminar UC Berkeley (<<https://escholarship.org/uc/item/23d27577>>)], ensaio que, para além da temática que explicitamente enfrenta, nos importa especialmente enquanto tentativa de mostrar que uma concepção de *positivismo crítico* é plenamente compatível com a autonomização de “arquetipos”. “[T]he various prohibitions on torture amount, individually or collectively, to a legal archetype. (...) In the broadest sense, the prohibition on torture is expressive of the following important underlying policy of the law: law is no longer brutal; law is no longer savage; law no longer rules through abject fear and terror. The idea is that even where the law operates forcefully, there will no longer be the connection that has existed in the past between law and brutality. There will be instead a connection between the spirit of law and respect for human dignity – respect for human dignity even in extremis, even in situations where law is at its most coercive and its subjects at their most vulnerable...” (*ibid.*, 48)

⁷ Ver Faria COSTA, “A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 135/3934 (Setembro 2005) 26 e s.

⁸ Sobretudo quando esta tradução pragmática exige aos *public officials* (em contextos de “emergência nacional”) uma ponderação-*balance* (casuisticamente experimentada e, como em todos os *casos difíceis*, discricionariamente construída) entre as liberdades individuais constitucionalmente tuteladas e as exigências da *community safety*, admitindo assim a possibilidade de uma “desobediência civil” (desde que *moralmente* justificada). A referência indispensável é aqui decerto Richard POSNER, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 31 e s. (“How Does National Security Shape Constitutional Rights?”). “Many consciences will not be shocked at the use of torture when it will ward off a great evil and no other method would work quickly enough to be effective. The question arises whether we should relax the prohibition against torture in such a case or trust public officers to perceive and act on a moral duty that is higher than their legal duty. I favor the latter course. There is a long tradition of civil disobedience, and while the term is usually applied to private individuals who deem it their moral duty to disobey positive law, there is no reason why it cannot also be used of public officials who do the same thing” (*Ibidem*, 85). Para uma acentuação da exigência pragmática de evitar uma opção pré-determinada entre a segurança pública e as liberdades constitucionalmente consagradas (*the prioritizing of either security or liberty is unpragmatic*), ver ainda POSNER, *Law, Democracy and Pragmatism*, Cambridge – Mass.: Harvard University Press, 2003, 293-308 (“Crisis Prevention as Pragmatic Adjudication”).

⁹ O que não significa necessariamente reconhecer um bem jurídico autónomo (distinto de outros bens jurídicos já tutelados); pode na verdade tratar-se muito simplesmente de reconstituir um aglomerado relacional de diversos bens jurídicos (os quais não serão inconfundíveis em si mesmos mas que o são já na e pela conexão que os entrelaça). Veja-se neste sentido de novo Adriano

2. A estas possibilidades-exigências acresce, no entanto, a urgência da interpelação meta-dogmática. Aquela que, ao *generalizar-radicalizar* a tematização da *violência* – ao conferir a esta uma pluralidade irreductível de rostos-máscaras e outros tantos modos de manifestação-consumação – transforma a experiência do terrorismo num *problema-limite ou num problema de fronteira*, inscrito numa no *man's land* tão perturbadora quanto interpelante. Se nos lembrarmos que aqueles rostos-máscaras podem cobrir tanto a *ação terrorista* quanto a correlativa *guerra* de reação-prevenção – se nos lembrarmos sobretudo que estes modos de manifestação-consumação podem identificar não só os recursos específicos do securitarismo (e os argumentos da sua *political morality*), mas também, em geral, a *indiferença aos contextos de realização* que (enquanto *violência contra a singularidade*) fere constitutivamente todos os critérios jurídicos (ou um certo *tratamento* destes)¹⁰ –, reconheceremos que a *no man's land* em causa é disputada por pretensões opostas, reconhecendo simultaneamente que os sinais destas pretensões (e as teias que entretecem) são hoje dificilmente negligenciáveis se quisermos discutir (e discutir sem reservas) a autonomia e (ou) a *continuidade* prático-cultural do *projecto do direito* (de um certo direito, vinculado ao *Texto do Ocidente!*).

3. Como já disse, as breves notas que se seguem concentram-nos neste último patamar e muito especialmente no contributo que a citada *separation thesis* de Ricœur (opondo *filosofia da guerra e filosofia da paz*) lhe poderá oferecer. Se ficarmos pela formulação da *tese* que atrás reproduzimos (isolando a sua dinâmica de oposição), dir-se-ia no entanto que esta proposta de acentuação da “destinação pacífica do jurídico”¹¹, não obstante a inflexão irónica com que se nos dirige ou se justifica (*pour donner un tour dramatique à l'opposition que je fais [ici]¹²*), se limita a retomar ou mesmo a reproduzir um percurso reflexivo conhecido. Refiro-me a um percurso dominado pela pureza binária de uma *contradictory definition* (*there is no medium between war and peace*), mas não menos especificamente pré-determinado pelo pressuposto de uma *exclusão mútua*, cujos *relata* são precisamente a *guerra* e o

TEIXEIRA, “Was ist böse am Terrorismus?”, 65-69 (“Stellungnahme: Terrorismus als doppeltes bzw. mehrfaches Unrecht”).

¹⁰ Para uma consideração deste último *alargamento*, ver a síntese que propus em “Direito, violência e tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural?”, *Themis* 26/27 (2014) 29 e s., 51-53 (“A *violência* de um tratamento auto-subsistente dos critérios”).

¹¹ RICŒUR, *Le Juste* [I], p.11.

¹² Ver *supra*, nota 1.

*direito vigente (war and enforceable law are mutually exclusive)*¹³. O percurso em que se inscrevem os argumentos de Hobbes? Certamente. Não só porque pressupõem um contraponto decisivo entre “tempo de paz” e “tempo de guerra”, mas também e principalmente porque, ao identificarem o segundo com a “condição” de “incerteza” do *status naturalis* (*the condition of mere nature (...) is a condition of war of every man against every man*¹⁴), garantem ao primeiro uma configuração residual (*all other time is peace*)^{15:16} aquela configuração residual que (sem alternativa) vincula o *time of piece* à ordem-*artefactus* político-juridicamente criada pelo pacto e pela sujeição que este determina... tornando-o assim indissociável da criação-institucionalização do *artificial man* que se diz (e se quer) *Leviathan*¹⁷ (*the right of all men to all things remaining, we are still in the condition of war*¹⁸). Só que também o percurso que os (muito distintos) argumentos de Rousseau exemplarmente iluminam. Enquanto exigem que o *status naturalis* (restituído à pureza de uma *desvinculação* originária) deixe de submeter-se à tensão binominal *paz/guerra*

¹³ Ver Philippe GISBERTZ, “The Concepts of ‘War’ and ‘Peace’ in the Context of Transnational Terrorism”, *Peace Based on Human Rights*, xxviii IVR World Congress, Lisboa: edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2017, 51 e s., 52-54 (“The Concepts of War and Peace in the Course of History”). Nesta *plenary lecture*, Gisbertz explora a *contradictory definition* mobilizando os exemplos maiores de Grócio, Hobbes, Locke e Rousseau, antes de precisamente lhes opor a proposta de Kant e o modo como, através da consideração de uma alternativa (a experiência do “cessar-fogo”) e muito especialmente da referência constitutiva à “inimizade”, esta exemplarmente se distancia do confronto binominal: “Kant (...) breaches with Grotius’ assertion that there is no medium between war and peace. According to Kant, peace is the *absence of war and enmity*” (54-55).

¹⁴ HOBBS, *Leviathan* (1651), cap. xiv (“Of the First and Second Natural Laws, and of Contracts”), cit. na edição de The Harvard Classics disponível em <<http://www.bartleby.com/34/5/14.html>>, 18.

¹⁵ “Hereby it is manifest that during the time men live without a common power to keep them all in awe, they are in that condition which is called war; and such a war as is of every man against every man. For war consisteth not in battle only, or the act of fighting, but in a tract of time, wherein the will to contend by battle is sufficiently known: and therefore the notion of time is to be considered in the nature of war, as it is in the nature of weather. For as the nature of foul weather lieth not in a shower or two of rain, but in an inclination thereto of many days together: so the nature of war consisteth not in actual fighting, but in the known disposition thereto during all the time there is no assurance to the contrary. All other time is peace.” [HOBBS, *Leviathan*, cap. xiii (“Of the Natural Condition of Mankind as Concerning Their Felicity and Misery”), <<http://www.bartleby.com/34/5/14.html>>, 8].

¹⁶ “To this war of every man against every man, this also is consequent; that nothing can be unjust. The notions of right and wrong, justice and injustice, have there no place. Where there is no common power, there is no law; where no law, no injustice. Force and fraud are in war the two cardinal virtues.” [HOBBS, *Leviathan*, cap. xiii, <<http://www.bartleby.com/34/5/14.html>>, 13].

¹⁷ “For by art is created that great “Leviathan” called a “Commonwealth”, or “State” (in Latin, *civitas*), which is but an artificial man, though of greater stature and strength than the natural, for whose protection and defence it was intended.” [HOBBS, *Leviathan*, Introduction, <<http://www.bartleby.com/34/5/1002.html>>, 1].

¹⁸ HOBBS, *Leviathan*, cap. xv (“Of Other Laws of Nature”), <<http://www.bartleby.com/34/5/15.html>>, 1.

(*les hommes vivant dans leur primitive indépendance n'ont point entr'eux de rapport assez constant pour constituer ni l'état de paix ni l'état de guerre, ils ne sont point naturellement ennemis*), mas também e muito especialmente enquanto reconduzem a guerra a uma relação entre coisas (*[c']est le rapport des choses et non des hommes qui constitue la guerre*) ou entre Estados (*La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat*)¹⁹. Pressuposições estas que, contrapondo-se luminosamente às de Hobbes (e não deixando de resto de projectar no plano dogmático estas suas diferenças²⁰), acabam no entanto por autorizar um resultado convergente, exactamente enquanto identificam *estado de paz e estado civil* (ou *jurídico*). Convergência limitada decerto – já que com Rousseau temos seguramente um outro *status civilis* (sustentado na *volonté générale* e na *universalidade racional* que simultaneamente a constitui e a exprime)... e uma outra *abstracção* condutora (menos sensível à dinâmica dos interesses emancipados ou dos seus contingentes correlatos empíricos do que às exigências de concertação da *ratio* e da *voluntas*)²¹ ... – mas nem por isso menos significativa, enquanto e na medida em que nos remete para uma representação do Direito integralmente definida pela imanência moderna da *societas* – representação esta que, independentemente da especificação (mais assumidamente legalista ou normativista) que vier a assumir, nos remete constitutivamente par um plano de inteligibilidade *macroscópico*, permanecendo enquanto tal fiel à narrativa de uma criação *ex nihilo* e ao homem desvinculado (livre de toda e qualquer tradição) que por ela se responsabiliza (e que assim mesmo supera a transcendência substantiva da experiência pré-moderna da *communitas*)²².

¹⁹ É um conhecidíssimo passo do cap. iv (“De l’esclavage”) do Livro I de *Du contrat social* (1762): ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris: Flammarion, 2001 (2012) 48–49. “La guerre (...) [est] une relation d’État à État dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu’accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin chaque État ne peut avoir pour ennemis que d’autres États et non pas des hommes, attendu qu’entre choses de diverses natures on ne peut fixer aucun vrai rapport...” (*ibid.*)

²⁰ Ver GISBERTZ, “The Concepts of ‘War’ and ‘Peace’...”, 53–54.

²¹ Ver por todos Castanheira Neves, *O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, 528 e s., 539–553.

²² Para um esclarecimento breve do sentido deste discurso da *societas* (e do contraponto *societas/communitas*, este agora envolvendo outros sentidos da *communitas* e a possibilidade de uma dialéctica), remeto-me para LINHARES, “Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?”, in Nuno Santos Coelho, António Sá da Silva (ed.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, 127–152 (2.), 160–162 (3.2.2.).

4. Será no entanto a este percurso e aos seus argumentos (vinculados a uma “versão contratualista do ponto de vista deontológico”²³) que se junta a demarcação dicotômica de *Ricœur*? Seguramente que não! Se considerarmos a sua proposta com mais atenção, veremos na verdade que a intenção reflexiva que a orienta é precisamente a de *faire droit au droit (rendre justice à la justice)*²⁴, entenda-se, a de reconhecer o “estatuto específico”, se não mesmo o “lugar autêntico” do *jurídico*. Para *Ricœur*, num tom que oscila entre o diagnóstico de uma tendência global e o ato de contrição de um percurso individual, trata-se na verdade de invocar um dos seus temas maiores – o do poder-*potestas* ou o deste enquanto instrumento da “racionalidade histórica do Estado” (na sua relação constitutivamente aporética com o “mal político” e com a “dramaturgia da guerra”)²⁵ –, agora no entanto para exigir que a discussão “ético-política” deste tema (uma das obsessões discursivas do “horível século XX”²⁶) deixe de ocultar (ou de perturbar) um certo plano-patamar genuinamente *microscópico*, o único capaz de respeitar a intencionalidade dialéctica da *phronêsis* e de lhe conferir uma dimensão institucional inconfundível: só resistindo à hipertrofia de um discurso macroscópico – dominado pelas conexões do direito-lei com os artefactos *societas* e Estado – estaremos na verdade em condições de restituir ao jurídico o seu “lugar próprio” (*à mi-chemin de la morale (...) ou de l'éthique (...) et de la politique*), não sendo este senão aquele em que, assumindo uma identidade plena, o mesmo direito se nos impõe “sob os traços explícitos” do judiciário e do seu dizer *concreto* (*avec ses lois écrites, ses tribunaux, ses juges, sa cérémonie du procès et, concluant le tout, le prononcé de la sentence où le droit est dit dans les circonstances d'une cause, d'une affaire, éminemment singulière*)²⁷.

Quando inscrevemos a reflexão de *Ricœur* no *ensemble* das vozes que hoje associam a tematização da autonomia do jurídico a um plano de imanência microscópica – à compreensão de uma prática judicativo-decisória de tratamento de controvérsias-casos –, impõem-se-nos na verdade algumas

²³ *RICŒUR, Le Juste* [I], 21.

²⁴ *RICŒUR, Le Juste* [I], 9

²⁵ “C’est la politique – la politique définie par référence au pouvoir – qui pose le problème du mal politique. Il y a un problème du mal politique, parce qu’il y a un problème spécifique du pouvoir. Non que le pouvoir soit le mal. Mais le pouvoir est une grandeur de l’homme éminemment sujette au mal. Peut-être est-il, dans l’histoire, la plus grande occasion du mal et la plus grande démonstration du mal. Et, cela parce que le pouvoir est une très grande chose ; parce que le pouvoir est l’instrument de la rationalité historique de l’Etat.” (*RICŒUR, Histoire et Vérité*, Paris, Seuil, 1995, 269).

²⁶ *RICŒUR, Le Juste* [I], 8.

²⁷ *RICŒUR, Le Juste* [I], 9-10.

acentuações inconfundíveis, a mais significativa das quais está certamente na exigência de submeter a experiência do justo *juridicamente relevante* (levado a sério como forma de *vida boa*) a uma interpenetração irreduzível de perspectivas *teleológicas* e *deontológicas*, interpenetração que importará preservar como núcleo de identidade do jurídico, não obstante a aparência evolutiva que beneficia o universalismo e o formalismo abertos pelas últimas (*la justice (...) fait partie integrante du souhait de vivre bien*)²⁸. É na verdade esta pretensão-exigência que confere um sentido específico às possibilidades da *sagesse pratique* ou à reconstituição desta enquanto *sollicitude critique*²⁹ – numa relação construtiva imediata com reinvenções não menos específicas da *phronêsis* e da *Sittlichkeit*³⁰ –... e que assim mesmo se projeta no tratamento jurídico da controvérsia, garantindo uma (ou especificando-se como uma) efetiva “complementaridade” dialética entre “interpretação” e “argumentação”³¹ – entre a “via regressiva e ascendente” dos discursos *hermenêutico* e *narrativo* e a “via progressiva e descendente” dos discursos *argumentativos*³². Como é também e ainda esta exigência que, sem soluções de continuidade, nos permite iluminar esse mesmo tratamento jurídico (e o seu “ato de julgar”), não já decerto apenas para confirmar a identidade da comparação-*tribuere* nele assumida com uma “finalidade imediata” (*finalité courte*) de “interrupção da incerteza” (*trancher le conflit (...), mettre fin à l’incertitude (...), c’est séparer, tirer une ligne entre le “tien” et le “mien”*), antes para lhe atribuir a “finalidade longa” ou “última” do “reconhecimento recíproco” e o “horizonte” de “paz social” (*[de] consolidation de la société comme entreprise (...) ou schème (...) de coopération*) a que este “reconhecimento” (para além da mera “segurança”... mas também sem se confundir com a “reconciliação” e com o “amor”) efectivamente aspira (*il apparaît que l’horizon de l’acte de juger c’est finalement plus que la sécurité, la paix sociale*)³³.

²⁸ RICŒUR, *Le Juste* [I], 17.

²⁹ RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris : Éditions du Seuil, 1990, Estudos VII-IX, 199 e s., 237 e s., 279 e s.

³⁰ “De la sagesse pratique qui convient à ce jugement, on peut dire que la *Sittlichkeit* y ‘rèpète’ la *phronêsis*, dans la mesure où la *Sittlichkeit* ‘médiatise’ la *phronêsis*” (RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, 337). Ver também RICŒUR, *Le Juste* [I], 143 e s., 185 e s.

³¹ RICŒUR, “Interprétation et/ou argumentation”, *Le Juste* [I], 163-184.

³² “La première voie [la voie régressive et ascendante] atteint le carrefour commun au moment où la théorie de l’interprétation rencontre la question posée par le modèle narratif lui-même des critères de cohérence du jugement en matière juridique. La seconde [la voie progressive et descendante] l’atteint lorsque, pour rendre compte de la spécificité de l’argumentation juridique, les procédures de l’interprétation retrouvent leur pertinence à titre d’organon du syllogisme juridique en vertu duquel un cas est placé sous une règle...” (RICŒUR, *Le Juste* [I], 165, 183-184).

³³ RICŒUR, “L’acte de juger”, *Le Juste* [I], 185-192.

5. Só esta última projeção nos importa aqui e agora... não tanto pela oportunidade que nos oferece de reconstituir os *lugares* e os *artefacta* (ou *sequência* de *artefacta*) da causa-*controvérsia* – a saber, a elevação do litígio ao “nível do processo” e a institucionalização deste enquanto “debate de palavras”³⁴, o princípio *audiatur et altera pars*, a “entrada em cena” do terceiro imparcial e da sua *juste distance* ([*interrompant*] *l’incertitude* (...), *le jeu et le contre-jeu des arguments et y mettant un point final*)³⁵ – quanto pelo “pathos” muito específico a que expõe esta *sequência* e os seus círculos internos: trata-se, na verdade, de levar a sério a vocação-promessa do “reconhecimento” recíproco (de um *reconhecimento* que deve unir perdedores e ganhadores)³⁶, mas trata-se sobretudo de admitir que o núcleo deste reconhecimento, concentrado na causa-*controvérsia* juridicamente relevante e no *concreto* analogicamente comparável que esta institucionaliza³⁷, possa ser iluminado pelo contraponto negativo com a experiência do conflito violento ou da *violência como injustiça*. O que, mais do que rejeitar a possibilidade (eloquentemente explorada por diversas *deconstructive jurisprudences*) de tratar os artefactos em causa (ou a representação em abstrato que antecipa a sua *performance*) – enquanto ferem sem remédio a *singularidade* (*irrepetível* e *incomparável*) das situações-acontecimentos – como formas-modos de *violência* entre outras formas possíveis de *violência*, significa decerto (e muito especialmente) justificar o binómio *comparabilidade violenta/comparabilidade não violenta*, reconduzindo a exploração deste (enquanto *aspiração* e enquanto *problema*) a um exercício (se não *ao* exercício) de demarcação do projeto-*proicere* do Direito (das suas possibilidades e limites)³⁸. Um exercício de demarcação que, ao assumir a força daquela aspiração e ao reconhecer a fragilidade das fronteiras em que esta se precipita, leva a sério a exigência de submeter a identidade do jurídico a uma contextualização prático-cultural sem concessões? Eu diria que sim. *Por um lado* porque, problematizando a vocação de universalidade dos artefactos em causa, trata a pretensão de comparabilidade *não violenta* em que estes convergem (e a distinção *concreto/singular* em que esta culmina) como uma expressão-manifestação do *Texto do Ocidente* – indissociável de um certo Direito e da sua resposta

³⁴ RICŒUR, *Le Juste* [I], 10.

³⁵ RICŒUR, “L’acte de juger”, *Le Juste* [I], 187.

³⁶ RICŒUR, “L’acte de juger”, *Le Juste* [I], 190-191.

³⁷ Com o alcance que esbocei em “Phronêsis und Terialität: Die Behandlung des Neuen als Kern des ‘geworfenen Entwurfs’ des Rechts”, in Lothar PHILIPPS und Rainhard BENGEL (Hrg.), *Von der Spezifikation zum Schluss: Rhetorisches, topisches und plausibles Schließen in Normen- und Regelsystemen*, Nomos Verlag, 2013, 39 e s., 51-54 (3.).

³⁸ Remeto-me para a síntese que propus em “O projectar do mundo prático do direito enquanto prática de comparação-tribuere”, *Revista Portuguesa de Filosofia* 70/2-3 (2014) 309-326.

ao problema da vida em comum... e desta precisamente porque sustentada numa pretensão de autonomia. *Por outro lado* porque, reconhecendo a pluralidade dos contextos que histórico-constitutivamente renovam-transformam esta manifestação (e com estes a importância do problema do contexto), exige que a continuidade-*iterabilidade* dos ditos artefactos (e neste sentido também da distinção *concreto/singular* que estes alimentam) seja ela própria (enquanto argumento) submetida ao fogo de uma interpelação radical – interpelação que assim mesmo não exclui (que antes consagra) a possibilidade-risco de uma resposta negativa (e o diagnóstico de superação que, ao romper com a referida continuidade, explicitamente a sustenta).

6. Uma vez aberto este horizonte (independentemente das respostas que vierem a formular-se ou da perspectiva que as alimenta), a preocupação condutora passa a ser a da relação *identidade (-autonomia)/limites*³⁹ e esta concentrada no problema da aspiração-procura da *comparabilidade não violenta*. Discutir o significado desta procura e os problemas de fronteira a que esta nos expõe (problematizando simultaneamente a sua sustentabilidade prático-cultural) não significa no entanto apenas explorar o contraponto entre modos *violentos* e *não violentos* de constituição de sentidos, significa ainda enfrentar a tensão *comparabilidade /incomparabilidade*. Como se a pergunta que tivéssemos que assumir fosse muito claramente a de saber, se, num tempo como o nosso, dominado pela exploração celebratória da singularidade e da irrepetibilidade (se não pelas promessas de uma comunidade *por-vir*), há ainda lugar ainda para uma institucionalização do *concreto* (e do *tertium comparationis* que a sustenta) que possa dizer-se constitutivamente *não violenta*. Acentuação que, fechando o círculo, nos autoriza a regressar aos problemas do *terrorismo* e da *guerra contra o terrorismo*? Acentuação que, ao assinalar uma indiscutível questão de fronteiras, nos obriga pelo menos a refletir sobre o tipo de *dificuldade* que a conformação jurídica destes problemas (ou de algumas das suas dimensões) enfrenta em concreto : um *tipo* de dificuldade que diríamos de *assimilação* e que se reconhece assim no quadro do Estado-de-direito contemporâneo (e na perspectiva das aquisições do constitucionalismo democrático)... sempre que contextos de realização muito complexos (expostos a pretensões hétero-referenciais particularmente exigentes) submetem o discurso *de comparabilidade*

³⁹ Veja-se a síntese de Castanheira NEVES em "Pensar o direito num tempo de perplexidade", in João Lopes ALVES et al., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 25-27 ("A autonomia do direito"), 27-28 ("Os limites do direito").

exigido pelo direito (e a construção do juízo decisório concreto em que este se manifesta) a colisões de “bens” e de razões manifestamente insuperáveis – colisões que o discurso jurídico tenderá a apresentar em planos mais ou menos abstratos sob os *modos privilegiados* de um conflito de direitos fundamentais ou de uma concorrência de princípios, mas que nem por isso encontram em concreto uma resposta internamente satisfatória, antes condenando o juízo decisório em causa a tensões invencíveis (entre a *violência* e a *não violência*, a *comparabilidade* e a *incomparabilidade*). Acentuação que nos faz regressar a *Ricœur* e à sua compreensão do *trágico* associada à presença ineliminável das exigências da *vida boa*⁴⁰? Eu diria que sim, se admitirmos que este regresso se cumpre agora com a cumplicidade privilegiada da mediação de Atienza e do seu tratamento dos *casos trágicos*⁴¹. Não podemos na verdade esquecer que esta autonomização dos casos trágicos, sob a aparência embora de um mero exercício de tipificação (o qual pressupõe o binómio *casos fáceis/casos difíceis*⁴²), se cumpre com Atienza denunciando a convicção a-problemática (ideologicamente “conservadora”) de que “no Estado de Direito contemporâneo é sempre possível ‘fazer justiça por meio do direito’ ”⁴³... e assim mesmo reconhecendo (reconstruindo) uma perspectiva *crítica* ou *crítico-instrumental*⁴⁴. Não se trata na verdade apenas de identificar casos de uma dificuldade máxima – casos cuja dificuldade se converte *qualitativamente* na impossibilidade de chegar

⁴⁰ RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, 281–290 (“Interlude : le tragique de l’action”); “La conscience et la loi. Enjeux philosophiques”, *Le Juste* [I], 209–221.

⁴¹ ATIENZA, “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 9/27 (1989) 93 e s., 101–104 (6.); IDEM, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 249 e s. (“Las funciones de la teoría de la argumentación jurídica”), “Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía* 6, (1997), 7–30.

⁴² Procurei mostrá-lo detidamente em *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico. Um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, 143 e ss., 147–152.

⁴³ “La discusión en torno a los casos difíciles (...) supone dar por sentado que para todo caso jurídico existe al menos una respuesta correcta; (...) el presupuesto último del que parte el paradigma dominante (que incluye tanto a Dworkin como a lo que he llamado la teoría estándar de la argumentación jurídica (...) es el de que en el estado de Derecho contemporáneo siempre es posible ‘hacer justicia por medio del derecho’ (...). Ahora bien, una valoración tan positiva de nuestros derechos va ligada – como no podría ser menos – a una ideología de signo inequívocamente conservador y a la que no veo ninguna razón para adherirse...” (ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional...”, 13–14). Já assim parcialmente (e com as mesmas conclusões) em *Las razones del derecho*, 251–252.

⁴⁴ Ver ATIENZA, *Derecho y argumentación*, Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, 19 e s. e *El Derecho como argumentación*, Ariel: Barcelona, 2006, 19 e s. (“Concepciones del Derecho: de los teóricos y de los prácticos”), 52 e s. (“Lo que queda”) e 59 e s. (“Derecho, conflicto y argumentación”). Sem esquecer os importantes desenvolvimentos recentemente propostos na *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta, 2017, 95 s., 117 s., 275 s.

a uma “resposta jurídica correta”⁴⁵ e que assim mesmo nos condenam a um plano de *razoabilidade débil* ou *muito débil* (constrangendo o julgador a escolher a resposta *menos má* num elenco de respostas todas elas *juridicamente discutíveis*⁴⁶) –, trata-se também de simultânea e indissociavelmente reconhecer que o “Direito dos Estados democráticos”, institucionalizando embora o “melhor dos mundos jurídicos existentes”, não “configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis”⁴⁷ – o que significa decerto descobrir a perturbante conexão entre *decisiones trágicas* e *Zweckprogramme...* e com esta o “paradoxo” aparente que resulta de os “Estados de direito com maior carga social e democrática” potenciarem a emergência de estruturas dilemáticas⁴⁸ (no limite mesmo de *constitutional dilemmas*⁴⁹) – pela proliferação de *standards* e regras expansivas e pela concentração na Constituição de “valores últimos de sinal contrário”, mas também pelas especificidades do discurso teleológico, argumentativamente concludente, exigido da jurisdição⁵⁰. Se o exercício de

⁴⁵ “Creo que puede defenderse que los casos trágicos son también casos difíciles. Son casos difíciles – en el sentido cuantitativo – de que pueden tener varias respuestas. Pero a diferencia de los casos difíciles – en sentido cualitativo – tienen una desgracia añadida: en los casos trágicos no hay respuesta, o sí hay pero ninguna es correcta...” [Santiago SASTRE ARIZA, “Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos”, *Derecho y opinión* 1 (1993) 302].

⁴⁶ “Y ahora habría que plantear la cuestión de si, en relación con casos trágicos, puede hablarse de alguna manera de decisiones justificables o razonables. Mi respuesta sería que sólo podría hacerse en un sentido más bien débil. Ciertamente, en tales contextos podrían utilizarse las mismas reglas que en los casos simplemente difíciles (...), pero lo que cambia es que ahora la decisión no puede pretender ser equilibrada, en cuanto que se ha sacrificado algo esencial. En definitiva, una decisión en tales contextos sería razonable tan sólo en el sentido de que se pueden dar razones en favor de su adopción que son mejores que otras. La justificación sería, cabría decir, tan sólo relativa: la decisión en cuestión no es buena, pero es la mejor de las posibles...” (ATIENZA, “Sobre lo razonable en el derecho”, 104). Acentuado o carácter *transjurídico* do exercício da razão prática nos casos trágicos (ou dos critérios que a orientam), veja-se especialmente “Los límites de la interpretación constitucional...”, 26-27 (2).

⁴⁷ ATIENZA, *Las razones del derecho*, 251-252.

⁴⁸ “[L]a adopción de una decisión (...) no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema...” (ATIENZA, *Las razones del derecho*, 252). Decerto porque no elenco das respostas antecipáveis não há nenhuma que se mostre capaz de compatibilizar as “exigências essenciais” dos “valores” em concorrência-*colisão* (“que não sacrifique algum *elemento essencial* de um valor considerado como *fundamental* do ponto de vista jurídico e /ou moral”) [IDEM, “Sobre lo razonable en el derecho”, 101].

⁴⁹ “[F]rom the viewpoint of the judge (...) [a] constitutional dilemma typically involves two elements: a choice between two separate goods (or evils) protected by fundamental rights; a fundamental loss of a good protected by a fundamental right no matter what the decision involves. (...) Conflicts of fundamental rights may entail constitutional dilemmas. In these cases, we are left with no guidance as to what to do. Legal reasoning, I suggest, is not capable of producing a single right answer in these cases; more importantly, these cases cannot be resolved rationally. Should we despair? I am going to conclude that we should not. On the contrary, I shall argue, it is important to take conflicts of rights seriously, which means that we should try to understand them. Only then will we be able to cope with them, even if no final solution will ever be achievable...” [Lorenzo ZUCCA, *Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas*, Sant’Anna Legal Studies (STALS) Research Paper 16/2008, <http://stals.sssup.it/files/stals_Zucca.pdf>, 20].

⁵⁰ ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional...”, 27 (3).

tipificação se presta a algumas reservas significativas⁵¹, a referida abordagem crítica mostra-se preciosa – abrindo-nos as portas para um tratamento global do problema do *gesetzliches Unrecht* ou para a exigência de o considerar não apenas no contexto dos “sistemas ditatoriais, globalmente ilegítimos”, mas também nos “sistemas jurídicos democráticos”⁵². O que significa deslocar a reflexão do plano macroscópico (*trans-sistemático*) que é exigido pelo tratamento da chamada *lei injusta* para o plano microscópico (*metodologicamente* relevante) exigido pela perspectiva do caso-controvérsia. Para chegar à conclusão de que o caso trágico é aquele que, no seu dizer irrepitível, resiste a um tratamento metodológico satisfatório (à possibilidade de nele reconhecermos um autêntico litígio e a *tercialidade* que univocamente o ilumina)? Pode também dizer-se que sim. Sendo no entanto indispensável acrescentar que o problema em causa nos expõe aos *limites* da reflexão metodológica... porque nos expõe decisivamente aos *limites* do próprio Direito. Como se as resistências invencíveis que, nesses casos trágicos, são oferecidas pela força da *incomparabilidade* (no *dizer* singular dos seus *diferendos*) condenassem a *comparabilidade jurídicamente relevante* a fazer-se substituir por uma *comparabilidade violenta* (e a aceitar sem remissão a caixa de Pandora que esta abre): uma substituição (ou risco de substituição) que o território do terrorismo e das reações securitárias (ainda que sob máscaras mais ou menos persuasivas) exemplifica em toda a sua crueza, proporcionando-nos uma oportunidade única (um *terreno fértil*⁵³) para reconhecer e discutir o invocado problema de *limites*. Um problema decerto que o nosso tempo de *otimismo panjuridicista*, quando não de a-problemático *nominalismo* (tratando o jurídico como uma pura institucionalização regulativa, disponível para todas as *teleologias* que lhe sejam democraticamente imputadas), tem decerto alguma dificuldade em reconhecer...

⁵¹ Ver *supra*, nota 42.

⁵² ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional...”, 19, 25 e s.

⁵³ “Conflicts of fundamental rights are growing in importance in the present political context as politics is trying to fight back and regain control of what has been devolved to individuals. (...) Political liberalism, with its rights agenda, is not regarded as very attractive anymore. (...) Terrorism is a second major fertile background where competing claims of rights can be made. The usual example used to challenge conventional understanding of rights is that of a terrorist carrying a ticking time bomb into a skyscraper. What happens when we compare the value of his life to the value of anyone else’s life? Are we entitled to kill in order to prevent other deaths? Terrorism also has the side-effect of empowering government to intrude into our private life in a growing way. Orwellian states undermine all our rights in the name of the paramount interest in security. CCTV cameras, biometric identity cards, electronic surveillance all contribute to the shrinking of informational privacy. As a consequence, it is not surprising that privacy is not respected anymore when it clashes with other rights, such as freedom of speech...” (ZUCCA, *Conflicts of Fundamental Rights*, 22).

ANA MARGARIDA SIMÕES GAUDÊNCIO

TOLERÂNCIA E TERROR(ISMO), PRELÚDIO(S) E FUGA(S)?

**A NARRATIVA DO MEDO NA PERSPETIVAÇÃO (JURÍDICA)
DO RADICALMENTE OUTRO...**

«(...)

Ah o medo vai ter tudo
tudo

(Penso no que o medo vai ter
e tenho medo
que é justamente
o que o medo quer)
(...»

Alexandre O'NEILL, "O poema pouco original do medo",
in *Abandono Vigiado*, Lisboa: Guimarães Ed., 1960

RESUMO: Como que em *prelúdio*, o *estranhamento* perante a absoluta *alteridade* do *Outro*, gerador de divergência, evoluindo da ausência de *intersubjetividade*, abre a porta à possibilidade de *tolerância*, pressupondo o *reconhecimento* da *subjetividade* do *Outro*, ou, fechando-a, à progressiva *objetificação* desse *Outro*, desfigurando-o, dissipando-o, enquanto *sujeito*... Se e quando o *prelúdio* da tolerância dá lugar à *ininteligibilidade*, a *fuga* para a *irracionalidade* compor-se-á através de uma passagem para um ininteligível universo *Outro*... como *terrorismo*, expressão-limite de (in)justificabilidade (a) dialógica (in)traduzível de *terror*, e deste enquanto (in)ato ataque/defesa de e/ou perante um *Outro*... Um *Outro* (ir)reconhecível, como *sujeito*, e, assim, para lá do limite possibilitante de qualquer *intersubjetividade*, também de *intersubjetividade* especificamente densificadora de *juridicidade*...

Palavras-Chave: subjetividade; reconhecimento; intersubjetividade jurídica; tolerância; terrorismo

ABSTRACT: As if in a *prelude*, the *strangeness* in face of the absolute *otherness* of the *Other*, generating divergence, evolving from the absence of *intersubjectivity*, opens the door to the possibility of *tolerance*, presupposing the *recognition* of the *subjectivity* of the *Other*, or, closing it, to the progressive objectification of that *Other*, disfiguring, dissipating that *Other*, as a *subject*... If and when the *prelude* of tolerance gives way to *unintelligibility*, the *fugue* to *irrationality*, will be composed through a passage to an unintelligible universe *Other*... like *terrorism*, expression-limit of (a) dialogical (un)translatable (in)justifiability of *terror*, and this as an (in)act attack/defense of and/or before an *Other*... An (ir)recognizable *Other*, as a *subject*, and, thus, beyond the enabling limit of any *intersubjectivity*, also of specifically densifying *intersubjectivity* of *juridicity*...

Keywords: subjectivity; recognition; legal intersubjectivity; tolerance; terrorism

1. Terrorismo: *nomen* e/ou *evento* (?)

*Terrorismo*¹: como se ínsita à *reificação* conferida no nosso tempo a certos *eventos*, propõe(m) atualmente o(s) dominante(s) discurso(s) societariamente vigente(s) a inteligibilidade de uma plêiade de fenômenos, mais ou menos (des)conexos, enquanto epítomes disruptivos de colapso civilizacional, o qual, se longamente anunciado, se apresentará, em tais análises, todavia, bruscamente iminente, reunindo-se, como que por analepse, sob um único *nomen*, tido

¹ Sobre a dificuldade de uma (aparentemente necessária) definição do termo para um posterior tratamento do tema, *vide*, atualmente, a interessantemente explicitante monografia de Randall D. LAW, *Terrorism. A History*, Cambridge: Malden, Polity Press, 2016, 2 s.

por expoente sintetizante – *terrorismo(?)*... A atual intelecção dos *significados* de um tal *significante* tende a sediar-se num aglutinador pólo *simbolizante*, e, assim, virtualmente *fora* da dimensionalidade *espácio-temporal*: o «11 de Setembro»². Hipostasiada assim uma *reificação* lapidar de um «*major event*», *événement-Ereignis*, para o dizer, desde logo, com Heidegger, e depois, e também com este, com Derrida³, já como imprevisível, incompreensível, já, também para Derrida, como resultado (*calculável*) de um *processo auto-imunitário*, mesmo de *auto-imunização*⁴, cujos efeitos haverá ainda que decifrar, determinou uma entrada atemorizada do *mundo ocidental* no séc. XXI⁵. Teria sido, assim, o *mundo ocidental* – nem todo o mundo *ocidentalizado*, porém... –, nas suas pretensamente confortáveis referências histórico-culturais e económico-sociais – em que a «história» deu lugar à «pós-história»⁶ –, submetido, a partir de tal *evento*, e do *estranhamento* (do mundo...)⁷ por este gerado, (talvez) como nunca antes, a uma total *auto-reinterpretação*, a

² A pergunta proposta a Jürgen Habermas por Giovanna Borradori sintetiza o problema que ecoou por toda a primeira década do século XXI: «Do you consider what we now tend to call “September 11” an unprecedented event, one that radically alters the way we see ourselves?». – Giovanna BORRADORI, “Fundamentalism and Terror. A Dialogue with Jürgen Habermas”, in *Idem*, *Philosophy in a Time of Terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, Chicago: University of Chicago Press, 2003, 25-43, 25. Habermas acentua a *singularidade* do sucedido: «Perhaps September 11 could be called the first historic world event in the strictest sense: the impact, the explosion, the slow collapse – everything that was not Hollywood anymore but, rather, a gruesome reality, literally took place in front of the “universal eyewitness” of a global public». – *Ibidem*, 28.

³ «Derrida: *Le 11 septembre*, as you say, or, since we have agreed to speak two languages, “September 11”. (...)

(...) we perhaps have no concept and no meaning available to us to name in any other way this “thing” that has just happened, this supposed “event”». – Jacques Derrida, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, in *Idem*, *Philosophy in a Time of Terror*, 85-136, 85-86. Derrida volta, recorrentemente, nesta resposta, à expressão *major event*, utilizada sempre em inglês no original. – *Vide Ibidem*, 186, n. 1 (da p. 85). «Borradori: You mean “event” in the Heideggerian sense?

Derrida: No doubt, but, curiously, to the extent that the thought of *Ereignis* in Heidegger would be turned not only toward the *appropriation* of the proper (*eigen*) but a certain *expropriation* that Heidegger himself names (*Enteignis*)». – *Ibidem*, 90. *Vide* Martin HEIDEGGER, *Beiträge zur Philosophie. Vom Ereignis* (1936-1938), in Friedrich-Wilhelm VON HERRMANN, Hrsg., *Gesamtausgabe, III. Abteilung: Unveröffentlichte Abhandlungen*, Band 65, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, 1994, 2003, 7: «(...) wird das Seiende in seine *Beständigkeit* gerückt durch den *Untergang* der Gründer der Wahrheit des Seyns. Solches fordert das Seyn selbst. Es braucht die Untergehenden und hat, wo ein Seiendes erscheint, diese schon *er-eignet*, sich zu gewiesen. Das ist die Wesung des Seyns selbst, wir nennen sie das *Ereignis*». *Vide* ainda p. 23-35, 73-78, 80-83, 84-87.

⁴ Jacques Derrida, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, 94.

⁵ Jacques Derrida, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, 107. *Vide* ainda Wendy BROWN, *Regulating Aversion: Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton, Princeton University Press, 2006, 1-24 (1. «*Tolerance as a Discourse of Depoliticization*»).

⁶ Peter SLOTERDIJK, *Im Weltinnenraum des Kapitals – Für eine philosophische Theorie der Globalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005, citado na tradução portuguesa *Palácio de Cristal – Para uma Teoria Filosófica da Globalização*, tradução de Manuel Resende, Lisboa: Relógio d'Água, 2008, 20-21.

⁷ Peter SLOTERDIJK, *O estranhamento do mundo*, trad. Ana Nolasco, Lisboa: Relógio d'Água, 2008.

uma radical *alteração de paradigma(s) de inteligibilidade*, cujo único pólo agregador se reconduziria, afinal, ao *medo*⁸... E com um redimensionamento das relações intersubjetivas e uma inevitável reperspetivação do *mundo*, e do *sujeito humano* nele, radicalmente questionando os já muito abalados pilares essenciais da Modernidade e do Iluminismo⁹...

Inúmeros *prelúdios*, de *estranhamento* – e de *ininteligibilidade* –, (ante) câmaras do *medo*, primeiro, e *fugas*, desde o *reconhecimento relativista*, por um lado, à *rejeição absoluta*, por outro, depois, se perfilam, estas como – pelo menos, discursivamente – aparentemente inibidoras, aqueles como – pelo menos, discursivamente – aparentemente potenciadores, de *intersubjetividade* – porém, nem sempre de *convivência*, entre a *rejeição*, o *reconhecimento da diferença*, o *medo*, a *(in)tolerância*, e o *terror*... Diversíssimas postulações pós-modernas de *(des)construção*, propondo – desde logo no sentido em que o próprio Derrida delineou cultural-linguisticamente os sentidos de *desconstrução*, e os convocou para o presente *contexto de paradoxalidade semântica*, posto que também assume em muitos outros... – a análise da *(in)compreensão do mundo*, em geral, e de uma certa *ideia (iluminista) de Europa*, em particular, já antes, e já depois, também, do fenómeno do *terrorismo* em geral¹⁰, tendo como reverso, ainda para Derrida, a promessa de uma *democracia por-vir*¹¹, assente numa *alteridade absoluta*, sem *hierarquia*, numa *fraternidade*¹²... Tudo isto no(s) *palco(s)* do(s) presente(s) contexto(s) de *globalização*, ou, como preferiria dizer ainda Derrida, de *mundialização*, em que a *diferença* prolifera em todos os níveis da subjetividade e da intersubjetividade, continuamente repondo o problema da

⁸ Vide a análise histórica de uma abordagem política da ideia de *medo*, enfatizando a relação entre a política, o medo e o terror, elaborada antes e após o 11 de Setembro de 2001, por Corey ROBIN, *Fear: The History of a Political Idea*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2004, desde logo «Introduction». Vide ainda o papel conferido à categoria *medo* por Martha Nussbaum na consideração do problema da tolerância e intolerância religiosa., in Martha NUSSBAUM, *The New Religious Intolerance*, Cambridge – Massachusetts/London: Harvard University Press, 2012 – especialmente 2. «Fear: A Narcissistic Emotion», 20-58.

⁹ Recuperando o sentido do termo *paradigma* na ciência considerado por Thomas Kuhn. Vide Thomas S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: The University of Chicago Press, 1962, 1970, especialmente 10-51, 175 s. e 208-210. Mobilizando o mesmo sentido de *paradigma*, na consideração da *transição da modernidade para a pós-modernidade*, vide Hans BERTENS, *The Idea of the Postmodern*, London/New York: Routledge, 1995, 247-248.

¹⁰ Vide Jacques Derrida, in Giovanna BORRADORI, "Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides", 116-118.

¹¹ Vide Jacques Derrida, in Giovanna BORRADORI, "Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides", 120. Vide também os desenvolvimentos acerca do conceito de *democracia por-vir*, in Jacques Derrida, *Politiques de l'amitié*, Paris: Galilée, 1994, 126-127 (4. «L'ami revenant (au nom de la «démocratie»)», 93-129; 10. ««Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité»», 301-340).

¹² Jacques Derrida, *Politiques de l'amitié*, 259 (9. ««En langue d'homme, la fraternité»», 253-300). Vide ainda *ibidem*, 372 ("L'oreille de Heidegger. Philopolémologie (Geschlecht IV)", 341-419 (2. «L'avoir, l'être et l'autre: Tendre l'oreille, accorder ce qu'on n'a pas», 367-390)).

tensão *tolerância/intolerância*¹³, tendo a rápida *nivelação horizontal* do mundo, promovida pela chamada *globalização*, despertado, nas mais diversas direções¹⁴, as mais díspares reações, desde o mais radical otimismo da criação de um mercado à escala planetária ao receio de desenraizamento cultural e insegurança¹⁵, desde a possibilidade de democratização de um crescente número de países a uma desigualdade material crescente, ao aumento do número de conflitos e mesmo do *terrorismo*... O que, ainda analisado por Derrida, embora, de certo modo, também por Habermas, posto que em planos e com opções distintos, não obstante convergindo em algumas críticas e resultados, assumiria diferentes pressupostos, com o primeiro a ver na globalização quer um fator de modernização, quer um seu resultado – numa *autoimmune crisis*... –, quer uma ilusão *retórica* de *modernização*, e o segundo a reafirmar a possibilidade da *razão – ato comunicativo transparente não manipulativo*... – como resposta aos desafios da *modernização*, com a possibilidade de uma *globalização – economicamente inevitável(?) – culturalmente pacífica* a exigir, para desmistificar a *a-moralidade* do ocidente e a suposta espiritualidade do fundamentalismo religioso, uma auto-reflexão do ocidente *sobre si próprio*¹⁶.

A materialização do *nomen* terrorismo como *evento* no «11 de Setembro» comportaria consequências sem precedentes, num *cosmopolitismo – rectius*, em *cosmopolitismos* – de contornos crescentemente díspares e difusos¹⁷, a acolher em múltiplas leituras. E, assim, para lá da pulverização desconstrutivisticamente diagnosticada por Derrida – e a difundir-se pelas mais diversas assimilações microscopicamente subjetivizantes polarizadas na comunitarização do sujeito como referenciação substancial compensatória em pós-individualização, ou pós-dessocialização –, postulando, desde logo em sentido kantiano, e assim ainda na leitura de Habermas, estruturas de nível supranacional, perante a manifesta insuficiência do Estado-Nação

¹³ Vide Jacques Derrida, in Giovanna BORRADORI, “Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides”, 124-125. Vide, criticamente, Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, New York/London: Routledge, 2014.

¹⁴ Thomas L. FRIEDMAN, *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-First Century*, New York: Farrar/Straus & Giroux, 2005; Eric CAZDYN/Imre SZEMAN, *After Globalization*, Oxford: Malden/Wiley-Blackwell, 2011.

¹⁵ Vide José Manuel Aroso LINHARES, “Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito: as “alternativas” da tolerância procedimental e da hospitalidade ética”, *Boletim da Faculdade de Direito* 82 (2006) 135-180, 153-156.

¹⁶ Vide Giovanna BORRADORI, *Philosophy in a Time of Terror*, 20 («Introduction. Terrorism and the Legacy of the Enlightenment», 1-22).

¹⁷ Jürgen Habermas, in Giovanna BORRADORI, “Fundamentalism and Terror. A Dialogue with Jürgen Habermas”, 27. Vide também Bruce HOFFMAN, *Inside Terrorism*, New York: Columbia University Press, 2006, 1-42.

face ao *pluralismo* implicado na globalização, e concomitantes *riscos*¹⁸... Em que a *inevitabilidade* do processo de crescente pulverização da intersubjetividade, usualmente designado sobretudo por *pluralismo*, mormente de *coexistência* – cada vez mais raramente de *convivência*, à exceção, talvez, de alguns fenómenos de compensação relativa por via, nomeadamente, de certos atomizado(s) *comunitarismo(s)*... –, de um número também ele crescente de diversas “*formas de vida*”, remeteria para um “*patriotismo constitucional*” (“*Verfassungspatriotismus*”), para lá do decrescente *nacionalismo*, enquanto expressão de uma *constelação pós-nacional*¹⁹, inspirador também da *ideia de Europa* enquanto *aventura inacabada*, tal como também no dizer de Bauman²⁰...

Pôr a Europa, *rectius*, a matriz cultural *européia* e, decorrentemente, *ocidental*, perante o *outro* é hoje um exercício inevitável, a pôr a Europa perante si própria... Um exercício levado a cabo, entre *utopia*, *distopia*, e *retrotopia*, em múltiplas alternativas, buscadas, nos últimos tempos, em diversas *alegorias*, inclusivamente em torno da própria *utopia* de More²¹... Parecendo desvanecer-se progressivamente as possibilidades de um constitutivamente intersubjetivo *ethos* da significação cultural *européia* – e não se tratará aqui

¹⁸ Jürgen HABERMAS, “Der europäische Nationalstaat – Zu Vergangenheit und Zukunft von Souveränität und Staatsbürgerschaft”, capítulo 4 de IDEM, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, 128-153, 129-130. Vide também, similarmente, IDEM, “The European Nation State – its Achievements and its Limitations”, *Ratio Juris* 9/2 (June 1996) 125-137, especialmente p. 133-137.

¹⁹ Jürgen HABERMAS, “Der europäische Nationalstaat”, 143. Sobre a ordem cosmopolita proposta por Kant, vide sobretudo Immanuel Kant, *na determinação do direito cosmopolita (Das Weltbürgerrecht)*, in Immanuel KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, (Königsberg: Friedrich Nicolovius, 1797-1798), in Wilhelm WEISCHEDL, Hrsg., *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band VIII, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, Erster Teil. «Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre», II. Teil, «Das öffentliche Recht», 3. Abschnitt. «Das Weltbürgerrecht», §62, A 229, B 259, 475-477, 476. Vide também Immanuel KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (Johann Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1795), in Wilhelm WEISCHEDL, Hrsg., *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Band XI, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, 191-251. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “*Jus Cosmopoliticum* e Civilização de Direito”, especialmente 135-151.

²⁰ Vide, assim, e por referência específica a Habermas, Zygmunt BAUMAN, *Europe: An Unfinished Adventure*, Cambridge: Malden/Polity Press, 2004, sobretudo p. 124-142.

²¹ Destaque-se, além da *Retrotopia*, de Bauman, de 2017, a também recentemente publicada *Eutopia: New Philosophy and New Law for a Troubled World*, de 2016, de Philip Allott – depois de *Eunomia: New Order for a New World*, em 1990 –, homenageando More precisamente cinco séculos após a primeira publicação de *Utopia* (1516). Vide Philip ALLOTT, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford: Oxford University Press, 1990; IDEM, *Eutopia: New Philosophy and New Law for a Troubled World*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2016, “Foreword”, vii s.

apenas de um *ethos* institucional, mas de uma efetiva partilha de *formas de vida*, de um sentido cultural-intersubjetivamente agregador, tal como refere, entre outros sentidos, por exemplo, Andrew Williams, em *The Ethos of Europe*²² –, desvanecer-se-á também o sentido cultural do direito, intencional e institucionalmente, quer do ponto de vista legislativo quer judicativo, diluindo-se progressivamente, transmutando-se mesmo, em *regulação*, ao serviço de uma harmonização(-unificação) e de uma (con)firmação recíproca de *direitos* cujo único liame se corporiza em teia económico-financeira, velada por uma (*des*)*agregação* (inter)subjetivamente traçada...

Nesta(s) contínua(s) e aceleradíssima(s) metamorfose(s), de crescentemente problemática definição e sedimentação, em si e nas suas referências materiais de sentido, como *fundamento* e *valor*, com os paradigmas axiológicos e político-ideológicos diariamente colocados em causa, a posição do *eu* face ao *outro* sobrevém cada vez mais distante, mais alheada, numa individualização devoradora²³, na ausência de ponderação e de diálogo que proporcionem a reflexão de sentidos que, como horizontes de referência, na sua *autotranscendentalidade*, seja de *intenção à justiça* seja à *validade*, historicamente mobilizados, possam criticamente conduzir a *praxis*. Numa *condição humana* que é de permanente *intersubjetividade*, de confronto com a *diferença*, com a *alteridade do outro*, a considerar positiva ou negativamente, consoante a opção ética assumida. E independentemente da qual a *alteridade* permanece... na sua *igualdade* e na sua *diferença*... apelando a uma *amizade* que atenda ao *outro* na sua especificidade, no sentido conferido também por Derrida²⁴... E, porém, também uma *alteridade*, que, agora dizendo-o com Bauman, se espelha tanto *positiva* como *negativamente* – e, assim, *bifronte*

²² Andrew WILLIAMS, *The Ethos of Europe: Values, Law and Justice in the EU*, 2010, 70 s.

²³ «Dans les sociétés contemporaines, les individus agissent et se représentent comme libres de toute allégeance, mobiles, solitaires, s'éloignant sans cesse les uns des autres». – François OST/Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, 513.

²⁴ «C'est peut-être dans une région ainsi soustraite à la subjectivité métaphysique que résonne alors, pour Heidegger, «la voix de l'ami». Peut-être s'agit-il de ce que nous appelions plus haut la «communauté» minimale – mais aussi incommensurable à toute autre, parlant la même langue ou priant, ou pleurant pour la traduction dans l'horizon d'une seule langue, fût-ce pour y manifester un désaccord: amitié d'avant les amitiés. Il faudrait ajouter: d'«avant» l'inimitié». – Jacques DERRIDA, *Politiques de l'amitié*, 273-274 (9. «En langue d'homme, la fraternité...», 253-300). *Vide ibid.*, 339 (10. «Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité», 301-340).

(*Janus-faced...*)²⁵... a implicar uma gradação de *being-aside/being-with/being-for*, em Bauman inspirada também por Levinas²⁶.

2. Prelúdio(s) do medo: Tolerância(?)...

2.1. No(s) limite(s) da intersubjetividade: a tolerância enquanto intervalo, entre o medo e o terror...

Constatados, no e para lá do *hemisfério cultural* de matriz europeia, os atualmente *pervasivos* diagnósticos de *pluralidade de formas de vida* – ou já da ausência destes, dada a admitida impossibilidade de inexistência de configuração de tais *formas...* –, de convicções ideológicas, ético-morais, religiosas, ou outras – representando progressivamente menos influência normativa direta no sentido, conteúdo e limite(s) da *intersubjetividade*²⁷ –, (re)emerge a questão da (im)possibilidade de estabelecimento das respetivas fronteiras(-*limites*), eventualmente aferidas à luz dos limites do *respeito recíproco*, e, por isso, de um normativamente constitutivo *princípio de reconhecimento* – por referência agora às propostas de Axel Honneth e Rainer Forst, principalmente²⁸... –, projetado num *critério material de não interferência* enquanto repositório espaço-temporal do conteúdo daquele *respeito recíproco* como fundamento, também material e histórico-comunitariamente constituído, e em permanente processo de crítica constituição/superação – aquilo que poderia permitir designar tais fronteiras(-*limites*) por *intervalo da tolerância*, perante os conteúdos das múltiplas *formas de vida* coexistentes/conviventes numa sociedade plural – pluralista –, complexa e globalizada...

²⁵ E esta ambivalência como resultado da vivência *pós-moderna*. Vide, neste sentido, Zygmunt BAUMAN, *Life in Fragments. Essays in Postmodern Morality*, Oxford/Cambridge – Massachusetts: Blackwell, 1995, 126-138 (5. «The Stranger Revisited – and Revisiting»), sobretudo 135-137 («The Stranger ante portas»), e 137-138 («The Stranger, Janus-faced»).

²⁶ Vide *idem*, p. 44-71 («2. Forms of Togetherness»), especialmente p. 49 s., por referência expressa a Emmanuel Levinas, p. 56 s. Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, Parte II, 3.2.1.

²⁷ Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, “Justiça transcendente e autotranscendentalidade axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves”, in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO/Antônio Sá da SILVA, org., *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, 175-209, 198-201, 206-207.

²⁸ Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte I, 2.2.2. e Parte II, 3.3.

Para lá daquele *limite* – eventual *prelúdio* (?)... –, abrir-se-ia (abrir-se-á...) o *vazio* – da *ausência*, talvez da (im)possibilidade de diálogo, e assim, de *fuga*... –, (d)a (im)possibilidade de *tradução* – desde logo, na aceção *ética* proposta por James Boyd White²⁹, não enquanto mero estabelecimento de condições formais de *diálogo*... –, e, assim, de referência substancialmente significativa de e conducente a um nível mínimo de *intersubjetividade*... Um *vazio* de *intraduzibilidade*, dando espaço à *intolerância*... Descortinando-se, assim, gradativamente, uma possível consideração *positiva* da tolerância, entre uma perspetivação *negativa* do *outro*, de rejeição da *diferença*, ou mesmo de *indiferença*, por um lado, e uma perspetivação *positiva*, de *aceitação*, traduzida em *reconhecimento positivo* ou, ainda mais amplamente, em *hospitalidade*, por outro. Com o que a tolerância operaria num *intervalo*, ou *como* um *intervalo*, entre a *reação hostil*, num dos extremos, e a *aceitação*, no outro, e em ambos os casos *exclusive*³⁰, se e enquanto o grau de divergência não fosse de ordem a impedir a coexistência com a *diferença* geradora de desacordo, pelo que insuscetível de constituir resposta a todas as questões suscitadas pelo(s) dito(s) *pluralismo(s)*.

2.2. Fundamento(s) e condições de possibilidade da virtude/exigência/prática de tolerância...

Posicionando-se, então, a *tolerância* entre a *rejeição*, por um lado, e a *aceitação*, por outro³¹, os *requisitos* de identificação de *situações de tolerância*, mais do que como *componentes* da tolerância, assumir-se-ão como efetivas *condições de possibilidade* de efetivação da *exigência* e da *prática de tolerância*, de verificação necessária e cumulativa na sua substância e finalidade:

²⁹ Vide James Boyd WHITE, *Justice as Translation*, Chicago/London: University of Chicago Press, 1990, especialmente p. 257 (12. «Justice as Translation», 257-269).

³⁰ Ainda que não expressa exatamente no mesmo sentido, a noção de *intervalo* é ainda fundamental para a compreensão da tolerância em Diogo Pires Aurélio: «A tolerância representa-se como uma espécie de margem ou intervalo entre o que a lei e os costumes aprovam e aquilo que aparece como inaceitável face a normas comumente aceites». – Diogo Pires AURÉLIO, *Um fio de nada. Ensaio sobre a tolerância*, Lisboa: Cosmos, 1997, 109.

³¹ Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 6.2.3.2.. Vide, também neste sentido, Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 747-779, 748. Veja-se ainda a forma como John Horton incia, na *Blackwell Encyclopaedia of Political Thought* (Oxford: Ed. David Miller, 1987), a definição de tolerância (*Toleration*): «The deliberate choice not to prohibit, hinder or interfere with conduct of which one disapproves, where one has both the requisite power and knowledge». – John HORTON, “Toleration”, 521.

divergência de base essencial (relativa a uma referência axiológica fundante, materialmente fundamentada), *liberdade* (enquanto possibilidade de decidir) e *renúncia à reação* (enquanto renúncia de rejeição)³². De modo que, uma vez suprimido o requisito da *divergência de base*, o domínio da discussão deslocar-se-ia já para a *aceitação*, ou mesmo a *hospitalidade*, abandonando assim a possibilidade de *tolerância*, pois *tolerância* traduzirá uma atitude individual ou coletiva de convivência em que a perspectiva da diversidade(-alteridade) se baseie simultaneamente numa valoração negativa e, não obstante, na ausência de rejeição³³.

Não implicando necessariamente o *reconhecimento da diferença* uma efetiva *aceitação*, constituindo antes um pressuposto fundamental da possibilidade da *tolerância*, *reconhecimento*, *tolerância* e *aceitação* serão inconfundíveis, não constituindo, conseqüentemente, o *reconhecimento da diferença* uma *condição de possibilidade autónoma*, antes um pressuposto e uma componente da *condição de divergência de base essencial materialmente fundamentada*. Por outro lado, não se incluirá, desta perspectiva, a *reciprocidade* nas *condições de possibilidade* da *tolerância* – pese embora a respetiva essencialidade em múltiplas construções ético-morais de *tolerância* –, não a erigindo assim como *componente do fundamento* da *tolerância* – materializando-se este axiologicamente na dignidade intrínseca à condição humana –, nem como um seu *elemento* essencial ou uma sua *componente* necessária, cuja presença determinasse a existência ou a inexistência de *tolerância*. Não obstante a relevância da *reciprocidade* no estabelecimento de uma relação de *tolerância mútua*, a possibilidade de verificação de *tolerância unilateral* conduzirá a uma especificidade suscetível de permitir concluir pela respetiva dispensabilidade na identificação da mesma³⁴.

Assentando na categoria *moral* do *reconhecimento*, na proposta de Forst, a *tolerância* pressuporia, essencialmente, a admissão de uma *fronteira* estabelecida pelos critérios de *reciprocidade* e *generalidade*. E destes simultaneamente delineando a *justificabilidade* das *asserções mútuas* e das *normas obrigatórias*, por um lado, e os *limites da tolerância*, por outro. As convicções e práticas

³² Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 6.2.3.2.

³³ Neste sentido, vide Letizia GIANFORMAGGIO, “El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable”, *Doxa* 11 (1992) 43-70, 45.

³⁴ Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 4.2.2. e 4.2.3. Vide Rainer FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, 413-424, partindo de Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, erweiterte Ausgabe, 2003, 148-211.

éticas que cumprissem tais condições seriam *toleráveis* em si, e, mais do que isso, exigiriam elas próprias para si *tolerância*, posto que não violariam aquela *fronteira*³⁵. Ficando assim aberto o caminho para uma conceção *complexa*, e *normativa*, de *tolerância*³⁶, enquanto *teoria da (do direito à) justificação prática* («*Theorie der praktischer Rechtfertigung*»). Uma *conceção de tolerância* assim historicamente edificada como *luta pelo reconhecimento*, no sentido oferecido por Honneth a partir de Hegel³⁷, procurando Forst reconstruir a relação entre *poder e moral* através do *Princípio da Justificação* («*Prinzip der Rechtfertigung*»)³⁸ – *princípio* relativamente ao qual o *direito à justificação* («*Recht auf Rechtfertigung*») se configuraria como um contextualmente concretizante modo de crítica concreta à intolerância ou à base da *falsa tolerância*, instituindo-se enquanto exigência emancipatória e, simultaneamente, em perspectiva normativa, como base de fundamentação desta *crítico-reflexiva* conceção de tolerância³⁹; e *direito à justificação* este enquanto *direito de natureza moral*, traduzido num direito de *veto* qualificado contra quaisquer normas e práticas insuscetíveis de justificação *recíproca e geral*, e cujo objeto incluiria, simultaneamente, uma *explicação factual* e uma *justificação moral*⁴⁰. O *fundamento* da tolerância seria, portanto, o supra-ordenado *Princípio da Justificação*, que, enquanto *metaprincípio*, estabeleceria um *dever recíproco geral de justificação*, o que o confirmaria como *princípio normativo substancial de justificação das relações de tolerância*⁴¹. Por conseguinte, a tolerância apresentar-se-ia como uma *virtude moral da justiça*, enquanto *virtude discursiva da razão prática*, tendo como base o respeito pelo *outro* como *pessoa moral autónoma*⁴². Apresentando-se com três *componentes*, simultaneamente

³⁵ «For the virtue of tolerance, this means that citizens are tolerant if they accept the boundary set by the criteria of reciprocity and generality as both delineating the justifiability of mutual claims and binding norms and the limits of toleration. Those ethical beliefs and practices are tolerable and, more than that, have to be tolerated that do not violate this boundary. Tolerant citizens are therefore 'reasonable' in the sense that they accept the difference of contexts of justification for ethical beliefs and general norms». Rainer FORST, "Toleration as a Virtue of Justice", *Philosophical Explorations* 4/3 (2001) 193-206, 197-198.

³⁶ Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, 16, citando David HEYD, «Introduction», in IDEM, ed., *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton: Princeton University Press, 1996, 3.

³⁷ Rainer FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 413.

³⁸ Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt*, 19, n. 8.

³⁹ Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt*, 19.

⁴⁰ Rainer FORST, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007, 36. IDEM, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 433.

⁴¹ Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt*, 20, 528-529.

⁴² Rainer FORST, 21-23.

condições de possibilidade cumulativas essenciais – em termos de a ausência de uma, ainda que verificadas as restantes, implicar não se estar já perante a categoria *tolerância* –, traçadas como *componente de objeção*, *componente de aceitação* e *componente de rejeição*: a primeira a pressupor que as convicções e práticas toleradas fossem consideradas objetáveis porque *erradas* ou *más* – na ausência desta componente não se poderia falar de “tolerância” (*toleration*), mas apenas de “indiferença”, ou mesmo de “afirmação”⁴³; a segunda visando equilibrar a anterior, pelo que, não removendo o juízo negativo, conferiria razões positivas que suplantassem as negativas no contexto relevante⁴⁴, reforçando que, sendo as práticas toleradas consideradas essencialmente *erradas*, não o seriam de forma *insuportável*, isto é, num grau de *intolerabilidade*⁴⁵; e a terceira traduzindo a necessidade do estabelecimento de *limites da tolerância* (“*limits of toleration*”)⁴⁶. A que acresceria a afirmação de que só haveria efetiva tolerância se, onde e quando esta fosse *voluntária* e não compelida, caso contrário estar-se-ia perante situações de *sofrimento* ou de *impossibilidade de reação* contra práticas rejeitadas. Todavia, esta possibilidade de reação não teria de ser efetiva, bastando que se concluísse que, mesmo não se verificando na realidade um poder efetivo de proibir ou interferir em determinada prática, se este existisse não seria exercido⁴⁷ – o que afasta Forst de Preston King, em quem se inspira para a enunciação das *componentes da tolerância*, pois para este último a verificação da tolerância exigirá a liberdade efetiva de rejeitar o comportamento objetado, acompanhada da opção por não o fazer⁴⁸.

⁴³ Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, 193, citando Preston KING, *Toleration*, London: George Allen & Unwin, 1976/Portland: Frank Cass, 1998, 44-51 («The Objection Component»). Forst alerta ainda para o facto de que pode relevar, em determinadas situações, a distinção entre convicções (*-beliefs*), expressões, ações ou práticas, enquanto objeto de tolerância, mas, não o considerando relevante na presente discussão, refere-se a convicções e práticas (“*beliefs and practices*”). Vide IDEM, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, 193, n. 2.

⁴⁴ Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt*, 194, remetendo para Preston KING, *Toleration*, 51-54 («The Acceptation Component»).

⁴⁵ Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, 194.

⁴⁶ Em “*Pierre Bayle’s Reflexive Theory of Toleration*”, Rainer Forst enuncia três componentes na caracterização da tolerância, designando a necessidade de determinação de limites à tolerância como *rejection component*. – Rainer FORST, “*Pierre Bayle’s Reflexive Theory of Toleration*”, in Melissa S. WILLIAMS/Jeremy WALDRON, ed., *Tolerations and Its Limits*, New York/London: New York University Press, 2008, 78-113, 79.

⁴⁷ Rainer FORST, “*Toleration as a Virtue of Justice*”, 194.

⁴⁸ Vide Preston KING, *Toleration*, 21. Veja-se a convocação de King por Rainer FORST, *Toleranz im Konflikt*, 40-41, e *ibid.*, n. 28, onde também refere, no sentido daquele, Bernard CRICK, “*Toleration and Tolerance in Theory and Practice*”, *Government and Opposition* 6/2 (1971) 144-171, 147; e Susan MENDUS, *Toleration and the Limits of Liberalism*, New Jersey: Humanities Press/Atlantic Highlands, 1989, 9.

Diferentemente, apresenta Ernesto Garzón Valdés o que designa por *circunstâncias de tolerância* – talvez, porém, também, no sentido de *condições de possibilidade da tolerância*: a *aptidão* e a *inclinação* para proibir um ato, e a *ponderação* de argumentos a favor e contra a proibição e a permissão do ato⁴⁹. Tais *circunstâncias* conduziriam, desde logo, a distinção entre *tolerância* e outras figuras aparentemente próximas, tais como *suportar* ou *sofrer*, ou ainda *ser indiferente*, por um lado, ou mesmo *aceitar* ou até *promover* determinado(s) ato(s), por outro⁵⁰. Numa autonomização cujos contributos se procurarão aqui ajustar formal e materialmente a um sentido *condições de possibilidade* da tolerância numa perspectiva *normativamente substancial* – mormente pela referenciação axiológica e pela densificação de dois *sistemas normativos* determinantes da tolerância: um “*sistema normativo básico*” e um “*sistema normativo justificante*”⁵¹.

A verificação conjunta das duas primeiras *condições de possibilidade* da tolerância terá como implicação direta o facto de não se estar já perante a figura da *tolerância* nos extremos da *aceitação*, da *indiferença* e/ou da *resignação* (e *aquiescência*)⁵². Mas será apenas através da verificação desta terceira *condição*, de *renúncia à reação*, e esta materialmente fundada naquilo que Garzón Valdés diz “*sistema normativo justificante*”, que se justificará

⁴⁹ «(...) la tolerancia se presenta como una propiedad disposicional que es sometida a prueba en diversas y reiteradas circunstancias a las que llamaré “circunstancias de la tolerancia”. (...) Si aceptan estas tres condiciones: a) competencia adecuada; b) tendencia a prohibir el acto tolerato (...) y c) ponderación de los argumentos a favor de la permisión o prohibición del acto en cuestión (...)». – Ernesto GARZÓN VALDÉS, “No pongas tus sucias manos sobre Mozart”, 402. «These are (...) the three circumstances of toleration. There must be: a) the *ability* (competence) as well as b) the *inclination* to prohibit the act, and also c) the *weighing* of arguments for and against prohibiting or permitting the act». – IDEM, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, *Ratio Juris* 10/2 (June 1997) 127-138, p. 127-128.

⁵⁰ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, 128.

⁵¹ Vide Ernesto Garzón Valdés, “No pongas tus sucias manos sobre Mozart’. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, *Claves de Razón Pública*, Madrid, 19 (Enero-Febrero 1992) 16-23, e in *Estudios México*: ITAM, 29 (1992) 33-50, e também in *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, versão citada, 401-415 p. 406. Vide *ibid.*, 409-410; também Ernesto Garzón Valdés, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, 130. Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 6.2.3.2.1. e 6.2.3.2.3.

⁵² «(...) “tolerar” não é todo e qualquer “suportar” algo que desagrade, antes supõe a existência de um poder ou *possibilidade de impedir* ou perturbar o objecto da tolerância. A impotência exclui a tolerância (não se tolera algo se nada se pode fazer a seu respeito). Por outro lado, a ideia, o comportamento ou pessoa tolerada tem de ser *relevante* para o sujeito que tolera, e não indiferente, e tem de divergir da posição deste último. A indiferença e a concordância também excluem a tolerância (...).» – Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, 748 (itálicos no original).

superiormente a tolerância⁵³. Numa densificação axiológica assim distinta da que determina a primeira *condição*, e suscetível, em último termo, de suster a reação negativa. O que também se afastará ainda da categorização de Forst, ao remeter tal fundamentação a um *princípio de justificação* de densificação *discursiva*⁵⁴.

Diferindo, portanto, em pontos essenciais, da consubstanciação da *virtude da tolerância* proposta por Forst, propor-se-á a tolerância enquanto *conceito ético normativamente dependente*, porém sem a determinação hegeliana da relação entre *Sittlichkeit* e *Moralität*, e excluindo ainda a definição última por um *direito à justificação* de construção essencialmente argumentativa. Verificando-se, por aproximação a Garzón Valdés, a consideração de dois *sistemas normativos* determinantes da tolerância: o “*sistema normativo básico*” – o sistema que regula o ato tolerado como *não permitido* – e o “*sistema normativo justificante*” – o *sistema normativo superior* que fundamenta a *abstenção da proibição*, para a respetiva *fundamentação*⁵⁵.

3. Para lá da tolerância: a(s) fuga(s) do/para o terror – (in)tolerância vs. Terrorismo (?)...

3.1. Limite(s) da tolerância (?)...

Na(s) zonas limítrofes, nas fronteiras de (im)possibilidade de *tolerância*, à luz de uma perspetivação baseada numa noção *respeito*, inevitavelmente se exporá tal noção de *tolerância* ao questionamento, desde logo relativamente aos respetivos *paradoxo(s)*, dada a diversidade de construções mobilizadoras de significados para tal significante, e dos correspondentemente contíguos,

⁵³ Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 6.2.3.2.3. e 7.1.1.

⁵⁴ Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 6.2.3.1.4., 6.2.3.2.3.

⁵⁵ «La tolerancia está doblemente referida a sistemas normativos. Por una parte, la tendencia a no permitir el acto finalmente tolerado proviene del sistema a cuya regulación está sujeto. Llamaré a este sistema «sistema normativo básico». Por otra, la superación de esta tendencia resulta de la consideración de principios y/o reglas de un sistema normativo superior. Llamaré a este sistema «sistema normativo justificante»». – Ernesto Garzón VALDÉS, “No pongas tus sucias manos sobre Mozart’...”, p. 406. Vide *ibid.*, 409-410; também IDEM, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, 130. Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 4.2.2.

porém não sinónimos – pese embora a verificação de inumeráveis equívocos –, *limites*. Obviamente com as mais distintas respostas, encontrando-se esse limite em diferentes entidades e/ou momentos: no *intolerante*, na *ordem social*, no *bem comum*, no *intolerável*⁵⁶... na busca de aclaração, no cerne da *ambiguidade* dos termos, do que poderá hoje qualificar-se como *tolerável*, *tolerante*, *intolerável*, *intolerante*⁵⁷... *Ambiguidade* traduzida numa *intolerância-sacrifício*, como Heidegger a enuncia, na *ambiguidade* da *Differenz-Austrag*-relação⁵⁸... E *ambiguidade* que, por outro lado, e noutro sentido, já de análise cultural, aproximação à delimitação do significado de *tolerável* e *intolerável*, Ricoeur expressamente testemunha, determinando como *intolerável* – pólo oposto da *intolerância* –, em último termo, o *intolerante*⁵⁹.

Para lá da consideração dos ditos *paradoxos da tolerância*, concluir-se-á, à luz de uma *compreensão normativamente substancial da categoria tolerância*, pela circunscrição do âmbito de significação da categoria *tolerância* ao *intervalo* entre a flexibilização da compreensão da *delimitação* da tolerância pela *atitude intolerante* – e não pela mera *intolerância* não exercida – e a

⁵⁶ Paulo Otero analisa a relevância e os perigos da intolerância na construção de um Estado de direitos humanos, distinguindo intolerância social, intolerância religiosa e intolerância política. Estabelecendo, no entanto, um limite à intolerância social que vai além do considerado em texto, pois pretende assumir como resultado necessário do reconhecimento da diferença o reconhecimento de ideologias defensoras de intolerância social, porém estabelecendo-lhe limites: «O Estado de direitos humanos depara hoje com a ameaça de deixar de encontrar uma base sociológica consensual de apoio nas modernas sociedades europeias. E o facto é tanto mais grave quanto se observa a existência de uma contraditória conciliação de interesses: se, por um lado, a intolerância social mina os alicerces de uma democracia humana, sendo inconcebível qualquer solução que passe pela negação a quem quer que seja de direitos humanos universais, a verdade é que, por outro lado, o reconhecimento do direito à diferença não pode também deixar de reconhecer ideologias defensoras de uma postura de intolerância social.

(...) a tolerância não pode permitir uma intolerância sem limites, nem o respeito pela diferença pode deixar de admitir uma intolerância limitada». – Paulo OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, Coimbra: Almedina, vol. I, 2007, 659. Vide *ibid.*, sobre a consideração da tolerância (política) como elemento fundamental na construção de um Estado de direitos humanos, p. 601-602, e, sobre a diferenciação entre os tipos de tolerância referidos, p. 655-663.

⁵⁷ «There is something intolerable about the concept of 'tolerance'. For if one concedes or promotes a power to tolerate, one equally concedes or promotes a power not to tolerate». – Preston King, *Toleration*, 9.

⁵⁸ «La brève remarque de l'*Einführung* [...] sur l'intolérance est soutenue par une pensée du *sacrifice* (...)». – Jacques DERRIDA, "L'oreille de Heidegger...", 414 (Chapitre 4. «Tautologie, monologie, otologie. Le sacrifice de Heidegger», 403-419).

⁵⁹ «Et l'*intolérable*? Eh bien, je dirai, paradoxalement, qu'à ce niveau de profondeur seul l'intolérant est intolérable». – Paul RICOEUR, "Tolérance, intolérance, intolérable", in *Lectures I, Autour du politique*, Paris: Seuil, 1991, 294-311, 311. «The intolerable is what we would not want to tolerate, even though we could or even we should. In this sense, the intolerable is the polar opposite of intolerance, this behavior of reprobation and of prevention that tolerance wanted to surmount». – IDEM, "The Erosion of Tolerance and the Resistance of the Intolerable", in IDEM, ed., *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable (Diogenes)*, vol. 44, n. 176, December 1996), Providence/Oxford: Berghahn Books, 1996, 189-201, 197. Vide ainda, referindo-se a Paul Ricoeur, Diogo Pires AURÉLIO, *Um fio de nada*, 115.

delimitação da tolerância por uma *responsabilidade comunitária*⁶⁰. Conferir-se-á à categoria *tolerância* e à respetiva *prática tolerante* uma *amplificação de conteúdo*, ao estabelecer como seu estrito *limite negativo* uma especificação do sentido de *ordem pública*, enquanto tutela da *liberdade do outro*, que constituirá simultaneamente o seu *limite positivo*, situado na possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade de cada *um* em tudo o que não interfira com o livre desenvolvimento da personalidade do(s) *outro(s)*. O que será também ilustrável, pelo lado oposto – e até às últimas consequências –, pela consideração da delimitação da tolerância pela *violação de direitos* – com o *intolerável* situado nessa violação⁶¹. Note-se neste ponto, ainda, a afirmação, por Arthur Kaufmann, do carácter *limitado* da tolerância, e do posicionamento desse *limite* não necessariamente na *intolerância*, mas apenas na *intolerância que ponha em perigo a liberdade*⁶². Sentido em que se assumirá, acompanhando também Luís Nunes de Almeida, que o *limite da tolerância* não se encontrará simplesmente na *intolerância*, ou no *intolerante*, antes se situará muito mais além: o *comportamento intolerante* só não deverá ser *tolerado* se e quando puser em causa «(...) a liberdade ou, em geral, as condições de possibilidade da tolerância»⁶³. Posicionando, quer nos domínios social, ético, religioso, moral, quer jurídico, tais *limites à tolerância*, imputáveis a qualquer dos sujeitos numa eventual *relação de tolerância*, na possibilidade de exercício da *liberdade* por parte do *outro*, por um lado, e na *responsabilidade*, por outro. O que projeta o desafio e a exigência de tolerância para lá de intenções político-ideológicas, submetendo a coerência de um comportamento tolerante a uma ponderação fundamentamente material, em nome da estabilidade e da manutenção da *ordem pública*, e, simultaneamente, de uma *fundamentação material*⁶⁴. E a que haverá ainda a aditar a contextualização do posicionamento relativo dos *limites à tolerância*, no ponto em que as razões para a *rejeição* se tornem mais fortes

⁶⁰ «(...) Toleranz endet nicht unbedingt an der Intoleranz, sondern nur an der freiheitsgefährdenden Intoleranz». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, München: C. H. Beck, 1997, 341. *Vide ibid.*, 334.

⁶¹ *Vide* Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 7..

⁶² «(...) Toleranz endet nicht unbedingt an der Intoleranz, sondern nur an der freiheitsgefährdenden Intoleranz». – Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 341. *Vide ibid.*, 334.

⁶³ «(...) o que deve determinar a tolerabilidade deste ou daquele indivíduo, grupo ou comportamento, não é a tolerância ou intolerância de que dão provas, mas o perigo efectivo que implicam: uma acção intolerante – ou um grupo intolerante – devem ser interditos se, e só se, ameaçam efectivamente a liberdade ou, em geral, as condições de possibilidade da tolerância». – Luís Nunes de ALMEIDA, “Tolerância, Constituição e Direito Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 13/2 (Abril-Junho 2003) 159-175, 167.

⁶⁴ Neste sentido, *vide* Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, 772-773.

do que as razões para a *não reação*, não obstante as dificuldades contextuais e as consequências normativo-práticas da respetiva colocação. *Limites* esses que, numa sociedade democrática, dependerão, evidentemente, dos equilíbrios de *respeito* e de *reciprocidade*, e, dentre estes, primordialmente, dos *objetivos* a conferir à categoria normativa *tolerância*⁶⁵.

3.2. Para além do(s) limites(s) – da tolerância e do direito...: terrorismo(?)...

No estabelecimento de *limites* (*positivos* e *negativos*) à tolerância, de ponto de vista da fundamentação e da delimitação da juridicidade, enfatizando que nem toda a *diferença-pluralidade*, mesmo que intersubjetiva, postulará uma resposta jurídica, que nem toda a discriminação, positiva ou negativa, haverá de incumbir ao direito, ver-se-á emergir uma zona de *não interferência* – de *tolerância*, então, também deste ponto de vista... –, na qual, porventura, a única intervenção jurídica, a existir, consistiria na *delimitação* (*negativamente*) *externa* dos comportamentos... Identificar-se-ão, então, em *zona de não interferência* – de contornos espaço-temporalmente constituídos –, distintas “*formas de vida*” – ideológicas, ético-morais, religiosas, entre outras – em *coexistência* pacífica, até ao *limite* em que periclite a possibilidade de *reconhecimento* de um *intervalo de intersubjetividade* juridicamente relevante, modelado na delimitação do núcleo de subjetividade não suscetível de intervenção da juridicidade, e este enquanto *limite-delimitação* formal garantidora daquele *limite-delimitação* material, e, assim, não de toda ou qualquer *intersubjetividade*⁶⁶...

Como que em *prelúdio*, o *estranhamento* perante a absoluta *alteridade* do *Outro*, gerador de divergência, evoluindo da ausência de *intersubjetividade*, abre a porta à possibilidade de *tolerância*, pressupondo o *reconhecimento* da *subjetividade* do *Outro*, ou, fechando-a, à progressiva *objetificação* desse *Outro*, desfigurando-o, dissipando-o, enquanto *sujeito*... Se e quando o *prelúdio* da tolerância dá lugar à *ininteligibilidade*, a *fuga* para a *irracionalidade*

⁶⁵ «Num Estado de direito democrático, a tolerância é uma prática e uma virtude cívica, e os próprios cidadãos devem ter presente uma linha para a sua limitação». – Paulo Mota PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo da tolerância’ e seus limites”, 775. Vide *ibid.*, 777-778. Vide Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade*, Parte II, 7.

⁶⁶ No sentido proposto por António Castanheira Neves, tal como expresso em “Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, 2009, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, 1/1 (2012) 26-29.

– ou para a *(ir)racionalidade* (procedimental e/ou instrumental estratégica, mas também, eventualmente, e/ou substancialmente e moralizantemente pressuposta) *(pre)dominante* do *outro lado*, efetivamente, de um *lado outro...* –, na ausência de *intersubjetividade*, compor-se-á através de uma passagem para um ininteligível universo *Outro*, admitindo o absoluto *aniquilamento* do (pelo menos assim, por um dos *lados*, entendido...) absolutamente *Outro...* num *(in)explicável* – enquanto material e discursivamente assumido, na pura ausência de referência de humanidade, do Eu e do(s) *(ir)reconhecívelmente Outro(s)* –, como *terrorismo*, expressão-*limite* de *(in)justificabilidade* (a)di-lógica *(in)traduzível* de *terror*, e deste enquanto *(in)ato* ataque/defesa de e/ou perante um *Outro...* Um *Outro* *(ir)reconhecível*, como sujeito, e, assim, para lá do limite possibilitante de qualquer *intersubjetividade*, e, assim, também de *intersubjetividade* especificamente densificadora de *juridicidade...*

Para lá do *prelúdio*, a *fuga*, para além dos *limites*, da *tolerância*, a *(in)tolerância*, a destrutiva manifestação exponencial, de *ininteligibilidade*, de *intraduzibilidade*, no limite, de *negação*⁶⁷, de um (distante, ou próximo...) *Outro...* (e) de *Si (?)*⁶⁸... – *Terrorismo (?)*...

⁶⁷ Neste sentido, partindo da construção da noção hegeliana de reconhecimento, vide Muhammad KAMAL, "The Meaning of Terrorism: a Philosophical Inquiry", Melbourne: National Centre of Excellence for Islamic Studies Research Papers, 1/1 (2008).

⁶⁸ Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre* (1986-88), Paris: Seuil, 1990, Préface: «La question de l'ipséité», 11-38.

A TERCIALIDADE JURÍDICA ENTRE *IUSTITIA* E *DIKĒ*:

UMA REFLEXÃO NO INTERIOR DAS FORMAS DE PERSPETIVAÇÃO
CRÍTICA DO PROBLEMA DO TERRORISMO

«Look, the birds are on fire»

Gene RAY, *Terror and the Sublime in
Art and Critical Theory*, 2005.

«If anything, writing about terror [...] is a seemingly infinite process, as it brings
one in touch with a ceaselessly deferred future which resonates in the turbulent
immediacies of the here and now.»

Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 2014.

«[...] in einer Landschaft, in der nichts unverändert geblieben war als die Wolken,
und in der Mitte, in einem Kraftfeld zerstörender Ströme und Explosionen,
der winzige gebrechliche Menschenkörper.»

Walter BENJAMIN, *Erfahrung und Armut*, 1933.

RESUMO: Este ensaio procura refletir jusfilosófica e crítico-genealógicamente sobre a insígnia «terrorismo» e o vocabulário comum com que esta se permite identificar e experimentar no partilhado imaginário prático-cultural (político e jurídico) de um *certo* Ocidente (e que recai na lógica binomial e autoexclusiva que articula unidirecionalmente a tríade *terror/terrorismo/terrorista*). Neste contexto, se o que define a constitutiva intencionalidade *normativa* do *terror* que assim se sedimenta é a sua insistente *externalidade*, projetada normativamente no plano *interior e exterior* em que se admitem e artificializam as fronteiras entre o Eu e o Outro nas costuras das subjetividades e intersubjetividades, será necessário recusar o permanente estado de “encantamento” a que tais *rótulos* ainda hoje tão fácil e diretamente nos conduzem, interrompendo o estado “catatónico”, nas palavras de I. Ward, em que estes nos confinam, e admitir antes um descentramento produtivo da lógica mediática da assimilação espetacular do *Evento-Ereignis* (Heidegger), «absoluto» (Baudrillard) e cronologicamente autónomo, irrompido no Onze de setembro. Confiar à tragédia a chance de inscrição em uma distinta e estendida «gramatologia» (Derrida) significará, desde logo, (re)constituir e (re)encenar o seu *nomos* em uma perspectiva crítico-reflexiva, dialogando diretamente com o *testemunho artístico e filosófico* da circunstância em causa (a partir das vozes de R. Bharucha e J. Butler, J. Baudrillard e J. Derrida, I. Ward e T. Todorov...), a fim de explorar o contexto prático de *contraperformances* e *contranarrativas*, desfiando a trama de «injurability and aggression»... e, nesta inversão de marcha, «moving beyond the current cycle of revenge» (Butler). Perguntando-nos então pela *possibilidade* e pelo *lugar* do direito sempre que a condição substancial de humanidade (como *igualdade, autoidentificação reflexiva e reciprocidade*) que o seu sentido civilizacional e prático-normativo reclama abertamente definha, sob o fogo cruzado dos postulados de pura necessidade político-social, dos discursos autoimunes de autonomização e de administração dos riscos, e, especialmente, das *rotinas* excecionistas que uns e outros autorizam.

Palavras-chave: Terrorismo; Onze de setembro; Crítica do Direito; Crítica Genealógica; Direito e Performance; Direito e Narratividade; Dignidade Humana; Direito e Linguagem.

ABSTRACT: This paper proposes a genealogical jus-philosophical critical reflection on the *circumstance* of “*terrorism*”, focusing on this insignia and the ordinary vocabulary by which such a circumstance is usually identified and experienced within the shared practical, cultural, political, and juridical imaginary of a *certain* Occident (which articulates in a binomial, self-exclusive, and unidirectional logic the triad *terror/terrorism/terrorist*). If the constitutive and normative intentionality of the “*terror*” so defined is marked by a permanent notion of *externality-outsideness*, one that resonates normatively in the *inner* and *outer* standards that define the frontiers between the Self and the Other in webs of subjectivities and intersubjectivities, it is necessary to reject the permanent state of “*enchantment*” such *labels* so easily and so directly may lead us, in order to

disrupt the “catatonia” (Ward) within which they continue to confine us – finding the conditions to submit to a productive decentralization the mediatic logic of spectacle surrounding the “absolute” (Baudrillard) and chronologically autonomous *Event-Ereignis* (Heidegger) of September 11th. Giving the tragedy the chance of a distinct and extended «grammatology» (Derrida) means (re) constituting and (re)staging its *nomos* in a critical-reflexive standpoint, dialoguing firstly with the reflective *artistic and philosophical testimony* of the circumstance in question (recovered through the voices of R. Bharucha and J. Butler, J. Baudrillard and J. Derrida, I. Ward and T. Todorov...) to explore the practical context of *counterperformances* and *counternarratives*, unravelling the plot of “injurability and aggression”... and, in a *countermaneuver*, “moving beyond the current cycle of revenge” (Butler). This means asking ourselves, then, for the *possibility* and the *place* of law whenever the substantial *normative* condition of humanity (as *equality, self-reflexive identification* and *reciprocity*) it demands openly languishes, under the crossfire of social-political necessity postulates, risks management autoimmune discourses, and, especially, the *routines* of exceptionalism they both authorise.

Keywords: Terrorism; September 11th; Law and Critique; Genealogical Critique; Law and Performance; Law and Narrative; Human Dignity; Law and Language.

1. Terror/terrorismo

Refletir (jus)filosoficamente a partir de uma imersão em algumas das formas de perspetivação crítica da *circunstância* do «terrorismo» hoje implica essencialmente uma abertura vocabular e, nesta abertura, um esforço, dialeticamente entretecido e apenas aparentemente paradoxal, de *expansão* e de *contenção*. Esforço este primeiramente discursivo e que, no seu mote constitutivo, articula em linha de continuidade espiralada movimentos-contrapesos distintos:

(α) no seu espírito de expansão, emerge como o corolário direto das tentativas de (re)compreensão das possibilidades de produção de sentido autorizadas pelo seminal vocabulário do *terror* na sua leitura contemporânea, vocabulário este que incide especialmente na “modalidade” “internacional” que hoje habita o inconsciente coletivo e sobre os vocabulários derivados do *terrorismo* e do *terrorista*, na lógica binomial que os articula unidireccionalmente. Assumindo para si o desafio extraordinário de tentar rearranjar e *dis-tender* alguns dos mais «poderosos significantes do discurso contemporâneo»¹

¹ Cfr. Marie Breen SMYTH, et al, “Critical Terrorism Studies—an introduction”, *Critical Studies on Terrorism* 1/1 (2008) 1-4, 1.

para reelaborar o conjunto de signos que este vocabulário integra e qualifica no(s) horizonte(s) desafiante(s) – no grau zero? – de possíveis significações *alternativas*. O mesmo vocabulário, sim, mas, antes disso, *um outro*. E, assim, um *outro* que segue sendo reescrito enquanto se permite (re)densificar pelo esforço sempre autodilatado de encarar os referidos signos na ausência de prejuízos específicos, fora de um *nomos* já poluído e, portanto, exaurido, e no contexto estruturante de *outras comunidades interpretativas*², estas a evocarem por defeito os seus próprios parâmetros de inteligibilidade e a sua própria pragmática de continuidade³, ambos à partida desconhecidos⁴.

Aquelas *comunidades* que desde logo se escavam no sentido da contramão das formas de vida mais conhecidas, abrindo-se aos possíveis significados *ocultos* que um tal lugar-comum transportaria no seu *lado mais escuro*, onde um *qualquer* ato de terror possa correr o risco de apelar também, de algum modo, ao inteligível; redimensionando, neste projeto, os sentidos normativos absorventes do conjunto de «impressões» que eclodem no plano sensível e são capazes de nos humanizar involuntariamente (removendo-nos dos papéis tradicionalmente passivos de *observadores* ou *espectadores* de um devastador *espetáculo* de «vitimização sensacional» e «incorpórea»⁵ para o de *testemunhas* que simbolicamente *participam* daqueles acontecimentos mediante uma incondicional entrega subjetiva, insondável e silenciosa, àquele(s) que sente(m) e sofre(m)), «beyond all simulacra and all possible virtualization»⁶.

Se «the first step towards countering terrorism is the refusal to be enchanted», evoca-se, então, um complexo de possibilidades de intelecção daquele intrincado “mundo” sensível para propor o abandono do estado passivo («catatónico») do “puro” «encantamento» e a adoção de uma «politics of

² V. Stanley FISH, *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, esp. 276-277.

³ Stanley FISH, *Is There a Text in this Class?*, 355.

⁴ «[...] the identification of what was real and normative occurred within interpretive communities and what was normative for the members of one community would be seen as strange (if it could be seen at all) by the members of another» (Stanley FISH, *Is There a Text in this Class?*, 15-16).

⁵ V. Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, New York: Routledge, 2014, 28, 138.

⁶ Fracionamento de dimensões, em uma distribuição de *impressões* mais ou menos fluidas que condicionam as distintas leituras dos caminhos e das possibilidades do sensível e do inteligível, que J. DERRIDA costura, de forma mais ou menos explícita, à medida que afunila a possibilidade de “eventualização” *inteligível* (no sentido que exploraremos *infra*) do «September 11», o que só se viabiliza no exercício de (des)construção crítico-genealógica que o autor vai elaborando, pela via da superação-reapropriação discursiva do plano sensível («the heart of the event»). Jacques DERRIDA, “Autoimmunity: real and symbolic suicides”, em Giovanna BORRADORI/ Jürgen HABERMAS/ Jacques DERRIDA, *Philosophy in a time of terror: dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida [interviewed by] Giovanna Borradori*, Chicago: The University of Chicago Press, 2003, 89.

impression», nas formulações de Ian Ward⁷. Ousando-se, nesta linha de costura racional de “eventos” que parecem interromper qualquer forma possível de racionalidade humanamente orientada, e já em um sentido agregado de contenção (β), o desmascaramento e, logo, a transgressão (a descontinuação pelo “encolhimento”) dos horizontes de in/inteligibilidade que se oferecem logo à superfície, para que hoje se possa pensar por dentro (e adiante) de uma relação matricial de silenciamento e de consumo. «Of course to think about terrorism is itself to transgress»⁸.

2. O idioma do 11 de setembro

Comunidades que partem portanto da constatação de que «in terms of actual usage and discursive practice, terror has become a ‘shorthand’ for terrorism»⁹, e de que a palavra *terrorismo* se acomoda na autossuficiência planificadora, contraintuitivamente apaziguadora, com que se tem procurado revestir a sua elocução, passando a ser simplesmente repetida como um *conceito*, autoexplicativo¹⁰ e «autoevidente»¹¹, responsável por nomear de pronto um “inimigo global”, externo e distante – muito embora nunca cheguem a ser esclarecidos o exato sentido, os limites objetivos e a extensão do *terror* ou, antes, dos *terrores*, ao mesmo tempo tão *concretos e diferidos*,

⁷ Cfr. Ian WARD, *Law, Text, Terror*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 174.

⁸ «We are not supposed to think and we are certainly not supposed to criticise. If we do, such a transgression will be dismissed as naive. It is part of the ‘miasma of so-called realpolitic’» (Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 173); «The voicing of critical perspectives against the war [of Iraq] has become difficult to do. [...] To oppose the war meant to some that one somehow felt sympathy with terrorism, or that one saw the terror as justified» (Judith BUTLER, *Precarious Life*, London, New York: Verso, 2004, 2).

⁹ Cfr. Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 3.

¹⁰ A palavra *terrorismo/terrorism*, e em linha com o que afirma Carlyle A. Thayer, porém, longe de ser um substantivo unívoco, veio sendo mobilizada, ao longo da história recente, para nomear conflitos de natureza diversa, e, até às primeiras décadas do século XX, assumia um sentido positivo, para favorecer o caráter revolucionário de movimentos-atitudes políticos de reação-renovação. Somente *a posteriori* o termo passou a ser utilizado em sentido inverso, para associar-se ao caráter negativo de regimes totalitários, cunhando-se, portanto, por referência ao próprio Estado. «But this soon changed. As decolonization quickened after the Second World War, colonial governments used the term terrorism to describe groups fighting for national liberation. Anti-colonial movements, on the other hand, preferred to label themselves freedom fighters. In other words, during the anti-colonial era terrorism regained its revolutionary connotation». Controverso, portanto, o sentido autônomo da palavra *terrorismo*, este esteve sempre em disputa («[t]he essential point is that terrorism did not begin with al Qaeda but is deeply rooted in modern culture»). V. Carlyle A. THAYER, “Terrorism Studies: The Dismal Science”, *Lessons of the Past: Applications of History for Today’s Threats* (17-49), Canberra, Australia: Australian Homeland Security Research Centre, 2007, esp. 17-24, 19, 22.

¹¹ V. Giovanna BORRADORI, *Philosophy in a time of terror*, XII.

que àquela palavra seguiriam necessariamente implícitos. Se o que define a constitutiva intencionalidade do “terror” que assim se sedimenta é a sua insistente *externalidade*, projetada normativamente, inclusive, no plano *interior* em que se artificializam as fronteiras entre o Eu e o Outro¹² e em que se vai afinando, adensando, a construção coletiva das subjetividades, o espírito de expansão que irriga *essas* formas críticas¹³, uma vez conjugado com o de contenção, acaba por convocar explicitamente também o exercício e o esforço, paralelos e consequentes, de se procurar compreender os termos que subitamente se iluminam à luz de um tal vocabulário já não em exclusivo – nem, sequer, já em primeira linha – como o conjunto, superficialmente homogéneo, de corpos ou invólucros sistematicamente preenchidos, no seu sentido semântico-civilizacional, de forma automática e imediata, pelo motor de (auto)construção continuada de um imaginário social, político e jurídico que, na sua vertente polarizadora e no seu pendor culturalmente hegemónico, manifesta-se em direta reação ao *Evento-Ereignis*¹⁴, «absoluto»¹⁵ e cronologicamente autónomo, irrompido no Onze de setembro¹⁶. E, com essa irrupção, determinando uma nova realidade institucional no patamar internacional¹⁷

¹² «The construction of enemies gives us a dividing line between “us” and “them,” with “them” determined to be inferior and deserving of unequal treatment» (Bonnie BERRY, “Right-Wing Ideology, Terrorism, And The False Promise of Security”, in Jeffery T. ULMER/Mathieu DEFLEM, ed., *Terrorism and Counter-Terrorism: Criminological Perspectives (Sociology of Crime, Law and Deviance Series)*, Amsterdam-Tokyo: Elsevier, 2004, 155-172, 165). Para Ulrich BECK, a aplicação da compreensão de «inimigo», assim como a de outras categorias clássicas do vocabulário bélico (guerra, paz, tratados, etc.), ao contexto do profundo esvaziamento de linguagem que marca o terrorismo, é enganadora, uma vez que pertence a um «mundo imaginário» dividido entre conquistadores e conquistados, em que se admite que negociações, tratados de paz e cessar-fogos são possíveis: «[t]he terrorist attacks, however, are neither just a crime nor a simple case for national justice». O próprio termo *terrorismo*, aliás, também seria inapropriado, uma vez que este criaria «the illusion of a familiarity with motifs of national liberation movements that do not apply to the perpetrators of suicide and mass murder» (Ulrich BECK, “The Silence of Words and Political Dynamics in the World Risk Society”, in Stephen Eric BRONNER/Michael J. THOMPSON, *The logos reader: rational radicalism and the future of politics* (353-368), Kentucky: The University Press of Kentucky, 2006, 358).

¹³ Em meio a um turbilhão de outros discursos potencialmente convocáveis...

¹⁴ Martin HEIDEGGER, *Contributions to Philosophy (of the Event) [Beiträge zur Philosophie (Vom Ereignis) (1936-1938)]*, Indiana: Indiana University Press, 2012; *idem*, *The Event [Das Ereignis (1941/42)]*, Indiana: Indiana University Press, 2013.

¹⁵ «[W]e might even be said to have before us the absolute event, the “mother” of all events, the pure event uniting within itself all the events that have never taken place»; «a global catastrophic process», cfr. Jean BAUDRILLARD, *The Spirit of Terrorism and Other Essays [L'esprit du Terrorisme, 2002]*, trad. Chris Turner, London/New York: Verso, 2003, 4, 8.

¹⁶ «Perhaps September 11 could be called the first historic world event in the strictest sense: the impact, the explosion, the slow collapse—everything that was not Hollywood anymore but, rather, a gruesome reality, literally took place in front of the “universal eyewitness” of a global public» (Jürgen HABERMAS, “Fundamentalism and Terror”, em Giovanna BORRADORI/ et al, *Philosophy in a time of terror*, 28).

¹⁷ No plano institucional internacional, só após o «September 11» se começa a delinear mais especificamente a tentativa de uma definição do controverso termo *terrorismo*, e, complementar-

e alterando substancialmente as fronteiras (não apenas) geográficas, mas também (e sobretudo) as distâncias simbólicas, que demarcam a inteligibilidade dos modos realização congruente das experiências de personalização-fruição e de partilha ou de intersubjetivação solidária do mundo. Como se naquela cronologia súbita se refundasse *ex nihilo* não somente a raiz de uma nova gramatologia da tragédia, como também, por acréscimo, a possibilidade da existência de um *autêntico* terror, alterando, daí, o curso das narrativas que

mente, o encerramento de um novo *contexto prático* que a acolhesse; uma tentativa entretanto já precedida, em termos mais genéricos, por um conjunto de Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas voltadas para coibir atividades “terroristas”, especialmente a de nº 1267 (1999), que, dentre outras especificações, «made provision for the UN Monitoring Group to maintain a consolidated list of entities and individuals that were part of or associated with the Taliban and al Qaeda» (Carlyle A. THAYER, “Terrorism Studies”, 19–20). Um dia após os ataques de 11 de setembro, viria à tona a Resolução 1368, a segunda até então a lidar com o terrorismo enquanto um problema especificamente internacional-global, «rather than relating to and restricted to specific events». Assim sendo, a mencionada Resolução 1368 «unequivocally condemned the terrorist attacks and expressed that it regarded them as a threat to *international peace and security*. It called on all States to urgently work together to bring to justice the perpetrators, organisers and sponsors of the terrorist attacks» (grifos acrescidos). Àquela, segue-se, imediatamente, a Resolução 1373, «described as one of the most strongly worded resolutions in the history of the Security Council», que estabelece um conjunto de «specific counter-terrorism obligations and recommendations. It also establishes a Counter-Terrorism Committee, with a regime by which States report to the Committee on steps taken to implement the resolution» (Alex CONTE, *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism*, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2010, 7–10, 46–58, 53). Forjava-se então, paralelamente ao discurso norte-americano que se afirma no plano (inter) nacional e político, o *terrorismo* que, institucionalmente *pertencendo* a certos grupos localizados, vai-se definindo por associação àquele acontecimento. No que se integra, em 2005, a conhecida proposta-definição de Kofi Annan, que na altura reintroduzia a ideia (já antes sustentada pela Índia) de se elaborar uma «comprehensive convention outlawing terrorism in all its forms», devendo-se pôr de lado os debates que até ali, segundo afirma, haviam impedido a consolidação de uma tal tentativa: por um lado, as controvérsias «on «state terrorism»», por outro, aquelas acerca do direito «to resist occupation». «The use of force by states is already thoroughly regulated under international law. And the right to resist occupation must be understood in its true meaning: it cannot include the right liberally to kill or maim civilians. *World leaders should unite behind a definition of terrorism that makes clear beyond any question that the targeting of civilians or noncombatants is never acceptable*. And they must work to strengthen the capacity of states to meet the *binding antiterrorism obligations* imposed on them by the Security Council»; tudo em harmonia com *Report* da ONU de dezembro de 2004, que definia o terrorismo como qualquer ação «that is intended to cause death or serious bodily harm to *civilians or non-combatants*, when the purpose of such an act, by its nature and context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or to abstain from doing any act» (Kofi ANNAN, “In Larger Freedom’: Decision Time at the UN”, *Foreign Affairs*, 2005 (versão eletrônica); Documento A/59/565 (ONU), “High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility”, 52) (grifos acrescidos).

Especificamente sobre o problema da *inflação legislativa*, superveniente ao Onze de setembro, que se agrava para atender às incessantes demandas da «war on terror» («the breathless pace of the development of new counter-terrorism laws, policies and programs»), nas suas projeções, no contexto internacional, concentradas na regulamentação estratégica dos direitos humanos e no trato, também estratégico, dessa regulamentação pelas várias instituições intervenientes, v. Andrew BYRNES, “More Law or Less Law? The Resilience of Human Rights Law and Institutions in the ‘War on Terror’”, in Miriam GANI/ Penelope MATHEW, ed., *Fresh perspectives on the war on terror*, Canberra: ANU E Press, 2008, 127–158, 157.

se propunham a alimentar o sentido de manifestações pretéritas¹⁸, e fazendo com que o “inferno particular” de certos acontecimentos, passados e futuros, materialmente congêneres, paralelizados e isolados na pura violência que se fecha sobre os mesmos, apenas se pudesse tornar visível quando (e se) racionalmente filtrado pela linguagem do “código” global do terrorismo¹⁹, conduzindo a uma massacrante invisibilização, à secundarização, ou, até, a uma inversão do rumo das leituras práticas envolventes e dos significados que, no âmbito destas, de outro modo potencializar-se-iam²⁰. Tratando-se afinal de subverter a máxima de Parmênides ao reescrever a história (no seu sentido temporal e narrativo) da frente para trás. «[I]f someone tries to start [this] story [of terror] earlier, there are only a few narrative options»²¹. De qualquer modo, o contexto abafado, ou até claustrofóbico, em que facilmente se reproduz o binómio terror/terrorismo é, em si, propício para a calcificação de um arcabouço crítico-reflexivo («in which more responsible distinctions might be heard»²²): passa a incitar não apenas a reavaliação dos pressupostos históricos, culturais e políticos que sustentam as diferentes escalas com que, na atualidade, aprendemos a «contar os mortos», nas palavras de Jacques Derrida²³, mas também o desafio de, interrompendo-se o *continuum* que encadeia os mencionados polos, fazer o primeiro, autonomamente, respirar²⁴. Aproveitando o enredo de «luto» e de «vulnerabilidade» que aquele momento nos conta como um caminho positivo para introduzir, nas leituras práticas

¹⁸ Até daquelas que poderiam situar-se cronologicamente em linha de continuidade com o Onze de setembro. Neste sentido, a própria admissão da leitura da *imprevisibilidade* do referido evento, imprescindível para que o mesmo pudesse ser categorizado como «major», diz-nos BHARUCHA (por alusão a DERRIDA), restaria desde logo impossibilitada, por exemplo, pela ocorrência do ataque de 26 de fevereiro de 1993, que poderia ser compreendido, em retrospecto, como «a dress rehearsal, or, more precisely, a botched technical rehearsal» para aquele (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 45; V. Jacques DERRIDA, “Autoimmunity”, 91).

¹⁹ «We reserve “acts of terror” for events such as the September 11 attacks on the United States, distinguishing these acts of violence oh those that might be justified through foreign policy decisions or public declarations of war» (Judith BUTLER, *Precarious Life*, 4).

²⁰ «[T]he reality, as Derrida puts it tacitly, is that the overwhelming casualties of genocides and bloodbaths in Cambodia, Rwanda, Palestine, and Iraq never quite assume ‘major’ proportions in the eyes of the world» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, *ibidem*); V. DERRIDA, “Autoimmunity”, 92.

²¹ Em *apropriação-relocalização* daquilo que nos diz Judith Butler. No original, por referência ao marco inicial da própria narrativa do September 11 – «it is that date [...] that propels the narrative» (Judith BUTLER, *Precarious Life*, *ibidem*).

²² Judith BUTLER, *Precarious Life*, 3.

²³ V. Jacques DERRIDA, “Autoimmunity”, *ibidem*.

²⁴ «[T]he only way of breathing life into the vocabulary of terror is to insist that it should not be conflated with what has come to be hegemonized as ‘terrorism’» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 2).

que condicionam o seu sentido cultural, outros possíveis desdobramentos ou vozes pela linha oblíqua da (re)fundação de um (original?) projeto-capítulo, tanto político quanto ético e jurídico, que claramente se posiciona na direção contrária à que assume a opção fácil e cíclica por uma trama de «injurability and aggression»... e, nesta inversão de marcha, «moving beyond the current cycle of revenge» (Judith Butler)²⁵. Uma opção certamente difícil, dado que implica não apenas o esforço necessário para que se consiga nadar contra a corrente, mas sim um tipo de fôlego mais extenso, aquele que é preciso para que se tente interromper o próprio curso das águas.

3. Terror, linguagem, performance

O que, na visão de Rustom Bharucha, demandaria o empenho, cercado, como logo se admite, de problemas metodológicos e epistemológicos, de libertar o *terror* do próprio *terrorismo* («free terror from the hegemonic discourse from terrorism»²⁶). Um empenho que desde o início, contudo, o autor acaba por autolimitar, na medida em que se rende à impossibilidade de consumação plena da libertação em causa, sendo possível ainda, então e apenas, procurar manter vivas as tensões que dariam impulso à *polaridade motriz* e à distância produtiva entre aqueles dois termos²⁷. Desta forma, se propor soluções finais para o problema do terror seria hoje «um gesto desesperadamente otimista» (para não dizer... ingênuo)²⁸, não restaria senão a possibilidade de reagir a uma colonização pelo terrorismo, uma reação que neste exemplo surge apoiada no levantamento casuisticamente ajuizado (necessariamente devenida, necessariamente interrompido) de um conjunto de problemas, «think[ing] from the ground up» a partir de circunstâncias concretas (que se desdobram também pelos enredos daquelas que se legitimam pelos argumentos do contraterrorismo); e, nessa empreitada, destrancando os sentidos *performativos do terror* no contexto de «‘minor’ and ‘major’ events in the United States, Philippines, India, Rwanda, South Africa, Palestine, and Australia»²⁹. Evitando, porém,

²⁵ Judith BUTLER, *Precarious Life*, XI-XII, 10.

²⁶ Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, *ibidem*.

²⁷ «Even as the impulse to free terror from terrorism is desirable and necessary, it is not exactly viable given the sheer dominance of the discourse on terrorism today, which may be engineered by the United States but which has proliferated worldwide, both among its allies and adversaries» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 2-3).

²⁸ Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 30.

²⁹ Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, *ibidem*.

as armadilhas de um comparativismo («de mau gosto») que se ocupa em escalonar qualitativamente dores e tragédias inqualificáveis, «which is best negotiated by “terror experts” committed to a regular stock-taking of terror in different parts of the world», esclarece o autor³⁰.

Uma compreensão que Bharucha propõe, por seu turno, mediante a exploração de um sentido específico de performatividade (reclamado, em linhas gerais, de Butler³¹) que se procura no interior da linguagem do próprio terror, uma linguagem “capaz de efetivamente *produzir* aquilo de que fala”, fortalecida no interior do idioma cultural que propaga o fenómeno terrorista, e, assim, co-produtora do próprio terrorismo pela via da palavra. Sendo que, em tal ambiente, as próprias imagens também *falam*, e especialmente estas, diante do seu «archetypal power»³². Deste modo, interpelando a referida linguagem no interior do *idioma* que a alimenta, e a partir de uma «retórica

³⁰ «Such comparative assessments of terror are in poor taste, not unlike the politics that are played around grief and loss, whereby hierarchies are set up in which the grief and loss of some people is somehow worth more (or less) than the grief and loss of others» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, *ibidem*).

³¹ V. Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 20–22, 104. Um sentido especialmente explorado pela autora, no contexto linguístico dos «hate speeches», a partir das ideias de J. L. AUSTIN sobre a performatividade da linguagem, ideias que se constroem em simultâneo à diluição-descentralização-relocalização da dicotomia elementar entre as locuções não performativas, ou «constativas» (por muito tempo envolvidas em uma «descriptive fallacy», diz-nos AUSTIN), e as locuções tipicamente performativas (aquelas que não simplesmente descrevem um objeto, e sim produzem determinados efeitos – *making statements*). Sendo que, para AUSTIN, cada ato de fala apresentaria tanto um aspecto locucionário quanto um ilocucionário, e, nessa *ilocução*, uma força performativa, nas suas faces «ilocucionária» “stricto sensu” e «perlocucionária», com a autonomização, já de natureza temporal e circunstancial, entre as diferentes dimensões condicionadas pelos tipos de performance que aí se distinguem. Mantendo-se, portanto, a referência ao «constativo» apenas por relação à abstração dos aspetos ilocucionários dos atos de fala, restando daí a concentração na superfície locucionária. Partindo-se dessa diluição de fronteiras (já em um cruzamento com o discurso de BUTLER), haveria então apenas atos de fala performativamente logrados (“felizes”) no plano dos efeitos e outros contextualmente carentes ou privados de uma «illocutionary force» convencionalmente estabelecida, e, portanto, incapazes de produzir, como efeito, precisamente aquilo que dizem – produzindo, entretanto, *algo diverso*... v. Judith BUTLER, “Critically Queer”, *GLQ: A Journal in Gay and Lesbian Studies*, 1:1 (1993), 17–32; *idem*, *Excitable speech: a politics of the performative*, New York, London: Routledge, 1997, esp. 24, 82, 175 (n. 11 e 12); J. L. AUSTIN, *How to do Things With Words*, Oxford: Clarendon Press, 1962, esp. 100–102, 115–119, 144–163 (texto este, entretanto, baseado nas lições proferidas por AUSTIN na Universidade de Harvard em 1955).

³² Ao refletir acerca do caráter ambíguo (simultaneamente «opressivo» e «irresistível») que definiria o fenómeno do vício das imagens, alimentado pelos meios de comunicação, na era do terror, após o Onze de setembro, BHARUCHA afirma: «I would argue that the problem does not lie in the vacillation between ‘seeing’ and ‘not seeing’ terror; the reality is that we have no other choice but to see and re-see the same images of terror over and over again through their relentless circulation in the media [...]. Instead of ‘to see or not to see’, the dilemma of our times is compulsive seeing, repetitive seeing, with a vengeance»; e, adiante: «our eyes themselves have been subjected to a new phenomenology of reception in which we are more participatory and complicit than ever before in the actual reproduction, interpretation, and circulation of images of terror» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 16, 17).

da performatividade»³³, procura-se a aproximação do terror à dimensão histórica e factual (não explicativo-causal, e sim conjuntural)³⁴ responsável por delimitar o seu universo particular de acontecimentos ou efeitos futuros. Mas, ao mesmo tempo, procura-se obstar a reencenação do mesmo objeto-sujeito desse discurso (algo que se poderia hipoteticamente viabilizar a partir de uma mitificação abstrata dos atos terroristas), visto que as performances que o autor analisa residem não exatamente nos mencionados atos, considerados em si mesmos («to regard the involuntary deaths of victims as performances in their own right raises troubling issues around the agency»), e sim no contexto complexo das várias reações que se produzem como respostas ou prolongamentos daqueles atos³⁵, como, por exemplo, aquelas que vêm para engrossar o sentido da *participação* (não puramente expectante) de terceiros, e que, neste caso, comovidos e alimentados pela indústria sensacionalista dos discursos do medo e da vigilância («through the prodigious manufacturing of images and thought-bytes»³⁶), na retórica particular que os explicitam, acabariam não simplesmente por reverberar a simples descrição de terrores heterónomos, pertencentes ao passado, mas, sobretudo, por criar, no presente, novos modos ou formas autónomas de performatização, e, logo, de revitalização, do terror³⁷.

Na hiperbólica performatividade da linguagem do terror, o vocabulário identitário, ampliado, articulado e automatizado nos vários possíveis círculos prático-culturais, oficiais e extraoficiais, institucionais e não-institucionais, públicos e privados, mostrar-se-ia, logo, imediatamente capaz de produzir e de replicar, exponenciando-a, uma retórica da violência, dissolvendo, conseqüentemente, supostas distâncias apriorísticas entre o simbólico e o real – *pense-se* não apenas no sem-número de imagens que inserem a possibilidade da performance terrorista em um ciclo de vida próprio, à partida

³³ «[I]t is through the rhetoric of performativity that I am able to read terror in relation to its dominant discourses» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 19).

³⁴ Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 90.

³⁵ «The performance of terror, I would emphasize, is built through the accretion of these responses, and not through the act of terror itself, such as the actual demolition of the Twin Towers in Manhattan or the genocide of ethnic communities or minorities in Rwanda and Gujarat» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 27).

³⁶ Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 189.

³⁷ «Terror can also be performed as one re-lives the act either through an immersion in its representation in the media or, even more precisely, through a critical response to the media and the discourses that have accumulated around the event» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 27).

infinito³⁸, como, ainda, no exemplo do “rebatismo” dos prisioneiros como um dos passos determinantes – se não o primeiro – da concretização do corte intersubjetivo e da desumanização absoluta que *prepara-inicia* o contexto da tortura³⁹. Uma dissolução dos limites entre a palavra e o mundo, neste último exemplo, que ultrapassa a mera diferença de grau, ou de níveis de realização, entre o dizer e o fazer (em que o primeiro não necessariamente pressuporá o segundo, estando este dependente de uma ação teleologicamente orientada, ou até de uma cadeia de ações articuladas, autônomas e posteriores, para um sentido específico de concretização), uma vez que, aqui, o dizer já imediatamente determina um fazer (é este fazer). E que a linguagem jurídica, na vocação performativa que já inerentemente a especifica na sua dimensão intencional e teleológica (decorrente da necessária praticabilidade social do próprio direito), certamente ajuda a intensificar (inclusive introduzindo novas categorias práticas e alterando o sentido de algumas definições já existentes, e, com isso, criando/recrindo, correspectivamente, mundos particulares).

Neste sentido, basta que olhemos, por exemplo, para os diferentes tipos de performance já potencializados (na «força ilocucionária» (Austin) culturalmente ressonante das puras locuções que se externalizam) pelos distintos sentidos – não apenas linguísticos, e sim, e especialmente, normativos – que assumem as mobilizações das categorias práticas do *Prisoner of War (POW)*, à luz do seu enquadramento no contexto do artigo 3.º do tronco comum às Convenções de Genebra e da sua respetiva densificação pelo sentido de determinados direitos humanos, e da empiricamente emergente *Person Under Control (PUC)*, enquanto figura de exceção, introduzida, especificamente, na cultura militar norte-americana, no contexto da guerra do Afeganistão e expandida pela do Iraque⁴⁰, como um corolário prático da suspensão (mais ou menos disfarçada...) da prioridade normativa daquele artigo⁴¹. Neste

³⁸ «While the random access of the Abu Ghraib images at a global level cannot be denied, it is much harder to assess how they are being read and endorsed in the ‘war on terror’» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 17).

³⁹ O apagamento do nome próprio e a sua “substituição” por categorias-alcunhas pejorativas, no contexto da despersonalização dos prisioneiros torturados por militares norte-americanos na prisão iraquiana de Abu Ghraib, foi explorado por BHARUCHA em *Terror and Performance*, 187-188 (a leitura das performances de Sabrina Harman).

⁴⁰ «Detainees in Iraq were consistently referred to as PUCs. This term was devised in Afghanistan to take the place of the traditional designation of prisoner of war (POW), after President Bush decided that the Geneva Conventions did not apply there. It carried over to Iraq, even though the US military command and the Bush administration have continually stated that the Geneva Conventions are in effect». Excerto do relatório do *Human Rights Watch* extraído de <<http://www.nybooks.com/articles/2005/11/03/torture-in-iraq/>>, de 3 de novembro de 2005.

⁴¹ Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 5.

caso, alegava-se que a linguagem prático-normativamente *inadequada ou insuficiente* da própria Convenção de Genebra, uma vez performatizada... na sua referência explícita ao *limite normativo* imposto pela «dignidade humana» enquanto fim ou compromisso autónomo..., daria margem a efeitos *pragmaticamente* indesejados: a suposta «vaguidão» da referência à dignidade seria já capaz de sujeitar os oficiais intervenientes nos contextos de captura e de interrogatório à prática de um conjunto de crimes, situando-os, portanto, no extremo *oposto* do lugar do *direito* em que *a priori* se reviam. Invertendo, desde logo, não apenas o sentido já previamente “autorizado” pelas expectativas político-sociais acerca de quais sujeitos, no âmbito daquelas relações de guerra, deveriam ser os criminosos e quais deveriam ser as vítimas, com todas diferenças e as distâncias materiais elementarmente pressupostas no contexto dessas relações, como, ainda, o sentido das expectativas que então se dirigiam à qualificação intersubjetiva do nexos de polaridade jurídica entre os criminosos e a própria sociedade (nacional e internacional)⁴². A categoria convencional alternativa do *PUC* é, então, posta *em ação* por recusa expressa ao tipo de *performance* que o enquadramento, normativo e axiológico, pressuposto pela categoria do *Prisoner of War* arriscava conseguir tornar efetiva. «The expression [Person Under Control – PUC] neatly dehumanizes: it signifies less a person than a nonperson», ressalta Alex Danchev⁴³. Tudo o que tornaria necessário, em suma, nos termos da proposta de Bharucha, conter os efeitos performativos do *idioma terrorismo* (globalmente pensados), de modo que se pudesse criar, assim, novas condições – novos espaços reais e simbólicos – para acomodar “imaginários” e “estratégias” alternativas, «new structures of performances to counter terror in body and spirit»⁴⁴. Dentre as quais se destaca a performance, não passiva e sim reativa, da não-violência

⁴² «This debate is occurring because of the Supreme Court’s ruling that said that we must conduct ourselves under the Common Article 3 of the Geneva Convention. And that Common Article Three says that there will be no “outrages upon human dignity”. *It’s very vague*. What does that mean, “outrages upon human dignity”? That’s a statement that is wide open to interpretation. And what I’m proposing is that there *be clarity in the law* so that our professionals will *have no doubt that that which they are doing is legal*. You know, it’s – and so the piece of legislation I sent up there provides our professionals that *which is needed to go forward*. [...] They don’t want to *break the law*». A fala de George Bush está registada em *Public Papers of the Presidents of the United States – George W. Bush*, Book II, Washington: United States Government Printing Office, 2006, 1647-ss, 1649-1650 (grifos acrescidos).

⁴³ Alex DANCHEV, “Human Rights and Human Intelligence”, em Steve TSANG (ed.), *Intelligence and Human Rights in the Era of Global Terrorism*, Westport and London: Praeger Security International, (93-108), 98.

⁴⁴ RUSTOM BHARUCHA, *Terror and Performance*, *ibidem*.

(da *recusa expressa* à adoção de métodos violentos)⁴⁵, como, quiçá, a única autêntica revanche (o único contraídioma) que se poderia querer dirigir, sugere o autor, à banalização e à legitimação da cultura da violência instaurada nos vários contextos que se definem à luz do *idioma terror*.

Seria então a questão de, em um plano macroscópico, *(re)formatizar* o vocabulário do terror mediante a manutenção da polarização entre o terror e o terrorismo. Admitindo-se que, na base da unidade (aparentemente) lógica e constativa que se solidifica entre os referidos termos, reside uma falácia prática – dado que, no interior da unidade pretendida, continuam a resistir dois substantivos (verbos?) singulares. Nesta intentada *(re)formatização*, construindo-se as condições estruturais (as bases) para a verbalização de um sentido de justiça *por vir*, descolado daquele sentido «*substantivado*» de “justiça”⁴⁶ que consta dos roteiros práticos *formatizados* pelos cânones institucionais que se propõem a (apenas) “afirmar” (o que diz) o direito. Pressupondo-se, portanto, uma distância normativa (uma polaridade) entre o direito (*the law/s*) e a justiça – na radical identidade-*diferença* que os autonomiza («there can be no ready acceptance of the law being translated into justice»⁴⁷). Em um tipo de percepção que nos remete às leituras do direito-*lei* e do *momento-corte* da decisão judicial propostas por Derrida⁴⁸ (que não se descolam propriamente, por sua vez, do roteiro formalista) e que, conseqüentemente, aproxima-se, se projetarmos a proposta de Bharucha no universo mais apertado do pensamento jurídico, de uma espécie de (espontânea) apropriação-canalização-concretização do discurso desconstrutivista vazado na referência à «nested opposition» de J. Balkin (a lembrar-nos que «the logic of law is to a large degree the logic of similarity and difference»⁴⁹), e, paralelamente, da saída oferecida por Desmond Manderson para repensar o sentido do «rule of law»: em que a polaridade mediante a qual substâncias singulares se alternam pode ser um caminho para

⁴⁵ Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 174–183.

⁴⁶ Em tentativa implícita de conversação com o discurso de Desmond MANDERSON: «We tend to think of law or justice as a noun – as an object or result which, like Kafka’s countryman before the law, ‘should be accessible to every man and at all times’. [...] But what if instead we were to begin thinking of legal judgment as a verb and not a noun? [...] Perhaps justice itself is not an end but a means, not a goal or an outcome but an approach and an experience» (Desmond MANDERSON, “Modernism and the Critique of Law and Literature”, *The Australian Feminist Law Journal* (2011) 105–123. Obtido de <<http://ssrn.com/abstract=2122179>>. Aqui citado nas p. 26–27 (versão eletrônica)).

⁴⁷ Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 182.

⁴⁸ Jacques Derrida, *Force de Loi, le «fondement mystique de l’autorité»*, Paris: Galilée, 1994, esp. 57–58.

⁴⁹ Jack BALKIN, “Nested Oppositions”, *The Yale Law Journal*, 99 (1990) 1669–1705, 1671.

a afirmação dialético-analógica da justiça⁵⁰. Pois só na manutenção de uma tal polaridade franquear-se-ia a abertura propícia para a composição prática de novas possibilidades de densificação normativa, escavadas nas frestas (nas incontáveis e incontornáveis lacunas) das opções linguísticas ou das máscaras que institucionalizam-formalizam, porém, ao mesmo tempo, ferem e diluem (patologicamente... autoimunizam?), a rigidez do “projeto” de um *textualmente definido* (e, daí, normativo-semanticamente indeterminado...) *rule of law* (um estereótipo que vai sendo, mais uma vez, aproblematicamente confirmado). Um *rule of law* (aquele irrigado pelas leituras ortodoxas, sejam as que se pautam por um formalismo desmaterializado, ou as que assumem – à sombra daquele mesmo formalismo – um sentido estratégico-utilitarista das instituições envolvidas) que, à sombra do terrorismo, vai-se transformando em um (paradoxal?) *rule of exception* e com o qual, em suma, criticamente se antagoniza, em nome daquele ideal de justiça. Mas um direito-lei que, mesmo nesta leitura crítica ortodoxa e exterior, não se chega propriamente a recusar (pragmaticamente): embora a performance de um tal modelo jurídico seja, por regra, de acordo com o fio que Bharucha vai lançando, mais justificativa ou confirmativa (dos poderes que as autoridades exercem nos contextos de terrorismo) do que restaurativa (de novas possibilidades de materialização axiológico-concreta de caminhos para a justiça que ali projeta por relação à singularidade), não deixa também o mesmo direito de, nas incontáveis situações-limite que se definem em um contexto prático global de interpelação imediata pelas incontáveis urgências, como aquelas que apontam para os graves problemas dos apátridas e dos refugiados, representar a possibilidade de *performances positivas*: aquelas que, em alguns casos, conduzem à restauração das (novas?) identidades *pessoais* e à reinserção comunitária daqueles que haviam sido marginalizados – performatizando-se, então, pelo direito, o ato de encerramento do ciclo de vida do *homo sacer*⁵¹?

⁵⁰ «Polarity allows us to see the rule of law as a site for oscillation rather than determination, as a place for unending public discourse rather than decision, and therefore as the occasion for the widening and deepening of our social involvement in law and justice rather than its settlement» (Desmond MANDERSON, “Modernism, Polarity, and the Rule of Law”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, 24: 2 (2012) 475-505, 477).

⁵¹ «[P]erhaps we need to find ways of engaging critically with its norms because they could be more ambivalent than we assume. Besides, on a more pragmatic note, why should we assume that all political, legally sanctioned identities are intrinsically undesirable and anti-liberal? Perhaps, for a refugee or stateless person, nothing could be more coveted than a legally sanctioned identity or passport»; e, adiante: «the law continues to be a relentless and, in some contexts, the only source of hope for thousands and, at times, millions of victims and survivors of genocides, ethnic cleansings, and communal riots» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 78, 179).

4. Sentidos e não-sentidos

... vai-se assim estendendo o novelo de uma reflexão problematizante que, portanto, e como já adiantado, se articula com um espírito consciente não apenas de expansão vocabular, mas, também, de *contenção* dos efeitos *nomológicos* do Onze de setembro, procurando-se, deste modo, pela via restritiva e crítica, escapar às naturais tentativas de dominância que se ensaiam no percurso de reação globalizada (mas de origem (re)situada⁵²) a que se deu o nome de “contraterrorismo”, e no qual acabam por se deixar filtrar, ou mesmo subsumir, as experiências práticas, de identidades distintas, que tal rótulo consomem. Recusando-se desde logo a expansão do circuito em que se esticam as suas incontáveis manifestações, de modo a evitar-se atribuir-lhes prolongamentos ilusórios que, do contrário (e uma vez que essas permaneçam entregues aos mecanismos de reprodução que lhes subjazem), chegariam a reclamar a identificação e a condicionar as chances de (re)significação dos *momentos* inominados que o vocabulário do terror poderia em princípio atrair na sua capacidade normativa, uma reivindicação genealógica que se veria consumada quando, no microuniverso que aí se vivifica, elaborar-se-ia apenas o campo semântico, o imaginário e o contexto, de uma guerra «kafkiana» e «retórica»⁵³ visivelmente marginal ou atípica, que não encontra acolhimento nas categorias bélicas tradicionais da política internacional, deflagrada contra entidades metafísicas⁵⁴. E, mais ainda, uma reivindicação que se veria intencionalmente reforçada, na sua consumação, enquanto no mesmo ambiente se capitularia o eixo narrativo, determinante e definitivo, para a construção de histórias alheias e autónomas. Tornando imprescindível encontrar e reabrir no terror “novas” feridas, inclusive algumas deliberadamente autoinfligidas, como aquelas que apelam a uma *outra*

⁵² V. Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 66.

⁵³ «The very idea, a never-ending, all-encompassing, worldwide sweep, seems to pay a kind of tribute to Franz Kafka and his demons» (Alex DANCHEV, “Human Rights and Human Intelligence”, 93). Uma retórica da guerra, então política, social e militar («[A] rhetorical gimmick designed to keep an intermittently awed audience in a state of lingering fear and unquestioning obedience» (Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 14-15, 175), que se vai tecendo e perpetuando em várias direções, expandindo-se para além dos contextos originários, da “doutrina Bush”, do Afeganistão, do Iraque. «[T]he phrase has been used to account for broad criminal legislation, sweeping agency powers and potential human rights abuses throughout much of the world». (Miriam GANI/ Penelope MATHEW, “Introduction: Letters from the Front”, Miriam GANI/Penelope MATHEW, ed., *Fresh perspectives on the war on terror*, Canberra: ANU E Press, 2008, 1-2).

⁵⁴ «[...] war on something other than a political entity» (Giovanna BORRADORI, *Philosophy in a time of terror*, XII); «the first of its kind in the world, where a war is being waged on nothing less than an abstraction, with no end in sight, thereby enabling the United States to set itself above all national and international laws for an indefinite period of time.» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 4); «We have been speaking of a strange “war” without war.» (Jacques DERRIDA, “Autoimmunity”, 110, 117).

modernidade (uma pós-modernidade?) que, invertendo o sentido da marcha que transporta por inércia certos símbolos consolidados ao abrigo da primeira, possa harmonizar-se com uma «responsabilidade comunitária» (neo)cosmopolita (ao menos desnacionalizada) passível de acomodar, fora de uma *politics of injury*, o desconforto (Foucault) da abertura ao(s) futuro(s) indeterminado(s), a uma «futural form for politics that cannot be fully anticipated», «hearing beyond what we are able to hear» (Butler)⁵⁵. Ponto a que retornaremos mais adiante.

Contenção que adicionalmente se situa, portanto, correlativamente à resistência (ética, política, filosófica e estética) em conferir àquele evento (e a outros) o tipo de desligamento prático radical, de ordem histórica, racional e simbólica (a este respeito, vejamos a dimensão onírica ousadamente sustentada por Jean Baudrillard⁵⁶...), necessário para que, na raiz da sua cronologia particular (e de outras cronologias do terror), «translating the complexity of the world into the terms of a confrontation between simple and homogeneous entities»⁵⁷, pudéssemos somente identificar um ato aleatório de puro fanatismo tópico, «the murderous fantasmagoria of a few fanatics»⁵⁸, fora de qualquer pano de fundo histórico⁵⁹ capaz de o densificar e redimensionar em um seu sentido autónomo, especialmente pelo viés simbólico-político, como afirmam Todorov⁶⁰

⁵⁵ Judith BUTLER, “Implicit Censorship”, *Excitable Speech*, 161; *idem*, *Precarious life*, 18.

⁵⁶ Já no início do seu conhecido ensaio sobre o espírito do terrorismo, a adensar a dimensão imaginária que viria a ser ressaltada (também) por J. HABERMAS (que reconduz a novidade do evento, neste plano, à importância das Torres Gémeas no imaginário comum norte-americano, «with their irreplaceable imprint on the Manhattan skyline and their powerful embodiment of economic strength and projection toward the future» (Jürgen HABERMAS, “Fundamentalism and Terror”, 28)), para então ir mais além ao sobrepor, e desta vez não em um tipo discurso intencionalmente projetado na perspectiva das vítimas imediatas ou mediatas, mas sim do próprio terrorismo, uma dimensão simbólica de fundo proto-psicanalítico à dimensão ideológico-política localizada («we are far beyond ideology and politics now») e acabar por situar, assim, o Onze de setembro como o resultado que se revê na materialização de um inconsciente coletivo (e, neste sentido, de um malicioso sonho) no qual *todos* seriam capazes de se identificar, «an obscure object of desire», o efeito de uma «alergia» universalmente partilhada a ordens e poderes «definitivos» que se irrompe como uma reação *autoimune* produzida no interior dos próprios sistemas totalizantes («what is at stake is globalization itself. [...] A fractal war of cells, all singularities, revolting in the form of antibodies») (Jean BAUDRILLARD, *The Spirit of Terrorism*, 6, 9, 11-12).

⁵⁷ Tzvetan TODOROV, *The fear of barbarians: beyond the clash of civilizations* [*La peur des barbares: au-delà du choc des civilisations*, 2008]. Andrew Brown, trad., Chicago: The University of Chicago Press, 2010, 91.

⁵⁸ Jean BAUDRILLARD, *The Spirit of Terrorism*, 5. Em uma referência que Ulrich BECK acaba por implicitamente confirmar: «anything can be turned into a weapon in the hands of a few decisive fanatics» (Ulrich BECK, “The Silence of Words”, 358).

⁵⁹ «[...] while historical evidence may not ‘explain’ terror in all its virulence and madness, it can help to contextualize its moment of ignition, actuality, and consequence» (Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 90).

⁶⁰ V. Tzvetan TODOROV, *The fear of barbarians*, esp. 90-92. A este respeito, e a direcionar-se para o sentido estratégico da política, v. Carlyle A. THAYER, “Terrorism Studies”, 25: «[t]errorism is not exclusively a response to external conditions; it is the result of strategic decisions by political actors. Left-wing,

e Ward (este já em um afinamento mais ético-estético), ou ainda pelo fio que, perpassando todos os outros, vai culminar em um sentido mais tipicamente ético-filosófico, cunhado na cortante radicalidade sob a qual se determina a (im)possibilidade de captura da singularidade do terror que densifica a referência ao terrorismo, na linha de Baudrillard (já não tanto, neste caso, na de Derrida, que no fundo recusa ao «September 11» a originalidade autêntica de um verdadeiro evento⁶¹). De um modo ou de outro, naquela primeira e redutora recusa de sentido, fazendo-se com que o mesmo evento fosse, simultaneamente, o mais visto de todos os tempos e, também, o mais invisível («[t]he destruction of the Twin Towers in New York was followed by an explosion of chatty silence and meaningless action», em uma das formulações possíveis da famosa síntese de Ulrich Beck⁶²), tornando-se apenas assimilável e compreensível enquanto ato *sacrificial* irracional, incomunicável ou *nonsense*⁶³ (ou, segundo Habermas, enquanto um ato (conscientemente) «anacrônico» que à partida abdicaria de qualquer sentido político mais profundo, pois o alvo atingido não poderia ter sido pragmaticamente derrotado⁶⁴ – acende-se neste ponto a referência de Beck ao *terrorista suicida* como o oposto do *homo economicus*⁶⁵). Sem se olvidar que aquela total ausência de lugares conhecidos, a transparecer como um autêntico *desamparo* da linguagem, não se situa, nos termos em que este desamparo se reforça nas palavras de Beck, como uma qualquer referência qualificadora do sublime (v. nota nº 69, *infra*), mas sim para atender ao robustecimento da compreensão dos novos riscos potencialmente fraturantes que ampliariam o sentido primário da sua *Risikogesellschaft*, ou sociedade de risco. Um pressuposto que o levará a vindicar, por isso, soluções certamente diversas, se não opostas, na sua matéria-prima intencional, para o problema do terrorismo – pois, se aquela

right-wing, ethno-nationalist, separatist, and religious terrorist groups are all driven by political motives and oriented towards political ends. In sum, terrorism is fundamentally a political phenomenon».

⁶¹ Em diálogo aberto com o *Ereignis* de Heidegger, DERRIDA afirma que «[a] major event should be so unforeseeable and irruptive that it disturbs even the horizon of the concept or essence on the basis of which we believe we recognize an event as such». Estaria, daí, fora da possibilidade da compreensão («the event is first of all that I do not comprehend»). Contudo, o «September 11» seria, na realidade, a impressão de um «major event», um “evento” previsível e assimilável a um conjunto de violências conhecidas em termos históricos, e, para além disso, no seu caráter exponencial, intensificado e, deste modo, reinventado e forjado, pelos média e pelo discurso político (Jacques DERRIDA, “Autoimmunity”, esp. 90). Ainda, Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 44-45.

⁶² Ulrich BECK, “The Silence of Words”, 354; Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 173.

⁶³ Jean BAUDRILLARD, *The Spirit of Terrorism*, 23-25.

⁶⁴ «[T]oday I cannot imagine a context that would some day, in some manner, make the monstrous crime of September 11 an understandable or comprehensible political act.». Jürgen HABERMAS, “Fundamentalism And Terror”, 34.

⁶⁵ Ulrich BECK, “The Silence of Words”, 359.

referência ao sublime assim se qualifica para reclamar uma sequência de movimentos de abertura para o instante de *indefinição normativa* em que a aproximação ao outro (ao inominado) *assume o risco* de concretizar-se, o discurso de Beck evolui no sentido da consolidação de uma aliança global contra o terrorismo, uma coalizão «based on law[/s]» e que assenta sobre uma fundação precisa, a que se apóia (a partir de uma irrigação sociológica do cosmopolitismo de Kant), na circunstância da conformação de um «cosmopolitan law of risk»⁶⁶, na diferença básica entre “insiders”, de um lado, e “strangers” ou “outsiders”, do outro, enquanto segmentação estruturante da própria leitura intrínseca ao vocabulário da hospitalidade (e do «direito de visita»), sempre reafirmando essa diferença de acordo com o ponto de vista “interno” filiado a uma concreta herança iluminista... («I am hopelessly rooted in the tradition of the Enlightenment, even if selfcritically applied»⁶⁷), de modo que a “integração” dos *outsiders* deverá ser pensada à luz de uma remodelação das formas de universalização (moral e jurídica) já conhecidas, desaguando, daí, também, em um «antiterror regime», este nos limites da “lei”. Assumindo-se, em suma, o terrorismo *do outro* (aquele não-universalizável, portanto, não administrável), neste contexto, como o “novo” e “verdadeiro” risco, tanto potencial quanto concreto; a ser, por um lado, contido mediante os instrumentos e formas de organização da (bio)política transnacional, e, por outro, prevenido ou gerido – controlado – mediante uma «política do diálogo» direcionada para populações antecipadamente percebidas como «vulneráveis» e «ameaçadas pela globalização», a ser exemplarmente conduzida pela Europa (e não pelos... «culturalmente introvertidos Estados Unidos»)⁶⁸.

5. Contranarrativas e suicídios

... mas... as histórias-feridas que discursivamente se encastelam no binómio terror/terrorismo inclusive admitem, e até convocam, como sabemos, modalidades abertamente *contranarrativas*: as que nos falam da subversão

⁶⁶ Ulrich BECK, “Critical Theory of World Risk Society: A Cosmopolitan Vision”, *Constalations* 16/1 (2009) 3-22, 6.

⁶⁷ Ulrich BECK, “The Silence of Words”, 367.

⁶⁸ «The goal would be for terrorism to be punishable as a crime against humanity worldwide [...] it seems possible and necessary to create an international legal foundation for the alliance against terrorism» (Ulrich BECK, “The Silence of Words”, 360-361, 367); «[t]hus cosmopolitan law of risk is possible only if the boundaries of moral and political communities can be redefined so that the others, strangers and outsiders are included in the key decisions which jeopardize and violate their existence and dignity» (Ulrich BECK, “Critical Theory of World Risk Society”, *ibidem*).

(suicídio?) das formas duras cunhadas pela mediação do discurso europeu iluminista no ideário moral, político e jurídico do monolítico “Ocidente” (de um Ocidente...), nomeadamente pelos filtros da plenitude e da universalidade da razão, que a abertura à(s) experiência(s) do terror por trás do terrorismo erode, uma vez revestida pelo discurso crítico e pela afirmação, política e filosófica, do sentido (de um sentido...) estético do sublime⁶⁹, por um lado, interrompendo então o *continuum* da racionalidade teorética («we must, as a precursor, first embrace the opportunity to rid ourselves of the pretences of absolute reason, and most particularly the jurisprudential fiction that we need only comprehend an event in order to realise justice»⁷⁰); e, por outro, pelo desmascaramento da categoria do «sujeito universal», convocando, portanto, a (pós-moderna) *crise do sujeito* como um elemento-aporte de recriação, pela ampliação sensível, da dimensão prática da subjetividade⁷¹. Nestas novas linhas narrativas, vão escorrendo... para longe... as histórias complementares que assimilam e promovem a «liberdade», a «igualdade», a «tolerância», a «hospitalidade», a «segurança», como *categorias-funções* apenas discursivas (portanto facilmente instrumentalizáveis), *topoi* que, no contexto retórico-político e jurídico do «contraterrorismo», autonomizam-se e subvertem os elementos fundacionais que alavancam a sua importância histórica. E, nesta fuga para longe, desmascara-se também o esvaziamento da síntese que permitiria rever naquele conjunto de “argumentos” não apenas os contornos exteriores de certas estruturas heterónomas, mas, nuclearmente, os sentidos normativos específicos que costuram internamente o caminho axiológico

⁶⁹ Aquele sentido do *sublime* que parte dos quadros filosóficos do empirismo e do idealismo do século XVIII, como uma resposta «quase estética» à natureza, à manifestação de uma obra de arte ou evento, político e/ou histórico, capazes de produzir uma espécie de choque em um espectador ou auditório humano, que se vêem temporariamente consumidos por algo que parece «infinito ou vasto, poderoso ou terrível», algo que manifestamente excede a capacidade racional de forjar, pela via da imaginação ou da compreensão, o seu sentido, «parecendo transportar» o espectador-observador humano, temporariamente, «para além da sua própria condição». Mas um sentido que também e especialmente se assume sob o filtro “pós-moderno” que, na linha de LYOTARD, fracionam o discurso – sobretudo – kantiano e, com isso, a possibilidade da totalidade e da universalidade que segue implícita ao idealismo: neste sentido, e apesar de algumas críticas que a autora então dirige à adoção do «liberatory “post-modern” sublime» de LYOTARD enquanto estratégia política, já que esta acabaria por produzir «new blind spots», Christine BATTERSBY afirma que «[...] Lyotard’s Kant provides us with useful resources for thinking a response to “terror” which neither simply aestheticizes that terror [...] nor homogenizes the response to “terror” by an appeal to a single set of descriptors (“terrorism”, “absolute evil”, “unconditional good”, etc.), with which all would concur» (Christine BATTERSBY, *The Sublime, Terror, and Human Difference*, Routledge: New York, 2007, 1, 23-24).

⁷⁰ «Such a movement, moreover, will be a movement towards sensibility and experience, to something which we might, following Burke, term the ‘sublime’» (Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 174, 177).

⁷¹ «The Enlightenment rule of law, however, as we know, was to be a rule of reason, rather than romance, of sense rather than sensibility» (Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 181).

para uma forma positiva e civilizacionalmente elaborada de “justiça”; uma justiça que hoje se vai continuamente fraturando, no interior das mesmas narrativas de que parte, ao estilo de uma implosão não premeditada, mas previsível – como se a única certeza na base dos cenários catastróficos e das trocas distorcidas que vão drenando o ideário do Ocidente fosse uma rotina insistente de «autoimunização»⁷² e de suicídio⁷³ (Derrida, Baudrillard) –; uma fratura que, no mesmo contexto, multiplica-se à proporção que o discurso do terror vai sendo absorvido pela «idade da histeria», da «hipérbole» e do «excepcionalismo»⁷⁴, e, assim, pela (auto)justificação continuada, naqueles mesmos planos de relevância, o moral, o político e o jurídico, de todas as formas de violência derivada ou «colateral». Em uma autorreprodução, tanto teórica quanto prática, das opções pelos lugares lúgubres que admite não apenas, como é sabido, a generalização e a extensão do número de refugiados e de mortos que se produzem, direta ou indiretamente, no influxo das situações de guerra que se multiplicam, distribuídos não somente entre os próprios «combatentes», mas, de modo irrefragável e público, entre «civis», «amigos» e «inimigos», como também chegou/chega a admitir, em paralelo, a desqualificação jurídica e a funcionalização social e política dos mecanismos voltados para infligir o sofrimento, a desaguar na institucionalização de critérios que se abrem, por um lado, a *rotinas* de exclusão (revestidas pela máscara pragmática do “controle” do “direito de visita”), e, noutros casos, a formas (cada vez mais... criativas?) de «systematic torture and ritualised humiliation» e que, entretanto, em contextos normativos em que a exceção se generaliza, não chega(ra)m a ser reconhecidos e qualificados como formas de posituação da tortura⁷⁵. Nestes casos, como sugere Ian Ward, a legalidade se transforma em um elemento que já não se articula no plano axiológico e

⁷² «Which produce, invent, and feed the very monstrosity they claim to overcome» (Jacques DERRIDA, “Autoimmunity”, 99).

⁷³ «[...] an autoimmunitary process is that strange behavior where a living being, in quasi-suicidal fashion, “itself” works to destroy its own protection, to immunize itself against its “own” immunity». (Jacques DERRIDA, “Autoimmunity”, 94).

⁷⁴ «[...] where America will pick and choose the moments when it might conform to the dictates of international law, and when it will not». (Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 13).

⁷⁵ Em referência direta ao «Torture Memo» de 2002 (e à sua reedição em 2005), Todorov afirma: «[t]he novelty of the current situation resides in the fact that it is the American government itself that is proclaiming the necessity of torture. This break with precedent has led to the subject being introduced into the public debate, where arguments for and against can now tranquilly be exchanged [...] this memorandum sets out in detail the legal reasons for which the acts committed remain licit and do not constitute torture as banned by the international Conventions and the legal code of the United States, section 2340A. [...] It is not this document[s] which introduces acts of torture; but it does make them licit and thereby incites people to generalize them» (Tzvetan TODOROV, *The fear of barbarians*, 114-116).

intencional-regulativo, mas sim à luz dos parâmetros, cada vez mais largos, que dão sentido aos discursos exclusivamente orientados pela ótica autonomamente fraturada dos efeitos e dos resultados, convertendo o «*rule of law*», finalmente, diz-nos o autor, em uma mera questão de grau⁷⁶.

Mas, para além disso, os mesmos cenários lúgubres que se avolumam contranarrativamente arriscam anunciar-se, no plano axiológico, como a verificação prática da bipolaridade oscilante entre a «compaixão» e a «crueldade» que alimentaria, em linha com o discurso de Todorov, a constituição subjetiva da própria condição de humanidade⁷⁷, e que avultaria ali então somente para afirmar a vitória do segundo polo, o da crueldade, sobre o primeiro. Ao mesmo tempo, porém, nesta vitória, e na hipertrofia que a orienta e que põe fim à mencionada oscilação, acaba por restar confirmada a derrota da própria humanidade enquanto tal. Confirmando também o diagnóstico do autor de que, no incessante pêndulo da violência, a estratégia que se destina a «conter a violência do inimigo» mediante o uso de uma violência comparável (ou superior...) está condenada ao fracasso e nos vai aproximando cada vez mais do sentido verdadeiro da barbárie⁷⁸. E lembrando-nos, por extensão, que, quando posta não já diretamente em relação a uma discussão que se conduz autonomamente no plano ético-subjetivo, mas sim por menção aos planos jurídico e ético-jurídico, na interpessoalidade que os especifica, a referida bipolaridade constitutiva não se pode projetar como aquela vitória, autoimplosiva e derrotada, da crueldade sobre a compaixão, nem, sequer, como um abstrato equilíbrio de integração que permitisse a coexistência formal e a equivalência das alternativas em realce, mas apenas como a opção incontornável pela aproximação a uma daquelas vertentes e, nessa aproximação, como a assimilação axiológica de um sentido de humanidade *congruente* que transparece nos valores *positivos* orientados na esfera prática de um daqueles

⁷⁶ «In the light of the various wars against terror, in Iraq and elsewhere, international lawyers as prominent as Ruth Wedgwood are inclined to agree, advising that it might now be best to see 'legality' as a 'question of degree, rather than an all-or-nothing choice'» (Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 1-5, 10-12); Rustom BHARUCHA, *Terror and Performance*, 5.

⁷⁷ Uma bipolaridade que o autor então sugere ao discutir possíveis leituras desmistificadoras dos lugares-comuns que qualificam as referências culturais à barbárie e aos bárbaros. «'Compassion and cruelty depend on the faculty an individual has to imagine the effect of his attitude on someone else.' This faculty motivates us to help those who feel the need for help, even if they are strangers, and to recognize the equal dignity of others even if they are different from us. But it is also this faculty that guides us when we subject others to torture or when we engage in genocide» (Tzvetan TODOROV, *The fear of barbarians*, 21).

⁷⁸ Tzvetan TODOROV, *The fear of barbarians*, 110-112; 114-ss. O paradoxo da «violência humanitária» (supostamente estabelecida para estancar ou reprimir outras formas de violência) foi explorado também pelo autor, por exemplo, em Tzvetan TODOROV, *Torture and the War on Terror*, trad. Gila Walker, Chicago: Seagull Books, 2009.

polos; em que um tipo de equiparação por *autorreconhecimento* acaba por conduzir a uma forma de (auto)*vinculação subjetiva* e por iluminar, com isso, a condição de *igualdade* que a torna possível. Uma igualdade que no plano do direito se sustenta, apesar disso, não como aquela «compaixão» (à mercê da autodisponibilidade benevolente daquele que resolve assegurar os seus resultados), e sim como esta *autoidentificação reflexiva*, já orientada por uma relação de reciprocidade. Sob esta lente, logo, a relação fundamental entre o direito e a humanidade (enquanto valor) especifica-se normativamente pela positivação de certos *compromissos* de natureza civilizacional, mostrando que, naqueles cenários de exceção, já não vemos senão o oposto desta civilização⁷⁹ que assimilámos enquanto “herança” e que, no entanto, no seu sentido material, há de se nos apresentar sempre *por assimilar*; pelo que só se pode colher, nos exemplos em que a humanidade do outro é desqualificada, se não aniquilada, um mero simulacro ou aparência de direito que se esgota na eventual capa da legalidade, porque o direito mesmo só o será por recusa persistente e por reação expressa à despersonalização axiológica que possibilita a crueldade.

6. Diluição

Sem deixar de lado que uma tal expansão, ainda que autocontida, abre-se, igualmente, e uma vez que dialeticamente articulada às várias tentativas de “libertação” do vocabulário do terror, para outro sentido: o de arriscar-se também, no curso das experiências convocadas em simultâneo, a diluição dos *limites mínimos* que autorizem a permanência histórica e viabilizem a capacidade generativa *de um* vocabulário do terror, de forma que chamar a atenção para «outras manifestações», intrinsecamente desligadas ou não, do “September 11”, acabe por provocar colateralmente os efeitos do esvaziamento e da desvitalização decorrentes de uma abertura incondicional às infinitas possibilidades da *violência*, uma abertura então capaz de conduzir à sua invisibilidade, e, logo, à completa irrelevância, em contrapartida, do recurso àquele vocabulário para indicar *algo* de específico e distinto, a autêntica disrupção capaz de interromper,

⁷⁹ O termo civilização deve ser aqui compreendido no *sentido material* que TODOROV clarifica, um sentido que se afirma por relação a um específico horizonte regulativo, e não como indicativo de uma característica particular que possa vir a ser aderida à compreensão de certos indivíduos ou povos: «[C]ivilization is a horizon which we can approach, while barbarity is a background from which we seek to move away; neither condition can be entirely identified with particular beings. It consists of acts and attitudes that are barbarian or civilized, not individuals or peoples» (Tzvetan TODOROV, *The fear of barbarians*, 22).

na sua «irreduzível singularidade», «um sistema de trocas generalizadas», como afirmou Baudrillard⁸⁰, ou uma forma de violência, de algum modo, rigorosamente nova (contrariamente ao que entenderam Derrida e Habermas), ainda que especialmente *indistinta*, no seu sentido normativo, das formas cosmeticamente «humanitárias» que se extravasam nas políticas “contraterroristas”. Pois somente nesta eventual singularidade se poderia justificar a constituição “*ex novo*” de correspondentes implicações a nível jurídico, fora de uma pura dinâmica de contingência político-social. Efeito aquele, o do referido esvaziamento, que não deixa também de anunciar-se como um dos possíveis corolários práticos da massificação da performance do *idioma terrorismo*.

7.

... tudo o que, finalmente, no universo determinante do(s) valor(e)s que irrigam a axiologia predicante da normatividade jurídica, esbarra em e se articula com dois círculos prático-pragmáticos de inteligibilidades distintas e, por outro lado, com dois sentidos diferentes de «justiça», que passam então a pôr-se em tensão. O primeiro, produtivo de um roteiro jurídico de emergência, afirma-se como o arcabouço positivo a serviço de uma lógica utilitarista, e assiste ao des-vendar localizado da «blindfolded Goddess» *Justitia*. O segundo, por reação à rotina “excepcionalista”⁸¹, centrado em alimentar possíveis sentidos de oposição pela revitalização de uma «sightful» *Dike*⁸².

Um excepcionalismo que, paradoxalmente normalizado, acaba por des-sacralizar a figura do *homo sacer*: a “unlawful figure” que (com Agamben⁸³, mas também com Manderson⁸⁴...), localizada para além dos limites da lei (do direito?), não pode ser «sacrificada», portanto, não se pode sujeitar aos

⁸⁰ «[T]he terrorist respond with a definitive act which is also not susceptible of exchange. Terrorism is the act that restores an irreducible singularity to the heart of a system of generalized exchange» (Jean BAUDRILLARD, *The Spirit of Terrorism*, 9).

⁸¹ «[T]he language of the law has been radically altered since ‘September 11’ and liberal American lawmakers are as puzzled and provoked by these changes as legal experts and activists in the rest of the world» (Rustom BHARUCHA, *TERROR AND PERFORMANCE*, 4).

⁸² A este respeito, observe-se a referência de Bharucha às mulheres Sikh: «[a]long with this witnessing, there is also a decision-making process at work here which relates specifically to how the women wish to be seen in the eyes of the law, which in turn would prefer not to see them in that state» (Rustom BHARUCHA, *TERROR AND PERFORMANCE*, 138). AINDA, MARTIN JAY, “Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law”, *Filozofski vestnik* 17/2 (1996): 65-81.

⁸³ Giorgio AGAMBEN, *HOMO SACER – IL POTERE SOVRANO E LA NUDA VITA I*, Torino: Giulio Einaudi, 1995.

⁸⁴ Desmond MANDERSON, “Klimt’s Jurisprudence – Sovereign violence and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 35/3 (2005) 515-542.

“sacrifícios” exigidos no contexto das sanções “*under the law*” (destinadas apenas aos sujeitos-súditos *daquela lei*), mas, paralelamente, permanece exposta aos riscos inerentes a essa invisibilidade (a esse estado de *natureza...* ou de «vida nua»), e, daí, a todas as formas excepcionais de violência que, dirigidas aos *outsiders*, não se constroem pelos limites normativos a que *por regra* se sujeita o exercício da autoridade. A engrossar a fileira histórica dos corpos «matáveis» e «insacrificáveis», já nos horizontes «biopolíticos» dos Estados Soberanos e como o resultado necessário da apropriação-controle da política moderna sobre a mesma «vida nua», diz-nos Agamben. Como se a regra só se confirmasse em um escalonamento contínuo das exceções administráveis. E, sendo assim, e se apenas «non-legal texts [could be used] as a strategic supplement to the bare textuality of those texts to which legalism deigns to ascribe legal validity»⁸⁵, permanece em suspensão a possibilidade de superação desse circuito-debate localizado pela referência a outros *textos* e *sentidos* para além de um ciclo vicioso de confirmação das heranças do legalismo. Sem que essa superação se neutralize pelo lado oposto da recusa estigmatizante ao próprio direito (enquanto a experiência de um sentido relacional que demarca a opção histórica por uma «forma de vida» alimentada nos possíveis encontros entre diferentes), como resultado da sua imediata remissão a uma ambição de universalidade simplesmente imperialista e patológica: aquele lado em que as alternativas críticas, poéticas e políticas, às “categorias racionais” da “linguagem do direito”, ao partirem do princípio de que as mesmas categorias e linguagem seriam incapazes, de forma intrínseca, de decifrar adequadamente a “linguagem do terror” (e, com isso, de assimilar autenticamente o sentido das utopias e das distopias que com esta se relacionam, na sua multidimensionalidade), e ao apenas fortalecerem, portanto, em resposta, um diagnóstico constitutivamente orientado para uma necessária intraduzibilidade, arriscam silenciosamente desaguar, e de modo autoimunizadamente simétrico às próprias alternativas que então desafiam: na medida em que, reagindo à colonização, pelo direito-lei, da natureza complexa, histórico-temporalmente aberta, do desafio-problema humano do terror, intencionalmente privilegiam uma perspectiva de normativo retraimento, ao menos naquilo em que ao estigma-direito seria reservado dizer. Permanecendo, daí, em aberto a questão de saber se, em que termos, e em

⁸⁵ Ian WARD, *Law, Text, Terror*, 178-179, por referência à sua proposta de uma «jurisprudência do *storytelling*» como forma de adicionar à mera legalidade uma dimensão de compreensão suplementar com o intuito de redensificação axiológica («recasting a jurisprudence of human dignity»).

nome de que sentido axiológico-material, civilizacionalmente reconhecível e intersubjetivamente (com)partilhado/partilhável para além da lógica das urgências (uma vez, enfim, cessadas as sirenes e realocado o espanto...), poderá e deverá a normatividade do direito humanamente responder, no idioma de jurídica tercialidade que é o seu, à circunstância terrorismo.

A COBERTURA DE ACTOS TERRORISTAS PELOS SEGUROS UMA BREVE ANÁLISE DO PROBLEMA

RESUMO: Neste estudo, foi nosso objectivo fundamental proceder à análise da problemática da cobertura pelos seguros dos actos de terrorismo, tendo em conta o modo como a nova Lei Portuguesa do Contrato de seguro regula esta matéria; revelando-se a este propósito fundamental ter em consideração uma questão paralela: a cobertura dos actos dolosos. No alvo das nossas preocupações está ainda o estudo das medidas adequadas no universo do direito dos seguros para combater, ou pelo menos para atenuar os múltiplos e graves danos causados pelos actos terroristas.

Palavras chave: Terrorismo, Seguros, Actos Dolosos

ABSTRACT: This study aims to analyze the problem of insurance cover of terrorist actions, by considering how the new Portuguese legal framework on insurance contracts regulates this

matter. To this purpose it is essential to take into account a parallel question: the cover of wrongful conducts. At the core of our concerns is also the study of the appropriate measures adopted within the universe of Insurance Law to fight against or, at least, to mitigate the multiple and serious damages caused by terrorist actions.

Keywords: terrorism, insurance, wrongful conduct

1. Introdução

O tema sobre o qual recai este breve estudo – a cobertura pelas seguradoras de danos causados por actos terroristas – constitui um assunto cuja actualidade e importância se revelam indiscutíveis.

Com efeito, desde a tragédia ocorrida em 11 de Setembro de 2001, em que no coração da cidade de Nova Iorque as torres gémeas sucumbiram a um ataque terrorista, tem-se registado por todo o mundo ocidental uma escalada crescente de violência.

A proliferação de fenómenos e episódios desta violência inesperada com contornos absolutamente inexplicáveis segundo os cânones e referências culturais dominantes no mundo civilizado, levanta inevitavelmente profundos desafios ao Direito dos Seguros.

Constituindo um dado incontornável da Teoria das Fontes do Direito que a realidade histórico-social, com a sua dinâmica coloca reivindicações e problemas que o ordenamento jurídico¹ se propõe dar resposta, de acordo com os seus critérios axiológico-normativos, cumpre então referir que uma tal constatação se afirma de modo exponencial no universo dos seguros.

Importa ainda sublinhar que tais desafios e perplexidades se fazem sentir quer no universo dos seguros de danos, quer no âmbito dos seguros de pessoas. Na verdade, em qualquer destes dois universos que constituem os polos da *summa divisio* da disciplina jurídica positiva contida no Decreto-Lei n.º 72/2008², o terrorismo suscita o mesmo tipo de problemas, os quais, por seu turno, não têm unicamente uma índole jurídica específica.

¹ Acerca da relevância do momento material das Fontes do Direito, cfr. A. Castanheira NEVES, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 2, Coimbra, 1995, 56-58.

² Com efeito, o legislador português, após uma parte dedicada à estatuição de um regime comum no título I, subdivide a disciplina jurídica dos seguros em duas partes: uma respeitante ao seguro de pessoas (título II) e outra atinente aos seguros de danos (título III). Não foi assim acolhida a

Questões económicas, susceptíveis de contender com a *ratio* de solvabilidade das seguradoras, particularmente conexas com a lei dos grandes números, cuja relevância se manifesta decisiva na organização e dinâmica da actividade seguradora, constituem, com efeito, pontos de reflexão muito importantes no âmbito da problemática da cobertura pelas seguradoras de actos de terrorismo.

Torna-se fundamental ao desenvolvimento da actividade das seguradoras calcular antes da ocorrência dos sinistros os custos por eles implicados. Ora, uma tal determinação da margem económico-financeira dos riscos assumidos implica necessariamente que as seguradoras procedam uma previsão das margens de verificação dos sinistros.

Apesar de uma tal tarefa se revelar particularmente difícil, uma vez que os encargos a suportar por aquelas comunidades de riscos se encontrarem na dependência do acaso ou da álea³, certo é que a operação mencionada não se revela impossível, e sobre ela nos iremos de imediato debruçar.

2. Os riscos seguráveis segundo uma perspectiva económica

Socorrendo-se de dados estatísticos retirados da observação de fenómenos ocorridos no passado⁴, as seguradoras através das técnicas propiciadas pela lei dos grandes números poderão obter importantes indicações quanto à frequência com que, por regra, surgem os sinistros cobertos pelos vários tipos de seguros.

classificação oriunda do direito institucional dos seguros que se centra basicamente na distinção fundamental entre seguros do ramo vida e seguros do ramo não vida.

³ Não podemos ignorar que o contrato de seguro tem como característica essencial a aleatoriedade, nota essa que revela algumas dificuldades de compatibilização com um outro elemento fundamental para a definição deste tipo contratual: a emergência de obrigações para ambas as partes cuja corresponsabilidade das mesmas configura a existência de um sinalagma.

⁴ Apesar da prática actual do mundo dos seguros se basear fundamentalmente na análise estatística de uma pluralidade de casos observados, certo é que a lei dos grandes números não afasta uma outra via para o cálculo das probabilidades, radicada antes em juízos de inferência meramente lógico-matemático, em que os juízos de probabilidade se definem aprioristicamente. Porém, tendo em conta que o grau de indeterminabilidade dos resultados previstos ou estimados variam na medida inversamente proporcional ao número de casos ou situações observadas, torna-se então compreensível que a análise estatística do risco pelas seguradoras privilegie os juízos de probabilidade formulados *a posteriori*. Cfr. Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudos de Direito Civil*, Coimbra, 2010, 136-137.

Reveste assim particular relevância que o número de situações de exposição ao risco observadas seja significativo, uma vez que a amostra pode, quando assim sucede, considerar-se clarificadora.

Ora, é precisamente a partir da amostra que se consegue obter, através de juízos indutivos de base estatística conclusões ou cálculos de probabilidade relativos à frequência de certa ocorrência com uma projecção sistemática. Como a este propósito sublinha Inês O. Martins “... torna-se evidente a limitação das possibilidades da frequência relativa apurada em relação à amostra – esta poderá divergir da probabilidade real; e tanto mais assim quanto mais pequena for a amostra”⁵.

Desta feita, como sublinha a autora acabada de citar, o grau de fiabilidade de cálculo das probabilidades reais de ocorrência de sinistros é proporcional à extensão da amostra.

Apesar do cálculo das probabilidades de ocorrência dos eventos danosos assentar basicamente em critérios objectivos, retirados da experiência empírica, não pode, porém, deixar de destacar-se que as seguradoras para levarem a cabo tal actividade têm necessariamente de proceder a “um acto de julgamento subjectivo na respectiva determinação”⁶, assumindo nesta sede também relevo uma certa dimensão subjectiva.

Reportando-nos de um modo particular ao tipo legal específico do seguro de vida, não podemos ignorar que para o seu surgimento com uma configuração semelhante à actual na Inglaterra setecentista contribuíram de modo decisivo os procedimentos adoptados destinados a estimar a idade média de vida das pessoas nascidas em determinado ano: as comumente conhecidas tábuas de mortalidade⁷.

Efectivamente, a lei dos grandes números propicia nos mais diversos sectores da actividade seguradora que as comunidades de risco formulem, em virtude do elevado número de observações de situações de exposição

⁵ Cfr. Inês Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida Enquanto Tipo Contratual Legal*, Coimbra, 2010, 138.

⁶ Cfr., Inês Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida*, 155; Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 105.

⁷ Cfr., a propósito da relevância assumida pelas tábuas de mortalidade a propósito do cálculo das probabilidades no universo dos seguros de vida, Inês Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida*, 17 e s. (a autora, baseando-se no pensamento de Donati, fala a este propósito de um factor técnico considerado como decisivo para o surgimento na Inglaterra da figura correspondente ao moderno seguro de vida). Para uma noção de tábua de mortalidade, vide Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 105 (nota 205).

ao risco, juízos acerca da possibilidade real de ocorrência de sinistros cuja cobertura por elas seja garantida.⁸

Ora, tais técnicas além de permitirem realizar às seguradoras cálculos de probabilidade, por regra, não acessíveis individualmente a cada tomador do seguro⁹, constituem um instrumento privilegiado para aquelas procederem a uma gestão sã e prudente dos riscos seguráveis.

Na verdade, em função dos juízos de prognose que a seguradora pode formular no tocante aos custos a suportar com a previsível ocorrência dos sinistros cuja cobertura deve por si garantida, ser-lhe-á permitido criar condições para a sustentabilidade económico financeira da sua actividade.

Em função das perdas estimadas pelas seguradoras para um determinado período, as mesmas procederão à definição dos montantes dos prémios a pagar pelos tomadores, obtendo com os montantes por estes propiciados os meios necessários para cobrir os prejuízos e perdas sofridos pelos segurados.

Por regra, a garantia da sustentabilidade económico-financeira das seguradoras não se alcança unicamente a partir da fórmula ou do princípio da equivalência¹⁰ entre o montante dos prémios recebidos (os comumente designados prémios puros) e aqueloutro correspondente às perdas estimadas. Com efeito, para permitir suportar os múltiplos custos administrativos e organizacionais¹¹ envolvidos na actividade das seguradoras, para além dos desvios efectivamente ocorridos face às estimativas das perdas por aquelas definidas para determinado período, bem como ainda com o propósito de obtenção de uma margem de lucro, ou até de fundos necessários para suprir investimentos deficitários verificados no âmbito da efectivação do modelo da

⁸ Cfr, a este propósito, Luís POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Coimbra, 2019, 88 e s.; Franz H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, reimpr., 1971, 216 e s.

⁹ Como a este propósito sublinha Inês Oliveira Martins: “Com efeito, face à agregação, no património do segurador, de um conjunto de exposições aos efeitos de determinado evento aleatório, todas com idêntica natureza, torna-se previsível aquilo que não o é para cada indivíduo isoladamente considerado. Ou seja, se a cada sujeito, ainda que conheça a probabilidade real de determinada ocorrência, não é possível determinar se essa ocorrência o vai ou não afectar...”, cfr. Inês Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida*, 162. Ainda quanto a esta questão da agregação dos riscos e a destriça face à categoria paralela da partilha de riscos, vide, José António VELOSO, “Risco, transparência de risco, transparência de responsabilidade na linguagem dos contratos e da supervisão de seguros”, in *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, 2007, 289.

¹⁰ Cfr., a propósito da equivalência no âmbito das operações de cálculo ou determinação do prémio, Inês Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida*, 169-170; Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 116.

¹¹ Importa a este propósito sublinhar que no artigo 51.^o da lei do Contrato de Seguro é acolhida a noção de prémio em sentido amplo, aí se englobando “os custos de aquisição da gestão e da cobrança, e os encargos relacionados com a emissão da apólice”, Cfr. Luís POÇAS, *O Dever de declaração inicial*, 112.

*assurfinance*¹², o montante dos prémios a cobrar aos tomadores revelar-se-á, por regra, superior ao quantitativo correspondente aos prémios puros.

Tomando em linha de conta as considerações estatísticas e os juízos indutivos e inferenciais coenvolvidos na lei dos grandes números, na doutrina costumam colocar-se em evidência um conjunto de características dos riscos seguráveis, a saber: o elevado número de situações de risco integrantes da amostra, a homogeneidade qualitativa e quantitativa dos riscos segurados, a independência dos riscos, bem como a natureza não catastrófica dos mesmos¹³.

Como resultou claro da exposição anteriormente desenvolvida o rigor e a eficácia dos cálculos de probabilidade da ocorrência de sinistro revela-se directamente proporcional ao número de situações de risco integradas na amostra analisada pela seguradora.

No tocante à homogeneidade dos riscos, importa sublinhar a necessidade das pessoas ou situações incluídas na amostra possuírem as mesmas características (homogeneidade qualitativa), e as repercussões danosas provocadas pelos sinistros calculados sejam substancialmente idênticas (homogeneidade quantitativa).

Relativamente à nota característica da independência dos riscos seguráveis, cumpre sublinhar que apesar destes deverem possuir os mesmos traços definidores, certo é que eles devam manter a sua autonomia, não se encontrando correlacionados entre si, característica esta particularmente relevante para a questão da segurabilidade dos actos terroristas, como teremos ocasião de sublinhar mais adiante.

Para além disto, o carácter não catastrófico dos riscos exclui, por regra, a segurabilidade as situações de exposição observadas que atingem simultaneamente uma pluralidade de pessoas ou situações abrangidas na amostra.

Bem vistas as coisas, a independência das situações expostas ao risco e o carácter não catastrófico do mesmo, afiguram-se-nos particularmente relacionadas entre si.

Partindo do pressuposto que as situações de exposição ao risco incluídas na amostra não devem ser espaço-temporalmente dependentes ou correlacionadas entre si, e que o pressuposto do carácter não catastrófico dos riscos visa evitar a cobertura de eventos causadores de danos simultâneos num

¹² Sobre este modelo, cfr. J. Calvão SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, 4.^a ed., Coimbra, 2013, 31 e s.

¹³ Cfr., a este propósito, Inês Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida*, 163 e s.; Françoise CHAPUISETS, *Le Droit des Assurances*, Paris, 1995, 4 (o autor refere-se expressamente aos requisitos da independência dos riscos e da respetiva homogeneidade, e à dispersão dos mesmos no espaço e no tempo).

elevado número de situações de exposição, então somos levados a concluir pela existência de um núcleo de questões comuns a estes dois pressupostos.

Na verdade, os eventos catastróficos provocam, por regra, um elevadíssimo número de danos numa pluralidade significativa de bens susceptíveis de ser expostos ao risco, em virtude precisamente de tais bens susceptíveis de ser cobertos por uma apólice de seguros se encontrarem num universo espaço-temporal comum, razão pela qual os motivos justificativos, de acordo com as regras técnicas da lei dos grandes números, para excluir da segurabilidade os actos terroristas revelam-se substancialmente idênticos aos invocados, do ponto de vista desta análise económica, para afastar o ressarcimento pelas seguradoras dos prejuízos causados por catástrofes¹⁴⁻¹⁵.

Situando-nos ainda na perspectiva económica ligada à sustentabilidade da actividade das seguradoras é comum na doutrina circunscrever-se os riscos

¹⁴ Como a este propósito sugestivamente sustenta Alfonso Desiata, encontramos em qualquer das situações mencionadas perante autênticas calamidades, cfr., a este propósito, Alfonso DESIATA, “Gli eventi dell’11 Settembre e l’assicurazione italiana”, *Assicurazioni* 3-4 (2001) 282.

¹⁵ Neste domínio da exclusão de cobertura do risco atendendo ao seu carácter catastrófico, cumpre fazer menção às alterações legislativas ou jurisprudenciais que afectem contratos de seguros já celebrados à data da ocorrência das ditas alterações. Um tal risco, designado por alguma doutrina como risco jurídico (cfr., neste sentido, Jérôme KULLMANN, “Y-a-t-il un risque juridique en assurance?”, *Revue d’Economie Financière* 80 (2005) 297 s.), é susceptível de provocar, na verdade, prejuízos significativos às seguradoras, porquanto participa da característica dos riscos catastróficos, traduzida na repercussão simultânea ocasionada pelas mencionadas alterações numa multiplicidade de situações a eles expostas.

A este propósito Margarida Lima Rego refere como exemplo paradigmático deste tipo de risco, o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2002, de 28 de Maio, de acordo com o qual, o ónus da prova da causalidade da condução sob influência de álcool (“...conduzir com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida...”, segundo a nova redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 291/2007) deve caber à seguradora. Concordando, no essencial, com a inclusão deste tipo de situações no âmbito dos comumente designados riscos catastróficos, não podemos, porém, dizer que relativamente ao tipo de alteração jurisprudencial convocado pela autora uma tal integração ocorra automática e imediatamente. Na verdade, apesar do acórdão citado ser um acórdão de uniformização de jurisprudência, tal não impõe necessariamente que todas as instâncias jurisdicionais inferiores decidam de acordo com o critério nele estabelecido. Com efeito, em causa está uma questão polémica, tal como ficou evidenciado nos votos de vencido que foram lavrados no acórdão uniformizador n.º 6/2002, de 28 de Maio. Na doutrina há, de resto, quem sustente posição diversa, defendendo a automaticidade do exercício do direito de regresso, não necessitando a seguradora, de acordo com esta perspectiva, de provar o nexo causal entre a condução com uma taxa de alcoolemia superior à legal e o sinistro (cfr., o nosso estudo, “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, alguns aspectos do seu regime jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito* 78 (2002) 356-358. Para além disso, a modificação legislativa introduzida pelo Decreto-Lei n.º 291/2007, parece vir a reforçar o entendimento dogmático que acabámos de referir, legitimando assim que os tribunais se afastem da posição acolhida pelo dito acórdão de uniformização de jurisprudência. Acerca da inclusão do acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 6/2002, de 28 de Maio, no âmbito dos riscos jurídicos, evidenciando o carácter catastrófico dos mesmos, cfr. Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 114-115. A inclusão dos aludidos riscos jurídicos no âmbito da categoria mais ampla dos riscos catastróficos, pode, entre outras questões, legitimar que as seguradoras queiram qualificar tais situações como hipóteses de agravamento do risco.

seguráveis aos riscos fortuitos, convocando-se a característica da casualidade¹⁶ para compreender a realidade abrangida nesta sede.

Com uma particular relevância para o tema objecto da nossa exposição – a cobertura pelas seguradoras de actos terroristas –, esta característica da segurabilidade do risco tem fundamentalmente em vista colocar fora da área de intervenção dos seguros os comportamentos culposos das seguradoras, conferindo-se nesta sede um particular destaque à exclusão da cobertura dos actos dolosos¹⁷.

No fundo, pretende-se evitar que através da técnica dos seguros, os segurados desenvolvam comportamentos destinados a provocar a verificação dos sinistros¹⁸. O combate à fraude dos segurados representa, pois, um dos objectivos nucleares visados com a exigibilidade do requisito da casualidade a propósito das condições de segurabilidade do risco.

Revelando-se mais evidente e compreensível o recurso à ideia de casualidade como critério de exclusão da cobertura pelas seguradoras de actos dolosos, certo é que esta característica acaba por relegar para o domínio da insegurabilidade os comportamentos negligentes dos segurados.

Com efeito, ao circunscrever a actuação das seguradoras aos acontecimentos cuja ocorrência seja independente da vontade do homem, devendo estes consubstanciar-se em eventos imprevisíveis ou inevitáveis, no fundo em eventos reconduzíveis ao conceito de caso fortuito¹⁹, acabar-se-ão por afastar as condutas negligentes daquela órbita de intervenção.

Na senda de Margarida Lima Rego, consideramos que o requisito da casualidade “recolhe algum apoio na importância do acaso para o funcionamento da lei dos grandes números, mas, mais uma vez, o seu funcionamento é um pressuposto económico, meramente tendencial, da actividade seguradora e não um requisito jurídico da segurabilidade do risco...”²⁰.

¹⁶ Para uma análise mais desenvolvida desta característica, cfr. Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 158 e s.

¹⁷ No Decreto-Lei n.º 72/2008, o artigo 46.º, n.º 1, como regra a exclusão da cobertura dos actos dolosos.

¹⁸ Cfr., a este propósito, Luca BUTTARO, “Assicurazione in Generale”, in *Enc. del Diritto*, III, Milão, 1958, 450.

¹⁹ Sobre a categoria caso fortuito e a sua distinção face ao conceito de causa de força maior, cfr. J. Pinto COELHO, “Responsabilidade no transporte aéreo”, *Boletim da Faculdade de Direito* 10 (1926-1928) 570-571.

²⁰ Cfr. Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 158.

Não se podem assim invocar razões jurídicas justificativas para a imposição, e sobretudo da imposição em termos absolutos, de uma estrita coincidência entre segurabilidade e fortuitidade.

Importa neste contexto indagar se a nossa lei do contrato de seguro tomou posição acerca da questão da segurabilidade dos actos terroristas e uma resposta adequada a uma tal pergunta implica a análise do artigo 45 n.º 2 deste diploma legal, onde *expressis verbis* se estatui a possibilidade de o contrato de seguro excluir a cobertura de riscos derivados da guerra, insurreição ou terrorismo.

Importa, ainda, sublinhar que o legislador dos seguros se limitou a enumerar exemplificativamente várias categorias de riscos que participam de um conjunto de características pouco recomendáveis, do ponto de vista económico, à sua seguridade. Na verdade, a formulação legal enumera os riscos derivados da guerra, insurreição ou terrorismo, mas dela resulta, com toda a clareza, a possibilidade das apólices de seguro excluírem outro tipo de riscos, como se pode comprovar com a referência a outros riscos – “entre outros”.

Desta feita, cumpre sublinhar que a exclusão da cobertura pelas seguradoras de actos de terrorismo não corresponde a uma opção legislativa, ficando na disponibilidade das partes a admissibilidade ou a inadmissibilidade de cobertura dos actos terroristas²¹, revelando-se afinal o n.º 2 do artigo 45.º uma concretização da regra contida no artigo 11.º.

Não podemos ignorar que na fixação do conteúdo do contrato de seguro pontifica o princípio da liberdade contratual, deparando-nos assim, no âmbito do contrato de seguro, com um regime paralelo ao estatuído no artigo 405.º para os contratos em geral. À semelhança de quanto vale para o regime geral, também em sede do seguro se registam limitações à liberdade contratual: quer as resultantes dos artigos 12.º e 13.º da lei do contrato de seguro, quer as decorrentes da própria lei geral, entre as quais se destaca o regime do artigo 280.º n.º 2 do Código Civil.

²¹ Também em outros ordenamentos jurídicos se faz depender da liberdade contratual das partes a exclusão pelos seguros dos actos de terrorismo: artigo 1912.º do código Civile Italiano, artigo 44.º da Ley de contrato de seguro espanhola e artigo L121-8, primeiro parágrafo, do Code des Assurances francês. Uma análise destes preceitos de direito comparado permite-nos concluir que em tais regimes jurídicos se prevê supletivamente a exclusão da cobertura dos actos terroristas, bem como dos riscos de guerra, insurreição ou de outros semelhantes. Bem vistas as coisas, um aspecto importante distancia o critério previsto no n.º 2 do artigo 45 da lei portuguesa face aos previstos nas congéneres legislações europeias citadas: o facto de no âmbito destas últimas se poder visualizar uma opção jurídica positiva que se revela conforme, conquanto em termos supletivos, com a racionalidade económico-social que prevalece na prática das seguradoras, prática essa basicamente consubstanciada na exclusão da cobertura dos actos terroristas.

Ainda a propósito deste brevíssimo enquadramento da matéria respeitante ao conteúdo do contrato de seguro, importa sublinhar que as partes não podem fazer constar do contrato condições especiais e particulares que modifiquem a “natureza dos riscos cobertos tendo em conta o tipo de contrato de seguros celebrado”^{22,23}, revelando-se assim o n.º 1 do artigo 46.º da lei do contrato de seguro, uma concretização do princípio da legalidade, uma vez que a tipologia dos ramos ou modalidades dos seguros se encontra definida na lei n.º 147/2015.

Tendo em conta todo este enquadramento legal, em torno dos limites à liberdade contratual das partes no âmbito do contrato de seguro, podemos concluir que a inclusão de cláusulas de cobertura de actos de terrorismo não se traduz, por si só, numa prática ilegal face ao disposto no n.º 1 do artigo 45.º, conquanto as cláusulas de cobertura do terrorismo se integram nos ramos ou modalidades de seguros cujos riscos pretendem ser neutralizados pelos segurados. Desde que as condições particulares da apólice onde se encontre prevista a cobertura de actos terroristas, não contendam com a tipologia dos riscos, tal como se encontra definida na lei n.º 147/2015, então, atento o disposto no artigo 45 n.º 2, não levantam quaisquer questões de legalidade em torno de tais condições.

3. Os riscos seguráveis numa perspectiva jurídica: a questão da cobertura dos actos dolosos

Uma análise do regime jurídico positivo português dos seguros permite-nos, desde logo, concluir, por uma repulsa de princípio em admitir a cobertura dos actos dolosos dos segurados. Com efeito, do artigo 46.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 72/2008, decorre *expressis verbis* a regra da insegurabilidade deste tipo de condutas. Porém, não podemos ignorar que um tal regime não assume natureza imperativa.

²² Cfr. artigo 45.º n.º 1 da Lei do Contrato de Seguro.

²³ Cumpre esclarecer que o tipo ou a natureza do contrato de seguro resulta do ramo ou modalidade ou submodalidade de seguros definidos nos artigos 8.º, 9.º e 12.º da Lei n.º 147/2015. Assim sendo, não podem as partes, na modelação do conteúdo dos contratos, modificar os riscos cobertos nos vários tipos ou grupos de seguros, nem incluir na apólice de determinado ramo de seguros riscos pertencentes a uma outra modalidade. Cfr. José VASQUES, “Anotação ao artigo 37.º da lei anotada do contrato de seguro”, in Pedro Romano MARTINEZ *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, Coimbra, 2016, 3.ª ed., 219.

Na verdade, desta norma onde consta o regime regra em matéria de cobertura dos actos dolosos, resulta claro que a disciplina aí constante apenas se revela aplicável na falta de um regime legal ou regulamentar específico ou de cláusula contratual não contrária à ordem pública. Desta feita, não se suscitam dúvidas quanto à natureza supletiva do regime estatuído no artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 72/2008²⁴.

Conduzidos pela formulação deste preceito em busca de regimes legais ou regulamentares especificamente dirigidos a disciplinar a questão da segurabilidade dos actos dolosos, deparamo-nos com uma disposição paradigmática – o artigo 148.º do Decreto-Lei n.º 72/2008 –, que nos permite afirmar, sem margem para hesitações, que o regime regra da insegurabilidade conhece excepções.

Reportando-se ao universo específico dos seguros obrigatórios da responsabilidade civil⁽²⁵⁾, o número um deste preceito dispõe que a cobertura dos actos dolosos se encontra dependente do regime definido a propósito dos seguros de responsabilidade. Todavia, na ausência de regras específicas sobre a matéria, o n.º 2 desta mesma disposição legal determina imperativamente a cobertura pela seguradora de comportamentos dolosos do tomador/segurador²⁶.

²⁴ Cfr., a este propósito, o nosso estudo, “A cobertura de actos dolosos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra, 2012, 682 (como neste contexto tivemos oportunidade de sublinhar, a diluição do regime contido no artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, implica uma análise conjugada do artigo 148.º, onde se encontra consagrada a disciplina da cobertura dos actos dolosos nos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, permitindo concluir pela natureza supletiva do mencionado artigo da lei dos seguros), Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 162 (nota 346) – a autora, pronunciando-se também nesta sede sobre o disposto no n.º 2 do artigo 148.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, considera que o preceito “desfaz quaisquer dúvidas que pudessem subsistir...”, acerca da referida natureza supletiva do artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 72/2008.

²⁵ Cumpre apenas sublinhar que constituiu uma novidade o regime estatuído nos artigos 137.º e s. do Decreto-Lei n.º 72/2008 da Lei do Contrato de Seguro a propósito dos seguros de responsabilidade civil, em face da ausência de tratamento legislativo especificamente dedicado à matéria pelo velho Código de Veiga Beirão.

²⁶ No mesmo sentido se pronunciou a este propósito José Vasques, com base numa análise da história do artigo 148.º, convocando a versão desta norma após a discussão pública do anteprojecto, de acordo com a qual seria possível sufragar a sua natureza supletiva: “a cobertura de actos ou omissões dolosas dependeria do regime estabelecido em lei ou regulamento, mas, quando tal não ocorresse, nada impediria as partes de clausular a sua cobertura”. Porém, uma tal solução não se pode aceitar a partir da inclusão do n.º 2 do artigo 148.º, a qual só teve lugar depois da entrega do projecto. Na verdade, tendo em conta a redacção definitiva deste preceito, se a lei ou o regulamento respeitantes a determinado seguro obrigatório de responsabilidade civil nada dispuserem sobre a questão da cobertura dos actos dolosos, as seguradoras são obrigadas a garantir a indemnização dos prejuízos por estes provocados, cfr. José Vasques, “Anotação ao artigo 148.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril”, in *Lei do Contrato de Seguro anotada*, Coimbra, 2009, 417-418.

Continuando a nossa rota em busca de regimes específicos de seguros obrigatórios de responsabilidade civil, deparamo-nos, desta feita, com o Decreto-Lei n.º 291/2007, onde no artigo 27.º, n.º 1, al. a), se consagra *expressis verbis* o direito de regresso²⁷ da seguradora “contra o causador do acidente que o tenha dolosamente provocado”, tendo anteriormente o legislador no artigo 15.º, n.º 2, do mesmo diploma admitido a cobertura dos danos causados dolosamente pelo tomador do seguro a terceiros. Esta disposição do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, constitui um exemplo paradigmático da função social²⁸ que anda manifestamente associada ao seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, ao permitir aos lesados de acidentes de viação exigir a indemnização dos prejuízos a uma seguradora que não assumiu contratualmente a responsabilidade pelos danos causados pelo autor do acidente (autor de furto, condutor que dolosamente provocou o acidente)²⁹.

Com efeito, uma seguradora ao garantir a cobertura dos prejuízos causados por alguém que conduz o veículo do tomador do seguro ou do legítimo condutor daquele, contra as respectivas vontades, coloca-se num patamar que extravasa manifestamente do plano contratual, e uma tal actuação apenas pode encontrar a sua justificação na já insistentemente mencionada função social do seguro.

Como também já tivemos oportunidade de sublinhar, o estudo do artigo 15.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 291/2007 implica uma análise cruzada com o artigo 27.º, n.º 1, al. a), deste mesmo diploma, de acordo com o qual a seguradora no plano das relações internas pode alcançar a reposição do equilíbrio nas esferas patrimoniais³⁰, equilíbrio esse profundamente perturbado com o pagamento das indemnizações dos prejuízos causados pelos autores de furto a terceiros.

²⁷ Apesar do legislador qualificar *expressis verbis* o direito do segurador como um direito de regresso, entendemos, no entanto, que este assume apenas uma posição de garante, e por conseguinte, a faculdade prevista no artigo 27.º, n.º 1, al. a), deve ser configurada antes como um direito à sub-rogação, cfr., o nosso estudo, “O contrato de seguro obrigatório”, 2002, 348 e s. (especialmente nota 31).

²⁸ Este preceito que corresponde à redacção do artigo 8.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 408/79, de 25 de Setembro, é claramente uma objectivação da função social do seguro aludida em texto, cfr., neste sentido, o nosso estudo, “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel”, *Boletim da Faculdade de Direito* 77 (2001) 379 s.

²⁹ Como a este propósito já tivemos oportunidade de nos pronunciar, em tais hipóteses regista-se uma divergência entre a posição de detentor, condutor e tomador do seguro, não se reunindo na mesma pessoa estas três qualidades.

³⁰ Na verdade, em nome de uma justiça distributiva alcançada com a actuação das seguradoras quando as mesmas procedem à indemnização dos prejuízos nos termos do n.º 2 do artigo 15.º, do Decreto-Lei n.º 291/2007, acabam por ser ocasionados significativos entorses às exigências de justiça comutativa, cfr., a este propósito, o nosso estudo.

O exercício do direito de regresso estatuído expressamente neste preceito da lei dos seguros, e a previsão contida no artigo 15.º, n.º 2, a propósito da cobertura da seguradora não deixam margem para dúvidas quanto à existência no âmbito do seguro obrigatório de responsabilidade civil de um regime especial onde se prevê a segurabilidade dos actos dolosos³¹, verificando-se assim no contexto em análise uma hipótese legal correspondente à previsão da parte final do artigo 46.º, n.º 1, do regime jurídico do contrato de Seguro.

Encontramo-nos assim perante um domínio em que se pode colocar a questão da admissibilidade, por força do regime jurídico positivo, da cobertura pelas seguradoras de actos terroristas quando o instrumento utilizado para perpetrar o ataque tenha sido um veículo terrestre motorizado³². Cumpre desde já referir que a recente experiência histórica francesa (Nice), em 2016, veio claramente demonstrar que a problemática em questão não se revela meramente especulativa, suscitando antes vivo interesse prático.

Cada vez mais os atentados terroristas têm sido executados através do recurso, ora a bens de utilização vulgar e quotidiana de que são exemplo paradigmático os automóveis, ora a instrumentos de uso menos frequente,

³¹ Razão pela qual não podemos concordar com a posição assumida pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2007, tal como já nos pronunciámos no nosso estudo, “A cobertura de actos”, 684 e s.: “salvo melhor opinião, não nos parece defensável, face ao nosso regime positivo em matéria de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, a orientação acolhida neste aresto. Ao excluir-se do âmbito da cobertura das seguradoras os actos intencionais do tomador do seguro, que integram a categoria do dolo directo, o Supremo Tribunal de Justiça acaba por sufragar uma perspectiva demasiadamente estreita quanto à extensão da garantia do seguro automóvel, que não se revela legitimada, nem pela disciplina positiva respeitante a este instituto, nem pela sua função social. No tocante ao regime instituído no Decreto-Lei n.º 291/2007, não é possível sustentar apenas a sua concreta mobilização para as hipóteses de responsabilidade objectiva, ou admitir quando muito a sua aplicabilidade nas situações em que se regista uma conduta culposa integrável numa modalidade menos grave de culpa”. Tendo em conta o intuito de reforçar a tutela dos lesados subjacente ao regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, “não se percebe a exclusão da garantia da seguradora no caso decidido pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, uma vez que os danos a ressarcir foram causados no âmbito da circulação gerada pelo tráfego de veículos terrestres motorizados, apesar de serem na sua essência prejuízos causados com o veículo e não pelo veículo”. No sentido de igualmente considerar ressarcíveis os danos no contexto deste acidente provocado pelo condutor de um veículo automóvel que actuou com dolo eventual, cfr. Maria José Rangel MESQUITA, “Seguro automóvel obrigatório e (des)protecção do lesado”, *Cadernos de Direito Privado* 25, p. 33. Em sentido contrário, concordando com a posição do Acórdão do S.T.J. de 13 de Março de 2007 que exclui do âmbito de garantia do seguro os acidentes causados com dolo directo, vide José VASQUES, “Anotação ao artigo 148.º do Decreto-Lei n.º 72/2008”, in *Lei do Contrato de Seguro anotada*, Coimbra, 2009, 418.

³² A propósito das situações mencionadas em texto, onde as acções terroristas se concretizam na adopção de comportamentos, cujas consequências danosas se encontram cobertas pelo direito dos seguros (seguros de responsabilidade civil – e mais genericamente, seguro de danos –, seguros de pessoas...). Cfr., Afferni VITTORIO, “Le coperture antiterrorismo: problematice e possibili soluzioni”, *Assicurazioni* 3-4 (2001) 268.

que apesar de pequeno porte se revelam dotados de forte perigosidade, como é o caso de instrumentos corte perfurantes, armas e outros similares.

No tocante aos danos causados a um aglomerado maior ou menor de pessoas por um veículo conduzido por alguém, cujo móbil se traduz precisamente em desferir ataques à integridade física e vida de terceiros, encontramos, na verdade, perante uma situação em que o agente actua com dolo directo.

Coloca-se então aqui a questão de saber se deve seguir-se o critério restritivo adoptado a este propósito pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2007, ou se, ao invés, deve pontificar um entendimento próximo do nosso, de acordo com o qual a idiosincrasia, própria do direito do seguro obrigatório automóvel traduzida na sua finalidade eminentemente social, coloca o assento tónico nos perigos coenvolvidos na circulação automóvel na via pública.

Como já atrás tivemos oportunidade de sublinhar, apesar de basicamente estarem em causa nas hipóteses em análise danos causados “com o veículo e não pelo veículo”³³, certo é que o veículo foi escolhido pelo agente como instrumento do crime, atenta a sua perigosidade, ou seja, o perigo especial que envolve a sua utilização. Desde logo, na escolha do mecanismo utilizado para perpetrar os seus intuitos terroristas do agente esteve com certeza a circunstância do automóvel ser um veículo motorizado e a sua utilização ser de molde a provocar perigos especiais para a vida e a integridade física de terceiros.

Não podemos aceitar que a condução de um veículo nas hipóteses do agente pretender com a mesma a prossecução de fins ilícitos criminalmente punidos, constitua uma situação manifestamente exorbitante do círculo de riscos especiais de utilização do veículo.

Pronunciando-se sobre o círculo de danos que ficam fora do âmbito da responsabilidade objectiva por acidentes de viação, Antunes Varela refere a título exemplificativo a hipótese do “condutor ter agredido outrem com a manivela do veículo, como poderia tê-lo feito com qualquer outro instrumento contundente”³⁴.

Não se queira estabelecer um paralelo entre esta situação e o caso decidido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 e Março de 2007, com o argumento de que o automóvel foi utilizado como meio para perpetrar o crime, como poderia ter sido utilizada qualquer outra coisa.

³³ Cfr. Adriano Vaz SERRA, “Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades”, *Boletim do Ministério da Justiça* 85, 372 e 374.

³⁴ Cfr. J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I., 10.ª ed., Coimbra, 2005, 669.

Não se pode, na verdade, negar nas hipóteses de dolo directo a existência de uma relação de instrumentalidade do bem a que o agente recorre para alcançar o resultado danoso por ele pré-figurado.

Porém, quando o agente escolhe um veículo automóvel como meio idóneo e a circulação deste na via pública, como o contexto adequado para atingir os seus propósitos ilícitos, então aquele instrumento não pode deixar de ser visto enquanto máquina, ou seja, como fonte de risco³⁵.

Desta feita, foi com o veículo e por causa da sua circulação na via pública³⁶ que o resultado danoso é alcançado, não se podendo deixar de associar este último aos riscos próprios da sua utilização.

Aliás, uma consulta atenta dos manuais de Direito das Obrigações sobre a matéria, permitem-nos concluir pela existência de vários círculos de riscos próprios do veículo³⁷, revelando-se o âmbito deste requisito do artigo 503.º, n.º 1, do Código Civil, particularmente amplo.

Conquanto os danos provocados a terceiros se possam imputar ao funcionamento do veículo, então deverão integrar-se na categoria ampla mencionada de riscos próprios do veículo. Ora, tal não sucede no exemplo paradigmático avançado por Antunes Varela e por nós atrás citado, pois numa tal situação a manivela do automóvel não está a desempenhar a função própria a que se encontra adstrita, não se podendo então integrar no conceito de risco próprio do veículo.

Da exposição anterior resulta bem claro que as opções legislativas adoptadas em matéria de seguros podem revelar-se, por motivos variados, bem distintas do sentido ou direcção que uma análise económico-financeira de base estatística poderia naturalmente determinar³⁸.

³⁵ Como a propósito do artigo 503.º, n.º 1, do Código Civil sublinha Antunes Varela: “dentro dos riscos próprios do veículo, a que o artigo 503.º, 1, se que referir, cabem ainda, além dos acidentes provenientes da máquina de transporte...”, cfr. J. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 668.

³⁶ Não sendo pressuposto de aplicabilidade do artigo 503.º, n.º 1, do Código Civil, a circulação do veículo terrestre na via pública, uma tal exigência parece já resultar do disposto no artigo 4.º, n.ºs 2 e 4, do Decreto-Lei 291/2007.

³⁷ A propósito do requisito (riscos próprios do veículo) mencionado no artigo 503.º, n.º 1, do Código Civil, podemos identificar uma tipologia bem diversa: riscos ligados ao veículo enquanto máquina, riscos do veículo associados ao condutor e riscos inerentes ao meio de circulação. Cfr., sobre a matéria, J. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 668-669.

³⁸ Com efeito, quanto se acabou de afirmar a propósito da cobertura pelas seguradoras dos actos dolosos, matéria com particular atinência, como resultou do exposto, com a questão da segurabilidade dos actos terroristas, pode também, *mutatis mutandis*, ser levado em consideração quanto à admissibilidade de cobertura com o manto dos seguros das catástrofes naturais. Basta tomar em conta as condições gerais da apólice do ramo dos seguros multi-risco, para constatarmos que as tempestades constituem eventos catastróficos naturais abrangidos por esta modalidade de seguros.

Como deixámos sublinhado, apesar de no âmbito do seguro obrigatório de responsabilidade automóvel não se encontrar expressamente regulada a matéria da cobertura de actos terroristas, certo é que por via da admissibilidade da cobertura de actos dolosos nesta sede, poderá acabar por se aceitar a ressarcibilidade pelas seguradoras de prejuízos causados a terceiros na sequência de ataques terroristas, quando o instrumento utilizado para proceder à respectiva perpetração tenha sido o automóvel.

Cumprе evidenciar a propósito desta possibilidade de ocorrência de desvios entre uma análise do universo das seguradoras segundo a perspectiva económica inerente à lei dos grandes números, e aquela outra dominada por preocupações ou razões jurídicas, que tanto no primeiro domínio mencionado, quanto no segundo, prevalece uma perspectiva institucional ou colectiva. Porém, a razão de ser do desvio registado entre tais análises radica precisamente na profunda divergência de exigências axiológicas que se lhe encontram subjacentes.

Com efeito, a perspectiva institucional ou colectiva é aquela que pontifica como barómetro da actividade das seguradoras globalmente considerada, mormente da solvabilidade económico-financeira das mesmas. Não podemos ignorar o impacto nos cálculos da probabilidade de ocorrência dos sinistros realizados a partir das técnicas actuariais para determinação do prémio a pagar nas concretas relações de seguro firmadas entre as seguradoras e os tomadores³⁹.

Na verdade, quanto maior for a variabilidade dos resultados previstos, “o segurador tenderá a presumir o pior, pelo que irá tender a contabilizar o prémio de cada contrato com base no cenário mais pessimista”⁴⁰.

Não admira assim que esta perspectiva institucional ou colectiva, dominada por uma nota de natureza económica, tenha condicionado a consagração de exclusão da cobertura dos actos dolosos como regra na generalidade das legislações dos seguros, de que o artigo 46.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 72/2008 é exemplo paradigmático.

³⁹ Como anteriormente já tivemos ocasião de sublinhar, o cálculo do montante do prémio a pagar pelo tomador do seguro não depende tão somente da medição do risco individual segundo a perspectiva neutra do segurador. Na verdade, o montante do prémio comercial não coincide com o valor dos riscos puros, sendo que a avaliação subjacente a este montante não deixará de considerar-se particularmente decisiva, como referimos em texto, para a determinação daquele quantitativo. Cfr., a este propósito, Inês Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida*; José VASQUES, *Contrato de Seguro: Notas para uma Teoria Geral*, Coimbra, 1999, 99 e s.

⁴⁰ Cfr. Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 138.

Porém, uma tal regra não deixa de apresentar derrogações previstas em legislação especial, e esses entorses (a que já aludimos), são ditados por considerações de política legislativa.

Ora, assim sendo, a segurabilidade de actos dolosos revelar-se-á sempre uma opção legislativa, que terá em conta precisamente considerações não apenas económicas, como também sociais, técnicas e até culturais do sector específico da actividade seguradora regulado.

Tomando de novo como exemplo o seguro obrigatório da responsabilidade civil automóvel, a comumente invocada função social do seguro, decorrente da imperiosa necessidade de garantir uma tutela eficaz às vítimas das nefastas consequências da sinistralidade automóvel, representa, na verdade, uma razão de ordem geral ou estratégica, que está distante de uma análise meramente casuística, centrada na órbita contratual.

Distinta desta perspectiva global ou colectiva de encarar o risco a segurar, seja esta configurada como perspectiva económica, ou como uma perspectiva estritamente jurídica, se revela a perspectiva elementar ou individual.

Seguindo de perto esta *summa divisio* adoptada por M. Lima Rego, a perspectiva individual “é a perspectiva do próprio sujeito do risco, ou seja, do sujeito sobre o qual o juízo do risco é feito”⁽⁴¹⁾. Desta feita, somos necessariamente levados a concluir que o risco relevante para a economia de uma concreta relação contratual de seguro é o risco perspectivado de acordo com a concepção elementar ou individual.

Torna-se assim fundamental para delimitação do risco configurado pelas partes a consulta das condições da apólice, sejam as gerais⁴², sejam as especiais ou particulares, conferindo, no entanto, um maior relevo do tipo de clausulado, mencionado em último lugar.

4. O recurso à técnica securitária para o financiamento do terrorismo

O terrorismo apresenta contornos muito diversos, quer numa perspectiva subjectiva, quer do ponto de vista objectivo.

⁴¹ Cfr., a propósito da distinção entre perspectiva colectiva ou institucional e perspectiva elementar ou individual de identificação e análise do risco, Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 130 e s. (a citação feita em texto consta da p. 130).

⁴² Importa, no entanto, sublinhar que os perigos definidos nas condições gerais da apólice são amplamente tributários de uma análise económica ou actuarial dos riscos a segurar.

Quando nos reportamos à perspectiva subjectiva, estamos obviamente a pensar nos protagonistas ou agentes que projectam e/ou executam ataques ou atentados terroristas.

Constitui, na verdade, uma tarefa fundamental determinar com precisão o que se deve entender por atentado terrorista para efeitos de mobilização do direito dos seguros. Razões de ordem sistemática, reclamadas por imperativos de unidade ou harmonia do ordenamento jurídico parecem aconselhar a adopção da categoria do terrorismo, tal como a mesma surge delineada na legislação penal. Apesar desta convocação do elemento sistemático da interpretação tradicional, não se revelar, por si só, decisiva, em virtude de a nível do direito dos seguros se manifestarem algumas especificidades, certo é que não pode este universo particular deixar de tomar em consideração o regime estatuído pela Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto⁴³⁻⁴⁴ (alterado pela Lei n.º 60/2015, de 24 de Junho), comumente designado por lei anti-terrorismo.

Apesar de não ser impossível que a iniciativa das acções terroristas se fique a dever a um agente individualmente considerado, a realidade vem demonstrando, no entanto, registar-se uma tendência oposta, ou seja: a esmagadora maioria deste tipo de acções é perpetrada por grupos mais ou menos organizados com uma esfera de intervenção também muito diversificada, operando alguns deles a nível mundial.

Do ponto de vista objectivo, o terrorismo é concebido sobretudo a partir dos motivos ou objectivos visados pelos agentes, motivos esses que podem ser muito diversos (políticos, religiosos, raciais, culturais, ...), sendo que actualmente o móbil determinante dos atentados terroristas tem sido o facto religioso⁴⁵.

O radicalismo islâmico através de ataques desferidos em locais diversos (mas todos eles caracterizados pelo denominador comum de terem atingido

⁴³ Esta dependência do direito dos seguros em matéria de terrorismo das correspondentes categorias penais manifesta-se, de modo particular, no âmbito do direito francês. Na verdade, o artigo L-126-2, do *Code des Assurances* acolhe a definição legal de terrorismo constante dos artigos 421-1 e 421-2 do *Code Pénale*, a saber: "Infration en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre publique par l'intimidation ou la terreur". Deparamo-nos aqui, com efeito, perante uma noção de terrorismo mais lata que aquela outra confinada a um sentido estrito de atentado, afigurando-se-nos uma tal concepção alargada como um instrumento particularmente importante no combate às múltiplas e diversificadas manifestações hodiernas do terrorismo.

⁴⁴ Importa sublinhar que esta lei comumente denominada por lei anti-terrorismo, surgiu na sequência da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, encontrando-se a sua disciplina fortemente inspirada pelas exigências regulativas deste acto comunitário.

⁴⁵ Basta ter em conta, a multiplicidade de atentados terroristas reclamados pelo autoproclamado Estado Islâmico em vários pontos do planeta, para confirmar quanto afirmámos, a este propósito, em texto.

por um número significativo de pessoas), tem pretendido demonstrar ao mundo ocidental com aquelas formas agressivas de actuação uma mundividência diametralmente oposta à dogmática dominante nos países civilizados.

Bem vistas as coisas, o móbil da actuação dos grupos terroristas islâmicos não é única e exclusivamente o religioso, pois para além desta razão principal assumem um particular relevo razões de ordem cultural, uma vez que se colocam em confronto concepções do mundo e da vida bem distintas: a dos grupos islâmicos radicais e a dos países que ao longo de muitos anos os têm recebido, pretendendo os primeiros demonstrar aos segundos que não abdicam de viver de harmonia com os valores dos seus países de origem⁴⁶.

Constitui ainda um traço característico do fenómeno terrorista o propósito de causar pânico, medo e perturbação nas pessoas atingidas por tais ataques.

Desta feita, os agentes intervenientes na execução dos planos terroristas actuam intencionalmente com o propósito de causarem danos significativos, seja nas pessoas, seja nas coisas alvo daquelas intervenções.

Não temos assim quaisquer dúvidas em afirmar, tal como atrás já deixámos devidamente esclarecido, que os terroristas actuam com dolo directo, e em face de uma tal conclusão tão categórica, não admira a convocação no âmbito do nosso ordenamento jurídico da regra da irressarcibilidade pelas seguradoras de actos dolosos contida no n.º 1 do artigo 46.º do regime jurídico do contrato de seguro.

Cumprê então convocar esta norma, bem como outras consagradas na lei dos seguros, destacando-se de um modo particular o artigo 14.º, como exemplo de expedientes técnico-jurídicos indispensáveis para frenar a propiciação de benefícios ou incentivos decorrentes da celebração de contratos de seguro.

Na verdade, ao proibir-se de modo absolutamente imperativo⁴⁷ a contratação de seguros de responsabilidade criminal, contra-ordenacional ou disciplinar⁴⁸, ou aqueles outros destinados à cobertura dos riscos de rapto, sequestro

⁴⁶ Revela-se neste contexto paradigmático o uso pelas mulheres do véu islâmico e as reacções registadas em França a um tal costume.

⁴⁷ Trata-se, na verdade, de uma proibição absoluta de contratos destinados a garantir a cobertura dos riscos mencionados no n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, e não apenas uma questão de contrariedade destes negócios com a ordem pública, tal como ao abrigo das alíneas a) a f) do n.º 3 do artigo 192.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, esta problemática era perspectivada. Cfr., neste sentido, Leonor Cunha Torres, “Anotação ao artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 72/2008”, in *Lei do Contrato*, 67-68.

⁴⁸ A este propósito, Pedro Romano Martinez, sublinha que “a finalidade da preservação do próprio sistema legal é distinta da finalidade da não cobertura, em princípio, de actos dolosos, a que se referem os artigos 46.º, 141.º, 148.º, 191.º e 193.º. Nestoutro grupo de casos, estão em causa os interesses do segurador e a natureza “aleatória” do contrato de seguro. Na alínea agora anotada, defende-se o interesse público da preservação substancial do alcance das leis punitivas em

ou outros crimes atentatórios de liberdade pessoal, bem como de seguros ligados aos riscos inerentes à posse ou transporte de estupefacientes ou drogas, e ainda de seguros cujo objectivo se traduza na cobertura do risco de morte de crianças com idade inferior a catorze anos, ou de quem, por força de anomalia psíquica ou de outra causa se revelam incapazes de autogovernarem a sua pessoa, o legislador de seguros visa claramente combater o risco moral.

Encontramos assim na lei portuguesa dos seguros válvulas de escape para combater o fenómeno que nos propomos analisar neste capítulo: a tentativa de através do direito dos seguros os agentes terroristas e os correspondentes grupos alcançarem condições financeiras para patrocinarem as suas iniciativas⁴⁹.

Na verdade, o autofinanciamento de grupos terroristas através dos seguros não pode deixar de conceber-se, como uma situação susceptível de ser incluída na ampla categoria do risco moral.

Na senda de Kenneth J. Arrow, Inês Oliveira Martins considera que “a própria contratação de seguro pode levar a uma alteração de incentivo que, face a eventos seguros cuja ocorrência está sujeita à influência do segurado”, altere a própria probabilidade de materialização do sinistro tido em conta pelo segurador⁵⁰, depreendendo-se então do exposto que a existência de um contrato de seguro é susceptível de contribuir de modo indelével para a adopção de comportamentos pelo segurado distintos dos que seriam expectáveis, face às exigências de uma actuação honesta, correcta, leal, sobretudo de comportamentos assumidos durante a fase de execução do contrato de seguro.

Cumpra ainda nesta sede constatar que entre os vários mecanismos disponibilizados pela ordem jurídica para combater o risco moral conta-se precisamente a definição incompleta das coberturas do risco, definição essa que pode traduzir-se, de resto, na insegurabilidade de certos riscos ou de determinados sujeitos⁵¹.

Ora, como já várias vezes tivemos ocasião de mencionar, o legislador português dos seguros consagrou na actual lei a regra da insegurabilidade de actos dolosos no seu artigo 46.º, n.º 1.

vigor”. Cfr. Pedro Romano MARTINEZ, “anotação ao artigo 14.º, do Decreto-Lei 72/2008”, in *IDEM et al., Lei do Contrato de Seguro anotada*, Coimbra, 2016, 3.ª ed., 68.

⁴⁹ Na verdade, no âmbito de um conceito amplo de risco moral podem incluir-se a inadmissibilidade das seguradoras celebrarem contratos com segurados desonestos, Cfr. Peter Mac Donald EGGERS/SIMON PICKEM/PATRICK FOSS, *Good faith and insurance contracts*, 2.ª ed., London, 2004, 394.

⁵⁰ Cfr. M. Inês Oliveira MARTINS, “Risco Moral e Contrato de Seguro”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra, 2012, 644.

⁵¹ Cfr., a este propósito, Inês Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida*, 657.

Revelando-se incontestável a presença do dolo no âmbito da actuação de agentes envolvidos na prática de actos de terrorismo (independentemente do conceito de terrorismo acolhido pelas legislações de seguros ou pelas apólices subscritas pelas partes), certo é que o afastamento da cobertura de danos decorrentes de actos terroristas já se encontra afastado pela insegurabilidade legal dos actos dolosos enquanto mecanismo jurídico idóneo para combater o risco moral.

Porém, no âmbito de certos domínios especiais da actividade seguradora, onde a cobertura dos actos dolosos se revele admissível⁵², a inexistência de cláusula na apólice se seguro que exclua a cobertura de danos provocados pelo terrorismo, poderá determinar a cobertura de prejuízos causados neste universo.

Poderão, no entanto, qualificar-se de meramente hipotéticas ou marginais as situações mencionadas, porquanto a regra da cobertura por actos dolosos surge consagrada a propósito se seguros com uma função manifestamente social, como é o caso do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel.

Desta feita, assumindo em tais contextos os destinatários da indemnização atribuída pelas seguradoras a posição de terceiros, ao contrário de quanto sucede, por regras, nos seguros de danos, em que o beneficiário é o próprio tomador⁵³, então o aludido perigo dos terroristas alcançarem o propósito de financiarem as suas actuações através dos seguros não se manifestará muito provável. À partida, os terceiros lesados serão pessoas estranhas aos agentes causadores de atentados terroristas através de veículos terrestres motorizados.

Porém, uma tal conclusão que *prima facie* se revela apodíctica, nem sempre encontra respaldo no contexto da lógica terrorista, onde a irracionalidade constitui a característica nuclear subjacente à elaboração e execução dos planos deste tipo.

Não constituirá assim algo de estranho a um universo onde pontificam regras e códigos absolutamente anómalos e perversos a emergência de acordos

⁵² Já em texto fizemos menção à ressarcibilidade dos danos causados por actos dolosos nos seguros obrigatórios de responsabilidade automóvel.

⁵³ Porém, podemos também admitir neste universo a existência de contratos em que a posição do tomador do seguro não coincide com a de quem é o beneficiário do mesmo. Esta falta de coincidência resulta, não raras vezes do recurso à figura do contrato a favor de terceiro. Nessas circunstâncias pode, no entanto, registar-se o aludido expediente de autofinanciamento dos grupos terroristas se o tomador do seguro e o segurado pertencerem à mesma organização. Quando assim suceder, então o contrato a favor de terceiro representa um meio adequado para alcançar o objectivo de financiamento.

entre os causadores dos acidentes terroristas e algumas das respectivas vítimas, com o objectivo destas últimas obterem benefícios indemnizatórios, destinados a promoverem acções do grupo ou associação a que ambos os protagonistas dos acidentes pertencem.

Por vezes, tais vítimas da sinistralidade rodoviária podem estar dispostos a abdicar do bem jurídico mais precioso de que são titulares: a vida, tal como vem sendo demonstrado no contexto dos atentados terroristas perpetrados por motivos religiosos.

Nas hipóteses acabadas de descrever em que a segurabilidade legal de actos dolosos surge acompanhada da admissibilidade pelas condições constantes na apólice de cobertura actos terroristas, poder-se-á então alcançar com forte probabilidade o mencionado efeito de financiamento dos grupos terroristas através dos seguros.

Um tal efeito poderá, no entanto, ser afastado se considerarmos que o tomador do seguro através do recurso ao seguro obrigatório de responsabilidade automóvel substancialmente pretende alcançar um objectivo legalmente proibido: garantir a responsabilidade criminal da lei do contrato de seguro em que poderia incorrer com a sua participação em actividades terroristas. Verificar-se-iam então em tais situações os pressupostos para a aplicação do instituto da fraude à lei.

Cumprido, no entanto, fazer menção a um outro contexto problemático, no âmbito do qual a admissibilidade legal de cobertura de actos dolosos não seja acompanhada pelas condições da apólice em que a segurabilidade de actos terroristas seja afastada. Em tais circunstâncias, a actividade terrorista que para além de dolosa reveste outras características tipicamente fixadas na lei penal⁵⁴, não pode ter qualquer guarida ao abrigo do direito dos seguros, e assim sendo aplicar-se-á este regime especial.

Importa, no entanto, neste contexto, e a propósito de acções individuais dolosas susceptíveis de configurarem um acto terrorista mas não reivindicadas com essa mesma qualidade, proceder a uma adequada averiguação dos contornos de hipóteses para confirmar acerca da existência de terrorismo. Caso assim não se proceda, poder-se-á correr o risco de se estarem a garantir

⁵⁴ A actividade terrorista ao abrigo da legislação penal que a criminaliza, não fica apenas definida a partir do perfil dos sujeitos (organizações terroristas) que a desenvolvem. Com efeito, a lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, nas várias alíneas do n.º 1 do seu artigo 2.º, identifica os vários tipos de crimes através dos quais as organizações terroristas conseguem alcançar as finalidades pretendidas, a saber: "prejudicar a integridade e 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, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral...".

com o manto do direito dos seguros realidades que efectivamente por ele não deviam ser protegidas.

Em face de toda esta exposição podemos então concluir que não se verifica uma plena identidade entre as categorias de dolo e do terrorismo, apesar de toda a actuação terrorista implicar um comportamento doloso do agente. Porém, para nos encontrarmos perante uma acção terrorista ter-se-ão de verificar outros requisitos ou características adicionais, tipificadas, a propósito de diversos sectores de actividade, na lei penal.

5. Breve abordagem em torno das principais características dos atentados terroristas

Debruçando-nos sobre a disciplina estatuída pela lei anti-terrorista⁵⁵, podemos constatar que a pedra de toque, do ponto de vista subjectivo, de toda esta arquitectura legal se traduz na categoria de *organização* terrorista (grupo, organização ou associação de pessoas, como resulta *expressis verbis* do artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2003), e do ponto de vista objectivo, a disciplina jurídica supra-mencionada gira em torno do conceito de *actuação concertada*, tal como se encontra explicitado no preceito atrás mencionado.

Não nos deteremos sobre os alvos das acções concertadas referidas na segunda parte do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 52/2003, e discriminados nas várias alíneas do mesmo preceito, pois tal extravasaria manifestamente os propósitos desta breve exposição sobre a matéria.

Interessa-nos fundamentalmente centrar a nossa atenção sobre a questão de saber se as acções terroristas podem ser perpetradas individualmente, ou se não terão, ao invés, de se apresentar como resultado de um projecto concertado de um grupo.

A nossa lei orienta-se claramente de acordo com o segundo cenário acabado de descrever. Porém, interessa a este propósito indagar se não nos encontraremos perante uma acção terrorista, quando a mesma seja executada individualmente⁽⁵⁶⁾ por determinado agente, concretizando, no entanto, um projecto de um grupo ou organização à qual aquele também pertence.

⁵⁵ Estamos claramente a reportar-nos à lei anti-terrorismo do nosso direito pátrio, que como ao longo do texto já tivemos ocasião de referir, se trata da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, entretanto actualizada pela Lei n.º 65/2004, de 24 de Junho.

⁵⁶ A admissibilidade da existência de acções terroristas individuais parece ser admitida de acordo com a disciplina constante na Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Julho, onde

Pensamos, salvo melhor opinião, que a resposta à questão colocada deve ser afirmativa. Fundamental é a existência de uma acção programada por uma associação ou organização terrorista, não obstante a mesma venha a ser executada por um agente individualmente considerado⁵⁷.

Caso assim não se entenda, corre-se o risco de ficarem de fora da alçada da punição criminal do terrorismo acções que substancialmente devem qualificar-se como terroristas, acrescendo ainda a circunstância de muitos planos ou projectos desta natureza encontrarem na actuação individualizada o mecanismo mais idóneo para a respectiva efectivação.

Problemas particularmente relevantes se colocam quanto à definição de evento terrorista⁽⁵⁸⁾ para efeitos de cobertura pelas seguradoras dos prejuízos por este causados.

No nosso ordenamento jurídico já fizemos menção à problemática em torno da cobertura dos actos dolosos, e, das múltiplas questões em tal sede suscitadas, revestem-se especialmente delicadas as hipóteses em que admitindo-se excepcionalmente a sua ressarcibilidade, sejam, no entanto, excluídas pelas condições constantes das apólices a segurabilidade dos actos terroristas.

Com efeito, e como resultou da exposição anterior, poderão ocorrer sinistros em que se registem danos decorrentes de riscos cobertos, tendo, porém, tal evento resultado de iniciativas ou acções terroristas. Exemplo paradigmático das

no seu artigo 1.º se coloca genericamente o acento tónico da definição de acto terrorista na categoria de acto intencional, e no artigo 2.º do mesmo acto comunitário se faz uma referência específica às infracções relativas a grupos terroristas, sendo estes classificados por aquela decisão como uma “associação estruturada de duas ou mais pessoas”. Ora, esta relação entre o preceito geral (artigo 1.º) e a regra especial (artigo 2.º), leva-nos a admitir que não se estabeleça qualquer obstáculo à existência de actos terroristas individuais no âmbito das experiências regulativas da mencionada Decisão-Quadro. De resto, uma tal linha de orientação veio a ser acolhida também pela Directiva do Parlamento e do Conselho relativa à luta contra o terrorismo (Directiva 2017/541), pois aí nos podemos deparar com um regime mais genérico constante do seu artigo 3.º dedicado aos delitos terroristas (incluindo-se no respectivo âmbito os atrás referidos actos intencionais), e um outro mais específico atinente aos delitos relacionados com grupos terroristas plasmado no artigo 4.º. Ora, bem vistas as coisas, no regime mais genérico indicado nas duas fontes comunitárias apenas se faz menção a actos intencionais e, desta feita, a perpetração individual de actos terroristas não parece excluída dos respectivos âmbitos materiais de aplicação. Bem antes pelo contrário, a categoria de actos intencionais revela-se, à partida, bem conforme e compatível com a prática de actos terroristas individualmente praticados ou executados.

⁵⁷ Nalgumas definições de terrorismo constantes em legislação americana elaborada na sequência dos atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001, o acto terrorista resulta da actuação concertada de um grupo, admitindo-se, porém, que o mesmo seja praticado ou por um agente do grupo ou por uma pessoa que haja conspirado com a organização terrorista. Cfr., a este propósito, Afferni VITTORIO, “Le coperture antiterrorismo”, 264.

⁵⁸ Cfr., a este propósito, Vittorio SALANDRA, *Commento al Codice Civile*, in a cura di A. SCIALOGA/G. BRANCO, *Le Obligazioni*, Libro IV, Bologna-Roma, 1996, sub at. 1912, 335. Com efeito, no direito italiano a questão da definição de evento terrorista assume uma particular acuidade uma vez que o artigo 1912 do Codice Civile exclui do âmbito de garantia das seguradoras as insurreições e os tumultos populares.

dificuldades de encontrar uma delimitação entre a categoria de acto terrorista e outras situações confinantes disciplinadas pelas legislações dos seguros, manifesta-se de modo claro no regime constante do artigo 1912.º do Codice Civile, onde as insurreições e os tumultos populares⁵⁹ são *expressis verbis* excluídos da garantia dos seguros. Pode, na verdade, suceder que o acto terrorista se tenha materializado num incêndio, num furto, ou até num acidente marítimo, revelando-se qualquer um destes sinistros habitualmente cobertos pelo direito dos seguros, não fora a circunstância de lhe andar associado um acto terrorista⁶⁰. Ora, nestas hipóteses, se o terrorismo não estiver afastado da garantia oferecida pelas apólices de seguros, importa ainda ponderar da autonomia ou do distanciamento de uma tal realidade face aquelas outras dos tumultos ou insurreições populares, porquanto estas se encontram manifestamente afastadas do âmbito de aplicabilidade do legislador transalpino pelo preceito atrás mencionado.

Para além destes importantes problemas de qualificação, cumpre fazer referência à questão, não menos relevante, de saber se em face de um atentado terrorista com contornos difusos (em virtude de ter provocado simultaneamente sinistros diversos (incêndio, furto, ofensas à vida e à integridade física...)), nos encontramos perante um evento ou antes em face de uma pluralidade de eventos⁶¹.

Com efeito, importa ter bem presente nesta sede as exigências do princípio do indemnizatório, pois sendo os prejuízos causados pelos vários sinistros substancialmente os mesmos, não podem os tomadores ou segurados pretenderem pelos mesmos danos obter uma pluralidade de indemnizações ou cobertura dos respectivos prejuízos.

Torna-se fundamental apurar devidamente os danos sofridos e saber qual ou quais o(s) facto(s) causador(es) dos mesmos, e convocar ainda para a resolução destes litígios as regras relativas à pluralidade de seguros, mormente as respeitantes ao sobresseguro⁶². Não se revela, na verdade, admissível que na

⁵⁹ Para além dos tumultos e insurreições populares, o artigo 1912.º do Codice Civile exclui ainda da cobertura dos seguros os terremotos e os actos de guerra, situações essas que devem qualificar-se de calamidades, seja por razões de ordem natural, na primeira hipótese, seja por motivos humanos, na segunda hipótese. Em qualquer destas situações, a exclusão de sinistros causados por tais motivos do universo dos seguros decorre da circunstância de estarem em causa riscos dependentes e catastróficos.

⁶⁰ Cfr. a este propósito, as dúvidas levantadas por Afferni VITTORIO, “Le coperture antiterrorismo”, 268.

⁶¹ Sobre esta questão. Cfr. Jacques BOUTHOMIEUX, “Les événements du 11 Septembre 2001: coût, conséquences et perspectives”, *Revue Générale du droit des Assurances* 1 (2002) 17.

⁶² Esta problemática surge regulada no artigo 132.º da lei do contrato de seguro.

sequência de nefastos e censuráveis sinistros os tomadores de seguro ou os segurados se venham a locupletar injustificadamente à custa das seguradoras.

Um tal tipo de postura revela-se ainda mais grave nas hipóteses em que os segurados sejam também co-responsáveis pelos prejuízos sofridos⁶³ ou ainda nos casos mais graves já mencionados de autofinanciamento das organizações terroristas através dos seguros.

6. A cobertura dos actos terroristas através dos fundos

Seja por razões económico-financeiras ligadas ao desenvolvimento da actividade das seguradoras ponderadas através dos cânones ditados pela lei dos grandes números, seja por motivos estritamente jurídicos reflectidos em opções legislativas, ou nas condições gerais ou particulares das apólices, as seguradoras tendem cada vez mais a afastar do âmbito da sua intervenção a cobertura dos prejuízos decorrentes das acções terroristas.

Em virtude de tais considerações deparamo-nos assim com um amplo espaço marcado por uma profunda e extensa danosidade que atinge tomadores do seguro, segurados ou terceiros lesados, relativamente ao qual o universo dos seguros não oferece pura e simplesmente resposta, ou a resposta alcançada se revela, a todas as luzes, insuficiente.

Uma tal insuficiência na resposta do mundo dos seguros aos desafios colocados pelo terrorismo revela-se por demais evidente quando a técnica do resseguro e do retosseguro, enquanto mecanismos de dispersão ou repartição do risco⁶⁴, não constituem técnicas eficazes para a cobertura da extensa e muito dispendiosa danosidade provocada pelos ataques terroristas.

Com efeito, atentas as razões de solvabilidade económica coenvolvidas na segurabilidade de actos terroristas, apenas se revela viável deste ponto de vista a garantia dos danos decorrentes destes últimos se o segurador transferir a cobertura de parte dos riscos por si assumidos para um ressegurador que assume, por força de uma relação contratual celebrada entre ambos, a posição de cessionário.

⁶³ Cfr., a este propósito, Afferni VITTORIO, "Le coperture antiterrorismo", 268.

⁶⁴ Também o co-seguro constitui um mecanismo importante de repartição do risco entre as seguradoras. Simplesmente enquanto a propósito do resseguro é comum aludir-se a uma repartição vertical do risco, já em relação ao co-seguro constata-se antes a existência de uma repartição horizontal de riscos. A propósito desta distinção, cfr. Bernard BEIGNIER, *Droit du contrat d'assurance*, Paris, 1999, 27; Joaquim GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.ª ed., Madrid, 1983, 476 e s.

Por regra, o segurador, estabelecendo com o ressegurador planos muito diversos⁶⁵, definirá um montante máximo de encargos que poderá suportar no âmbito de um sinistro respeitante a determinado risco, correspondendo uma tal prática àquilo que comumente se designa o seu pleno de retenção, permitindo à seguradora a aceitação de riscos que ultrapassam um tal limite, pois estes serão cobertos pela resseguradora.

Tendo em conta os elevadíssimos encargos susceptíveis de serem provocados ao mundo segurador pelos atentados terroristas, não se revelará fenómeno estranho que o ressegurador venha ele próprio a ressegurar a sua responsabilidade, assumindo a qualidade de retrocedente e o ressegurador a posição de retrocessionário, vinculando-se ambos através de um contrato de retrocessão⁶⁶.

Não obstante o recurso a todas estas técnicas de repartição de riscos, a resposta do direito dos seguros ao fenómeno do terrorismo (tal como já tivemos oportunidade de referir), poderá revelar-se manifestamente insuficiente.

Em vários outros domínios da intervenção dos seguros não deixamos também de nos deparar com uma realidade semelhante, embora não tão catastrófica. Porém, temos assistido nesses contextos à adopção de políticas de cunho manifestamente social que têm procurado encontrar soluções adequadas para integrar as lacunas mencionadas, soluções essas traduzidas na criação de fundos susceptíveis de garantir a cobertura de danos cujo ressarcimento se revela imperioso.

Começaremos por fazer referência, no nosso ordenamento jurídico, atenta a sua antiguidade⁶⁷ e a relevância prática da sua actuação, ao Fundo de Garantia Automóvel.

⁶⁵ Na verdade, tendo em conta os limites de encargos suportados pela seguradora e pelo ressegurador, de acordo com os planos entre si estabelecidos, poderemos deparar-nos com vários tipos de resseguro. Na doutrina, deparamo-nos com várias classificações entre as quais se destacam o resseguro proporcional, o resseguro não proporcional, o resseguro dito tradicional e o resseguro de risco finito. Para uma análise mais desenvolvida da matéria, cfr., Eduarda RIBEIRO, "Anotação ao artigo 72.º do Decreto-Lei 72/2008", in *Lei do Contrato de Seguro*, 301-303.

⁶⁶ Para uma análise da estrutura do contrato de retrocessão, cfr., Eduarda RIBEIRO, "Anotação ao artigo 72.º", 300.

⁶⁷ Na verdade, a instituição do Fundo de Garantia Automóvel deveu-se ao Decreto Regulamentar n.º 58/79, de 25 de Setembro. Bem vistas as coisas, este organismo surgiu no mesmo ano em que foi imposto pelo legislador português a celebração com carácter obrigatório do seguro de responsabilidade civil automóvel. Cumpre ainda salientar a propósito do Fundo de Garantia Automóvel, que o Decreto-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro, revogou expressamente o decreto regulamentar n.º 58/79, tendo, no entanto, um tal diploma legal no seu artigo 40.º, n.º 4, mantido os direitos e obrigações atribuídos ao fundo em 1979.

Tendo em conta a exposição anterior, importa sublinhar a vocação eminentemente social deste órgão configurando-se os lesados pela sinistralidade automóvel os destinatários da sua actuação.

No tocante ao regime jurídico-positivo reservado ao Fundo de Garantia Automóvel (actualmente plasmado no Decreto-Lei n.º 291/2007), resulta com toda a clareza a natureza subsidiária de intervenção deste organismo. Basta ter em conta que o Fundo de Garantia Automóvel apenas intervém nas hipóteses de seguro automóvel inválido ou ineficaz (artigo 49.º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 291/2007) e nos casos de acidente causado por autor desconhecido / artigo 49.º, n.º 1, al. a) e c), do Decreto-Lei n.º 291/2007), para constatarmos a existência de um âmbito material de actuação não ocupado, ou pelo menos não atingido eficazmente pelo seguro obrigatório de responsabilidade automóvel.

Não temos então dúvidas em afirmar a profunda interpenetração entre a vocação eminentemente social do Fundo de Garantia Automóvel e a natureza subsidiária do seu âmbito de intervenção⁶⁸. Igualmente incontestável se revela o reconhecimento da contribuição do Fundo de Garantia Automóvel para o fortalecimento do fenómeno de socialização do risco, iniciado com a admissibilidade em certos domínios da responsabilidade objectiva e da posterior imposição da obrigatoriedade de celebração de seguros no universo de circulação automóvel de veículos motorizados⁶⁹.

Na senda de quanto temos vindo insistentemente a sublinhar “relativamente à actuação desta entidade se pode afirmar com maior intensidade a característica da independência da sua posição face às regras da responsabilidade civil. Se já quanto às seguradoras devemos considerar que apenas de modo mediato se pode sustentar a sua dependência das normas substantivas, uma vez que a sua intervenção é determinada pela medida da responsabilidade da pessoa abrangida pela garantia da apólice, então uma tal conclusão deve impor-se com maior intensidade quando nos reportamos à actuação do Fundo de Garantia Automóvel”⁷⁰. Uma tal abstracção das normas da responsabilidade civil revela-se bem mais evidente quando o Fundo de Garantia Automóvel intervém nas hipóteses de autor desconhecido, razão pela qual sufragamos

⁶⁸ Como a este propósito já tivemos ocasião de referir, “indelevelmente associada à função social desta instituição anda o princípio jurídico da subsidiariedade...”, cfr., o nosso estudo, “O Fundo de Garantia Automóvel. Um organismo com uma vocação eminentemente social”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, Lisboa, 2011, 560.

⁶⁹ A propósito do fenómeno de socialização do risco, cfr., o nosso estudo, “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel” (2001) 407 e s.

⁷⁰ Cfr., o nosso estudo, “O Fundo de Garantia”, 561; e “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel” (2001) 408.

que nestas hipóteses nos encontramos em face de actuações à margem das normas da responsabilidade civil⁷¹.

Sem pretender alongar a nossa exposição em torno do Fundo de garantia Automóvel (pois tal extravasaria manifestamente o âmbito das nossas preocupações), sempre se dirá, porém, que a mais recente alteração legislativa sobre o seu âmbito material de garantia alargou de modo significativo o respectivo campo de acção, em nome de uma tutela acrescida às vítimas da sinistralidade rodoviária.

Reportamo-nos à admissibilidade introduzida pela reforma de 2007 de cobertura por este organismo dos danos materiais quando estejam em causa acidentes causados por autor desconhecido⁷².

Esta importante função social ligada à instituição de fundos públicos autónomos não se confina unicamente ao universo da sinistralidade automóvel. Também no domínio da tutela do ambiente, importa destacar o Fundo de Intervenção Ambiental criado pela Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto⁷³, e cuja regulamentação se encontra definida no Decreto-Lei n.º 150/2008, de 30 de Julho.

Procedendo a uma breve análise do n.º 1 do artigo 3.º deste diploma legal, apercebemo-nos claramente que o alvo da sua intervenção são os danos ecológicos⁷⁴, pois “o FIA tem por missão financiar iniciativas de prevenção

⁷¹ Cfr., a este propósito, o nosso estudo, “O Fundo de Garantia”, 562, (especialmente, nota 9). Porém, este entendimento, de acordo com o qual a intervenção do Fundo de Garantia Automóvel se revela independente, ou à margem da verificação de todos os pressupostos da responsabilidade civil, não se revela unânime. Com efeito, apesar de encontrarmos decisões jurisprudenciais que se orientam neste sentido, e de acordo com as quais o lesado para obter do Fundo o ressarcimento dos danos sofridos terá de alegar e provar os respectivos prejuízos e que a sua produção se ficou a dever ao acidente (cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/05/1999, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1999, tomo 3, p. 197, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25/06/1996, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1996, tomo 3, p. 27, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3/02/2004, in www.dgsi.pt), certo é que nos defrontamos com posições de sentido contrário, havendo antes quem defenda ser exigível a prova dos pressupostos de responsabilidade civil para o Fundo poder intervir (nesse sentido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/12/1999, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 491, p. 221, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3/05/2011, in www.dgsi.pt).

⁷² Para uma análise mais desenvolvida desta questão, cfr., o nosso estudo, “O Fundo de Garantia Automóvel”, 567 e s.

⁷³ Mais especificamente é no artigo 69.º desta Lei que se encontra prevista a criação deste Fundo.

⁷⁴ Estamos a considerar a *summa divisio* em matéria ambiental: danos ambientais, e danos ecológicos. Importa, no entanto, frisar que um breve confronto entre a disciplina jurídica fixada na lei de bases do ambiente n.º 11/87, de 7 de Abril, e a outra estatuída no Decreto-Lei n.º 147/2008, nos permite concluir que a relevância do binómio danos ambientais/danos ecológicos surge no âmbito desta última legislação particularmente atenuada, face ao peso por ele assumido na disciplina legal anterior. Porém, no âmbito da actual lei reguladora da responsabilidade ambiental, o artigo 23.º constitui um exemplo da importância atribuída ao binómio atrás mencionado. Cfr., a este propósito, o nosso estudo, “Danos ambientais”, 34 e s.

e reparação de danos a componentes ambientais naturais ou humanos ...”. Desta feita, é o bem ambiental como entidade *a se* que constitui o epicentro da acção deste organismo.

Sob este aspecto, importa ainda proceder a uma análise conjugada da al. d) do preceito atrás mencionado, para se constatar a exclusão da reparação dos danos ambientais do âmbito da actividade a desenvolver pelo Fundo de Intervenção Ambiental.

Como *expressis verbis* decorre da lei, a reparação de tais prejuízos fica a cargo do mecanismo da responsabilidade civil ambiental, não se registando nesta sede uma concorrência entre este instituto e a actuação do Fundo de Intervenção Ambiental.

Delimitado nestes termos o espaço de actuação deste organismo, cumpre referir (à semelhança de quanto já expusemos a propósito do Fundo de Garantia Automóvel) que a prevenção ou a reparação ambiental desenvolvida encontra-se subordinada ao princípio da subsidiariedade⁷⁵.

Com efeito, a prevenção e a reparação dos danos ecológicos compete em primeira linha aos operadores responsáveis pelos danos causados no exercício de uma qualquer actividade operacional, operadores esses que devem actuar em estrita colaboração com as autoridades competentes em matéria ambiental, tal como resulta do disposto nos artigos 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 147/2008.

Apenas nos casos de impossibilidade de identificação do operador responsável, bem como naqueles outros em que quem exerce uma actividade ambiental susceptível de causar danos ecológicos não esteja obrigado a suportar os respectivos custos, ou ainda nas hipóteses de incumprimento pelos operadores das obrigações constantes no artigo 15.º (tal como resulta do 17.º, n.º 1), se poderá admitir a actuação directa das autoridades competentes para assegurar a prevenção e a reparação dos danos ecológicos.

Apesar do âmbito material de actuação do Fundo de Intervenção Ambiental se revelar particularmente amplo, abrangendo quer a prevenção, quer a reparação de danos a componentes ambientais *naturais* ou *humanos*, e revelando-se indiferente que tais prejuízos resultem da acção humana ou das forças da natureza, certo é que a actuação deste organismo se encontra

⁷⁵ Importa ainda realçar nesta sede a relevância assumida pelo princípio da necessidade, a qual resulta bem patenteada na formulação do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 150/2008, que assim reza: “O FGA tem por missão financiar iniciativas de prevenção e reparação de danos ... que exijam uma *intervenção rápida*” (o itálico é nosso).

inquestionavelmente sujeito, nos termos atrás expostos, ao princípio da subsidiariedade⁷⁶.

Importa referir que atenta a relevância da actuação do Fundo de Intervenção Ambiental no âmbito da prevenção e reparação do dano ecológico, os custos da sua política pública de intervenção são em parte suportados com a taxa mencionada no n.º 2 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, taxa essa que incide sobre as garantias financeiras mencionadas no artigo 22.º do mesmo diploma, no montante máximo de 1% do respectivo valor, garantias essas que podem revelar-se ou não obrigatórias, referindo-se o legislador no n.º 2 deste último preceito à subscrição de apólices de seguro, às garantias bancárias, bem como à participação de fundos ambientais ou de fundos próprios criados para o efeito.

Tanto esta questão importante do financiamento do Fundo de Intervenção Ambiental, quanto tudo anteriormente referido a propósito dos requisitos que condicionam a actuação deste organismo, permitem-nos reafirmar uma conclusão noutra ocasião por nós avançada “a grande vocação do Fundo tem pois uma natureza manifestamente social, encontrando-se ao serviço do combate dirigido contra o dano ecológico⁷⁷”.

Com áreas de intervenção bastante diversas, os fundos de garantia automóvel e de intervenção ambiental acabam por desempenhar uma função substancialmente idêntica: a função de garantia relativamente a prejuízos suportados por quem, de acordo com as normas de direito substantivo e de direito dos seguros, não teria possibilidade de os ver ressarcidos.

Como já tivemos ocasião de anteriormente sublinhar, intensifica-se com a actuação dos fundos uma dimensão previdencial que perpassa transversalmente o direito dos seguros.

Importa a este propósito chamar à colação os ensinamentos divulgados a partir de meados do séc. XIX a propósito dos designados contratos de previdência ou de garantia. Em causa estariam contratos diversos (seguro, fiança, garantia autónoma...), mas possuidores de uma característica comum: todos

⁷⁶ Uma análise do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, permite-nos confirmar a função de garante assumida pelo Fundo de Intervenção Ambiental, pois nos termos da al. e) deste preceito, uma das fontes de financiamento deste órgão traduz-se precisamente no “reembolso dos montantes e despesas avançadas, por intermédio do mecanismo de sub-rogação ou do direito de regresso”. Para além deste modo de obtenção de rendimentos, o Fundo, nos termos da al. d) do artigo 6.º do diploma mencionado tem direito às indemnizações e compensações devidas por acções de prevenção e reparação dos danos ecológicos, o que demonstra inequivocamente não terem os encargos por este suportados de ser assumidos por si em termos definitivos.

⁷⁷ Cfr., o nosso estudo, “Danos ambientais”, 74.

eles têm por “função lidar com um risco exógeno, anterior e independente do contrato”⁷⁸.

Estes contratos são verdadeiramente dominados por uma finalidade de previdência (*sicherungs Zweck*), a qual, no fundo, se consubstancia na garantia de satisfação de necessidades futuras.

Todas estas considerações em torno da função social desempenhada, quer pelo direito dos seguros, quer ainda de modo mais evidente e flagrante pelos fundos, assumem uma particular acuidade no âmbito da área extensa e diversificada de prejuízos susceptíveis de serem ocasionados por actividades terroristas.

Tendo em conta a dificuldade das seguradoras, por razões de solvabilidade económica assumirem, por regra, a cobertura de danos causados por actos terroristas, e não sendo tal obstáculo normalmente suprido através de regulamentação legal que disponha em sentido diverso, não admira que, em face da insuficiência manifesta do direito dos seguros para enfrentar uma tal realidade, se considere de grande oportunidade a criação ou a instituição de fundos públicos autónomos para garantir a cobertura de tais prejuízos constitua uma alternativa credível.

Importa não ignorar que a danosidade que grassa hodiernamente nas sociedades ocidentais não se reconduz como há duas décadas atrás aos fenómenos da sinistralidade automóvel, da poluição ambiental, das catástrofes naturais, estendendo-se antes a iniciativas ou acções até então pouco comuns: os atentados terroristas perpetrados nos mais variados sectores do tecido social.

Não admira assim que os países do dito mundo civilizado se encontrem cada vez mais despertados para tal fenómeno, tendo-se assistido à proliferação de diplomas legais cujo objectivo nuclear se cifra na tentativa de prevenir e reprimir tão hediondos comportamentos. A intervenção estadual na cobertura de prejuízos causados por atentados terroristas tem sido sucessivamente reclamada com maior intensidade. A instituição em França de um fundo de garantia destinado à cobertura de atentados terroristas e outras infracções no ano 1986⁷⁹, representa uma clara objectivação da tendência a que acabámos de aludir.

⁷⁸ Cfr., Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 447.

⁷⁹ Na verdade, o actual fundo de garantia francês relativo a atentados terroristas e outras infracções (comumente identificado através da sigla FGPI), tem a sua raiz histórica na Lei n.º 86-1020, de 9 de Setembro de 1986, relativa à luta contra o terrorismo, lei essa que foi publicada na sequência da vaga de atentados ocorridos nesse ano em França.

Diga-se, em abono da verdade, que a participação do Estado em consórcios vocacionados para atenuar os efeitos danosos do terrorismo não é apenas uma realidade contemporânea dos atentados às torres gémeas de 11 de Setembro de 2001.

Basta atentar no *Pool Company Insurance* criado em 1993 com o objectivo de garantir o ressarcimento dos prejuízos causados na propriedade comercial, bem como os decorrentes da interrupção dos lucros das empresas na sequência de atentados terroristas⁽⁸⁰⁾ no qual interveio o governo britânico, para podermos confirmar que a intervenção estadual assume desde há bastante tempo um papel relevante.

No âmbito da estrutura securitária atrás mencionada, não nos encontramos perante um fundo público autónomo, de património exclusivamente estadual, mas antes perante uma coordenação de meios, oriundos quer do sector privado⁸¹, quer do sector público.

Atenta a insuficiência revelada pelo sector segurador, seja das seguradoras, seja das resseguradoras para as quais aquelas tenham cedido parcialmente os riscos assumidos, revela-se absolutamente nuclear a intervenção, conquanto, por regra subsidiária, do Estado.

Na verdade, tendo em conta quer as experiências já vivenciadas no mundo europeu ocidental antes dos ataques de 2001 (algumas das quais já atrás mencionadas), quer os projectos avançados na sequência destes atentados em vários países, coloca-se em destaque a intervenção subsidiária dos Estados, os quais devem ser chamados a intervir em face da insuficiência económico-financeira da actividade ressegurativa.

Apesar dos atentados terroristas perpetrados em Nova Iorque terem permitido dar uma ideia do montante aproximada de prejuízos susceptível de ser provocado por tal tipo de acções⁸², certo é que a quantificação dos danos

⁸⁰ No universo dos danos assegurados pela *Pool (Pool Re)* constituído entre o governo do Reino Unido e a associação de resseguradores britânicos, incluem-se claramente os *property damage to building, property damage to contents, business interruption* e *book debts*. Para uma análise mais desenvolvida desta experiência britânica na área ressegurativa, cfr Afferni VITTORIO, “Le coperture antiterrorismo”, 275.

⁸¹ A propósito dos modos de financiamento dos fundos de garantia no universo do terrorismo, cumpre convocar o modelo adoptado pelo fundo francês, em que 75% dos montantes que asseguram a sua actividade decorrem da aplicação de uma taxa sobre cada contrato de seguro de bens que seja celebrado, apesar de não se registar qualquer conexão particular entre a garantia dos bens e a indemnização dos danos corporais das vítimas dos actos terroristas, que constitui um núcleo essencial do âmbito material desta instituição.

⁸² Cfr., a este propósito, as dificuldades de contabilização dos prejuízos assumidos pelas seguradoras e resseguradoras na sequência dos atentados de 11 de Setembro, Jacques BOUTHOMIEUX, “Les événements du 11 Septembre 2001», 15-17.

neste contexto encontra-se particularmente dependente do género de prejuízos (danos em pessoas, nas coisas ou puramente patrimoniais) operados pelos concretos ataques. Tendo em conta o carácter inevitavelmente casuístico de contabilização dos prejuízos, não se torna fácil para as seguradoras (atenta a incerteza que envolve o terrorismo, seja quanto ao momento de perpetração dos planos, seja quanto ao tipo de acções a desenvolver e da correspondente extensão danosa) determinar *a priori*, com um grau de probabilidade razoável, os encargos a suportar com a cobertura de ataques terroristas.

Porém, algo se revela indiscutível a uma qualquer análise, mais ou menos superficial, sobre o comportamento do mercado segurador e ressegurador perante os atentados terroristas: aos danos físicos ou materiais somam-se ainda os de natureza financeira.

Toda esta pressão sobre o mercado financeiro provocada pelos atentados terroristas encontra no aumento dos prémios a resposta adequada das seguradoras, pois desta forma, quer estas, quer as resseguradoras tentam superar a diminuição da respectiva capacidade financeira disponível⁸³.

Desta forma, o mercado segurador tenta reerguer-se das profundas baixas e perdas patrimoniais ocasionadas pelos prejuízos provocados pelos actos terroristas.

Com efeito, a alternativa neste cenário de profunda e tremenda incerteza ocasionada com os atentados de 2001 ao mundo segurador será a de ampliar neste universo a área dos eventos não seguráveis⁸⁴.

Optando, porém, as seguradoras, por enfrentar os eventos terroristas, bem como as catástrofes naturais⁸⁵, para além do necessário recurso à técnica do resseguro, aquelas bem como as resseguradoras tendem através de fenómeno associativo a responder a estes eventos catastróficos, revelando-se, porém, necessário para tal a cobrança de um montante de prémio superior ao do comumente designado prémio puro, como forma de obter recursos e capitais suficientes para fazer face aos fenómenos atrás descritos.

⁸³ Cfr., a este propósito, Alfonso DESIATA, "Gli eventi dell'11 Settembre", 282-283.

⁸⁴ Cfr., neste sentido, Alfonso DESIATA, *Gli eventi*, 282. Baseando-se nos ensinamentos de Peter Schwartz, os acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 tendem a determinar uma ampliação da área dos danos não ressarcíveis pelas seguradoras, elencando, a este propósito, os denominados eventos TSRCC (*Terrorism, Strikes, Riots, Civil Commotion*).

⁸⁵ Como já tivemos ocasião de sublinhar, as questões colocadas a propósito do risco segurável no âmbito das catástrofes naturais e eventos terroristas partilham de um núcleo de preocupações comuns: a falta de independência dos riscos seguráveis e o carácter catastrófico do mesmo, características essas que apresentam particulares afinidades entre si.

Tendo, porém, em conta que a dispersão do risco alcançada por via de recurso à técnica do resseguro (indispensável para a cobertura de sinistros com elevada potencialidade danosa) também oferece limites⁸⁶, então a intervenção do Estado para garantir a cobertura dos prejuízos que excedam o montante coberto pela via acabada de mencionar pode revelar-se fundamental.

Assim perspectivada a participação estadual no ressarcimento dos prejuízos causados por actos terroristas, a mesma é admitida em termos claramente subsidiários. Quer a participação do Estado se processe nos termos acabados de expor, como ente exterior ao pool ressegurativo, quer nas hipóteses em que aquele faça parte do mesmo, a intervenção estadual deve conceber-se como subsidiária.

Na verdade, mesmo nestas situações, o Estado não assumirá, por regra, em definitivo os encargos com a cobertura dos prejuízos, subrogando-se antes nos direitos da vítima contra as entidades a quem compete segurar⁸⁷ exercendo tais direitos nos anos subsequentes ao da cobertura dos prejuízos.

Obviamente que a efectivação deste direito de natureza subrogatória deve verificar-se num primeiro plano contra os agentes causadores do atentado terrorista, deparando-nos, porém, nesta sede com a *vexata quaestio* de identificação dos responsáveis pela prática de tais actos.

Apesar da experiência internacional nos confirmar que o tipo de intervenção do Estado nos fundos de garantia para o terrorismo dever ser dominado pela regra da subsidiariedade, e tal modelo se nos afigurar como preferível num fundo desta natureza que venha a ser criado em território luso, certo é, no entanto, que a intervenção deste órgão, e do Estado enquanto entidade nele participante, deve também ser concebida como uma intervenção directa. Desta feita, a actuação de um fundo de garantia para o terrorismo deve ter lugar independentemente e à margem do funcionamento das regras da responsabilidade.

⁸⁶ As resseguradoras para garantirem a viabilidade financeira das suas actividades recorrem com frequência ao instituto do resseguro, ou à inclusão no seu plano de actuação a negociação de produtos financeiros no âmbito do hodierno modelo da *assurfinance*. Cfr., a este propósito, Jacques BOUTHOMIEUX, “Les événements du 11 Septembre 2001», 27.

⁸⁷ Configurando a posição do Estado no contexto dos *pool* de seguradoras como garante, mesmo quando aquele assume a posição do membro do consórcio, poder-se-á levantar a questão de saber se deverá identificar-se aqui um direito de regresso ou se não será antes preferível, tal como defendemos, falar do exercício de um direito de sub-rogação. Como a propósito de outras matérias (artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 291/2007 e artigo 500.º do Código Civil), pensamos que a qualificação da posição de garante assumida pelas seguradoras, justifica que nos inclinemos para a tese da sub-rogação (cfr., o nosso estudo, “O contrato de seguro obrigatório”, 2002, 348 s. (especialmente nota 31)).

Referimo-nos até ao momento às tentativas de garantir o ressarcimento dos prejuízos causados por atentados terroristas através do esforço conjunto de seguradoras, resseguradoras e do Estado. Independentemente da posição em que o Estado intervenha nesse consórcio, ter-se-á sempre de reconhecer a existência em tais hipóteses de mecanismos colectivos da cobertura de danos.

Desta feita, poderemos falar que a insuficiência dos meios do universo segurador para dar resposta às solicitações colocadas pelos fenómenos terroristas é suprida a montante com a convocação do Estado. Porém, não podemos ignorar que um tal modelo não se traduz na única via para tentar resolver as já mencionadas debilidades do universo segurador.

Como resulta do texto de várias propostas avançadas em países europeus a partir de 11 de Setembro de 2001 para tentar ultrapassar as perplexidades a que temos vindo a fazer referência ao longo da exposição, uma outra via para enfrentá-las situa-se a jusante, fazendo-se arcar parte dos prejuízos aos segurados.

Estamos a reportar-nos à fixação de franquias⁸⁸ na apólice de seguros, sendo as mesmas suportadas pelos tomadores de seguro ou segurados nas hipóteses do terrorismo. Nestas situações, a distribuição de riscos (quer estejam em causa seguros de responsabilidade civil, ou pura e simplesmente seguros de danos⁸⁹, bem como seguros de pessoas) repartir-se-á não apenas entre as seguradoras, resseguradoras, (com uma eventual participação estadual), mas também com quem assumiu a posição do tomador ou segurado na relação contratual de seguro.

A definição dos montantes a serem suportados pelos tomadores ou segurados encontrar-se-á dependente sobretudo das exigências de solvabilidade financeira das seguradoras⁹⁰, não devendo, no entanto, revelar-se estranha a uma tal tarefa a ponderação acerca de natureza do seguro em causa.

Prima facie, revelar-se-á mais lógico que as maiores franquias se encontrem associadas aos seguros de danos e não aos seguros de pessoas, mormente quando neste universo estejam em causa seguros de pessoas. Tais considerações parecem-nos evidentes, atenta a natureza dos bens cujos prejuízos visam ser garantidos pelas apólices dos tipos de seguros atrás mencionados,

⁸⁸ Cfr., a este propósito, Alfonso DESIATA, "Gli eventi dell'11 Settembre", 285.

⁸⁹ Referimo-nos a puros e simples seguros de danos face aos seguros de responsabilidade civil, uma vez que os segundos não deixam de configurar-se como seguros de danos, encontrando-se, de resto, disciplinados no Decreto-Lei 72/2008 como uma secção/capítulo dos primeiros.

⁹⁰ A imposição de franquia, para além de tais considerações económicas, não deixa de traduzir-se claramente num desvio convencional ao princípio indemnizatório. Acerca deste alcance jurídico da imposição de franquias, cfr., Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 255.

colocando-se a este propósito a questão da ponderação do peso relativo dos interesses tutelados nos universos em confronto.

Bem vistas as coisas, e simplificando a análise das mesmas enquanto no âmbito dos seguros de danos, estão fundamentalmente em causa prejuízos causados em coisas⁹¹, já no contexto dos seguros de pessoas deparamo-nos com a tutela de bens de natureza eminentemente pessoal.

Ora, socorrendo-nos dos critérios de ponderação prevalecentes no mundo ocidental a propósito da resolução de conflitos desta natureza⁹², não se suscitam dúvidas em afirmar a prevalência dos interesses de ordem pessoal, sobre os bens de natureza patrimonial. Para além das razões de ordem económico-financeira justificativas da imposição de franquias no âmbito da cobertura pelas seguradoras de actos de terrorismo, importa fazer ainda menção a considerações de natureza jurídica, particularmente relevantes para combater perigos já atrás aludidos, mormente o risco dos grupos terroristas se auto-financiarem através do direito dos seguros.

Com efeito, a imposição, em termos definitivos, de encargos ao tomador de seguro ou ao segurado, poderá constituir um importante instrumento dissuasor de práticas movidas pelo objectivo de alcançar vantagens patrimoniais à custa das seguradoras.

Reduzidos que sejam os benefícios susceptíveis de serem alcançados pelos seguros, então a adopção destes medidas dissuasoras representa uma arma importante no combate ao atrás caracterizado risco moral⁹³.

⁹¹ Salvo quando estivermos perante seguros de responsabilidade civil, uma vez que em tais situações os danos pessoais de terceiros causados pelos agentes, cuja responsabilidade se encontre garantida, serão ressarcidos.

⁹² No ordenamento jurídico nacional, uma tal ponderação revela-se muito importante para a densificação de critérios reclamados pelo regime estatuído no artigo 335.º do Código Civil a propósito da colisão de direitos. Com efeito, tendo em conta a destriça aí estabelecida entre conflitos de direitos de natureza idêntica (artigo 335.º, n.º1 e), direitos de natureza desigual (artigo 335.º, n.º 2), a doutrina e jurisprudência nacional não hesitam em afirmar a preponderância dos interesses de ordem pessoal face aos bens de natureza patrimonial, cfr. Adriano Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 103/3249 (1970-71) 374 s.; R. Capelo de SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, 532 s.; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, 2011, 79 (especialmente, nota 98); A. Menezes CORDEIRO, “Direito do Ambiente, princípio da prevenção, direito à vida e à saúde, anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 1996”, *Revista da Ordem dos Advogados* 52/2 (1996) 681-682.

⁹³ Neste sentido se pronuncia Pedro Romano Martinez, para quem a imposição de uma franquia representa um meio de evitar a falta de cuidado em momento posterior ao da conclusão do contrato de seguro, cfr. Pedro Romano MARTINEZ, *Direito dos Seguros*, Relatório, Coimbra, 2006, 71.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FINANCIAMENTO DE GRUPOS TERRORISTAS

RESUMO: Perante os prejuízos causados por um atentado terrorista, torna-se muito difícil efetivar a responsabilidade civil em face dos agentes terroristas: os responsáveis primários estão longe da responsabilidade civil, ou porque se encontram em jurisdições que não garantem a responsabilização, ou porque, muitas vezes, acabam por ser vítimas dos próprios ataques que perpetraram. Nessa medida, há que encontrar outros possíveis responsáveis – responsabilidade dos que pertencem a grupos terroristas, responsabilidade dos que financiam grupos terroristas. Nas páginas que se seguem, procuraremos refletir acerca deste aspeto específico – a responsabilidade civil dos financiadores de grupos terroristas. Com tal responsabilidade, procura-se não só garantir o ressarcimento das vítimas, como pugnar pela prevenção do terrorismo, ao encontrar-se um expediente de combate ao financiamento dos grupos envolvidos.

Palavras-chave: terrorismo, financiamento do terrorismo, responsabilidade civil

ABSTRACT: It is very difficult to turn someone who carries out a terrorist attack liable for damages he causes, not only because terrorists rest in jurisdictions that do not guarantee accountability, but also because terrorists often become victims of their own acts. To that extent, it is necessary to find other possible liable subjects – liability of those who belong to terrorist groups, liability of those who finance terrorist groups. In this paper, we seek to solve this specific problem – the civil liability of funders of terrorist groups. Imposing liability in those cases will not only guarantee the compensation of the victims, but also seek deterrence of terrorism, through combating the financing of terrorist groups.

Keywords: terrorism, terrorism funding, tort law, civil liability

1. Introdução. Formulação do problema

O fenómeno do terrorismo é, com exceção de alguns episódios pontuais historicamente situados no passado, praticamente desconhecido no nosso país. Não obstante, os acontecimentos recentes no mundo ocidental fazem-nos perceber que a ameaça de terrorismo é não só global como atual, não estando Portugal imune a ela.

Não se estranha, por isso, que os diversos ordenamentos jurídicos procurem adotar medidas que visam, em primeira linha, prevenir o fenómeno e, em segunda linha, atenuar as consequências da eventual concretização da referida ameaça. Tais medidas surgem aos mais diversos níveis e tornam imperiosa uma reflexão que atravessa inúmeros domínios do juridicamente relevante: questões como a segurança, a cooperação internacional, a política penal de combate ao terrorismo, o direito de asilo, a ajuda a refugiados, os limites da reação a uma eventual ofensa e o conceito de guerra justa, a tensão entre a liberdade e a segurança e as eventuais limitações à liberdade de expressão e de movimentos ganham, hoje, uma nova ressonância em face dos perigos que o mundo ocidental enfrenta.

A verdade é que as questões enunciadas, assumindo inegável importância, acabam por, situando-se no plano coletivo, não dar resposta aos padecimentos que as vítimas e seus familiares sofrem naquelas hipóteses (esperamos que, entre nós, meramente teóricas) de concretização da ameaça. No fundo, perante um atentado terrorista, como acautelar os interesses das vítimas e seus familiares que, inevitavelmente, sofrerão danos no plano patrimonial e pessoal?

A resposta que se procura para esta concreta indagação pode situar-se num de dois planos: a) no plano assistencialista, ou pela criação de fundos de apoio às vítimas de ataques terroristas, a suportar por toda a comunidade¹, ou pela assunção de formas indiretas de responsabilidade por facto alheio, assumindo a Administração Pública a responsabilidade transitoriamente, antecipando a indemnização a que as vítimas teriam direito e cedendo estas os seus direitos indemnizatórios em face dos responsáveis pelos danos para a administração²; b) no plano da responsabilidade civil, procurando encontrar expedientes que, em termos dogmáticos, garantam uma indemnização às vítimas dos referidos ataques terroristas.

No que ao primeiro nível respeita, são evidentes as desvantagens. Na verdade, tal solução – sendo preferível a nenhuma outra – acaba por fazer recair sobre toda a comunidade o encargo com danos que têm a sua origem num comportamento humano determinado. Nessa medida, ela deveria ser pensada em termos de subsidiariedade, ou seja, lançar-se-ia mão de um esquema assistencialista quando não fosse viável responsabilizar um determinado sujeito pelos danos experimentados por outrem³.

A assunção da responsabilidade transitoriamente pela Administração Pública tem a vantagem, relativamente a um sistema assistencialista puro, de não excluir a responsabilidade do sujeito perpetrador do ato, ainda que enfrente a dificuldade de, em concreto, não ser possível identificar o agente terrorista ou, sendo-o, não ser possível concretizar em termos práticos a sua responsabilidade, pela dificuldade de o demandar fora do ordenamento jurídico onde ocorreu o ataque ou em virtude de uma eventual insolvência do mesmo⁴.

Qualquer uma destas soluções, por outro lado, acaba por – garantindo o desiderato reparador (dentro dos limites em que ele seja concretizável) – não assumir eficácia preventiva. Talvez seja esse o ponto-chave de diferenciação entre a responsabilidade indireta do Estado relativamente a uma responsabilidade direta deste, em resultado do incumprimento de determinados deveres de segurança em relação aos cidadãos. Com efeito, nesta última hipótese – porque

¹ Cf. Oriol Mir PUIGELAT, “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo”, *Indret*1/00, <www.indret.com>.

² Blanca Soro MATEO, “Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, *Anales de Derecho* 24 (2006) 251-266

³ Cf., a este propósito, Samuel Serrano GALVIS, *Reparación de los daños causados por el terrorismo*, Salamanca, 2009, em especial 148 s., oferecendo uma perspectiva diversa da que vai intencionada em texto.

⁴ Sobre o ponto, cf. Blanca Soro MATEO, “Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, 255

o Estado responde não enquanto não se efetive a responsabilidade do agente terrorista, mas por falha na sua política de defesa –, há óbvios incentivos à adoção de medidas de defesa nacional, para além dos incentivos decorrentes da própria agenda estadual, o que não arreda a outra vertente do problema, qual seja a de reconduzir, em última instância, para a comunidade como um todo o peso das consequências do terrorismo.

Talvez por isso seja tão importante tentar explorar a segunda alternativa enunciada – a via responsabilizatória⁵. Simplesmente, mesmo sem adentrar em questões dogmáticas mais ou menos complexas, são evidentes os problemas com que o jurista se há-de confrontar a este nível⁶. Em termos práticos, os responsáveis primários estão longe da responsabilidade civil, ou porque se encontram em jurisdições que não garantem a responsabilização, ou porque, muitas vezes, acabam por ser vítimas dos próprios ataques que perpetraram⁷. Nessa medida, há que encontrar outros possíveis responsáveis – responsabilidade dos que pertencem a grupos terroristas, responsabilidade dos que financiam grupos terroristas⁸.

Nas páginas que se seguem, procuraremos refletir acerca deste aspeto específico – a responsabilidade civil dos financiadores de grupos terroristas. Com tal responsabilidade, procura-se não só garantir o ressarcimento das vítimas, como pugnar pela prevenção do terrorismo, ao encontrar-se um expediente de combate ao financiamento dos grupos envolvidos⁹. Antes, porém, teceremos algumas palavras sobre outras hipóteses de ressarcimento.

⁵ Sobre o ponto, cf. Darius LAKDAWALLA/ERIC TALLEY, "Optimal liability for terrorism", Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2006, (Working Paper Series), 1 s., considerando que, depois do 11 de Setembro, se assistiu, para além da problematização acerca da relação entre liberdade e segurança, à emergência de uma outra realidade: a litigiosidade particular, já que, não só foram demandados os fundos das vítimas, como os tribunais acabaram por ser inundados por diversas pretensões indemnizatórias. No seu trabalho, os autores debatem a questão de saber em que medida a responsabilidade civil deve desempenhar um papel na alocação de riscos, em face de atos de terrorismo em larga escala.

⁶ Cf., sobre o ponto, Samuel Serrano GALVIS, *Reparación de los daños causados por el terrorismo*, 28 s.

⁷ Cf. Darius LAKDAWALLA/ERIC TALLEY, "Optimal liability for terrorism", 4.

⁸ Cf. Alison BITTERLY, "Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act", *Fordham Law Review* 83/6 (2015) article 17, 3389 s.

⁹ É hoje dada como certa a conexão entre o terrorismo e outras formas de crime, como a corrupção, o tráfico de estupefacientes, o branqueamento de capitais. Não procuraremos analisar as relações em questão, mas torna-se evidente que o terrorismo levado a cabo só pode funcionar com apoio logístico e por meio de financiamento, muitas vezes avultado – cf. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES, *Digest of Terrorist Cases*, Vienna/New York, 2010, 59 s. Nessa medida, impor a responsabilidade dos financiadores – e, dessa feita, combater o financiamento – é uma forma de prevenir o próprio terrorismo.

2. As diversas hipóteses de responsabilidade civil, no quadro do terrorismo

Em face de um ataque terrorista e dos diversos danos que a partir dele ocorrem, podem-se construir, em teoria, inúmeras hipóteses de ressarcimento, algumas das quais têm sido objeto de estudo na literatura estrangeira e cada uma das quais suscita problemas dogmático-normativos específicos.

2.1. Responsabilidade civil do agente terrorista

Em primeiro lugar, há a considerar a responsabilidade do agente terrorista. Se numa primeira abordagem dos problemas parece não haver grande dificuldade em responsabilizá-lo, já que o ato por si levado a cabo pode ser considerado ilícito (constata-se, na verdade, a violação de direitos absolutos, como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à integridade moral, à paz e à segurança, todos entendidos como dimensões do direito geral de personalidade, e do direito de propriedade e outros direitos reais), culposo (a própria definição de terrorismo coenvolve a intenção e, portanto, o dolo), conseguindo estabelecer-se um concreto nexo de imputação entre as lesões verificadas e o comportamento do sujeito, e constatando-se a presença de danos, enquanto repercussões negativas dessas mesmas violações, numa análise mais aprofundada da hipótese, somos levados a perceber que a aparente simplicidade dogmática esconde, afinal, outro nível de problematicidade.

Não se trata, aqui, de considerar as óbvias dificuldades de efetivação de uma responsabilidade que se pode declarar em termos teóricos, mas de, presumindo a realidade em questão, perceber que pode não ser fácil identificar o concreto agente perpetrador do ataque ou que, ainda que ele seja identificado, se integra numa estrutura organizacional mais ou menos complexa.

Imagine-se que A, terrorista, perpetra um ataque que dizima inúmeras pessoas. O ataque foi reivindicado pelo grupo terrorista X, mas não se sabe qual dos diversos membros desse grupo levou a cabo o ato ilícito, culposo e danoso. Num outro cenário, pode-se descobrir que foi A quem concretamente agiu, sabendo-se que ele pertence ao grupo terrorista X, mas não ser possível responsabilizá-lo, v.g., porque morreu.

Dogmaticamente, o caso que a primeira hipótese levanta surge eivado por uma estrutura e intencionalidade problemáticas análogas às das situações que vão conhecidas por causalidade alternativa incerta. Relativamente

a esta, no caso do terrorista do grupo X que não é identificado, nem todos os membros do grupo estarão envolvidos na história de surgimento do evento lesivo. Contudo, poder-se-á considerar que, ao pertencerem ao referido grupo, erigem uma esfera de risco/responsabilidade, sendo responsáveis pelos danos que, por via da sua atividade, possam eclodir. A solução enunciada requer, não obstante, dois esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, importa esclarecer que a imposição de uma responsabilidade solidária nas hipóteses de causalidade alternativa incerta (isto é, nas hipóteses em que há mais do que uma possível causa do dano, não se conseguindo determinar qual, em concreto, o gerou) não colhe unanimidade na doutrina e jurisprudência. O principal argumento aduzido no sentido da não responsabilização dos agentes repousa na impossibilidade de prova da *conditio sine qua non*. Não cremos, porém, que haja razões para manter tal posicionamento. Havendo duas causas alternativas incertas, cada uma delas pode ser entendida como virtual, em virtude da incerteza sobre a causa real. Mas, se nos mantivermos presos ao pensamento tradicional, teremos de chegar à conclusão que ele se deixa enredar numa contradição interna. Na verdade, advoga-se usualmente que a causalidade virtual não releva positivamente (não é apta a alicerçar a responsabilidade) e que não releva negativamente. Simplesmente, como explica Menezes Cordeiro, a sua não relevância negativa teria de ser acompanhada pela sua relevância positiva¹⁰. Ora, o que isto nos mostra é que o pensamento tradicional assente na ideia de condicionalidade não é realizável. Se mantivermos a ancoragem da resposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa

¹⁰ A. Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, Lisboa: AAFDUL, 2001, 419. Para maiores desenvolvimentos acerca da questão, cf. Para maiores desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, cap. X; Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil: novas perspetivas em matéria de nexos de causalidade*, Principia, 2014; IDEM, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, 2017.

das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham¹¹. Pelo que ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justeza material das soluções, ou se abdica dela. E fazendo-o, legitimamos a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível. Acresce que a falta de determinismo da realidade impõe que a *conditio* se exprima em termos probabilísticos, donde, também na presença de uma só causa, não há evicção de toda a dúvida acerca da autoria da lesão, distinguindo-se as situações por uma questão de grau. Quer isto dizer que, no fundo, não conseguiremos saber com absoluta certeza qual o grau de contribuição causal de uma eventual causa. Mesmo se nos ativermos a uma solução de tipo estatístico, a incerteza não é totalmente apagada. E, no fundo, isto permite-nos rememorar o que é ensinado por Bydliniski: também nas situações de causalidade cumulativa responsabilizamos dois sujeitos, sem que se determine, em concreto, aquele grau de contribuição causal, que pode, aliás, ser mínimo¹². Não estamos, porém, condenados a esta aporética impositação dos problemas. Basta alterar a perspectiva, partindo não da *conditio* mas da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497.º CC. Repare-se: a intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade da hipótese. Quando A e B disparam sobre C, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito. Não é, portanto, uma tomada de posição acerca da questão da relevância positiva da causalidade virtual que entra em cena. Em rigor, a dita virtualidade nem chega a ser, aos nossos olhos, tematizada, pois o jurista derrama o seu olhar não sobre factos puros, mas sobre aqueles que consegue inteligir à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. No fundo, ao partirmos de uma dada compreensão da causalidade como imputação, a ser afirmada, em homenagem à pessoalidade livre e responsável e tendo por base uma conceção de ação ético-axiologicamente densificada, a partir da edificação de uma esfera de risco e do cotejo com outras esferas de risco, estamos em condições de

¹¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, 419.

¹² Cf. F. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Estugarda: F. Enke, 1964, 32, 65-66; e IDEM, „Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristische Blätter* (1959) 1.

afirmar a solidariedade com base na constatação de mais do que uma esfera de responsabilidade, independentemente da prova da condicionalidade. O artigo 497.º CC não exigiria, para a sua aplicação, a verificação de dois nexos causais em termos naturalísticos, mas a presença de dois segmentos imputacionais. Podem, aliás, detetar-se pontes de comunicação com situações em que é discernível a cumplicidade. Pense-se, por exemplo, no caso em que A e B disparam sobre C dois tiros a partir de armas com o mesmo calibre, só um dos projéteis tendo atingido C. Simplesmente, em vez de estarmos diante de um normal caso de causalidade alternativa incerta, B falha intencionalmente o alvo, de modo a impedir a prova da autoria da lesão e assim obviar a responsabilidade de A. Havendo auxílio material à prática do facto, poder-se-ia aventar a hipótese de cumplicidade, convocadora do artigo 490.º CC, sendo em tudo análoga a situação àquela em que apenas se deteta a incerteza causal alternativa. A aplicação da norma aos casos de coautoria, instigação ou auxílio à prática do ato ilícito é determinada pelo artigo 490.º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Onde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497.º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490.º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável.

Sendo certo que esta não é uma posição unânime na doutrina portuguesa, cremos que ela é a que melhor corresponde ao sentido do justo. E, curiosamente, parece receber acolhimento recente na jurisprudência, em dois acórdãos de 2015 (Ac. de 5 de Maio de 2015, do Tribunal da Relação de Coimbra; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 19 de Maio de 2015). Essencial é que se consiga discernir a existência de duas ou mais esferas de risco/responsabilidade, que se erigem a partir da preterição de determinados deveres no tráfego.

Com isto, estamos em condições de considerar o segundo esclarecimento anunciado. Na verdade, para que possa ser possível mobilizar a solidariedade obrigacional ao nível da responsabilidade, por via do que se cunhou como

causalidade alternativa incerta, é pressuposto mínimo que os vários intervenientes possam ser identificados, isto é, que se possam edificar as diversas esferas de risco/responsabilidade. Tratando-se de sujeitos que atuam, muitas vezes, no anonimato, como é que poderemos aplicar a solução ao caso de um atentado terrorista? No fundo, como poderemos comprovar a referida edificação de uma esfera de responsabilidade, sem analisarmos a conduta concreta de cada um dos membros do grupo terrorista por referência ao concreto atentado? A este propósito, importa não esquecer que, em determinadas situações, é o próprio legislador que permite definir – com contornos mais ou menos difusos – a esfera de responsabilidade de que se cura. Assim, há que considerar o artigo 2.º/2 Lei n.º 52/2003, com as sucessivas alterações, nos termos da qual “quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos”. A norma, dotada de uma intencionalidade penal evidente, pode ser compreendida, para efeitos civilísticos, como uma disposição legal de proteção de interesses alheios, desvelando-se por via dela a ilicitude e permitindo-se que, por meio da desobediência à proibição que consubstancia, se definem os contornos de uma esfera de risco/responsabilidade, apta a fundar a solidariedade nos termos anteriormente referidos. Bastar-nos-íamos, portanto, com a prova do evento lesivo e com a prova da pertença de cada um dos sujeitos ao grupo terrorista em questão.

A construção faz-nos rememorar, para alguns efeitos, a lição francesa protagonizada por Aberkane, embora dela diste em termos de fundamentação normativa. Trata-se, aí, de uma posição que apresenta uma índole dogmática-conceptual e se constrói com base numa ideia próxima à de uma personalidade coletiva de facto. Podendo um dano resultar do comportamento de um ou outro sujeito, haveria de indagar-se se é ou não possível falar de um grupo determinado no seio do qual aquele avultaria. A indeterminação diria, portanto, unicamente respeito aos sujeitos e não ao meio onde eles atuaram e a construção dogmática implicaria um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna. Aberkane começa por explicitar os contornos do problema. E liga-o, para vários efeitos, à questão da causalidade, entendida por si, não só como uma exigência lógica, mas como uma garantia individual. A tese que sustenta a não responsabilização de qualquer dos membros do grupo em caso

de incerteza da autoria do dano radica, pois, na exigência de prova positiva da causalidade pela vítima, mostrando que, ao nível do direito civil, se não sanciona a criação do risco, mas apenas a sua concretização. O que não obsta que o autor reconheça a iniquidade a que este pensamento conduz as mais das vezes¹³. O dilema é, então, claro: ou se nega a imputação, pela falência da prova do que tradicionalmente ia pensado como causalidade, deixando a vítima entregue à sua sorte; ou se transforma a incerteza em verdade, correndo-se o risco da condenação de inocentes, com a conseqüente reprimenda da pena privada. Conxionando a opção dialógica com os modelos individualista e coletivista, o autor alerta quer para a injustiça de uma solução, quer para os perigos que a outra arrasta consigo (designadamente, quando questiona se, no limite, não estaríamos, ao abraçar a solidariedade dos membros do grupo, a abrir a porta a que se venham a considerar responsáveis todos os automobilistas que passaram num dado local à hora do acidente)¹⁴. Procura, nessa medida, uma solução que passa pela definição dos contornos da noção de grupo¹⁵: “quando é que um grupo é suficientemente coerente para restringir a individualidade dos seus membros e aceder à cena jurídica?”. Não acedendo ao estatuto de pessoas morais, os grupos a que o autor se refere devem levar ínsitas as ideias de concertação e de intencionalidade, relegando-se os restantes para o domínio dos grupos fortuitos¹⁶. A distinção, com base num critério de quase personificação, assume-se relevantíssima, importando soluções diferentes, explicáveis também do ponto de vista material. Assim, se nos casos de concertação de grupo todos os seus elementos se conhecem, sendo justo fazê-los responder solidariamente, o mesmo não se poderá sustentar por referência aos grupos fortuitos. Deve também ter-se em consideração a gravidade do comportamento de cada um dos membros do grupo. É que, se o critério da intencionalidade conduz à assunção da atuação do grupo como um único polo de recondução do dano, resolvendo algumas das aporias a que, pela adoção de um critério estritamente causal, os juristas se viam condenados, entende Aberkane que o facto de a *faute* individual assumir gravidade qualificada, ao ponto de se poder qualificar como imprevista pelos outros membros do

¹³ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 56 (1958) 518-519.

¹⁴ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 519.

¹⁵ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 538 s.

¹⁶ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 541.

grupo, pode levar à interrupção do nexos de causalidade¹⁷⁻¹⁸. Verdadeiramente, não se enfrenta aqui a questão da causalidade, que é contornada. Além disso, ficaríamos restringidos, na mobilização prática do critério, aos casos em que existe uma comprovada estabilidade e coerência interna. É também evidente um apego a uma conceção tradicional do problema da imputação, que não podemos deixar de pôr em dúvida. Esta solução de índole dogmático-conceptual viria a receber acolhimento no anteprojecto francês de reforma do direito das obrigações (2005)¹⁹, embora não tenha sido consagrada na versão final do diploma reformado.

¹⁷ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes», 545.

Saliente-se a não coincidência entre o pensamento do autor e as soluções que, com base jurisprudencial ou doutrinal, fazem apelo a uma ideia de condutas concertadas e intencionais. É que, enquanto para aquelas o cerne do problema continua a situar-se no nexos causal, forjando-se uma causalidade coletiva, do ponto de vista de Aberkane, é o grupo o centro de imputação (cf. p. 550). No fundo, o jurista procura resolver os problemas pensando numa quase personalidade jurídica e estabelecendo o paralelo com as pessoas morais (cf. pág. 552)

¹⁸ Rememorem-se, também, as palavras de Geneviève VINEY/Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3.^a ed., Paris: LGDJ, 2006, 236 s. O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a responsabilidade coletiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade com fundamento no artigo 1384.^o/1 cc. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos coautores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective*/*faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commum*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto ao nexos causal”. Por isso, adiantam ser necessário perscrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela atuação simultânea dos lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. pág. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efetivamente impossível, já que a solução da obrigação *in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efetiva da causalidade. Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todos os outros são exonerados.

¹⁹ Cf. artigo 1347.^o: a responsabilidade supõe estabelecido um nexos de causalidade entre o facto imputável ao lesado e o dano; artigo 1348.^o: quando um dano é causado por um membro indeterminado de um grupo, todos os membros identificados respondem solidariamente, exceto que um demonstre que não podia ser o autor; artigo 1349.^o: a responsabilidade não existe quando o dano é devido a uma *cause étrangère*, que apresente as características da força maior. Ela pode resultar de um evento fortuito, por causa da vítima ou de um terceiro; artigo 1378.^o: todos os responsáveis pelo mesmo dano são solidariamente obrigados à reparação. (v., a este propósito, Matthieu POMARÈDE, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *Recueil Dalloz* 35 (2006) 2420-2426.

Com as alterações introduzidas ao Code Civil em 2016, porém, acabou por não ser consagrada a posição explanada em texto, nada se dispondo acerca da causalidade alternativa incerta.

Apesar de não a acolhermos – pelo diverso entendimento causal que pres-supõe²⁰ –, a chamada à colação da posição é, a este propósito, extremamente importante, sobretudo porque nos leva a questionar em que medida será possível imputar a responsabilidade que se procura assacar não ao agente terrorista concretamente perpetrado do ato, mas ao grupo terrorista em si mesmo.

O tópico levar-nos-ia a considerar duas vias: ou se pretende responsabilizar a organização terrorista em si mesmo; ou se pretende responsabilizar os dirigentes da organização terrorista.

A primeira via leva-nos a questionar o problema da culpa de organização. A culpa de organização é chamada a depor para fazer face a situações em que não se consegue discernir a culpa do sujeito concretamente atuante. A categoria, pensada inicialmente no quadro do direito administrativo, sob a designação *faute du service*, não visa dar resposta aos problemas de incerteza quanto à autoria do facto, que podem ser reconduzidos à questão da causalidade alternativa incerta. Nestes, existe mais do que uma causa da lesão, não se conseguindo provar qual delas efetivamente gerou o dano-evento. Pelo contrário, no tocante à culpa de organização o que constata é que o sujeito que levou a cabo o ato não violou qualquer dever de cuidado, não tendo, portanto, agido com culpa. Mas, ao estar integrado numa organização funcional mais ou menos complexa, consegue perceber-se que a lesão do direito alheio não surge espontaneamente, mas é o resultado da preterição de deveres no tocante à própria dinâmica organizacional. Repare-se que, numa situação como a descrita, pode não ser possível fazer responder o titular da referida organização nos termos do artigo 500.º CC, desde logo porque pode não existir entre ele e o agente uma verdadeira relação de comissão; depois, porque o problema surge exatamente porque não existe culpa individual. Assim, sendo questiona-se em que medida pode ser imputada diretamente a responsabilidade ao titular da organização, falando-se em *culpa de organização*. Esta surge, entre nós, consagrada a propósito da responsabilidade do Estado pelos danos resultantes do exercício da função administrativa. Nos termos do artigo 7.º/3 da Lei n.º 67/2007, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto do titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço,

²⁰ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. VIII e X; e IDEM, *Lições*, 290.

entendendo-se que este existe quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos. A culpa de organização envolveria, portanto, a violação de deveres de organização, de vigilância por parte da entidade empresarial (ou equiparada) que controla uma determinada organização funcional. Tal violação seria, necessariamente, culposa, ou seja, era necessário que ao homem médio fosse exigível um outro tipo de comportamento. A culpa não é referida ao comportamento do sujeito individual, mas é referida ao funcionamento da própria organização.

Como bem se compreenderá, não podemos transpor a solução diretamente para o domínio do terrorismo. Em causa não está a causação de um dano sem que haja preterição de deveres de cuidado por parte do agente individual que atuou. Pelo contrário, o comportamento do sujeito lesivo é doloso. E sendo-o, poderemos lançar mão do artigo 500.º CC, por se detetar a responsabilidade individual. Simplesmente, esbarramos em dificuldades evidentes: dependendo da forma de funcionamento da organização terrorista, pode não existir entre os seus líderes e os agentes do terreno uma concreta relação de comissão, por um lado, e, por outro lado, inexistente, na maioria dos casos, uma personalidade jurídica a partir da qual o problema possa ser pensado. Donde resulta que, por esta via, se torna difícil responsabilizar o chefe da organização e que a responsabilidade da própria organização falece.

A alternativa parece ser a de responsabilizar o líder da organização, não por via do artigo 500.º CC, mas diretamente, com base na ilicitude desvelada por meio da violação de uma disposição legal de proteção de interesses alheios que colhemos do artigo 2.º/3 Lei n.º 52/2003. Aquele que chefiar um grupo terrorista comete um crime e deve ser responsabilizado por todos os danos que se possam reconduzir à atividade terrorista levada a cabo. A solução não afasta, contudo, a responsabilização solidária dos outros intervenientes, seja por via do direto cometimento do ato, seja por via da titularização de uma esfera de responsabilidade erigida a partir da preterição da proibição contida no n.º 2 do citado artigo 2.º.

2.2. Responsabilidade de terceiros com funções de segurança e manutenção de estruturas

Em face das dificuldades que se enfrentam na tentativa de responsabilizar os agentes terroristas, primários ou não, muitos são os que procuram assacar

uma eventual responsabilidade a terceiros com funções de segurança ou de manutenção de determinadas estruturas.

Entre estes, conta-se, obviamente, o próprio Estado, mas também os particulares que, detendo determinadas estruturas fundamentais, potenciais alvos terroristas, não cumprem por referência às mesmas os deveres de prevenção do perigo que lhes eram impostos. Dir-se-á, de forma globalizante e sem preocupações de pormenorização, que, uma vez violado o dever e havendo culpa em tal violação, o sujeito é responsável por todas as lesões que venham a ocorrer e que se inscrevam no âmbito de proteção daquele. Ou seja, poderá haver responsabilidade se o dano que emerge for um daqueles que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever violado. Encontrados, desta forma, os contornos externos da imputação objetiva que se há-de estabelecer, haveria, posteriormente, de cotejar a esfera de responsabilidade/risco titulada pelo (pretense) lesante com outras esferas de risco/responsabilidade, designadamente a que é encabeçada pelo agente terrorista.

Já sabemos que fundamental é indagar se os deveres do tráfego que colocaram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro.

Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

No que respeita ao terrorismo, não serão muitas as situações em que se possa vislumbrar um dever de evitar o ato terrorista. Mas poderão existir em concreto, por parte das entidades responsáveis pela defesa e segurança nacionais e das entidades que detêm determinadas estruturas (pense-se, por exemplo, em transportes como aviões), certos deveres que visam impedir o cometimento do crime por parte dos terroristas ou a atenuação das suas consequências. Se a violação deles não nos parece suficiente para excluir a

responsabilidade do agente terrorista, pode ser de molde a garantir a imputação ao lesante que agora acompanhamos, tudo dependendo, afinal, da intencionalidade da intervenção terrorista e do grau de violação levada a cabo pelo responsável pela segurança de certas estruturas.

Já não parece concebível a defesa de uma responsabilidade alicerçada no *over-precautionary behavior*. Os casos considerados – pelo menos em termos teóricos – por alguma doutrina estrangeira implicam uma demanda indemnizatória contra um sujeito que detém o controlo de uma estrutura tipicamente alvo de atos terroristas, mas que não foi lesada, por parte de um sujeito que, detendo uma estrutura análoga, a vê ser lesada. O fundamento para tal pretensão indemnizatória passa pela invocação de um excesso de prevenção que, tornando o alvo ileso de tal modo seguro, acabou por desviar a atenção para outros menos seguros²¹. Com efeito, o fundamento alegado não é apto a alicerçar o ressarcimento. Basta para o perceber que não há, da parte do pretense lesante, a violação de qualquer dever no tráfego que permita edificar os contornos externos de uma imputação objetiva que tem de ser estabelecida.

2.3. Responsabilidade do terceiro que financia o grupo terrorista

A terceira via de responsabilização que, neste contexto, se abre leva-nos a refletir sobre a posição dos financiadores. A questão não é meramente teórica, quer porque, noutras latitudes, ela já foi ensaiada em termos práticos, quer

²¹ Cf. Darius LAKDAWALLA/ERIC TALLEY, "Optimal liability for terrorism", 6 s. A este propósito, os autores referem-se a diversas posições doutrinárias: a) *common enemy doctrine*, nos termos da qual um proprietário é livre de usar qualquer método que tenha à sua disposição sem recear a responsabilização por parte dos seus vizinhos; b) *civil law doctrine*, nos termos da qual se impõe a *strict liability* para com os vizinhos, quando a ação para proteger um determinado bem do sujeito acaba por causar dano nos segundos; c) *reasonable use doctrine*, segundo a qual um proprietário pode fazer um uso razoável da sua propriedade e com isso afetar a propriedade vizinha, até ao ponto em que causa uma interferência não razoável com o uso daquela. Repare-se que estas posições são mobilizadas pelos autores no quadro de um pensamento marcado por uma racionalidade de pendor economicista, razão suficiente para afastarmos os argumentos. O afastamento a que se alude pode justificar-se, ainda, pelo facto de as soluções enunciadas não se mostrarem em consonância com os dados normativos do nosso ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, não faz sentido a posição que pretende responsabilizar as vítimas, por o ataque terrorista ter sido substancialmente causado pelo facto de estas estarem presentes no local do atentado. O proprietário do alvo, segundo alguns autores – cf. Darius LAKDAWALLA/ERIC TALLEY, "Optimal liability for terrorism", 8 – deveria poder demandar contra aquelas uma pretensão indemnizatória. A referência faz-nos uma vez mais, mas agora por referência a um circunstancialismo concreto, perceber que a preocupação com a eficiência (eficientista) acaba por ferir de morte a própria noção de justiça, condenando o direito a um não-direito.

porque esta parece ser uma via importante para garantir uma responsabilidade que não seja uma mera declaração de princípio, como pode acontecer quando se procura demandar o próprio agente terrorista ou o grupo a que ele pertence. Dir-se-ia, preliminarmente, que, a ser viável responsabilizar os financiadores dos grupos ou associações terroristas, não só se alcançaria mais facilmente o desiderato reparador do instituto delitual, como se obteria a eficácia preventiva que anda – embora de forma subsidiária – associada à responsabilidade civil²².

A este propósito, Alison Bitterly apresenta três possíveis cenários, a traduzir-se em três hipóteses práticas.

Num primeiro cenário, um banco x detém milhares de contas por todo o mundo e presta serviços financeiros a clientes de seis continentes. Como resultado da negligência de um seu funcionário, o banco transfere fundos através de um sistema computadorizado para um grupo terrorista que atua no Médio Oriente. O dinheiro é usado para adquirir vestuário suicida, que um membro do grupo usa e detona numa rua do Iraque, causando vítimas, entre as quais um cidadão do estado do banco x²³.

Num segundo cenário, o banco y tem o mesmo nível de negócios que o anterior. Simplesmente, ao invés, presta conhecidamente serviços de rotina e não rotina a organizações terroristas, como por exemplo a entrega de pagamentos personalizados aos familiares dos bombistas suicidas, depois das suas mortes. O grupo terrorista em questão lança um ataque e mata um cidadão do estado do banco y²⁴.

Num terceiro cenário, também oferecido por Alison Bitterly, o banco z tem negócios com múltiplos países, incluindo o Irão, um dos países que consta da lista de estados patrocinadores do terrorismo, elaborada pelos EUA. Transfere, contra o que é permitido pela legislação norte-americana, fundos

²² Cf. Alison BITTERLY, "Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act", 3390. Em causa a análise, no quadro do ordenamento jurídico estadunidense, do Antiterrorism Act de 1990 (ATA) e do problema da *secondary liability*. Considerando que o ATA não é suficiente para suportar uma pretensão indemnizatória contra um banco por providenciar serviços financeiros a um terrorista, sublinha que deveria haver uma alteração do quadro normativo, no sentido de a permitir, porque isso aumentaria o efeito preventivo associado à responsabilidade civil.

²³ Cf. Alison BITTERLY, "Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act", 3390 s., de onde foi colhido o exemplo.

²⁴ Cf. Alison BITTERLY, "Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act", 3390 s., de onde foi colhido o exemplo.

para um grupo terrorista que ali atua, o qual lança um ataque terrorista, acabando por matar um americano²⁵.

Analisando cada um dos casos, a autora conclui que, enquanto o banco x vai evitar a responsabilidade e o banco y pode ser facilmente responsabilizado, por haver intenção de ajudar o grupo terrorista, o banco z apresenta a situação mais ambígua. Não é nossa pretensão, como bem se compreenderá, procurar uma solução para o problema no seio da *common law*. O recurso ao verbo e exemplos alheios serve, tão-só, para ilustrar um problema que apresenta uma estrutura e intencionalidade muito próprias.

a) A responsabilidade no seio da primeira modalidade de ilicitude

No âmbito do nosso ordenamento jurídico, porque a responsabilidade extracontratual sofre uma influência direta do modelo proposto por Ihering e consagrado no BGB, exige-se, para que uma pretensão indemnizatória seja procedente, em regra, que o comportamento do agente seja ilícito. Essa ilicitude vamos encontrá-la, descontados que sejam os casos de abuso do direito, na violação de direitos de natureza absoluta ou na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. Na sequência de um ataque terrorista, existem por certo inúmeras lesões do direito à vida e à integridade física, bem como do direito de propriedade. Não basta, porém, que se constate a violação de um direito absoluto. Ainda que a ilicitude com que operemos seja a ilicitude do resultado e não da conduta²⁶, ou até por isso, é necessário que se possa imputar a referida lesão ao comportamento do sujeito que se pretende responsabilizar. Importa, portanto, lidar com o problema do estabelecimento de um nexo de imputação objetiva (ou nexo de ilicitude), a compreender-se enquanto causalidade fundamentadora da responsabilidade, embora se aparta de qualquer lógica causalista na sua densificação.

Na doutrina alemã, problemas com esta intencionalidade problemática são tratados sob o signo da causalidade psicológica. Torna-se, portanto, relevante dar voz a Stephan Philipp Forst. O problema de que o autor parte não é outro senão aquele que o próprio enuncia: “podem ser imputadas ao lesante determinadas consequências, apesar de, segundo uma lei da natureza, tais ações

²⁵ Cf. Alison BITTERLY, “Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act”, 3390 s.

²⁶ Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições*, 203 s.

não serem tidas como tal?²⁷. A questão vai, porém, na sua obra, restringida ao problema da *psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*²⁸, isto é, aos casos em que se denota a influência de uma causalidade psicológica. Sobre ela Winiger ensina que supõe várias pessoas envolvidas no mesmo facto, podendo estas encontrar-se numa relação de oposição entre si (como quando uma é vítima da influência de outra) ou numa relação de cooperação (colocando-se aqui o problema da indução ou incitamento que envolve problemas de concurso de responsabilidade), e podendo-se apresentar diversas formas e

²⁷ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, München: Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, 2000, 1.

²⁸ Cf., a este propósito, Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 21. Aufl., Köln/Berlin/München: Carl Heymanns, 2007, 409, distinguindo os casos de *psychisch Kausalität* das situações de *vermittelter Kausalität*.

Cf., porém, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003, (Europäische Hochschulschriften), 17. Definindo a *psychischen Kausalität* como aquela que surge nos casos “bei denen der Schaden nicht durch die direkten physischen Auswirkungen des Verhaltens einer Person eintritt, sondern über den Umweg einer psychischen Komponente entsteht, nämlich das willentliche Handeln einer weiteren Person”, diz que ela é muitas vezes conhecida como *psychisch vermittelte Kausalität*, sendo o problema também conhecido por *novus actus interveniens* no quadro do preenchimento da responsabilidade (*Haftungsausfüllung*) [Acerca da questão do *novus actus interveniens*, v., ainda, entre outros, Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 2006, 30 s.].

Para uma visão comparativa e abrangente dos problemas atinentes à causalidade psíquica, cf. B. WINIGER, “Comparative report: damage caused by psychological influence”, in B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A. KOCH/R. ZIMMERMANN, ed., *Digest of European Tort Law*, vol. 1: *Essential cases on natural causation*, Wien/New York: Springer, 2007, 193; 4 “Damage caused by psychological influence”, 253. Sobre o ponto, cf., igualmente, Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, 131 s. e 142 s. Os autores bipartem a análise do problema em dois grandes segmentos: 1) *freie Handlungen des Verletzten* – comportamento livre do lesado [integram aqui situações como: a) *Nothilfefälle* – cf. p. 132, ponderando-se, no seu seio, questões tão importantes como a procedência ou não de uma pretensão de acordo com o regime da gestão de negócios – § 677 BGB; a diferença valorativa da inserção da questão na responsabilidade pelo risco ou por factos ilícitos; a existência de um dever de comportamento tendente a não serem criadas situações sociais de emergência; a putativa existência de obrigações morais e legais de intervenção em face do perigo; a aplicabilidade do § 254 BGB; b) *Fluchtfälle* – casos de fuga, cf. p. 134 s., considerando que a fuga é um ato ilícito quando a pessoa provocou o lesado e ela não se mostra desproporcionada em relação ao significado da situação e que a responsabilidade do que foge fica limitada ao aumento do risco, não cobrindo os normais riscos do tráfego. Pondera-se, também, o facto de muitas normas que tornam a fuga ilícita servirem para protecção de outros interesses que não a salvaguarda daquele que persegue e de as condutas impróprias deverem ser valoradas à luz do § 254 BGB; c) *Selbstschädigung des Verletzten, Verhalten des Verletzten und Folgeschäden* – cf. p. 136, considerando que o critério da provocação se aplica também quando o dano se concretiza por uma reacção potencialmente perigosa do lesado, mobilizando-se o § 254 BGB quando a lesão surge como uma compreensível resposta, embora não óptima do ponto de vista económico]; 2) *Eingriffe Dritter* – intervenção de um terceiro [considerando, a este propósito, que a delimitação da responsabilidade desses terceiros e o âmbito do risco do lesado não é baseada só na adequação e que o comportamento do terceiro não exclui a responsabilidade quando lhe foi dada a ocasião para o evento ou mesmo quando tenha atuado negligentemente. Excluem-se, porém, as situações de negligência grosseira do terceiro]

Entre nós, vide Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2003, 624 s., considerando que aí estão em jogo os casos em que o nexo entre a conduta do responsável e o resultado danoso se estabelece através da ação de uma pessoa.

intensidades de influência psicológica. A saber: 1) *slightest influence*, onde se incluem caso de *simply excitement* (ex. da pessoa que observou um acidente de viação e socorre a vítima que foi lesada pelo carro, sendo atingida por outro automóvel), os casos de simples tentação (como o caso do rapaz que se põe a brincar com o vidro que encontra no recreio) e os casos de sedução (ex. da promessa de casamento como meio para obter o consentimento para relações sexuais); 2) *slight influence*, onde encontramos formas de imitação (alguém encoraja outro, pelo exemplo que dá ou não, a adotar um determinado tipo de comportamento) e os casos particulares de perseguição; 3) *stronger influence* (casos de incitamento para a prática de um ato perigoso ou ilícito); 4) *strongest influence* (uma pessoa atuou às ordens de alguém que lhe solicitou para executar determinada atividade perigosa. Também se integram aqui os casos de explícita provocação e de intimidação); 5) casos particulares de influência psicológica que dizem respeito à errada ou insuficiente informação, como as situações de não cumprimento do dever de informação por parte dos médicos²⁹.

O problema coloca-se porque, entre a primeira causa e o resultado, intercede uma decisão livre, tida como segunda causa. O cerne do problema reside, pois, na dúvida que se concita acerca da conformação da primeira causa como causa *tout court*, por se constatar a influência psicológica que exerceu sobre o segundo agente, afetando-lhe a vontade. Diz-nos Forst que, se a ação do primeiro causador é apenas uma condição necessária mas não suficiente para a decisão livre e a ação do segundo, que naquela se baseou, poderia ter sido diversa, se torna problemático responsabilizar o primeiro agente³⁰. Segundo Forst, se, entre a ação de um sujeito e a consequência final dela, uma segunda ação voluntária de outro sujeito se interpõe, as duas podendo ser vistas como condições sem as quais o dano não se produziria³¹. Ou seja, e continuando a acompanhar, passo a passo, a exposição do autor, um primeiro agente coloca uma condição necessária para a decisão livre e para ser a base da ação de um segundo agente, cuja conduta, designada por *novus actus interveniens*, surge, por seu turno, como *conditio sine qua non* de um outro resultado. Por isso, se pode concluir que o resultado final não é determinado segundo uma lei da natureza, sendo, pelo contrário, no nexa causal, a decisão livre de vontade do segundo agente cunhada como um momento psicológico. Residem aí os

²⁹ B. WINIGER, "Comparative report: damage caused by psychological influence", 253 s.

³⁰ FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 3-8.

³¹ FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 18.

problemas imputacionais. Por um lado, a doutrina da equivalência das condições não permite dizer a quem vai ser imputado o resultado danoso, por ser qualquer dos comportamentos condição sem a qual o dano não poderia ocorrer. De igual modo, a doutrina da adequação não logra resolver a questão, porque, havendo uma objetiva regularidade dos acontecimentos, torna-a problemática³².

³² FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 18 e 29.

Num exemplo do autor, A emprestar a B a sua pistola, apesar de saber que ele é portador de um feio irascível e violento, arma essa que será posteriormente utilizada, no meio de uma discussão entre B e C, para o primeiro atacar o segundo? Poderá ser imputada alguma responsabilidade a? – cf. 37 e 45. Por um lado, dividem-se as hipóteses assimiláveis pela intencionalidade normativa da categoria dogmática por si chamada à colação entre os casos *Zweipersonenverhältnissen* (segundo causador do dano e lesado identificam-se) e os *Dreipersonenverhältnissen* (o segundo causador do dano e o lesado são pessoas distintas) [cf. p. 31] [v., sobre o ponto, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 17. O autor distingue mais do que um tipo de casos, a convocar, segundo o seu entendimento, problemas diversos: a) casos em que o segundo agente causador do dano lesa os seus próprios interesses, nos quais a questão que se suscita é a de saber se o primeiro agente é responsável ou se, sendo o primeiro agente responsável, vai ou não haver uma repartição da indemnização segundo os critérios do § 254.º BGB; b) casos em que o primeiro agente sofre através de um segundo agente danos, colocando-se o problema de saber se ele tem de suportar esse dano, se o agente é responsável ou se o segundo é responsável mas o dever de indemnizar fica limitado pela contribuição culposa do primeiro agente; c) casos em que o bem jurídico lesado pertence a um terceiro, passando o problema a ser o de saber se é responsável o primeiro agente, o segundo ou os dois solidariamente (§ 840, 421 s. BGB); e LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch*, 131 s., que classificam as situações de *psychisch vermittelte Kausalität freie Handlung des Verletzten e Eingreifen Dritter*].

Acerca das *Zwei-Personen-Verhältnissen*, veja-se, novamente, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität*, 45 s. Ristow apresenta, dentro delas, inúmeras situações. Acompanhemos, pois a sua taxonomia: a) *Dazwischentreten zur Hilfeleistung* – intervenção para socorro (segundo o testemunho do autor – cf. 71 s. –, tradicionalmente, aplica-se a estes casos o critério da provocação – *Herausforderungskriterium* –, desenvolvido para os casos de prestação de socorro e salvamento – *Nothilfe und Rettungsfälle* –, mas que pode ser mobilizado para qualquer situação que envolva ajuda – *Hilfeleistung*. O segundo agente intervém para impedir uma situação danosa ou perigosa. Ora, tem-se entendido que não é socialmente inadequado o surgimento do auxílio, sobretudo quando avulta uma obrigação moral para agir. Ristow acaba por mostrar-se cético relativamente a algumas destas ideias. Em primeiro lugar, diz-nos que “é duvidoso que alguém possa gerar uma emergência socialmente adequada, uma vez que a noção de emergência em si mesma contém uma ideia de inadequação social”, ao que acresce que “é discutível a ideia de criação de uma obrigação moral de agir, porque, estando em causa uma situação que pode provocar graves lesões para o próprio, essa obrigação claudica”. Também a invocação do interesse público não colhe a aceitação do autor, porquanto a finalidade da responsabilidade civil esteja distante dele. Por isso, sustenta que a melhor formulação é a que aponta para o confronto entre o comportamento do primeiro e do segundo agente – o fundamento da responsabilidade radicaria, assim, na “produção socialmente inadequada de uma situação de perigo. Não obstante, há que estabelecer limites, que Ristow nos dá a conhecer a p. 74 s. Na verdade, ações totalmente despropositadas do segundo agente, designadamente quando há uma desproporção entre o risco gerado e a intervenção daquele ou quando se denota a irracionalidade que é incorrer em perigo quando a causa de ajuda é fútil); b) *Dazwischentreten bei Autoritätsstellung des Erstverursachers* – intervenção pela posição de autoridade do primeiro agente (cf. 76 s., onde o autor explica que aqui a atuação do segundo agente não é motivada pela criação de um especial perigo por parte do primeiro agente, mas por uma confiança neste que se manifesta através da ação do segundo, que tem um défice de conhecimentos que o impede de avaliar a situação. Há que ponderar aqui a própria ideia de autorresponsabilidade do segundo agente, falando-se, por vezes, de *Herdenreaktion* – v., a propósito, também citado por Ristow, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 I BGB”, *Juristenzeitung* (1980) 13); c) *Dazwischentreten*

Embora numa certa impostação do problema se vinque a ideia de influência psicológica que o primeiro agente exerce no segundo, o âmbito de relevância do que vem conhecido por causalidade psicológica parece ser mais amplo, englobando as hipóteses em que o comportamento de um sujeito facilita a atuação de um segundo.

Considerando impossível determinar com certeza absoluta qual a causa do resultado lesivo em situações de sobredeterminação causal, há que, de acordo com Forst, “avaliar até que ponto uma delas pode ser sobrestimada como fundamento da imputação delitual ou se as duas afluirão como polos de imputação”³³, para o que urge convocar princípios, a partir dos quais são especificados critérios de resolução do problema³⁴. O alicerce dos modelos imputacionais apresentados pelo jurista alemão surge, então, eivado por considerações éticas. Ponto de partida e perspectiva que o condicionará é a liberdade humana³⁵. Uma liberdade humana que, contrariando qualquer nota

bei Eingriffspflichten des Zweitverursachers – intervenção obrigatória do segundo agente (cf. 91 s. – neste grupo, “a intervenção do segundo agente não foi motivada pelo perigo criado para os bens jurídicos de uma pessoa, nem por uma especial autoridade do primeiro agente. Antes o segundo sujeito sente, pela sua posição institucional, que tem a obrigação de intervir. É o que acontece sempre que o segundo agente pertence ao corpo policial. Fundamental, para que haja imputação, é que tenha havido provocação – *herausgefordertes Dazwischentreten* –, não sendo suficiente que o comportamento tenha sido solicitado. Fundamental, ainda, parece ser, pelo diálogo encetado pelo autor a págs. 119 s., o cotejo de esferas de risco e responsabilidade, ao ponto de, e centrando-se exclusivamente na atuação policial, dizer que os agentes de autoridade incorrem num âmbito mais vasto de risco do que as outras pessoas, o que implica que só em casos extremos falha a responsabilidade por o perseguidor ter incorrido em riscos absolutamente inadequados, abrindo-se as portas à repartição de responsabilidade segundo o §254.⁹ BGB. Note-se, porém, que – cf. 122 –, de acordo com outra perspectiva, o risco da perseguição situa-se na esfera profissional do perseguido); d) *Dazwischentreten bei gegenständlichen Gefahrenkontrollpflichten des Erstverursacher* – intervenção pelo concreto dever de controlo do perigo do primeiro agente (cf. 126 – trata-se de situações em que o primeiro agente deteve o controlo sobre uma concreta fonte de perigo e viola um dever de conduta, sendo o segundo agente quem produz diretamente o dano). Acerca das situações que envolvem um terceiro, cf. 145 s. A este ensejo, Till Ristow apresenta uma taxonomia análoga à que curámos em cima. Assim, fala de a) *Dazwischentreten bei Unterlassung einer hinreichenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* – intervenção pela omissão de uma disposição de segurança pelo primeiro agente; b) *Dazwischentreten bei Beeinträchtigung einer bestehenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* – o primeiro agente estava onerado com uma disposição de segurança relativamente aos bens jurídicos do lesado e viola-a; o segundo agente aproveita-se da preterição da obrigação para lesar o bem jurídico de um terceiro (cf. 172 s.); c) *Dazwischentreten bei Konstellation, die den Zweit-Personen-Verhältnissen entsprechen* – intervenção em constelações que correspondem às *Zwei-Person-Verhältnissen* – 183 s.

³³ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 120-121.

³⁴ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 120-121.

³⁵ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 123. Note-se que, não obstante a louvável ancoragem na liberdade humana, o enfoque é sobretudo colocado na ausência de determinismo, e bem assim de heterodeterminação do sujeito, com o se dá lustro a uma liberdade entendida em termos voluntaristas. O acento tónico é, de facto, colocado na vontade livre.

Saliente-se, ainda, que o princípio precipuamente mobilizado é, posteriormente, objeto de escalpelização por Stephan Forst.

de determinismo natural, permite ao autor ensaiar dois modelos distintos de fundamentação da imputação do resultado lesivo à conduta do agente, ou, atendendo à estrutura dos casos em análise, de um dos agentes.

De um lado o modelo da causalidade mediata ou indireta (*mittelbaren Verursachung*); de outro, o modelo da causa negligente (*fahrlässing Verursachung*)³⁶.

Baseia-se o primeiro não só no pano de fundo fundamentador anunciado (a liberdade de autodeterminação do sujeito), como também na demarcação das áreas de responsabilidade dos sujeitos envolvidos no caso *sub iudice*. Congruentemente, o princípio da responsabilidade direta ou pessoal reclama a comparabilidade das vontades em jogo³⁷. Ou, numa perspectiva dogmaticamente densificada, o caso com que o jurista se confronta só se tornará problemático se e quando a atuação do segundo agente se basear num ato de vontade livre. De outro modo, discernir-se-á uma instrumentalização de um ser humano no sentido de pôr em marcha um determinado resultado. Inexistirá um dos eventuais e pretensos polos de imputação delitual, pela falência liminar do fundamento em que ela se predica. Simplesmente, o traçar da fronteira entre a atuação livre do segundo agente e a heterodeterminação da sua vontade não pode ser feita segundo uma ótica naturalista, pelo que é, afinal, aí que repousa o busílis da questão que com a transposição da noção de autor mediato – colhida de empréstimo do congénere penalista – se procura resolver³⁸.

O eminente sentido imputacional torna-se translúcido se atentarmos no desenvolvimento da ideia inicial do autor. São suas as palavras: “o modelo do causador mediato deve ser forjado no seio da doutrina do escopo da norma violada”³⁹, estando em causa “um cotejo de esferas de risco”⁴⁰⁻⁴¹. Para tanto e

Como decorrência da liberdade de vontade, fala o insigne jurista do: 1) princípio da responsabilidade própria (124); 2) princípio do domínio ou do controlo (126), com o qual Forst pretende chamar para o epicentro das suas lucubrações, ainda e sempre em sintonia com o pressuposto valorativo de que parte, a ideia de controlabilidade do decurso causal, pela qual se contornaria a eficácia determinista das leis da natureza. Interpretação possível do critério leva-o a aproximar-se de uma ideia de adequação social (127).

É com base nestes axiomas que Stephan Forst idealiza dois modelos de solução do problema.

³⁶ Acompanharemos de muito perto a explicitação do autor sobre o tema.

³⁷ Cf. Stephan Philipp Forst, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 128.

³⁸ Cf. Stephan Philipp Forst, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 129.

³⁹ Cf. Stephan Philipp Forst, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 130.

⁴⁰ Cf. Stephan Philipp Forst, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 131. Considera o autor que, se o segundo agente atua de forma não autónoma, não mais terá de suportar o risco específico da sua conduta, o qual só pode ser imputado ao primeiro agente.

Segundo a taxonomia apresentada por Forst, essa liberdade sairia excluída quando o segundo agente tinha obrigação de agir; quando o primeiro agente cria uma situação diante da qual o segundo passa a ter a obrigação de atuar, sob pena de se sujeitar a determinadas sanções ou efeitos nefastos. Do mesmo modo, sugere-se haver uma constrição da liberdade humana sempre que uma ação seja autorizada (135) e bem assim sempre que o primeiro agente detenha em

enquanto desenvolvimento do postulado de que se parte, o essencial da valoração que se entretence encontra raízes na existência ou não de uma vontade livre dos sujeitos envolvidos. Excluindo-se a autodeterminação do segundo agente, a responsabilidade remontará ao primeiro. Inversamente se passam as coisas se o seu ato for totalmente livre.

Situações haverá, porém, em que se afigura justo responsabilizar o primeiro agente ainda que a liberdade de vontade do segundo não se apresente coartada de algum modo. É por isso que Stephan Phillip Forst complementa o modelo da *mittelbaren Verursachung* com o também pré-anunciado modelo da *fahrlässing Verursachung*⁴².

Ponto inicial da tentativa de perscrutar a viabilidade da imputação do dano ao primeiro agente, não obstante a constatação do carácter livre do comportamento do segundo, é agora a qualidade subjetiva da conduta daquele. Sendo ela dolosa, poucas dúvidas restarão acerca do carácter livre dela; sendo negligente, o grau de complexidade com que o jurista terá de lidar aumenta. Imprescindível é, aí, a dilucidação da preterição de especiais deveres de atuação diligente, já que, “se uma ação levada a cabo em contravenção com esse dever de diligência dá origem a um curso de acontecimentos, não se pode rejeitar a responsabilidade pela lesão ocorrida invocando a vontade livre do segundo agente que intervém posteriormente na relação causa-efeito”⁴³.

Sendo inviável elencar, *a priori*, os deveres a que nos referimos, sempre se dirá que a nota da excecionalidade derrama aqui a sua influência. Isto é, na medida em que a responsabilização do primeiro agente por uma conduta do segundo quebra a regra da responsabilidade pessoal e direta, há que ser especialmente cautelosos na adjudicação dessa obrigação de ressarcimento⁴⁴.

relação ao segundo uma posição de autoridade (137), ou possua um nível cognitivo ou um grau de competência superior aos detidos por este que desequilibre o jogo de forças envolventes, ao ponto de se considerar fundadamente que a liberdade do segundo agente se afigura coartada (138). Inversamente, excluir-se-á a responsabilidade, a montante, do primeiro lesante sempre que o segundo incorra em excesso.

No que se refere ao carácter culposo ou não da conduta do segundo agente, Philipp Forst denuncia uma incompreensão genérica do modelo por parte da doutrina. Sustenta que a valoração tem de ser feita independentemente do juízo de culpabilidade (140).

⁴¹ Quanto ao ponto, veja-se também, embora noutra perspectiva, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB”, 10 s. (em especial 12 s). IDEM, “Der Selbstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Sachensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1979, 103 s.; H. LANGE/G. SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 131 s.

⁴² Cf. Stephan Phillip FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 142.

⁴³ Cf. Stephan Phillip FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 145-146.

⁴⁴ Cf. Stephan Phillip FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 147. Cf., sobre o ponto, Martín GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños*

Para tanto adianta Forst dois elementos: a previsibilidade objetiva da violação do bem jurídico⁴⁵ e a inevitabilidade da lesão. O primeiro remete-nos para o núcleo predicativo da adequação e para a probabilidade que ela encerra, que deixa de ser elemento fundante da imputação para passar a ser um mero filtro auxiliar do juízo de valoração entretecido⁴⁶. O segundo cumpre a missão de trazer para o seio da indagação causal o princípio do controlo da coisa pelo agente⁴⁷.

A proposta do autor apresenta inequívocos méritos. Mas, algumas das suas impositões concitam as nossas dúvidas. Positivamente, sublinharemos a integração no contexto da causalidade fundamentadora da responsabilidade de uma dimensão de *Zurechnungszusammenhang*. Simplesmente, esta

indemnizables, Granada: Editorial Comares, 2008, 148 s., questionando o alcance dos danos indemnizáveis quando se produz a intervenção danosa de um terceiro e o problema da proibição de regresso. Havendo uma conduta dolosa que facilita o ato de outra pessoa, pergunta o autor se o primeiro causante deve também ser responsabilizado. A resposta à indagação varia consoante a natureza do comportamento em apreço. Assim, a) no caso de uma intervenção dolosa, temos de saber qual o fim de proteção da norma. É este e não a previsibilidade da atuação do terceiro que deporá no sentido da imputação do dano ao primeiro agente ou não, pese embora aquela previsibilidade possa funcionar como índice de aferição da finalidade normativa, concluindo-se pela rejeição da doutrina da proibição de regresso e bem assim pela inexistência da ideia de interrupção donexo causal; b) no caso de uma intervenção negligente (cf. 153), considera-se a questão mais complexa. Ilustrando-a com a hipótese de negligência médica relativamente ao paciente atendido num hospital depois de uma lesão perpetrada pelo primeiro causante, o autor aduz que este “deveria responder de forma geral pelos danos ulteriores causados pelo pessoal médico, porque a produção da lesão ou dano corporal é que desencadeia o risco de novos danos”, mas ressalva que, “se há negligência grave do médico, não pode imputar-se a responsabilidade ao primeiro causante”, porque é de esperar uma atuação conforme a perícia profissional, falando-se, inclusivamente, de um princípio da confiança; c) no caso de uma intervenção lícita, motivada por um comportamento do primeiro causante, como sejam as reações de defesa ou perseguição, não se elimina em absoluto a responsabilidade daquele que agiu ilicitamente.

⁴⁵ Sobre o ponto, v., também, Johann NEETHLING, “Delictual Liability for psychological lesions in South African Law”, in ULRICH MAGNUS/JAAP SPIER, ed., *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main etc.: Peter Lang, 209 s.

⁴⁶ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 148.

Para um aprofundado confronto entre o modelo proposto por Forst e a doutrina da causalidade adequada, cf. 157 s.

Sistematizando diferenças mais ou menos evidentes, diríamos que há pontos de contacto entre ambas: ideia de probabilidade; padrão de referência ancorado no observador ótimo, embora aqui com a subtilidade das divergências doutrinárias constatadas; ponto de vista tendencialmente objetivo. Contudo, pensamos não incorrer em nenhuma imprecisão se adiantarmos que o ponto de partida do autor é diverso. Não se inicia o percurso dialógico a partir do resultado, mas da comprovação fundada de uma obrigação de atuação diligente que, em concreto, foi preterida.

⁴⁷ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 149. Continuando o cotejo com o primeiro modelo por si apresentado, Stephan Forst mostra que, ao contrário do constatado ao nível do modelo da *mittelbaren Verursachung*, estando em causa a negligência do primeiro causante, o problema tem de ser equacionado noutros termos. Chamada à colação é a ideia da proporcionalidade da intervenção no processo causal, podendo acontecer que o dever do primeiro agente seja de tal modo amplo que se estenda para ter de cobrir ações do segundo, ainda que ele atue manifestamente de forma excessiva – cf. 151.

Para uma análise do papel que a culpa do segundo causador do dano aqui desempenha, cf., ainda, 153 s.

é subsequente à prova da condicionalidade aferida nos termos da doutrina da equivalência, sem que se justifique – num contexto mais amplo de compreensão da *imputatio facti* – a opção dela em detrimento de outras possíveis teorias ou testes causais e sem que se superem as aporias a que a mesma acaba por conduzir o jurista.

Forst salienta, como não poderia deixar de o fazer, a liberdade humana e é na sua eleição fundamentante que vai ancorar todas as lucubrações subsequentes. É ela que, entre as outras potencialidades que encerra, permite a colocação da ideia de controlo da ação no epicentro dos modelos teóricos por si forjados. Na verdade, a desvelação do sentido livre do agir humano, arredando a conduta de cada um do determinismo da *res natura*, torna equacionável a responsabilidade pelo controle causal originário. De um certo prisma, garante ainda a tematização da culpa. E garante a inteligibilidade da assunção do risco. Simplesmente, cremos que o autor poderia ter ido mais longe nesse apelo à dimensão de autonomia.

Para tanto, seria necessário repensar o problema da causalidade não por referência a um leque circunscrito de hipóteses juridicamente relevantes, mas por referência à responsabilidade civil globalmente considerada.

Cremos, no entanto, que há possibilidade de se cumprir tal missão. Basta para tanto assumir comprometidamente o direito como uma intenção de validade a pressupor uma axiologia radicada no ser pessoa, com a sua autonomia e responsabilidade, e a realização do direito em concreto como impensável sem a remissão dos requisitos conformadores de uma norma ou instituto jurídico para aquela intencionalidade. Assim sendo, a causalidade há-de não só transmutar-se em imputação, como partir sempre de uma dada compreensão da responsabilidade entendida em termos de responsabilidade pelo outro. Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de princípio comunicadas pelo sentido do direito – desvelável na ideia de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role-responsibility* colimada na pessoalidade) – só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração, não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela. Quer isto dizer que, para que o sistema seja congruente, não basta a previsão da culpa e da ilicitude como requisitos do ressarcimento. Na interpretação que se faça deles, há que transcendê-los pela pressuposição da intencionalidade ético-axiológica daquele princípio da responsabilidade assente na pessoalidade.

E o mesmo se há-de dizer em relação à causalidade: mais do que ser vista como um problema normativo, há-de ser recortada, entre outros aspetos, com base na ideia de pessoalidade livre em que se ancora toda a juridicidade. A leitura ético-axiológica do pressuposto delitual não pode, contudo, apagar do nosso referente dialógico as outras notas que, num nível menos rarefeito de compreensão delitual, concorrem para a caracterização do sistema. Nessa medida, importa não esquecer a ideia de comutação a que somos conduzidos pela análise da teleologia primária da responsabilidade civil. Se a finalidade precípua do instituto é a reparação dos danos, torna-se urgente considerar o resultado lesivo, sem o qual a indemnização não terá razão de ser. É ele que torna a causalidade imprescindível como requisito delitual: permite estabelecer a ponte entre a teleonomologia e a teleologia da responsabilidade civil. Ou dito de outro modo, é ela que evita o desenho puramente sancionatório do instituto, impondo que este apenas assimile a relevância do caso concreto quando e se o comportamento ilícito e culposo se projete num dano. Na verdade, não basta que se olhe para uma dimensão de validade. Qualquer critério jurídico há-de ser perpassado por uma ideia de eficácia. Nessa medida, na busca dos contornos com que deve ser desenhada a causalidade, importa não obnubilar o dado ontológico envolvente. Será ele a chamar-nos a atenção quer para a complexidade causal, quer para o imbricamento condicional. Nesta medida, influenciará, numa dialética entretecida com o plano axiológico, a própria modelação da causalidade enquanto requisito do direito delitual. O risco é, assim, chamado para o centro do discurso do decidente. O apelo à conformação societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada ato concreto – ou atividade encabeçada – do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraindo do contexto relacional de esferas que se cruzam. É, aliás, este o único recorte compaginável com a noção de ação em que iremos estruturar o nosso delito. Assim, A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque

o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialéctico de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexó de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente relativamente ao da culpa. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores

como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*. Em termos práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indemnizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de protecção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo. Seja como for, e independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, o nexó de ilicitude que se começava a desenhar com a violação normativa. Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjetivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de mobilização

de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz sentido falar-se de uma alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que – embora perspectivado na ótica do resultado – o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexos de imputação que estamos a erigir.

Adequadamente compreendida a ação, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, obviamente, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexos de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o carácter ilícito do resultado. Não se trata de apurar da relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do comportamento para a emergência do dano.

Pressuposta que seja a finalidade primacial do ressarcimento como a reparação, e não esquecido que o sentido pessoalista da responsabilidade não nos pode afastar da determinação do agente, torna-se simples o sentido da solução. Deve-se, de facto, admitir a invocação do comportamento conforme ao direito como expediente de exclusão da imputação que se traça. A este nível colhe a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito, porque, ao mostrar que a lesão surgiria do mesmo modo independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento, consegue-se obter a prova do não incremento do risco. No fundo, o lesante demonstra que o dano que emerge não se conxiona funcionalmente com a esfera de responsabilizada atualizada a partir da obliteração dos deveres de conduta. A dificuldade passa, portanto, a ser outra, qual seja a de saber qual a prova que deve ser oferecida pelo obrigado a indemnizar. O julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efetiva causa do dano ou quando haja prova da elevada probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta. Note-se que o grau de probabilidade de que aqui se fala deve andar próximo

da certeza, o que se entende se se considerar que a assunção da esfera de risco coenvolve igualmente o risco processual.

Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior. No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das consequências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade, extraordinariedade, excecionalidade e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efetivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela. Com isto, mostramos que não é ao nível da culpa que as duas categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspetiva que as funde no conceito de causalidade. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior retiram do núcleo de responsabilidade do lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.

Nos casos que nos importam, a imputação deverá começar a desenhar-se pela preterição de determinados deveres de cuidado por parte dos bancos. Quer isto dizer que só poderá haver responsabilidade pelo financiamento de grupos terroristas se o banco agir dolosamente, com intenção de suportar os intentos maléficos daqueles, ou negligentemente, preterindo deveres que tenham sido erigidos exatamente para evitar o aproveitamento malicioso de fundos de financiamento. Pensamos, designadamente, nas normas de *compliance* que podem, também, ter como finalidade evitar o suporte de atividades terroristas.

Posto isto, torna-se necessário confrontar a esfera de risco do banco com a esfera de risco do agente terrorista. Há, aí, que ter em conta alguns

aspectos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

Parece-nos, portanto, claro ser possível responsabilizar o banco pelo financiamento do terrorismo. Tal acontecerá, tendo agora em conta as hipóteses tipificadas por Alison Bitterly, nas situações em que a instituição financeira auxilia deliberadamente algum ou alguns dos membros de um grupo terrorista ou seus familiares, em que a instituição, em violação de regras de comportamento, transfere fundos para organizações terroristas e, ainda, nas hipóteses em que o faz por mera negligência. Neste caso, porém, haveremos de tentar perceber quais os concretos deveres de cuidado que foram preteridos. O seu escopo protetivo seria determinante para concretizar a resposta que procuramos. Nessa medida, há a considerar os deveres impostos às instituições financeiras no quadro da lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto. Entre outros deveres, sublinham-se os deveres de controlo, de identificação e de diligência, de comunicação, de abstenção, de recusa, de conservação, nos termos do artigo 11.º do citado diploma. No mais, o n.º 3 deste preceito determina que as entidades bancárias estão proibidas de praticar atos de que possa resultar o seu envolvimento em qualquer operação de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, devendo adotar todas as medidas adequadas para prevenir tal envolvimento.

Uma última nota para sublinhar que a responsabilidade da entidade bancária pelos atos dos seus funcionários, dirigentes ou agentes ficaria, em concreto, dependente da verificação dos pressupostos do artigo 500.º cc.

b) A responsabilidade por violação de disposições legais de proteção de interesses alheios

A par da lesão de direitos absolutos, a ilicitude delitual pode ser desvelada por via da preterição de disposições legais de proteção de interesses alheios, o que terá repercussões dogmáticas evidentes. Dir-se-á que, de acordo com o pensamento de inúmeros juristas, a primeira repercussão se há-de encontrar logo ao nível da culpa. Sublinha Sinde Monteiro que “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos”⁴⁸. O alcance exato da afirmação só pode, contudo, ser logradamente apreendido se e quando tivermos em conta a estrutura da norma violada, reforçando-se uma nota de dependência entre os diversos pressupostos delituais. Haveria como que uma antecipação da tutela. Tal antecipação equivaleria a uma antecipação do juízo de culpa, que apenas tem de se referir à violação da norma⁴⁹. Por outro lado, a violação da norma implica, segundo a posição

⁴⁸ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Malburg: Elwert, 1904, 377-379; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Aufl., München: C. H. Beck, 1994, 445. Cf., nota de rodapé seguinte.

⁴⁹ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 377-379; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 445; Christian von BAR, „Delikt-srecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Abätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges, 1981, 1696, sustentando que, no caso de violação de uma norma de perigo abstrato, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela. Em sentido diverso, cf. Hans STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Mohr, Tübingen, 1968, 22 s. O Autor considera que o § 823 II BGB não se esgota na violação da norma, sustentando que a culpa também se deve referir ao interesse violado, uma vez que, se assim não fosse, o risco de responsabilidade tornar-se-ia tanto maior quanto mais geral e abstrata fosse a norma que preconiza uma proibição de pôr em perigo. Rejeitando o princípio geral de que, quanto mais abstrata seja a norma, mais severa deve ser a responsabilidade, cf. Sinde MONTEIRO, „Seguro automóvel“, para o que acaba por não prescindir totalmente do juízo de adequação a este nível. De notar, igualmente, que, de acordo com o modelo imputacional que tivemos oportunidade de delinear na nossa dissertação de doutoramento, no caso da primeira modalidade de ilicitude, desenha-se, em concreto, a partir da preterição de deveres de segurança no tráfego, onde se incluem deveres de cuidado (que, uma vez lesados, permitem desvelar a culpa), uma esfera de risco/responsabilidade que estará na base da imputação de um resultado ao agente. Ora, a culpa há-de referir-se a essa esfera de responsabilidade e não a todos os danos-eventos que surjam. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 914 s. Veja-se, ainda, LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 3/4, (1950) 206 s., 215, considera que a culpa/previsibilidade tem de existir em relação ao efeito danoso imediato, mas não em relação aos danos subsequentes; VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von

de alguns autores, uma presunção de culpa⁵⁰. *In fine*, tal antecipação teria consequências ao nível da causalidade⁵¹. Prescindir-se-ia a este nível da ideia

Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, 283 s., 290, sustenta que a culpa não tem de estar referida à direta lesão do bem jurídico, mas à criação de uma fonte de perigo; Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 217, sublinha que, ao nível da responsabilidade por culpa, esta não tem de se referir à direta violação do bem jurídico, mas à criação da fonte de perigo. Entre nós, cf., a este propósito, Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça* 84 (Março 1959) 31, defendendo que o agente deve ter previsto o primeiro resultado contrário ao direito; Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318 (considerando que a culpa se deve referir à ofensa dos direitos e não apenas à infração do dever, como acontece na segunda modalidade de ilicitude, mas admitindo que tal não implica uma diferença de monta, já que é difícil conceber uma violação culposa de um dever no tráfego que conduza a uma lesão não culposa de direitos absolutos, exceto se eles fossem estabelecidos de forma abstrata).

Com isto acabamos por ser confrontados com outras nervuras problemáticas. Elas alimentam-se, sobretudo, por uma preocupação de coerência intrassistemática. A segunda modalidade de ilicitude: a) serve para ampliar o leque de bens jurídicos/interesses tutelados por via delitual; b) antecipa a tutela dos bens jurídicos protegidos ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Um dos índices dessa antecipação passa pela referência da culpa, não ao resultado lesivo, mas à violação normativa. Não implicará a interpretação expendida a introdução de um fator de perturbação na medida em que se torna mais difícil a perceção da mais-valia das normas de proteção de interesses alheios? Não cremos que assim seja. Desde logo, há que perguntar “por que razão é que a antecipação da tutela ocorre por referência a interesses menos valiosos e não existe sempre que esteja em causa a violação de direitos absolutos”? Se a justificação pode passar pela intencionalidade que presidiu à edificação de um modelo delitual assente na estrutura iheringiana, bem como pela perceção da existência de comunidades de risco estabilizadas que determinam a intervenção do legislador, pronta a ser aproveitada em sede aquiliana, então perceberemos que, inexistindo uma disposição legal de proteção de interesses alheios, deixa de se presumir a esfera de risco/responsabilidade, que há-de ser construída em concreto, com apelo às circunstâncias paradigmáticas e exemplares, e provada pelo lesado. No fundo, ao contrário do que acontece se estivermos no seio da segunda modalidade de ilicitude, a contemplação da lesão concretamente experimentada vai ser essencial. Com isto podemos dizer que a culpa se refere ao resultado. Trata-se contudo do resultado imediatamente verificado e não daqueles danos subsequentes que, se forem também danos-lesão, colocarão problemas ao nível da própria imputação.

⁵⁰ A este ensejo podemos referir duas grandes posições na doutrina: os Autores que defendem a existência de uma verdadeira inversão do *onus probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples.

Cf. Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 265. Dando conta da divergência, vide, também, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra: Almedina, 2009, 728.

Cf., a este propósito, Hans STOLL, “Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel”, *Archiv für die zivilistische Praxis* 176 (1976) 145-196, em especial 179. O autor diz que não é possível falar, em geral, de uma presunção de culpa e de causalidade ao nível da violação de normas de proteção tendo em conta a estrutura e o conteúdo multiformes de tais prescrições legislativas. Em regra, poder-se-á falar de uma alteração do *onus probandi* ao nível das normas de pôr em perigo abstrato.

⁵¹ Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 689. Diz-nos a autora que “[...] [a] característica da ilicitude assente na própria ação e não num resultado determinado, designadamente a lesão de um bem jurídico determinado, implica consequências ao nível do nexos de causalidade. Com efeito, a causalidade tem de ser equacionada no contexto de normas de pôr em perigo”.

LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 433. Salientam os autores, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, que importa que a pessoa lesada figure entre as que são protegidas pela pretensão indemnizatória. E além disso importa que o interesse seja tutelado pela norma. Há que saber, em concreto, se o risco específico nesta previsto se verificou. Mas, contrariamente ao entendimento do BGH, não se trata de uma questão de causalidade. Na verdade, segundo os insígnis juristas, não questionamos aí se a violação da norma foi causal, já que o que tem de ser causal é a conduta

de adequação e da ideia de probabilidade que lhe anda associado, porque o que revelaria seria saber se o dano se inscreve ou não entre aqueles que a norma visava obliterar.

Estas especificidades não devem ser sobrevalorizadas. Em rigor, também ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa se há-de referir a uma esfera de risco/responsabilidade que é erigida a partir da atuação concreta do sujeito, e não a todos os danos-evento que se venham a verificar. A grande diferença é que, aí, a esfera de responsabilidade há-de ser construída em concreto, com apelo às circunstâncias paradigmáticas e exemplares, e provada pelo lesado. No fundo, ao contrário do que acontece se estivermos no seio da segunda modalidade de ilicitude, a contemplação da lesão concretamente experimentada vai ser essencial. O jurista olha para a lesão do direito absoluto para perceber se ele se pode reconduzir (ou não) a uma esfera de responsabilidade que foi erigida pelo pretense lesante, resolvendo assim um problema imputacional. Ao nível da segunda modalidade de ilicitude, ao invés, o lesante, ao violar um comando legislativo, está automaticamente a incorrer num comportamento ilícito, ao qual depois se terá de ligar um certo resultado, mas isto não significa que, estando em causa a lesão de direitos absolutos, a culpa se tenha de referir a todos eles. Por outro lado, a propósito do que é conhecido por causalidade, o afastamento que eram preconizado por alguns autores da adequação no quadro da segunda modalidade de ilicitude acaba por ser consentâneo com o afastamento em bloco da teoria da causalidade adequada que defendemos (e, portanto, também no âmbito da primeira modalidade de ilicitude)⁵². Numa e noutra hipótese ressarcitórias, com as devidas *nuances*, o que se procura é estabelecer um nexo de imputação objetivo, para o qual se há-de valorar a referida esfera de responsabilidade, a cotejar com outras esferas de responsabilidade e risco.

A mais-valia de se alicerçar a responsabilidade do sujeito na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios passará, portanto, pelas questões probatórias da culpa e pelo alargamento dos bens jurídicos que são objeto de tutela. Os autores questionam se a segunda modalidade de ilicitude se limita a antecipar a reforçar a tutela que é dispensada aos bens jurídicos

do lesante em relação ao dano. A violação da norma diz respeito à *Tatbestandsmässigkeit* e à *Rechtswidrigkeit*, só sendo relevante a esse ensejo; já a causalidade representa uma conexão entre a conduta e o dano.

Veja-se, ainda, ERICH SCHICKEDANZ, "Schutzwecklehre und Adäquanztheorie", *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgang/1. Halbband (1971) 917 s.

⁵² Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*.

tutelados ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude ou se verifica, de facto, um alargamento dos interesses merecedores de proteção. A questão foi colocada sobretudo na Alemanha, a propósito da relação entre o § 823 I e o § 823 II BGB, mas deve ser ponderada entre nós, atenta a similitude dos modelos aquilianos com que estamos a operar. Ora, a nossa resposta não pode ser senão a de que – para além de antecipar e reforçar a tutela, nos moldes atrás enunciados – há um efetivo alargamento do leque de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Contra o que sustentam alguns autores⁵³, não tem de haver uma coincidência entre os interesses aqui intencionados e os bens jurídicos protegidos, *ex via direito absoluto*, ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude. O segmento em apreço do artigo 483.º, n.º 1 CC – embora da forma prudente que impele à contemplação da conduta e não apenas do resultado – é de molde a alargar o espectro dos valores tutelados delitualmente. De outro modo, tornar-se-ia incompreensível – se bem que não despicienda – a bifurcação criteriológica⁵⁴. O que não significa, porém, que não possa haver uma coincidência entre eles⁵⁵.

⁵³ Assim, cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 376 s., considerado que o § 823 II não acrescenta nada ao § 823 I BGB, sendo o seu alcance meramente subjetivo, ou seja, ele só teria relevo em sede de determinação da culpa que se passa a referir à norma violada e não ao resultado. Para ele, não é bastante a violação culposa da norma de proteção, sendo necessário que o resultado lesivo implique a preterição de um dos bens jurídicos previstos no § 823 I BGB.

⁵⁴ Assim, na Alemanha, o § 823 I serviria para tutelar direitos e bens jurídicos com eficácia *erga omnes*, enquanto o § 823 II se destinaria à proteção de interesses.

Sobre o ponto, cf., igualmente, CANARIS, “Schutzgesetze–Verkehrspflichten–Schutzpflichten”, 49 s., considerando que o § 823 II BGB cumpre uma dupla função: complemento e concretização da primeira modalidade de ilicitude; alargamento da tutela nos delitos de perigo abstrato. Caso a disposição legal de proteção de interesses alheios vise tutelar um dos bens elencados no § 823 I BGB, ela funciona como uma mera concretização da tutela; na hipótese inversa, o preceito aproxima-se do § 826 BGB.

Veja-se, ainda, Wolfhard KOHTE, “Normzweck und Interessenabwägung bei der Auslegung des § 823 II BGB, – BGH NJW 1987, 1818”, *Jura* 3 (1988) 125 s., em especial 128 s., sublinhando a importância da segunda modalidade de ilicitude ao apresentar a sua dupla função: alargamento das hipóteses susceptíveis de ressarcimento; repercussão em sede processual.

⁵⁵ Importa, a este ensejo, referir que dialogam na doutrina duas posições acerca da concreta comunicação entre as duas modalidades de ilicitude. De um lado, encontramos os autores que, constatando a coincidência de bens jurídicos tutelados por uma e outra, sustentam que a segunda via de desvelação do ilícito não pode funcionar no sentido da limitação do âmbito de proteção conferido pela primeira. Nesse sentido, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 254 s.; Nuno Manuel Pinto de OLIVEIRA, “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.1.2002”, *Cadernos de Direito Privado* 12, Outubro/Dezembro, 2005, 13–20; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 561. De outro lado, estariam aqueles que sustentam que a norma de proteção positivaria uma ponderação entre interesses do lesante e do lesado pelo que qualquer conduta que, atentando bens jurídicos nela tutelados, não preenchesse o seu conteúdo impositivo e/ou proibitivo deveria ser considerada lícita. Cremos não ser sustentável o segundo entendimento posto em diálogo. Duas razões apontam claramente no sentido do seu afastamento: a) aceitá-lo implicaria um reconhecimento de que o estrato normativo ditaria a relevância jurídica dos comportamentos, independentemente das exigências de sentido comunicadas por cada caso, aproximando-nos

Se fundadamente pudermos ver no artigo 2.º Lei n.º 52/2003 (“Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais”) uma disposição legal de proteção de interesses alheios, fica facilitada a responsabilização do financiador, pela inversão do ónus da prova da culpa. Para tanto, a norma deve proteger especiais interesses privados (*sachlichen Schutzbereichs*), de um especial círculo de pessoas (*personellen Schutzbereichs*), contra um especial risco (o bem jurídico deve ter sido violado pelo modo contra o qual a norma edificava a sua proteção – *modaler Schutzbereich*)⁵⁶. É a análise da norma que nos vai, portanto, dar resposta ao problema de base. E é essa mesma análise que nos permitirá determinar em que medida, para além dos bens jurídicos tutelados *ex via* absoluta (vida, integridade física, integridade psíquica, propriedade e outros direitos reais), podem ser protegidos a este nível meros interesses patrimoniais. O mesmo se pode dizer das normas constantes da lei n.º 83/2018. Nos termos do artigo 169.º do citado diploma são tipificados como ilícitos contraordenacionais diversos comportamentos que se reconduzem, grosso modo, à violação dos deveres impostos pelos artigos 11.º e seguintes.

Haverá, por isso, que tecer alguns esclarecimentos adicionais.

Na verdade, estamos diante de ilícitos de pôr em perigo abstrato. Pressupondo um determinado perigo, eles não se atêm à verificação dele. Haveria para Sínde Monteiro um adiantamento da responsabilidade sempre que em causa estivesse a proibição de um pôr em perigo abstrato. Elas incluiriam “também justamente a falta de cognoscibilidade de um concreto pôr em perigo nas suas considerações de proteção e impedem por isso o agente de invocar a falta de cognoscibilidade desse concreto pôr em perigo”⁵⁷. Há que, contudo, ser cautelosos. Pode o agente, com o seu comportamento, apenas prever a violação da norma delitual, mas, ao fazê-lo, e porque a negligência se basta com a previsibilidade de um homem médio, não impondo que aquele tenha, de facto, previsto o resultado, não pode deixar de reconhecer a possibilidade de aquele sobrevir. Os delitos de perigo abstrato caracterizam-se pela inexigibilidade de verificação de um resultado (ainda que de perigo concreto). Mas, na mobilização civilística que destas normas se faça,

perigosamente de uma lógica positivista nos termos da qual o que não é proibido é permitido; b) em contravenção com a própria ideia do domínio ou predomínio sistemático, inverter-se-ia a relação hierárquica entre as hipóteses delituais básicas plasmadas pelo legislador.

⁵⁶ Gert BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts*, 537 s

⁵⁷ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 244.

porque consumada à luz das exigências que o caso, inteligido dialeticamente de acordo com um sistema privatístico que se pressupõe, parece esbater-se a anunciada diferença. Em apreço, verdadeiramente, estaria a previsão, pelo legislador, de um comportamento perigoso e suscetível de pôr em causa determinados interesses polarizados num grupo delimitado de sujeitos particulares. Se em determinadas situações se basta com a censura dirigida à conduta, antecipando a proteção, noutras, exige-se um resultado, ainda que seja um puro pôr em perigo. Este, incorporado no âmbito normativo, faria parte do tipo, pelo que a norma vertida em disposição de proteção, uma vez violada, obviamente o incorporaria e, havendo culpa referida à preterição dela, o próprio resultado seria tido como culposo. Ou seja, violada a norma, o perigo concreto não pode deixar de ser reconhecido pelo agente. Outra seria a impostação do problema no caso de um pôr em perigo abstrato. Não obstante, em rigor, a partir do momento em que o legislador fixa a proibição do comportamento – por detidamente o considerar perigoso, atentos determinados bens jurídicos – e o sujeito oblitera a proscricção, ou impõe um determinado comportamento, por considerar perigosa a ausência dele, ainda que o agente não preveja o resultado, não pode deixar de aventar a possibilidade de ele eclodir, tanto mais que, para efeitos de culpa, é tido o padrão do homem médio⁵⁸.

No nicho problemático em que nos inserimos, podemos afirmar que a violação normativa implicaria, necessariamente, o conhecimento ou a cognoscibilidade de que se poderia potenciar um ato terrorista. É este resultado que se pretende evitar. Ora, se o *modaler Schutzbereich* nos aponta para a tutela dos sujeitos contra a lesão de determinados interesses por via de um ato terrorista, ao qual o legislador quer obstar com as proibições e imposições que estabelece, o certo é que, porque o bem jurídico que se tutela ao nível da incriminação do comportamento é supraindividual, haverá que determinar qual o *sachlichen Schutzbereichs*, ou seja, qual o círculo de interesses pessoais/individuais que a norma tutela para lá da proteção de um interesse geral⁵⁹. Nessa medida, parece-nos que, contra a possibilidade em geral aventada de alargamento dos bens jurídicos tutelados

⁵⁸ Em certa medida, pode haver uma coincidência entre estes deveres e os deveres de prevenção do perigo. A diferença é que uns existem em concreto, os outros são pensados em abstrato.

⁵⁹ A hipótese é, portanto, diversa daquela com que somos confrontados diante de normas como as que proíbem a circulação de automóveis acima de uma determinada velocidade. É que, aí, independentemente do perigo ser concreto ou abstrato, há uma clara polarização da proteção em determinados bens jurídicos que são lesados uma vez verificado o resultado.

ao abrigo da segunda modalidade de ilicitude, deveremos considerar que, por esta via, se tutelam apenas bens jurídicos como a vida, a integridade física, a integridade psíquica, a propriedade e direitos reais, excluindo-se do âmbito de proteção das normas vertidas em disposições legais de proteção de interesses alheios a tutela de meros interesses patrimoniais. Na verdade, de outra forma, a magnitude que um ato terrorista pode ter, associado ao impacto mediático que normalmente os acompanha, determinaria uma hiper-responsabilidade do sujeito que se veria a braços com a necessidade de suportar indemnizações em face de todos aqueles que, por um motivo ou por outro, viram o seu dia-a-dia afetado com o sucedido.

**BRUNO DE OLIVEIRA MOURA
MATHEUS ALMEIDA CAETANO**

CAUSAS LEGAIS DE JUSTIFICAÇÃO E DE DESCULPA COMO MEIOS DE COMBATE AO TERRORISMO?

RESUMO: O texto oferece um breve panorama sobre a aplicabilidade das normas legais que excluem a licitude do facto ou a culpa do agente no contexto do combate ao terrorismo, nomeadamente nos casos de tortura de salvação e de abate de aeronaves civis sequestradas, concluindo que em nenhuma destas hipóteses extremas o facto realizado para a proteção de terceiros pode ser avaliado como lícito, podendo o agente ser exculpado.

Palavras-chave: terrorismo; situações de escolha trágica; tortura de salvação; abate de aeronave civil sequestrada; causas de justificação; causas de desculpa; limites deontológicos; espaço livre do Direito.

ABSTRACT: This paper provides a brief overview about the applicability of legal rules which excludes the unlawfulness of the fact or the culpability of the agent in the context of combating terrorism, namely in rescue torture and shooting down of hijacked civil aircraft scenarios, concluding that in none of these extreme situations the fact performed for the protection of third parties can be assessed as lawful, although the agent may be excused.

Keywords: terrorism; tragic choice situations; rescue torture; shooting down of a hijacked civil aircraft; causes of justification; causes of excuse; deontological limits of law; legal vacuum.

I

Tem sido intenso o debate a propósito da questão de saber se e em que medida as *causas de justificação* expressamente disciplinadas na Parte Geral poderiam ser mobilizadas como ferramentas de combate às diversas manifestações do terrorismo. A discussão também abrange a possibilidade de justificação ou de exculpação através de figuras supralegais, as quais, entretanto, não serão aqui tematizadas.

Dessa forma, as controvérsias emergem naqueles contextos de dilema extremo nos quais a proteção de um grande número de pessoas depende do sacrifício da vida ou da dignidade de um só ou de apenas alguns cidadãos. No essencial das coisas, a abordagem destas *situações de escolha trágica* costuma envolver dois grupos de casos, conforme analisados abaixo.

II

O primeiro deles diz respeito à chamada *tortura de salvação*, geralmente associada aos cenários de bomba-relógio. Assim, convém desde logo fazer a seguinte ressalva: aqui não estará em causa nem a tortura utilizada como meio de obtenção de prova, nem a tortura empregada como espécie de punição, mas apenas a tortura mobilizada como meio de proteger a vida ou a integridade física de terceiros. Melhor, trata-se de leitura de aproximação entre a tortura e alguma das causas de justificação em Direito Penal, no sentido de que a morte ou a violação da dignidade de alguém poderia justificar o salvamento de outras pessoas.

As notícias sobre as práticas de tortura adotadas pelos Estados Unidos da América durante os governos Bush (2001-2009), principalmente em

Guantánamo e em Abu Ghraib, dão mostra de como as formas não letais de tortura – v.g., espetar agulhas esterilizadas por debaixo das unhas do suspeito – eram praticadas como meio privilegiado de obtenção de informações relevantes no cenário da luta contra o terrorismo. Feita esta observação, será oportuno perguntar: os artigos 32.º, 34.º e 36.º do Código Penal conseguiriam justificar a conduta das forças policiais que torturam um terrorista para obter a localização de uma bomba nuclear prestes a explodir, em um horizonte fáctico no qual aquele suplício parece ser o único meio idóneo para evitar o extermínio da população de uma cidade?

Enquanto um sector da doutrina já admite que as referidas causas de exclusão da ilicitude possam justificar pelo menos algumas formas moderadas de tortura¹, a opinião ainda majoritária faz recusar frontalmente tal solução^{2/3}. Mas uma pequena parcela da dogmática jurídico-penal admite uma outra possibilidade para as situações em debate: a (discutível) categoria do *espaço livre de direito*⁴. Não sendo o local adequado para tratar da temática e por economia de meios, limitemo-nos aqui a duas curtas notas. A primeira consiste em considerá-lo como “figura jurídica” não inserida dentro das categorias tradicionais das causas de justificação e de desculpa no âmbito jurídico-penal, geralmente situada no intermédio entre a justificação e a desculpa. A segunda nota reside na recusa das sugestões de que o campo de prisioneiros em Guantánamo poderia ser uma “forma moderna de espaço

¹ Winfried BRUGGER, «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?», *JZ* 55 (2000) 167 s.; Volker ERB, «Nothilfe durch Folter?», *JURA* 27 (2005) 24 s.; Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., München: Vahlen, 2008, 168 s.; M. Conceição Ferreira da CUNHA, «Uso da tortura e impedimento de actos terroristas», in Teresa Pizarro BELEZA/Pedro CAEIRO/Frederico Lacerda da Costa PINTO, org., *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014 48 s.; Rolf Dietrich HERZBERG, «Abwägungsfeste Rechte und Verbote?», in Peter-Alexis ALBRECHT, Hrsg., *Festschrift für Walter Kargl*, Berlin: BWV, 2015, 185 s.

² Luís GRECO, «As regras por detrás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”», *RBCC* 78 (2009) 18 s.; Augusto Silva DIAS, «Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror», in Manuel da Costa ANDRADE/Maria João ANTUNES/Susana Aires de SOUSA, org., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 215 s.; Bruno de Oliveira MOURA, «A propósito da chamada ‘tortura salvadora’: outra ‘quebra de tabu’, agora relativamente à proibição de valoração da prova?», *RBCC* 101 (2013) 237 s.; José de Faria COSTA, *Beccaria e o Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 66 s.

³ Recentemente, com uma solução diferenciadora, embora defendendo o caráter absoluto da proibição de tortura como norma que vincula apenas o Estado: Elisa HOVEN, «Gedanken zum absoluten Folterverbot und seinen strafrechtlichen Konsequenzen aus Anlass der Filme „Feind“», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 16 (2021), p. 120 s.: a conduta do agente estadual que aplica a tortura salvadora pode ser justificada à luz do regime de legítima defesa consagrado no Código Penal, sem prejuízo da sua responsabilidade disciplinar pela violação daquela mesma proibição.

⁴ A propósito desta categoria, recentemente: José de Faria COSTA, *Direito Penal e Liberdade*, Lisboa: Âncora, 2020, p. 173 s., compreendendo o espaço livre de Direito como expressão um limite imanente da própria juridicidade.

livre de direito” e a teoria do Direito Penal do inimigo “uma *Renaissance* da teoria do espaço livre de direito”⁵.

III

O segundo grupo de casos envolve as situações de abate de aviões civis, como ilustram os fatídicos acontecimentos de 11 de setembro de 2001. Cenário que conduz a um questionamento semelhante ao acima já formulado: aquelas mesmas disposições do Código Penal teriam o condão de justificar a conduta das autoridades militares que derrubam uma aeronave comercial tomada de sequestro e transformada em uma máquina de terror dirigida contra um edifício ou local densamente povoado, com a conseqüente morte não só dos terroristas, mas também da tripulação e dos passageiros?

A tese que postula a justificação parece conquistar cada vez mais terreno, sobretudo por meio da figura do estado de necessidade defensivo⁶, sendo certo, por outro lado, que também não faltam esforços no sentido de recusar tal hipótese de exclusão da ilicitude, admitindo-se, quando muito, a exculpação do agente⁷. Ambos os questionamentos pressupõem que as condições de justificação da atuação salvadora realizada pelas autoridades públicas (policiais e militares) encontram-se definidas, ao menos em princípio, pelas regras gerais do CP a propósito dos direitos de necessidade (*lato sensu*) e do regime de colisão de deveres, mas também, para alguns, até mesmo do direito à legítima defesa de terceiros. Tais normas incidem quando o comportamento é realizado para proteger algum direito fundamental colocado em perigo (intervenção preventiva do Estado), mas não quando a conduta é executada

⁵ Bernd SCHÜNEMANN, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», Ulfrid Neumann/Winfried Hassemer/Ulrich Schroth, Hrsg., *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) Beiheft 100. Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, München: Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2005, 155-156.

⁶ Michael KÖHLER, «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», Andreas HOYER et al., Hrsg., *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg: Müller, 266 s.; Klaus ROGALL, «Ist der Abschuss gekapertter Flugzeuge widerrechtlich?», *NStZ* 28 (2008) 3 s., Augusto Silva DIAS, «Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado», in Mário Ferreira MONTE, org., *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 704 s.; M. Conceição Ferreira da CUNHA, *Vida contra a vida. Conflitos existenciais e limites do Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 321 s., 400 s., 809 s.; Américo Taipa de CARVALHO, *Temas jurídico-penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 37 s.

⁷ Claus ROXIN, «Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 6 (2011) 562 s.; José de Faria COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, 466 s.; Bruno de Oliveira MOURA, *Illicitude penal e justificação. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 227 s.

no contexto da perseguição criminal (intervenção repressiva do Estado)⁸, por isso, conforme mencionado, não se está no âmbito da produção de provas.

A narrativa do conflito de deveres costuma emergir ali onde se assume preponderantemente a perspectiva jurídico-constitucional: o dever de respeito à vida e à dignidade dos inocentes e dos criminosos colide com o dever de proteção da vida e da dignidade daqueles que são alvo da atuação terrorista⁹. Neste espeque, “a relação entre dever de proteção da vida e dever de respeito da vida não é dogmaticamente equivalente à relação entre dever de proteção à dignidade e dever de respeito à dignidade. A diferença, relevante, advém do facto de o dever de respeito à vida – sujeito que está, na dimensão de respeito de direito fundamental, a uma reserva geral imanente de ponderação – não ser um dever absoluto, que prevaleça em quaisquer circunstâncias, enquanto que, em nosso entender, o dever de respeito da dignidade é absoluto, prevalece sempre”¹⁰. Tanto prevalece que sequer a pena pode violar o dever de respeito à dignidade humana, em nenhuma hipótese, seja qual for o ponto de vista adotado sobre a sua finalidade¹¹.

IV

Mesmo que essas situações pareçam distantes da realidade portuguesa, não há razão suficiente para dizer que estamos diante de meros exemplos de escola ou de hipóteses académicas quase nunca verificáveis na realidade¹². A sua tematização será recomendável pelo menos na perspectiva dos efeitos de contaminação (normalização) discursiva que um eventual amolecimento das

⁸ Manuel da Costa ANDRADE, «Justificação de actos de funcionários e de agentes da autoridade», in IDEM/Maria João ANTUNES/Susana Aires de SOUSA, org., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 56 s.

⁹ Sobre a gramática dos deveres estaduais relevantes neste contexto: Jorge Pereira da SILVA, *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 63 s., 147 s., 551 s. Ainda sobre a obrigação estadual de protecção, na perspectiva do Direito Penal: Nuno BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações. Da cisão à convergência material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, 575 s.

¹⁰ Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2016, 259.

¹¹ Embora se deva realçar que os riscos de excessos são significativamente maiores com a teoria dos fins preventivos da pena. Em especial, ao seguir o paradigma funcionalista do crime, porque poder-se-á levar demasiado longe a prevenção, inclusive até ou para além dos limites da culpa (as necessidades preventivas) sob o argumento de funcionalidade da pena para o sistema criminal.

¹² Neste sentido, cf. o seguinte artigo científico sobre a importância dos exemplos para o estudo da dogmática jurídico-penal em: Lucas MINORELLI/Guilherme CEOLIN, «Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da tábua de Carneades», *REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS (REC) 72 (2019) 147 s.*

garantias do cidadão nos *casos difíceis* pode lançar sobre a solução de casos mais corriqueiros: trata-se daquilo que alguns denominarão de argumento ou efeito da “rampa escorregadia” ou da “rutura do dique”.

Para além disso, a discussão tem a vantagem heurístico-explicativa não negligenciável de retomar a questão da procura dos “absolutos” do Direito¹³, em particular no seio da já desgastada retórica da dignidade humana: ela testa, uma vez mais, a força das fundamentações *consequencialistas* da juridicidade – empiricamente condicionadas por imperativos hipotéticos – perante o núcleo duro supostamente condensado na barreira última dos limites *deontológicos* – analiticamente sedimentados em imperativos categóricos¹⁴.

Partindo da premissa de que o mandamento de respeito à dignidade humana continua a ser uma norma de vigência absoluta (incondicional), ou seja, uma estrutura imune a qualquer tipo de flexibilização (redução teleológica) recomendada pela lógica de ponderação no caso concreto, cumpre supor que as respostas àquelas perguntas só podem ser adequadamente formuladas à luz dos critérios utilizados para aferir a existência de uma verdadeira situação de instrumentalização do cidadão para fins que são completamente alheios à autónoma determinação da esfera de livre desenvolvimento da sua personalidade.

Se há algo que ainda deve usufruir do *status* de imperativo categórico (definitivo) é a proibição de desrespeito ao inerente valor do ser humano, bem como as interdições que daí resultam, como a proibição de tortura e a proibição do homicídio contra uma pessoa completamente alheia à origem da situação de necessidade. Tudo isso em homenagem a uma certa ideia de juridicidade que não estará disposta a transigir com qualquer tipo de inclinação (mais ou menos institucionalizada) para tratar os terroristas não mais como pessoas, mas já como inimigos que não poderiam contar com a tutela dos seus bens

¹³ Frank SALIGER, «Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 116 (2004) 35 s.

¹⁴ Jan JOERDEN, «Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern», *Idem/ Sharon BIRD, Hrsg., Festschrift für Joachim Hruschka*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, 508 s.; Gunnar DUTTGE/Michael LÖWE, «Das Absolute im Recht», *JAHRBUCH FÜR RECHT UND ETHIK (JRE)* 14 (2006) 351 s.; Rainer ZACZYK, «Das Recht und die Lüge. Zu Kants Aufsatz „Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen“», Carl-Friedrich STUCKENBERG/Klaus Ferdinand GÄRDITZ, Hrsg., *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen*, Berlin: Duncker & Humblot, 2015, 81 s.

mais essenciais: “o Estado não pode ser visto como o absoluto responsável pela outorga dos direitos vitais aos indivíduos, porque estes direitos fundamentais não existindo antes do Estado – que os atribui aos cidadãos – poderiam ser retirados por este a qualquer momento”¹⁵.

No caso da tortura de salvação muito dificilmente haverá margem para negar que o terrorista detido e torturado acaba por ser tratado como mero objeto que se vê degradado em mera fonte de informação. O facto de ele ser responsável pela criação do perigo que ameaça uma parcela considerável da população não significa que a sua personalidade possa ser temporariamente nadificada, mesmo que uma tal nadificação provisória sirva aos interesses vitais da maioria. Embora tenha o dever de garantir os direitos fundamentais das vítimas de uma agressão ilícita e atual, o Estado não pode desempenhar a sua tarefa protetiva através de um comportamento que viola a intrínseca dignidade pessoal.

Por isso, a despeito das eventuais vantagens obtidas com o salvamento, ainda que o suplício seja executado para salvar o mundo todo, a ordem jurídica não deve admitir a relativização da proibição da tortura: independentemente de qualquer eufemismo conceitual¹⁶, estamos diante de um *limite deontológico* para além do qual nenhuma argumentação consequencialista poderá avançar¹⁷. Sustentar o contrário seria não apenas negar a peculiar eticidade do Estado de Direito, mas também admitir a total erosão dos seus vigamentos.

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o caso do abate do avião, onde a proibição do homicídio contra um terceiro inocente assume igualmente um carácter incondicional (absoluto). Os não-terroristas a bordo não podem ser tratados como se fossem um simples material físico arbitrariamente unido à fuselagem da máquina: em nenhuma circunstância a ordem jurídica autoriza alguém a matar quem não tem a menor responsabilidade pelo perigo.

¹⁵ Matheus Almeida CAETANO, «O autofágico direito penal do inimigo: por uma resistência garantista», *Revista de Estudos Jurídicos UNESP* 19 (2010) 224.

¹⁶ Não raro se fala, a este propósito e com uma dose de ironia mais ou menos subtil, em uma tortura “boa”, “nobre”, “civilizada”, “moderada”, “suave”, “doce”, supostamente digna de ser legalmente oficializada e submetida a um procedimento de controle de proporcionalidade que envolveria, entre outras garantias, a autorização judicial para a sua execução, o que permitiria a responsabilização do torturadores nas hipóteses de abuso, chegando-se ao extremo de se postular, no horizonte da dogmática constitucional, um dever estadual de torturar, com o correspondente direito subjetivo à tortura ...

¹⁷ Neste sentido, o deontológico constitui um “*definitional stop*” fundado na autonomia do cidadão. A este respeito: José de FARIA COSTA, *Direito Penal e Liberdade* (cit.), p. 131 e 142.

V

De qualquer modo, cumpre reconhecer que as condições de mobilização do argumento da instrumentalização ou coisificação são pouco claras e lineares. Por um lado, parece inquestionável a máxima que encontra na dignidade humana um valor que em circunstância alguma pode ser violado: não é por acaso que se fala na sua «intangibilidade». Por outro lado, parece não haver consenso acerca dos critérios a partir dos quais será adequado dizer, relativamente a um determinado caso concreto, se estamos ou não diante de uma situação de verdadeira ofensa à dignidade humana.

Por isso não surpreende o facto de a discussão muitas vezes resvalar para um discurso orientado por intuições morais, como mostram as várias e recentes tentativas de reabilitação da antiga doutrina da *ação de duplo efeito*. Sem aqui examinar a eventual capacidade de rendimento deste esquema na tematização de outras questões da teoria geral da infração criminal¹⁸, parece no mínimo precipitado acreditar que uma distinção tão melindrosa e arbitrária como aquela que se estabelece entre “simples meio para um fim” e “mero efeito colateral necessário” seja mesmo capaz de oferecer uma solução igualmente diferenciada – e dogmaticamente controlável – para as situações aqui examinadas, justificando a tortura salvadora e o abate do avião transformado em máquina de terror¹⁹.

Por outro lado, qualquer discurso orientado por uma espécie de objetivismo valorativo – assumindo ou não a roupagem utilitarista da análise de custo-benefício – não se torna menos perigoso. Afinal, “[p]oucos conceitos penais são tão perigosos como o objetivismo valorativo remetido à disciplina da legítima defesa: atozes genocídios foram cometidos sob tal pretexto; nos Estados autoritários as leis sempre se intitulam ‘de defesa’; matou-se massivamente em ‘defesa’ da pretensa pureza de uma suposta ‘raça’; escravizou-se para ‘defender’ a civilização; torturou-se em ‘defesa’ da ‘democracia’; etc.”²⁰

¹⁸ Veja-se Jan JOERDEN, «Spuren der duplex-effectus-Lehre im aktuellen Strafrechtsdenken», in Michael PAWLIK/Rainer ZACZYK, Hrsg., *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln: Heymanns, 2007, 235 s.

¹⁹ Nesta direção, entretanto, com uma intrincada variação de exemplos: NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana* II, 262 s. Deixando o caso sem resposta, ao reconhecer a falta de segurança na delimitação: Lothar PHILIPPS, «Moralische Doppelwirkungen – die Wiederkehr einer naturrechtlichen Denkfigur aus dem Internet», Felix HERZOG/Ulfrid NEUMANN, Hrsg., *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg: Müller, 2010, 208 s.

²⁰ Raúl Eugenio ZAFFARONI et al., *Direito penal brasileiro*, vol. II, t. II: *Teoria do delito: antijuridicidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes*, 1.^a ed./reimpr., Rio de Janeiro: Revan, 2018, 67.

Ainda que estes obstáculos normativos não fossem incontornáveis, as mencionadas ações de salvamento acabariam por esbarrar em dificuldades práticas que tornariam a sua permissão algo simplesmente inviável. Basta pensar na pretendida oficialização da tortura. Na verdade, a introdução de mecanismos de controlo acabaria por tornar frustrado o efeito do suplício. Afinal, se os torturadores ficassem obrigados a observar os critérios de proporcionalidade, os detidos poderiam sempre evitar a tortura, bastando, para isso, fornecer uma informação errada no momento em que se avizinhasse o início do tormento e renovar esta mesma estratégia cada vez que as autoridades se certificassem da falsidade da informação anterior: no final das contas, a tortura nunca poderia ser principiada antes das forças policiais confirmarem a veracidade da informação prestada²¹.

Inexequibilidades semelhantes emergiriam no cenário do abate do avião sequestrado: os elementos para uma previsão mais segura a propósito do significado real da ação terrorista só seriam acessíveis à medida que a aeronave fosse avançando na direção do suposto alvo; mas com isso o aparelho já estaria sobrevoando uma área densamente povoada e não haveria mais como garantir que o abate não causaria a morte de outros inocentes em razão do impacto da queda dos destroços.

VI

Seja como for, em ambos os casos a recusa da justificação não implica *eo ipso* a punição de quem realiza a intervenção salvadora. Com efeito, dependendo das concretas circunstâncias, sem perder de vista a permeabilidade do juízo de culpa a uma ética da situação que convoca um certo particularismo racional²², o autor poderá ser desculpado ao abrigo do disposto no artigo 35.º do Código Penal.

Esta norma (tendo pouca ou nenhuma valência em favor do agente terrorista²³) estaria agora pronta para desempenhar toda a sua virtualidade dogmática em benefício daqueles que se dispõem a combater o terrorismo.

²¹ NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, II, 229 s.

²² Paulo de Sousa MENDES, «Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal. Em especial no domínio do Direito Penal», in Teresa Pizarro BELEZA/Pedro CAEIRO/Frederico Lacerda da Costa PINTO org., *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, 143 s.

²³ Fernanda PALMA, «Crimes de terrorismo e culpa penal», Manuel Costa ANDRADE et al., org., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 254 s.

Sendo certo que a vertente de manipulação embutida na arbitrária criação de perigo para sujeitos inocentes faz o caso do abate se afastar da imagem de uma pura “situação de necessidade”, a ser superada por uma ação que se limita a afastar o perigo²⁴: na pior das hipóteses, a intenção de salvamento e o efeito de proteção dos bens jurídicos terão repercussão na determinação judicial da medida da pena.

Contra a solução de exculpação não cabe argumentar que ela teria o inconveniente de permitir a legítima defesa de terceiro a favor do sujeito torturado ou dos inocentes a bordo da aeronave. Isso porque, nas situações de escolha trágica, a incidência da causa de desculpa tem o efeito adicional de excluir completamente a figura do auxílio necessário (*Nothilfe*). Além disso, mesmo que não se admita uma tal exclusão, a legítima defesa de terceiro seria muito pouco plausível: como a tortura e o abate serão levados a cabo pelas autoridades policiais ou pelas forças armadas, quem terá condições físicas e recursos materiais para empreender o auxílio necessário e impedir o suplício ou o derrube?

Talvez apenas a própria organização terrorista interessada na consumação da ameaça que se pretende evitar. Mas aqui se coloca uma outra pergunta: quem estará disposto a garantir a todo custo o êxito do atentado irá mesmo se importar com o facto de a intervenção estatal ser ou não justificada? Nesta escora e em termos práticos não será ajustado dizer que a denegação da justificação significa capitular perante o terror: as situações de escolha trágica constituem o cenário para os atos de heroísmo daqueles que, em nome de um interesse comunitário (moralmente superior) na escolha pelo mal menor, estão dispostos a pagar pessoalmente o preço de uma conduta contrária ao Direito²⁵.

Naturalmente, isso não significa poupar os questionamentos de fundo sobre as fronteiras do Direito Penal nas *situações-limite*, problema geral que não se esgota na problemática do combate ao terrorismo. De tal modo que sempre deverá haver lugar para a preocupação sobre como seria possível (e legítimo) determinar o que é o que não é contrário ao Direito, em reais circunstâncias extremas de luta pela sobrevivência.

²⁴ Stephan STÜBINGER, «„Not macht erfinderisch“. Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik – am Beispiel der Diskussion über den Abschuss einer sog. „Terrormaschine“», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 123 (2011) 446.

²⁵ Bruno de Oliveira MOURA, *Illicitude penal e justificação*, 313 s.

VII

Por fim, cumpre indicar a doutrina crítica das soluções universais para a complexa gama de casos-limite em Direito Penal, concentrando-se as atenções no cenário do abate de aviões. Há quem proponha o reconhecimento de um “estado de necessidade trágico” para a “comunidade de perigo vital” com assimetria de possibilidades de salvação, na qual uma parte possui elevada chance de sobrevivência apenas mediante a causação da morte da outra parte, completamente destituída de possibilidades de salvamento frente ao perigo comum. Pois, nesta hipótese, o Direito não deveria ficar impassível em face da tenebrosa constatação de que ninguém sobrevive se alguns não forem mortos pelos demais²⁶.

Extraem-se duas constantes fundamentais desse pensamento: (i) a exposição dos limites dos princípios da autonomia e da solidariedade (pilares da responsabilidade jurídica) por não contribuírem na concessão de uma faculdade de atuar nesses casos extremos²⁷, o que implica a irracional imposição de obrigação de sacrifício nas comunidades de perigo assimétricas; (ii) o afloramento dos contributos das intuições na “solução justa dos conflitos de estado de necessidade vital”, as quais valeriam apenas “situacionalmente”²⁸.

VIII

Diante de todo o exposto e retomada a pergunta sobre a possibilidade de combater o terrorismo pela via das causas legais de justificação e de desculpa, cabe sintetizar as seguintes conclusões. Primeiro, a dignidade da pessoa humana é o pilar do que se compreende por Direito, além de representar um avanço civilizacional, cuja mitigação ou flexibilização, mais cedo ou mais tarde, corroeria as garantias e implodiria a comunidade sob as mais belas intenções. Segundo, a tortura é incompatível com as causas de justificação, ainda que se invoque a salvação de uma maior quantidade de vidas.

²⁶ Javier WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid: Marcial Pons, 2017, 652 s. Cf. ainda Anna CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*, Bern: Stämpfli/Nomos, 2012, 3.

²⁷ Wolfgang FRISCH, «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», in Hans-Ullrich PAEFFGEN et al., Hrsg., *Festschrift für Ingeborg Puppe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 447.

²⁸ Anna CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 5 s.

Em qualquer hipótese é ilícito torturar para salvar. Eis o *limite deontológico*. Terceiro, a luta contra o terrorismo é protagonizada pelo Estado, o que significa impor balizas bem definidas para a atuação de seus agentes em relação à esfera dos direitos e garantias do cidadão, sob pena de incorrer no pior dos crimes: o perpetrado pelo próprio Estado. Quarto, as causas de desculpa possuem um papel flanqueante em face de situações de escolha trágica em cenários de atos terroristas.

RADICALIZAÇÃO E “LOBOS SOLITÁRIOS” NO CONTEXTO DA DENOMINADA “LUTA CONTRA O TERRORISMO”

RESUMO: O fenómeno terrorista contemporâneo demonstra uma tendência global, em muito transcendendo as marcas locais e regionais próprias de diversos conflitos políticos e religiosos sob cujo pretexto se manifesta. Em tal quadro, o presente estudo visa chamar a atenção para alguns dos modelos analíticos que, nas áreas da criminologia, psicologia e sociologia, vêm estudando o papel da doutrinação radicalizadora dos “candidatos”, não só através do contacto pessoal, mas também por via do ciberespaço a que os mesmos acedem, e o seu progressivo envolvimento nas “causas” que visam servir. E se apenas uma parte (mais ou menos restrita) dos potenciais “doutrinados” acaba, na prática, por abraçar ações terroristas, a atualidade mostra-nos igualmente o relevo, cada vez mais óbvio, dos chamados “lobos solitários”, da sua auto-doutrinação e subsequente atuação marcadamente individuais. Ora, fornecendo as ditas realidades elementos certamente úteis para os

serviços de inteligência, tendo sobretudo em vista o acompanhamento e a prevenção de possíveis atos violentos futuros, interpelam também os Estados de Direito a uma cuidada ponderação, em um domínio essencialmente comunicacional, quanto às figuras criminais típicas que criam, dada a necessidade de respeito por direitos fundamentais básicos dos cidadãos nesse mesmo domínio.

Palavras-chave: terrorismo; *jihad*; ciberespaço; modelos analíticos; radicalização; doutrinação; fundamentalismo; “lobos solitários”.

ABSTRACT: The contemporary terrorist phenomenon shows a global trend, which goes widely beyond the local and regional features of some of the political and religious conflicts under the pretext of which it manifests itself. In this context, the present essay aims to highlight certain analytical models which, in the areas of criminology, sociology and psychology, have been studying the role of the radicalising indoctrination of the “candidates”, not only through personal contact, but also through the cyberspace where they move, and their progressive involvement in the “causes” they aim to serve. And if only a more or less restricted part of the potentially “indoctrinated candidates” ends up embracing terrorist actions, current events also show us the increasingly obvious relevance of the so-called “lone wolves”, their self-indoctrination and subsequent clear individual actions. Since these facts provide useful elements for the intelligence services, especially aiming to monitorise and prevent eventual future attacks, they also challenge the rule of law to perform a careful analysis, in an essentially communicational domain, regarding the typical criminal figures it creates, given the need to respect citizens’ basic fundamental rights in this same domain.

Key-words: terrorism; *jihad*; cyberspace; analytical models; radicalisation; indoctrination; fundamentalism; “lone wolves”.

I. Introdução

1. Dizer-se que o fenómeno do terrorismo ocupa o centro da agenda mediática contemporânea apresenta-se como algo de óbvio, sobretudo em uma era tão marcada pela ressonância praticamente planetária dos eventos sociais mais impressionantes. Sem embargo daquilo que parece ter constituído, nas últimas dezenas de anos, uma mudança de fisionomia das respetivas características, com o alcançar de uma dimensão tendencialmente abrangente¹, a atenção à

¹ Quanto a algumas das diferenças de fundo mais evidentes entre as manifestações terroristas típicas de grande parte do século xx, de cariz espaço-geográfico relativamente circunscrito, e

gênese e ao processo de desenvolvimento do terrorismo não mais desapareceu da linha governativa da grande maioria dos Estados e das organizações internacionais de que os mesmos fazem parte integrante (Organização das Nações Unidas, Conselho da Europa, União Europeia, *et cetera*). E de tal forma assim é, que o *leitmotiv* da “luta contra o terrorismo”² há muito entrou no léxico político-jurídico hodierno, enquanto essencial base legitimadora das diversas manifestações legiferantes dos apontados entes coletivos³.

2. Não constituirá surpresa de maior que uma parcela significativa das alterações jurídico-penais recentes em matéria de previsão e combate ao fenómeno terrorista decorre da enorme preocupação de parte da comunidade internacional com o recrudescimento de organizações e movimentos radicais de origem ou inspiração islamita, granjeadores de seguidores e apaniguados um pouco por todo o mundo, particularmente (e para além, como é óbvio, dos chamados Médio e Extremo Oriente) o europeu ocidental.

Estudos e trabalhos científicos das áreas da criminologia, sociologia e psicologia (para citarmos apenas aquelas que aqui mais nos interessam) defendem que a adesão às aludidas organizações ou movimentos é passível de ser conseguida e efetivada ao longo de um específico processo de *radicalização*. Tratar-se-á, na essência, de um percurso gradual de adoção, pelo agente, de um espectro de crenças, convicções e postulados nos quais se inclui,

as que marcam a nossa contemporaneidade, de frequentes contornos internacionais, cfr., nesta obra, o comentário de Nuno Brandão e António Miguel Veiga ao crime previsto no n.º 11 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (§ 217 a § 220), e as referências bibliográficas aí constantes.

² Sobre o enquadramento da expressão “luta contra o terrorismo” dentro da encruzilhada de percepções que os factos terroristas passaram a convocar, sobretudo após os ataques de 11 de setembro de 2001 às “Torres Gémeas” de Nova Iorque, com a visão de tal factualidade como *atos de guerra* ou, diversamente, como *crimes de direito comum* a suscitarem uma intervenção jurídico-penal despojada das feições próprias de um *direito penal do inimigo*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno ‘derecho penal del enemigo’”, LUÍS GRECO/ANTONIO MARTINS, org., *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, 451 e s. Para a explanação das bases teórico-analíticas da ideia de *direito penal do inimigo* (matéria que em muito ultrapassa o específico âmbito temático deste trabalho), vide GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 293 e s., e “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, trad. Manuel CANCIO MELIÁ, in GÜNTHER JAKOBS/Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, 21 e s.; ainda a propósito do *direito penal do inimigo*, cfr. também Manuel CANCIO MELIÁ, *Los Delitos de Terrorismo: Estructura Típica e Injusto*, Madrid: Reus, 2010, 24 e s.

³ Para comprovar a afirmação bastará atentar, na presente obra, ao conjunto de fontes normativas internacionais mencionadas nos diversos comentários à Lei de Combate ao Terrorismo portuguesa, e que estiveram, só na última dezena e meia de anos, na base das sucessivas alterações sofridas por tal diploma legal.

com ênfase, o do emprego e utilização da violência extrema enquanto meio essencial de consecução de desideratos ligados a transformações sociais e políticas. Permitindo até a formulação de um conjunto de ideias-base, nem sempre pacíficas na comunidade científica⁴, as quais, de um modo muito esquemático, focaremos de seguida.

II. Modelos analíticos do processo radicalizador

3. Característica marcante do terrorismo de feição *jihadista* (embora não só deste⁵) é a que toca a sua componente simultaneamente social e ideológica. É «social en el sentido de que, indefectiblemente, el proceso de radicalización, se lleve a cabo éste en entornos físicos o virtuales, requiere siempre el contacto con una serie de sujetos adscritos a la ideología radical islamista (...); e é ideológica, porquanto o «(...) dicho proceso de radicalización tiene como objetivo prioritario la asunción de un conjunto de normas y valores fundamentados todos ellos en una interpretación rigorista, tergiversada y política de un credo religioso, la cual justifica el empleo de la violencia para lograr una serie de objetivos de naturaleza religiosa. Bajo la influencia de la ideología radical islamista, la cual es transmitida a través de diversos canales, se produce paulatinamente la integración del individuo que está siendo radicalizado en grupos extremistas de carácter subcultural. Llegado el caso, este proceso de radicalización puede conducir a que el sujeto radicalizado exprese su disposición a unirse a organizaciones terroristas con el fin de llevar a cabo la *yihad* contra los denominados “infielos”, lo cual puede desembocar en una acción violenta de consecuencias graves»⁶.

Um aspeto particularmente relevante é, como se percebe, o do evidente *afunilamento* da interpretação – de uma *certa* interpretação – dos ditames religiosos que inspiram e marcam a ação transformadora propugnada, intuída

⁴ Como o atestam, por exemplo, as veementes críticas de Khaled Beydoun, para quem as teorias em causa comportam o perverso efeito de “racialização” dos muçulmanos, sempre e em qualquer caso, como terroristas, diversamente do que acontece com os não-muçulmanos, cujos atos de violência, e por norma, não são vistos como a expressão de uma ideologia terrorista (“Lone wolf terrorism: types, stripes, and double standards”, *Northwestern University Law Review* 112/5 [2018] 1231 e s.).

⁵ Assim, Khaled BEYDOUN, “Lone wolf terrorism”, 1217-1221.

⁶ Miguel CANO PAÑOS/Francisco CASTRO TOLEDO, “El camino hacia la (Ciber) *Yihad*. Un análisis de las fases del proceso de radicalización islamista y su interpretación por parte de los tribunales españoles a partir de los datos suministrados por sentencias judiciales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20-15 (2018) 3-4.

e vivenciada segundo a lógica bipolarizadora do “nós” (crentes e “escolhidos”, mas igualmente oprimidos) e do “eles” (“infiéis” e “impuros”, essencialmente ocidentais)⁷. Tratando-se, ao cabo e ao resto, do jugo de uma *words rule*, no sentido de que a autoridade legitimadora do radicalismo proposto advém da letra das escrituras, interpretadas pelos crentes de um modo inflexível e fundamentalista, e que assim são apresentadas e sustentadas enquanto verdades “objetivas” e absolutamente apodíticas⁸. Acabando esta mesma *words rule* (na prática, uma determinada *interpretation rule*) a permitir perceber, com realismo, uma pletora de atos (gratuitamente) violentos que alguma doutrina aponta como claros exemplos do desvirtuamento contemporâneo, por aqueles que a invocam, do significado originário da *jihad* (ligado, sobretudo, a reações de legítima defesa)⁹.

4. Um dos modelos analíticos do processo de *radicalização* islâmica mais difundidos é definido segundo uma *estrutura piramidal*, a qual comportará diferentes patamares, correspondentes a outros tantos diversos momentos ou estádios daquele processo. Assim, e *grosso modo*, partindo da base da pirâmide até ao topo, teremos, segundo um crescendo de intensidade e entrega à ideologia radical, embora com um número cada vez menor de sujeitos: os simpatizantes, os apoiantes ou seguidores, os ativistas e, finalmente, os verdadeiros radicais.

Concretizando, desde a base, formada por todos aqueles que simpatizam com os objetivos em vista dos quais os terroristas afirmam que estão lutando, até ao vértice, ocupado por um (muito) menor conjunto de indivíduos que empreendem essa luta física e violenta – e, por isso mesmo, dotados de um

⁷ Clark McCauley/Sophia Moskalenko, “Mechanisms of political radicalization: pathways toward terrorism”, *Terrorism and Political Violence* 20/3 (2008) 416.

⁸ Neste sentido, Randy Borum, “Rethinking radicalization”, *Journal of Strategic Security* 4/4 (2012) 4; sobre o tema, cfr. também, entre nós, as interessantes reflexões de José de Sousa e Brito, “O 11 de Setembro, os direitos do homem e o diálogo entre as civilizações”, *Lusíada. Direito*, Série II, 3 (2005) 141-143.

⁹ A este último propósito, vide M. Cherif Bassiouni, “Evolving approaches to *jihad*: from self-defense to revolutionary and regime-change political violence”, in M. Cherif Bassiouni/Amna Guellali, *Jihad and its Challenges to International and Domestic Law*, The Hague: Hague Academic Press, 2010, 11 e s., especialmente 28-33; por seu turno, focando os graves problemas da generalizada associação entre as interpretações inspiradoras do terrorismo *jihadista* e o mundo muçulmano, com manifesto prejuízo para a imagem deste último e do comum dos respetivos cidadãos no contexto internacional, Christian von Sikorski et al., “‘Muslims are not terrorists’: Islamic State coverage, journalistic differentiation between terrorism and Islam, fear reactions, and attitudes toward muslims”, *Mass Communication and Society* 20/6 (2017) 830 e 833; e ainda Tahir Abbas, “Ethnicity and politics in contextualising far right and Islamist extremism”, *Perspectives on Terrorism* 11/3 (2017) 59-60.

muito maior grau de compromisso e entrega –, apenas a este último e mais restrito grupo de “eleitos” a qualificação de “terroristas radicais” deverá caber. Percebendo-se que no suporte piramidal se encontra a legitimidade ideológica, mas também uma “generosidade” essencialmente intelectual de apoio à “causa” terrorista. Com efeito, se para os simpatizantes e apoiantes a ideologia assume um papel fortemente identitário e de referência integradora no grupo, os ativistas espalham a sua contribuição nos meios – legais ou ilegais – nos quais gozam de margem de influência, acabando o pico da estrutura por comportar os mencionados radicais.

Segundo este esquema de análise, condutas típicas dos simpatizantes e seguidores são as da difusão da propaganda e das ideias consubstanciadoras da tal legitimidade ideológica do movimento, enquanto os ativistas, para além do apoio logístico ou financeiro para a comissão de atos materialmente terroristas, estarão também mais embrenhados em tarefas de doutrinação de novos potenciais prosélitos; por fim, e como já dito, teremos os radicais terroristas, os protagonistas e os fautores práticos da violência física e psicológica empregue na luta contra os “infieis”.

À presente construção teórica parece estar inerente, pois, uma ideia de progressão entre a base e o pico da pirâmide, por forma a que os agentes (uns poucos, é certo) vão subindo os diversos níveis entre aquelas extremidades do processo radicalizador, na ilustração das figuras do “homem-bomba” ou do “cinto armadilhado” (*conveyor belt*) enquanto estádios últimos que somente alguns “eleitos” lograrão alcançar¹⁰.

5. Uma outra via explicativa dos fenómenos de radicalização, sobretudo dos ocorridos no Ocidente, aponta-nos, um pouco à semelhança da anterior, para quatro fases fundamentais.

Em primeiro lugar, a da aproximação e dos contactos iniciais, físicos ou virtuais, dos recrutadores aos potenciais seguidores da “causa”, criando-se círculos privados nos quais estes últimos se sentem motivados a falar das questões tidas por relevantes para o mundo islâmico e as suas ligações com a diáspora.

Depois, e quase concomitantemente com a anterior, deparamos com a fase da pré-radicalização e auto-identificação dos candidatos com o rígido conjunto

¹⁰ Quanto a estas questões, cfr. Clark McCauley/Sophia Moskalenko, “Mechanisms of political radicalization”, 416-417; Manuel Moyano/Humberto Trujillo, *Radicalización islamista y terrorismo. Claves psicosociales*, Granada: Editorial Universidad de Granada, 2013, 13-20; e ainda Miguel Cano Paños/Francisco Castro Toledo, “El camino hacia la (Ciber) Yihad”, 4-6.

de princípios políticos e religiosos propugnados pela ideologia *jihadista* (tal como entendida pelos recrutadores e as organizações para as quais atuam). Desempenhando aqui um relevante papel, segundo este modelo, o próprio entorno sociocultural e político ocidental no qual os possíveis “prosélitos” não se reveem e que, em muitos casos, sentem como pessoalmente injusto, opressivo e desrespeitador para com o universo islâmico (apontando-se, nesta percepção das coisas, exemplos como os da publicação internacional, há diversos anos atrás, da conhecida obra literária *Versículos Satânicos*, da autoria do escritor britânico de origem indiana Salman Rushdie, ou, mais recentemente, da inclusão de algumas caricaturas relativas à figura do Profeta Maomé na revista humorística francesa *Charlie Hebdo*).

Efetuada a aludida aproximação, entramos na etapa mais especificamente dedicada ao doutrinação dos candidatos, em um clima de progressiva auto-segregação perante o resto da comunidade não islâmica. Ocorrendo agora a declarada exposição dos agentes a uma intensa propaganda (amiúde mediante o acesso ao ciberespaço) acerca de muitos dos acontecimentos políticos internacionais (com óbvio destaque para conflitos como o israelo-palestiniano, o sírio ou o que envolveu a intervenção de tropas militares ocidentais no território iraquiano), vistos como flagrantes injustiças cometidas pelo Ocidente sobre o Islão e geradoras da necessidade de, por meio da violência extrema, serem “vingados” os muçulmanos periclitados ou oprimidos às mãos dos “infiéis”.

A quarta e última fase trata da *jihadização* propriamente dita, ou seja, do momento em que, tendo os candidatos aceite e interiorizado já o dever de servirem e participarem na “Guerra Santa”, até com o sacrifício da própria vida, desenvolvem e cumprem esse compromisso através de múltiplas formas, mediata ou imediatamente ligadas à eventual preparação e comissão de factos materialmente terroristas (desde, por exemplo, a efetivação de viagens ao estrangeiro tendentes ao seu treinamento militar até à planificação ou mesmo à execução de um atentado terrorista).

Cabendo ainda realçar, em todas estas etapas, o sempre relevante papel da *Internet* e dos conteúdos *jihadistas* nela difundidos¹¹.

6. Por fim, merece ainda referência o modelo de análise estribado na imagem metafórica de uma escadaria (*staircase*) conducente, de um modo cada

¹¹ Sobre tudo isto, com desenvolvimento, Miguel CANO PAÑOS/Francisco CASTRO TOLEDO, “El camino hacia la (Ciber) *Yihad*”, 6-8.

vez mais estreito e exigente, às ações terroristas (*maxime*, de cariz islamita). Trata-se de um esquema estruturado em torno de diversos degraus, essenciais para a progressão no interior do “edifício terrorista”, composto por um piso-base e cinco andares subsequentes, marcados igualmente (à semelhança do marco analítico de feição piramidal há pouco exposto) por um gradual exacerbamento dos sentimentos *ihadistas* radicais.

Nesta visão das coisas, há, no entanto, a clara assunção do postulado de que o comportamento levado a cabo em cada um dos pisos não será propriamente fruto de um todo contextual de feições objetivas (como a maior ou menor pobreza e a mais ou menos completa educação escolar e cultural) a rodear os candidatos, mas sim resultado de um processo psicológico muito específico e típico do piso em questão. O mesmo valendo para dizer que as conceções dos indivíduos quanto à injustiça, opressão e humilhação incidentes sobre o mundo muçulmano serão de uma intensidade e de um peso psicológicos bastante diversos, consoante também o grau de exposição daqueles à persuasão já sobre si exercida pelos líderes e recrutadores.

Em síntese, a generalidade das pessoas potencialmente “radicalizáveis” encontrar-se-á no piso-base, para as quais relevarão sobremaneira as perceções quanto ao tratamento existencial mais ou menos (in)digno a que, segundo tais perceções, se encontram sujeitos, por todo o mundo, milhões e milhões de “irmãos” daquelas.

Ao primeiro nível subirão alguns dos que, descontentes e sentindo necessidade de lutar, ainda dentro do sistema formal instituído, por melhores condições para a sua própria situação, tentam fazê-lo segundo uma lógica relativamente crente nas hipóteses de mobilidade social e nos métodos democráticos de tomada de decisão e de justiça procedimental.

Os desiludidos com a experiência proporcionada pelo *establishment* instituído (visto daí em diante como um logro “vendido” pelo estilo de vida ocidental) ascenderão, frustrados, ao segundo piso, onde existem condições para o desenvolvimento de (ainda mais) fortes sentimentos de revolta contra um “inimigo” já definido.

A transformação psicológica mais relevante dar-se-á, contudo, no terceiro nível, com um assumido entrosamento dos candidatos nos valores “morais” invocados pelas organizações terroristas, entendidas como a via de mudança de um opressivo estado de coisas.

A partir de então, o quarto piso traduz a solidificação das apontadas categorias no espírito dos potenciais terroristas, mas de uma forma tal que o mundo passará a ser apreendido apenas segundo a lógica do “nós contra eles”,

com a total legitimação da organização terrorista – para a qual os candidatos serão nessa altura recrutados – como a mais lídima encarnação do “nós”.

Ocorrendo, no quinto e último nível, a seleção e o treino de específicos indivíduos, no universo dos antes recrutados, para o cometimento de atos violentos, de cujo carácter letal, inclusivamente para os próprios, não existe qualquer tipo de dúvidas¹².

7. Parecerá, *prima facie*, que todas as construções acabadas de aludir se centram em sucessivos patamares relacionais mantidos entre o “candidato” a radical e aqueles outros (doutrinadores, recrutadores, treinadores, *et cetera*) que encarnam as diversas faces visíveis do ideário em homenagem ao qual (e atingido o nível mais agudo de radicalização) vem depois o primeiro a atuar.

Afigura-se-nos (até pelo que vamos conhecendo de episódios recentes reivindicados por algumas organizações terroristas) serem os referidos vínculos relacionais algo de absolutamente indesmentível em muitos dos processos de envolvimento e execução de atos de terror.

Todavia, não é forçoso que assim aconteça sempre. Pensemos, entre outros, nos ataques de 14 de julho de 2016, 3 de junho de 2017 e 11 de dezembro de 2018, ocorridos, respetivamente, em Nice, Londres e Estrasburgo. Em todos estes três casos, o desenho, o modo e os meios de atuação patenteados acabaram por revelar-se especialmente simples, sobretudo se ponderado o horror que conseguiram espalhar junto das suas vítimas diretas (transeuntes atropelados, esfaqueados e baleados) e indiretas; para além disso, provieram tais atentados – todos eles – de “lobos solitários”. Ou seja, ainda que parecendo radicar em uma matriz relativamente comum de inspiração islamita, surpreendem-se nos três episódios uma feição e um cunho eminentemente pessoais de quem os levou a cabo, segundo uma verdadeira lógica *low cost*, desligada de um entorno organizacional mais abrangente¹³.

Consequindo, pois, o fenómeno de recrudescimento dos “lobos solitários” colocar de certo modo em xeque alguns aspetos da pureza analítica própria das teorias de radicalização acima vistas e, concomitantemente, chamar a nossa atenção para algo de cada vez mais presente na sociedade contemporânea.

¹² Com extremo pormenor, cfr. Fathali MOGHADDAM, “The staircase to terrorism. A psychological exploration”, *American Psychologist* 60/2 (2005) 161-167.

¹³ Para a enumeração de diversas situações ocorridas nos anos de 2016 e 2017, enquadráveis na categoria que acabamos de referir, Marc COSTA, “El renacer de los lobos solitarios”, *Grupo de Estudios en Seguridad Internacional*, Granada, www.seguridadinternacional.es, 2017, 2-4.

III. Modelos analítico-categoriais dos chamados “lobos solitários”

8. A expressão “lobo solitário” terá surgido em um cenário histórico-criminológico mais ou menos definido, enformado por movimentos da extrema-direita norte-americana, apologista de ideais xenófobos e de supremacia da raça branca. Nesse contexto, os supremacistas dirigentes elevaram a expressão a relevante peça de uma estratégia mais lata de encorajamento dos prosélitos a, por razões táticas, atuarem sozinhos na perpetração de violentos crimes de cariz político-racial¹⁴.

Ora, independentemente das críticas epistemológicas que à categoria possam ser dirigidas¹⁵, a realidade dos “lobos solitários” e a multiformidade de hipóteses em que essa mesma realidade se desdobra constituem dados de evidência não despicienda. Isto mesmo consta de um importante estudo de 2015, elaborado por um grupo de trabalho constituído na Universidade norte-americana de Georgetown¹⁶.

Debrucemo-nos, ainda que muito rapidamente, sobre cada uma das quatro categorias básicas de “lobos solitários” propostas no dito estudo: os *lone soldiers*, os *lone vanguards*, os *loners* e os *lone followers*.

9. Os *lone soldiers* (que poderíamos traduzir por “soldados solitários”) agem sozinhos, mercê da sua destreza e capacidade individuais, embora o façam sob a égide, o consentimento e, muitas vezes, com o apoio material e operacional de uma organização terrorista mais vasta, com a qual estão relacionados diretamente e cujos objetivos políticos e ideológicos visam alcançar através dos atos por si (*soldiers*) perpetrados. A *loneliness* da atuação acaba por ser, pois, eminentemente estratégica¹⁷.

¹⁴ A propósito, Gabriel WEIMANN, “Lone wolves in Cyberspace”, *Journal of Terrorism Research* 3/2 (2012) 76-77; e Marc COSTA, “El renacer de los lobos solitarios”, 2.

¹⁵ Para algumas dessas críticas, cfr. BART SCHURMAN *et al.*, “End of the lone wolf: the typology that should not have been”, *Studies in Conflict & Terrorism* (2018) 1-5, <www.tandfonline.com/loi/uter20>.

¹⁶ O estudo em causa foi coordenado por Jeffrey Connor e Carol Rollie Flynn, podendo ser consultado em *Report: Lone Wolf Terrorist*, Georgetown University, Security Studies Program/National Security Critical Issue Task Force, 2015.

¹⁷ Jeffrey CONNOR/Carol Rollie FLYNN, *Report: Lone Wolf Terrorist*, 29-30. Neste mesmo sentido, embora denominando-os somente de *lone wolves*, Raffaello PANTUCCI, “A typology of lone wolves: preliminary analysis of lone islamist terrorists”, *Developments in Radicalisation and Political Violence*, King’s College London, 2011, 19-24.

Poderá incluir-se nesta categoria o comportamento de um homem – Mark Stroman – que, com o apoio do grupo de extrema-direita norte-americana *Aryan Brotherhood*, ao qual tinha ligações, disparou sobre três lojistas de origem asiática que julgou serem árabes, na cidade texana de Dallas, em 15 de setembro de 2001, como “vingança” pelos ataques terroristas ocorridos quatro dias antes em Nova Iorque (*World Trade Center*), nos arredores de Washington (Pentágono) e ainda aglúres no Estado da Pensilvânia¹⁸.

10. A estirpe dos *lone vanguards* (“vanguardistas solitários”) é composta, segundo o mesmo relatório da Universidade de Georgetown, pelos *one man organizations*, não ligados (pelo menos de forma próxima) a organizações terroristas preexistentes nem às ideologias a tais organizações marcadamente assimiláveis. Sem embargo de evidenciarem as competências sociais básicas facilitadoras da respetiva integração na comunidade e em grupos organizados, os *lone vanguards* constroem um caminho autónomo, de acordo com as idiosincrasias nas quais se fundam os alicerces ideológicos da sua ação. Em certo sentido, e não obstante poderem inspirar-se em convicções e credos externos mais ou menos consolidados, atuam como que para impor o seu próprio ideário.

Como exemplo paradigmático de um *lone vanguard* é apontado o norueguês Anders Behring Breivik, o qual, em 22 de julho de 2011, assassinou um total de 77 pessoas em Oslo e na ilha de Utoya, em nome de objetivos que, segundo um manifesto de cerca de 1.500 páginas da sua autoria, representariam o verdadeiro depuramento de um conjunto de princípios assumidos, em termos por ele vistos como manifestamente pouco ambiciosos, por movimentos de extrema-direita¹⁹. Outra personagem porventura enquadrável nesta categoria dos *lone vanguards* parece-nos ser a do australiano Brenton Harris Tarrant, que, no dia 15 de março de 2019, na sequência de uma (pelo menos aparente) preparação eminentemente individual, assassinou, a tiro de metralhadora, 50 fiéis muçulmanos (ferindo quase outros tantos) que se encontravam em duas mesquitas da cidade neozelandesa de Christchurch. Orientado por princípios extremistas de supremacia da raça branca relativamente às demais (desde logo, as ligadas aos fluxos migratórios), este *lone vanguard* plasmara (um pouco à semelhança do acima referido Anders Breivik), em um

¹⁸ Khaled BEYDOUN, “Lone wolf terrorism”, 1221.

¹⁹ Jeffrey CONNOR/Carol Rollie FLYNN, *Report: Lone Wolf Terrorist*, 30; a propósito, cfr. também Lars Erik BERNTZEN/Sveinung SANDBERG, “The collective nature of lone wolf terrorism: Anders Behring Breivik and the anti-islamic social movement”, *Terrorism and Political Violence* 26/5 (2014) 762-763.

texto prévio da sua autoria (o qual terá feito chegar às autoridades ministeriais pouco antes dos tiroteios), o conjunto de diretrizes que entendeu sustentarem ideologicamente a atuação depois por si empreendida (e filmada...) nas ditas mesquitas de Christchurch.

11. Movidos, em muitos casos, por um forte desejo de integrarem uma organização ou rede terrorista, os *loners* (“solitários”) são-no, todavia, por imposição alheia e não (diversamente dos *lone vanguards*) por opção própria. Na essência, estaremos perante “lobos solitários” que agem sozinhos para alcançar os objetivos da ideologia (de cunho individual) que professam; todavia, essa “solidão” surge em razão, fundamentalmente, da circunstância de não disporem de carisma e competências sociais bastantes para a criação de laços com os pares ou para a mobilização de outros para a sua “causa”.

De acordo com o aludido estudo universitário de Georgetown, o matemático norte-americano Theodore Kaczynski, popularmente conhecido por “Unabomber”, responsável pela morte e ferimento de diversas pessoas entre 1978 e 1995, e durante toda a sua vida atormentado por problemas de índole psicológica, personifica o *loner* por excelência, incapaz de manter vínculos sociais duradouros e profícuos, até ao ponto de assumir, de forma absolutamente violenta, um total antagonismo com o estilo organizacional da vida moderna nas sociedades ocidentais²⁰.

12. Os *lone followers* (“seguidores solitários”) aproveitam a ideologia de um grupo ou organização terrorista existente e atuam tendo em mente a afirmação, pela violência, de tal ideologia, apesar de não haverem conseguido ganhar aceitação ou “interesse” por parte do grupo ou organização em questão. As suas condutas violentas e respetiva preparação são frequentemente entendidas pelos próprios como forma de poderem vir a ingressar nas fileiras do grupo sob cuja “inspiração” ideológica agem.

O relatório a que fazemos referência indica como exemplo de um *lone follower* Michael Zehaf-Bibeau, o homem que, tendo vivido parcialmente uma existência de sem-abrigo, baleou um soldado em Otava, em outubro de 2014, sendo depois abatido quando se preparava para disparar indiscriminadamente no interior do parlamento canadiano, tudo – segundo afirmou o próprio através de uma mensagem previamente gravada em sistema de vídeo – em

²⁰ Jeffrey CONNOR/Carol Rollie FLYNN, *Report: Lone Wolf Terrorist*, 31.

nome da necessidade de “responder às atrocidades que o Canadá praticou contra os muçulmanos no Médio Oriente”²¹.

13. Segundo certa doutrina atenta à realidade norte-americana, às categorias acabadas de enumerar poderá adicionar-se ainda uma outra, a dos *lone wolf killers* (“lobos solitários criminosos”), reportada àqueles a quem as chamadas *instâncias formais de controlo*²² não reconhecem, pelo menos *a priori*, qualquer conexão com organizações ou entidades de índole terrorista e as visões extremistas às mesmas normalmente assacadas. E, em caso de investigação por crimes (violentos) por eles cometidos, são tais *lone wolf killers* apresentados como criminosos “comuns”.

Esta última perspetiva sustenta existir, também aqui, um generalizado apodo dos muçulmanos, pelas autoridades norte-americanas, como sendo terroristas, o mesmo já não valendo em relação às pessoas de raça branca que protagonizem idênticos atos violentos motivadas por questões raciais ou anti-governamentais, tidas apenas por “meros” criminosos de “delito comum”²³.

14. Como salientámos, independentemente das suas diversas *nuances*, a problemática dos “lobos solitários” permite-nos notar uma matriz mais ou menos essencial, no que toca ao carácter eminentemente individualista do agente. Seja por uma questão de *modus* de execução (que, em determinados casos, ocorrerá até por conta e em nome de uma organização mais vasta), seja por uma razão de opção ou mesmo de imposição das circunstâncias, poderá bem acontecer que à “radicalização” pressuposta pelos modelos analíticos atrás enunciados não corresponda, afinal, e na verdade das coisas, uma dinâmica relacional mais ou menos direta ou constante entre o “candidato” a radical e aqueles que representam a ideologia em nome ou por causa da qual vem o primeiro a atuar. Não se antolhando inverosímil pensar que, agindo embora por vezes ideológica e operacionalmente sob a inspiração de realidades ou dogmas já (e digamo-lo à falta de melhor expressão) “consagrados”, o normal seja levarem os “lobos solitários” a cabo os seus atos

²¹ Jeffrey CONNOR/Carol Rollie FLYNN, *Report: Lone Wolf Terrorist*, 31-32.

²² A expressão *instâncias formais de controlo* do crime utilizada no texto refere-se, fundamentalmente, à lei criminal, à polícia, ao ministério público e ao tribunal (a propósito da categoria, Jorge de Figueiredo DIAS/Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminológica*, 3.ª reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 371-372).

²³ Para tal visão, que se nos aparenta, neste específico domínio, marcadamente ideológica, Khaled BEYDOUN, “Lone wolf terrorism”, 1225-1226.

terroristas através de operações individuais, amiúde concebidas e dirigidas pelos próprios sem nenhum comando ou hierarquia exteriores aos respetivos alvedrio e autonomia²⁴.

IV. Papel dos modelos analíticos na “luta contra o terrorismo”

15. As construções e os modelos que indicámos mostram bem a elevação do conceito de “radicalização” a um nível de verdadeiro “investimento epistemológico” e objeto de escrutínio público quanto às políticas preventivas e de *enforcement* normativo que em tal conceito se baseiam²⁵.

No entanto, não será porventura despiciendo alertar para o óbvio, a saber, que se trata precisamente de modelos, e, por isso, envolvem uma indisfarçável dose de racionalização e teorização acerca do material humano sobre que se debruçam. Sem embargo, a natureza de *constructo* desses instrumentos pode revelar-se útil à consciencialização de diversos aspetos sócio-psicológicos que o espírito do legislador deverá pelo menos ponderar quando age normativamente. E isto, ainda que, assumamo-lo, precisamente por assentarem em esquemas teóricos, tendam aquelas construções analíticas a esquecer, em um ou outro ponto, a relevante *alea* conatural à empresa comportamental humana, porquanto aparentam partir do princípio básico de que o terrorismo (entendamo-nos: o terrorismo substancialmente apreensível e definível como tal) emerge, as mais das vezes, da radicalização e das ideologias radicais, e de que estas, por seu turno, têm também a enformá-las contextos de pobreza e níveis rudimentares de educação. Ora, se há ensinamento que a experiência real e efetiva dos últimos (muitos) anos nos vem prestando, é o de que *as coisas não ocorrem sempre*, necessária e exatamente, *assim*²⁶.

16. Por um lado (e, neste específico ponto, a teoria da *staircase* acima vista²⁷ mostra-se particularmente assertiva), foi ficando conhecida da

²⁴ Marc COSTA, “El renacer de los lobos solitarios”, 1-2; Raffaello PANTUCCI, “A typology of lone wolves”, 9; Khaled BEYDOUN, “Lone wolf terrorism”, 1219-1220.

²⁵ Khaled BEYDOUN, “Lone wolf terrorism”, 1227; Aziz HUQ, “Modeling terrorist radicalization”, *Duke Forum for Law & Social Change* 2/1 (2010) 39-41; sobretudo focado na realidade política norte-americana, com pormenor, Amna AKBAR, “Policing ‘radicalization’”, *u.c. Irvine Law Review* 3/4 (2013) 818-832.

²⁶ Randy BORUM, “Rethinking radicalization”, 4.

²⁷ Cfr. ponto 6.

comunidade internacional a circunstância de muitos dos atos e atentados terroristas de grande impacto na nossa contemporaneidade (pense-se nas ações do *I.R.A.* na Irlanda do Norte, em 1978, ou da *Al-Qaeda* no Sudoeste Asiático, em 2003) terem sido levados a cabo por indivíduos com existências pautadas por estabilidade económico-financeira, vários anos de instrução escolar e até, por vezes, profissões sustentadas em cursos superiores²⁸. Constituindo essa, aliás, uma das características a unir alguns (não poucos) membros de organizações classificadas internacionalmente como terroristas: é o caso do *Hezbollah*, composto por muitos jovens oriundos do Sul do Líbano e de Beirute (zonas do país dotadas de melhores condições de vida), onde residem(iam) e concluíram a escola secundária, em manifesto “contraciclo” com a generalidade da população libanesa, sem possibilidade de acesso a níveis médios de instrução; e é igualmente a situação de diversos bombistas suicidas do *Hamas*, com existências estabilizadas em termos sociais e laborais²⁹.

17. Por outro lado, traçando pistas importantes para ajudar a compreender a conexão tendencialmente existente entre o fenómeno radicalizador e a prática de atos materialmente terroristas, os referidos esquemas de análise da radicalização não podem transformar-se em algo de semelhante a axiomas.

O que vamos apreendendo da realidade terrorista inculca-nos que muitos “radicais” não praticam (nem praticaram) atentados de terror, assim como nem todos os terroristas (recordemos os *lone vanguards*³⁰) tiveram a enformar o respetivo percurso uma “radicalização” (no que toca, por exemplo, a contactos interpessoais com doutrinadores e recrutadores) como tal tradicionalmente definida³¹. Dados que nos permitem intuir, *once again*, que a adesão a crenças radicais, sobretudo as transmitidas pelas formas mais ou menos arquetípicas pensadas pelos aludidos modelos, não sendo irrelevante para descortinar pistas indiciadoras de eventuais futuros terroristas, não representa, *ipso facto*, um sinal infalível dessa “gestação” terrorista. Podendo,

²⁸ Fathali MOGHADDAM, “The staircase to terrorism”, 162-163.

²⁹ Sobre estas questões, e pormenorizadamente, Alan KRUEGER/Jitka MALECKOVÁ, “Education, poverty and terrorism: is there a causal connection?”, *Journal of Economic Perspectives* 17/4 (2003) 129-137.

³⁰ Vide ponto 10.

³¹ Cfr. Joel BRYNIELSSON *et al.*, “Analysis of weak signals for detecting lone wolf terrorists”, *European Intelligence and Security Informatics Conference*, 2102, 197; e ainda Joanne HINDS/Adam JOINSON, “Radicalization, the internet and cybersecurity: opportunities and challenges for H.C.I.”, *Human Aspects of Information Security, Privacy and Trust: 5th International Conference, H.A.S. 2017, Held as Part of H.C.I. International 2017, Vancouver, B.C., Canada, July 9-14, 2017, Proceedings*, Theo TRYFONAS, ed., Bristol: Springer, 2017, 482.

ao cabo e ao resto, concluir-se que a radicalização através da adoção ou desenvolvimento de crenças extremistas constituirá um de vários caminhos descortináveis para a perpetração de subseqüentes ações violentas.

Nesta última perspectiva (porventura bem mais inquietante, admitimo-lo, pelo que capta da fluidez da realidade, mas talvez por isso também mais próxima dessa mesma realidade), o grande desafio reconduzir-se-á a tentar perceber como as pessoas se envolvem e mantêm envolvidas no terrorismo³².

Por consequência, importará questionar se, nos casos em que a “radicalização” tradicional – designadamente a que se desenvolve e processa na arena comunicacional, *maxime* nas chamadas “redes sociais” – não desemboca em atos materialmente terroristas nem reflete, *da parte do recetor* daquele conteúdo radical, mais do que uma “simpatia” ou um sentimento identitário de referência para com determinados valores e até métodos de atuação, deverá o arsenal punitivo do direito penal intervir (ou intervir *sempre*)³³.

V. Conclusão

18. Não obstante as reservas acabadas de explanar, já deixámos sugerido não nos parecer desprezível o manancial de informação que a perceção dos fenómenos radicalizadores e tudo o que os envolve (desde logo, os “lobos solitários”) pode trazer aos Estados, designadamente aos respetivos serviços de inteligência, tendo em vista a prevenção de ameaças sérias no futuro. Talvez por isso mesmo, a par do reforço dos poderes de *surveillance*, investigação e utilização de informações secretas pelos mencionados serviços³⁴, hajam as ordens jurídicas antecipado cada vez mais – como acontece, entre nós, na norma prevista no n.º 5 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto – o nível de incriminação de tudo aquilo que é intuído como conexo, até do ponto de vista intelectual-comunicacional, e mais ou menos mediatamente, com o fenómeno terrorista.

A óbvia questão (e compreende-se que apenas tenha sentido em verdadeiros Estados de Direito) será, pois, a de saber a que preço, sobretudo em um

³² Assim, pertinentemente, Randy BORUM, “Rethinking radicalization”, 2, que seguimos de perto nas últimas considerações expostas no texto.

³³ A propósito, Francisco MUÑOZ CONDE, “El derecho en la guerra contra el terrorismo”, 464.

³⁴ O reforço dos poderes das entidades de inteligência é, todavia, um campo no qual o ímpeto legislativo expansionista não pode deixar de ter algumas regras bem definidas e sempre constitucionalmente escoradas, sob pena de criação de um paradigma securitário de contornos difusos, próprio talvez de um *direito penal do inimigo* (*ibid.*, 465).

domínio – repete-se – essencialmente comunicacional, poderão os princípios e os direitos fundamentais dos cidadãos ser “acomodados” na tão apregoada “luta contra o terrorismo”³⁵.

Equação que, reconhecamo-lo, nem sempre se apresenta de fácil solução³⁶.

³⁵ Formulando esta mesma pergunta, Pedro CAEIRO, “Concluding remarks”, in Francesca GALLI/Anne WEYEMBERGH, *E.U. Counter-Terrorism Offences. What Impact on National Legislation and Case-Law?*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2012, 310-311.

³⁶ E, em diversos casos, tem vindo a conhecer respostas pouco satisfatórias à luz de princípios constitucionais basilares dos Estados de Direito, como o princípio da *necessidade de tutela penal*. Para uma análise crítica, sob este prisma, do tipo-de-ilícito contido no n.º 5 do artigo 4.º da nossa Lei n.º 52/2003, vide, na presente obra, o comentário de Nuno Brandão e António Miguel Veiga a tal segmento normativo (§ 60 a § 77).



1 2



9 0



**IMPRESA DA
UNIVERSIDADE
DE COIMBRA**
COIMBRA UNIVERSITY PRESS