



Investigação Criminal

CONGRESSO INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Investigação Criminal - Novas Perspetivas e Desafios



LIVRO DE ATAS



29 e 30 de março
Figueira da Foz 2012

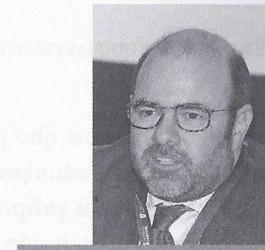


e criminalidade altamente organizada que nos são fornecidas por algumas das alíneas do artigo 1.º do Código de Processo Penal. Nestas definições cabe já quase tudo, sendo certo que a criminalidade aí abrangida não coincide com a criminalidade abrangida, por exemplo, na Lei das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal e na Lei da criminalidade organizada e económico-financeira. Além de que o tratamento processual penal dado àquele tipo de criminalidade, a que está contida em tais alíneas, é, muitas vezes, rigorosamente igual ao dado a outro tipo de criminalidade. Numa palavra, o tratamento diferenciado que se justifica relativamente a uma parte da criminalidade grave alastra além dela, contaminando o “outro” direito processual penal, não havendo verdadeiramente diferenciações, quando de fato se justificam.

Termino dizendo que são muitas as dúvidas que me assaltam nesta matéria. A certeza que tenho é que é necessário diferenciar. As dúvidas que tenho, que continuo a ter, são quanto ao critério da diferenciação. Em definitivo, porém, não posso deixar de dizer aqui, com toda a certeza, que um Estado de direito democrático, como é o português, deve continuar a proteger o indivíduo não apenas através do processo penal, mas também do processo penal.

BIBLIOGRAFIA:

- COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no verão passado*”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra Editora, 2009;
- FIGUEIREDO DIAS, «O processo penal português: problemas e prospetivas», in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009;
- GRACIA MARTIN, “Consideraciones críticas sobre el atualmente denominado «derecho penal del enemigo»”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02 (2005);
- GÜNTHER JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003;
- KAI AMBOS, “Derecho penal del inimigo”, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez, coordinadores), 1, Edisofer S. L., Madrid, 2006, p. 119 e ss;
- LUIS GRECO, “Acerca del llamado derecho penal del enemigo”, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez, coordinadores), 1, Edisofer S. L., Madrid, 2006, p. 1081 e ss;
- SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução Criminal*, Universidade do Minho, 2002.



PEDRO CAEIRO

Professor Doutor

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Investigador do Instituto Jurídico

Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal

I

Gostaria de começar por cumprimentar os meus colegas de mesa, Prof.^a Doutora Maria João Antunes e Prof. Doutor Manuel Cancio Meliá, e não queria deixar de realçar o privilégio que é poder ter ouvido as conferências de ambos.

Queria também agradecer à ASFIC – com quem tenho o gosto de trabalhar, como formador, há quase duas décadas – o convite para estar aqui hoje e a hospitalidade com que nos recebeu.

II

De acordo com o plano que traçámos em conjunto, devo fazer agora uma breve referência às características do direito penal do inimigo no plano substantivo.

Antes disso, começarei por abordar três pontos prévios de carácter mais geral que, a meu ver, ajudam a compreender o problema e os termos da sua discussão. Em primeiro lugar, procurarei indagar das razões pelas quais o direito penal do inimigo tem suscitado um interesse tão vivo na academia e até, como se vê por este painel, nas instituições que aplicam o direito penal. Em segundo lugar, tentarei delimitar o âmbito dos fenó-

menos criminais a que pode dizer respeito. Por último, tecerei uma crítica rápida a um dos seus pressupostos fundamentais (a dicotomia pessoa / inimigo) e, por aí, à própria viabilidade da noção, tanto na veste de modelo explicativo como na de proposta de política criminal destinada a produzir resultados normativos.

III

1. O tópico do direito penal do inimigo tem conhecido nos últimos anos uma notoriedade pouco comum. A bibliografia específica sobre o tema, em especial alemã, espanhola, italiana e latino-americana, é abundantíssima, e em muitas obras sobre outros assuntos (aí se incluindo centenas de dissertações de mestrado apresentadas nas faculdades de direito portuguesas) é-lhe dedicado um capítulo, ou ao menos, umas páginas, na maior parte das vezes com duvidosa oportunidade.

Por uma razão ou por outra, é como se a generalidade dos autores e dos escreventes que se dedicam ao direito e ao processo penal se sentissem no dever de dizer *qualquer coisa* sobre o direito penal do inimigo. Como se cada um tivesse de declinar, a propósito ou a despropósito, a sua opinião sobre a noção ou sobre o que ela lhe sugere, ou como se essa opinião servisse de senha, de símbolo identificador com esta ou aquela corrente de pensamento. Teríamos talvez de recuar algumas décadas, até ao surgimento da discussão sobre o abolicionismo, para encontrar fenómeno comparável.

E mesmo esse acabou por ter consequências e repercussões muito mais modestas no auditório jurídico por ser preferentemente tratado no âmbito das ciências sociais e não ter, em consequência, uma pretensão imediata de impacto sobre o sistema jurídico-penal. A que se deve então o fascínio generalizado pela categoria do direito penal do inimigo?

2. A compreensão dos factores desta notoriedade é já um momento importante da compreensão da problemática subjacente e de alguns dos equívocos que a rodeiam.

O primeiro factor é a *natureza provocatória* e algo *anaacrónica* da construção, seja como modelo analítico, seja como proposta político-criminal.

Lembre-mo-nos de como no dealbar do século XXI, se vivia o apogeu do discurso “internacional-humanista” de exacerbada defesa dos direitos humanos em todas as partes do globo. Foi a defesa dos direitos humanos que justificou a invasão e ocupação militar de certos países e culminou na criação de vários tribunais *ad-hoc* pelas Nações Unidas para o julgamento das “mais graves violações dos direitos humanos”, bem como na criação do Tribunal Penal Internacional. Foi ela que propulsionou, ao longo de toda a década de noventa, uma intensa actividade das organizações internacionais e regionais (por exemplo, do Conselho da Europa e da própria União Europeia) para levar o estado de direito e as suas garantias, também em matéria de direito e de processo penal, aos países do antigo bloco de leste. Neste contexto, o direito penal do inimigo, enquanto ramo do direito repressivo que não tem *destinatários*, antes tem por *objecto* indivíduos não qualificáveis como pessoas e que por isso não desfrutam necessariamente dos direitos conferidos por esse estatuto, atrai logo a atenção por ser um elemento dissonante.

Atenção que redobra de intensidade quando a noção se mostra apta a captar, seja em termos de diagnóstico, seja em termos de desiderato político-criminal, os indivíduos que a sociedade ocidental representa nesse particular momento como um mal absoluto.

Em segundo lugar, o fascínio pelo direito penal do inimigo deve-se também ao nome do *autor* que o concebeu. O Prof. Günther Jakobs não é um político destemperado, nem um magistrado encarniçado na luta contra o crime a qualquer preço, mas sim um dos mais respeitados penalistas alemães, a quem se deve uma concepção original da função da lei penal e da construção do facto punível, que obteve largo acolhimento em todo o mundo.

Em terceiro lugar, e talvez por sobre tudo, o direito penal do inimigo tem uma vocação intrínseca de *arena romana*, de lugar ideal para o confronto entre as mais diversas concepções e idiosincrasias político-criminais e jurídico-penais, nas várias matizes que vão do humanismo penal ao punitivismo. Não por acaso, a primeira formulação monográfica e aprofundada da noção surge perante o grande público logo na forma de uma *polémica*, com a publicação conjunta dos estudos de Jakobs e Cancio Meliá. Tudo o que explica o interesse despertado pela noção e, além disso, ajuda a compreender o carácter impulsivo e epidémico de muitos comentários e “reflexões” que se produzem sobre ela.

IV

Para determinar o âmbito do direito penal do inimigo, isto é, a que tipos de criminalidade poderia o conceito aplicar-se, gostaria de começar por citar uma passagem de Jakobs relativa ao inimigo, à guerra e à vitória. Diz Jakobs: “*O estado de natureza em que o inimigo se encontra é um estado de ausência de normas, é dizer, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é a norma e quem perde tem que submeter-se a essa determinação*”.

Ora, se esta caracterização ainda pode valer para o terrorismo, ou para alguns terrorismos que intencionam de facto uma ordem política e jurídica diferente – como nota Cancio Meliá, não se pode falar do “Terrorismo” como uma entidade homogénea e global –, parece-me que já não vale para o tráfico de estupefacientes, por mais institucional que seja o seu enquadramento (os chamados “narco-estados”), nem para o crime organizado que floresce no actual sistema económico capitalista. Com efeito, os agentes destes crimes não só não pretendem novas instituições políticas e jurídicas, como querem, precisamente, que as instituições existentes se mantenham.

Isto é claríssimo no caso do tráfico de estupefacientes, cuja capacidade lucrativa depende absolutamente da manutenção do paradigma proibicionista. Os traficantes não se auto-excluem das regras fundamentais que presidem ao sistema socioeconómico vigente, nomeadamente, a protecção da propriedade e da vida privada e a maximização da liberdade económica. Nem os seus crimes visam negá-las. Ao contrário, trata-se de fenómenos de mero parasitismo do sistema legal e todo o parasita deseja que o hospedeiro viva tanto tempo e com tanta saúde quanto possível.

Assim, creio que, nos próprios termos delineados por Jakobs, a noção só poderia aplicar-se aos crimes de terrorismo, porque só aí faz algum sentido dizer-se que quem pretende alterar determinada estrutura política à custa do terror está, *ipso facto*, a negar qualquer plataforma de comunicação com a comunidade legal.

V

1. O terceiro ponto que me propunha abordar é a dicotomia pessoa/inimigo, como entidades sujeitas a estatutos jurídicos radicalmente dife-

rentes. A pessoa beneficia dos direitos do pacto de que é simultaneamente autora e destinatária. O inimigo, não sendo pessoa, não tem propriamente direitos, porque abandonou a comunidade legal e, por isso, beneficia apenas das limitações que o Estado quiser impor à coacção que contra ele emprega.

Vejamos como Jakobs define a pessoa e, por aí, a referida dualidade: “*A personalidade só é real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa sejam confirmadas, no essencial, no plano cognitivo, quer dizer, quando ela ofereça garantias mínimas de conduzir a sua vida globalmente de acordo com o direito. [Os inimigos] são indivíduos que não permitem a qualificação de pessoas, nem a sua inclusão numa constituição de cidadãos*”.

2. O problema que aqui se me suscita é o conceito de *personalidade real*, que quanto a mim encerra dois equívocos.

2.1 O primeiro decorre daquilo que hoje não pode deixar de ser visto como uma espécie de alucinação normativista, ou mais rigorosamente, pan-juridicista. Na concepção de Jakobs, a atribuição do estatuto de pessoa é *função* do modo como o indivíduo se posiciona em relação ao dever-ser jurídico e, portanto, um estado variável e eventual, numa espécie de regresso à *persona* romana ou ao *subjectum* medieval (o sujeito é “*aquilo que se predica da pessoa na civitas*”, na expressão de Heineccius trazida por H. Seixas Meireles).

Ora, a pessoa constitui uma entidade pré-jurídica, trans-jurídica, que, sendo *criadora* do direito, não pode, por impossibilidade lógica, ser um seu produto. Lembro a este propósito o rigor inexcusável da formulação de Barbosa de Melo, que caracteriza a dignidade da pessoa humana como um “*axioma antropológico*”, algo que se impõe ao direito e *lhe resiste*, não permitindo destituições ou modulações. Foi aquela alucinação que permitiu ao poder público, em contextos históricos não muito longínquos e a que ninguém quer regressar, definir certos homens e mulheres como não-pessoas.

A este propósito, não pode aceitar-se a crítica que Jakobs dirige a quem rejeita estes testes empíricos da dignidade normativa da pessoa, denominando tal rejeição de “*prepotência normativista própria de quem vive nas nuvens dos postulados normativos*”.

A meu ver as coisas passam-se exactamente ao contrário: apesar de repousar sobre elementos cognitivos, é a atribuição diferencial do estatuto

de pessoa que constitui aquilo a que Slavoj Žižek poderia chamar uma obscenidade normativista. O reconhecimento obrigatório e *ne varietur* da pessoa enquanto tal é, ao invés, uma sujeição do direito à preeminência do “valor absoluto da pessoa-valor” (Baptista Machado). Em suma, a atribuição do estatuto de pessoa não está, não pode estar no século XXI, na disponibilidade do legislador.

2.2 O segundo equívoco deste conceito de *personalidade real* é a confusão que estabelece entre a vigência da norma e a susceptibilidade da confirmação fáctica do seu conteúdo normativo. De acordo com esta tese, não faz sentido considerar como pessoa quem não oferece garantias empíricas de se comportar como tal. Mas a questão é: será vazia de sentido (Jakobs chama-lhe uma “promessa vazia”) a pretensão que, sendo válida no plano normativo, não oferece suficientes garantias de execução?

O exemplo dado por Jakobs para mostrar a irrealidade do direito perante a inexistência de expectativas mínimas da sua exequibilidade fáctica não convence. Se não entro num parque perigoso porque tenho receio de ser atacado, estou a desconfiar da realização empírica do meu direito à incolumidade, mas isso não afecta a realidade do meu *direito*. Não é uma promessa vazia, mas sim uma pretensão plena de sentido, que pode fundamentar por exemplo, a legítima defesa, a reivindicação de maior segurança naquele local perante os poderes públicos, etc. Àquilo a que Jakobs chama “irrealidade do direito”, nessas circunstâncias, pode contrapor-se a ideia do direito como projecto, como realidade aberta a um futuro onde possa cumprir-se, como “justiça que há-de vir” (Derrida: “*la justice à venir*”). Deste modo, também me parece erróneo definir e condicionar a existência de uma norma ou atributo normativo à possibilidade de confirmação fáctica e sempre contingente do seu conteúdo (ou de algumas das suas dimensões) num momento determinado.

Por último, resta lembrar que a dicotomia pessoa/inimigo, se existia no tempo de Hobbes e de Kant, cujo pensamento é expressamente invocado por Jakobs – o que também não é isento de dúvidas –, não existe hoje da mesma forma, visto que o direito humanitário atribui *direitos* ao inimigo (tomado no seu sentido militar originário), considerando a sua violação como crimes de guerra. Segundo boa parte da doutrina, tratar-se-ia mesmo de normas imperativas (*jus cogens*) e de alcance universal. Atribuição que, assim, transcende a vontade do Estado e não depende de qualquer autolimitação no uso da coacção.

3. Concluindo: quando fria e racionalmente negamos o estatuto de pessoa ao *Outro*, a qualquer *Outro*, pretendendo excluí-lo da “comunidade legal”, somos nós quem se afasta dela.

VI

1. Passava agora à análise da incidência do direito penal do inimigo sobre o direito penal substantivo, que, como já aqui foi dito, se traduz essencialmente num alargamento da mancha de punibilidade.

Os legisladores nacionais, em parte por força das obrigações decorrentes de instrumentos internacionais e regionais (nomeadamente, certas convenções das Nações Unidas e do Conselho da Europa e as Decisões-quadro da União Europeia, de 2003 e de 2008), foram ampliando as incriminações do terrorismo (*lato sensu*), que hoje abrangem vários crimes de perigo abstracto, cuja danosidade social se encontra cada vez mais distante da efectiva lesão do bem jurídico (v. g., os crimes de *organização terrorista*, de *treino e recrutamento* de terroristas, de *financiamento* e de *incitamento ou apologia* do terrorismo).

A este respeito, gostaria de partilhar convosco algumas reflexões sobre o financiamento e o incitamento / apologia do terrorismo.

2. O legislador português, tentando cumprir as obrigações decorrentes da *Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo* das Nações Unidas (1999), foi muito mais longe do que a própria Convenção e criou uma incriminação estranha, que pune “*quem, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis 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*” de crimes de terrorismo (art. 5.º-A, n.º 1, da Lei 52/2003, de 22 de Agosto).

Esta norma suscita graves problemas.

Em primeiro lugar, 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. Todos sabem que o financiamento do terrorismo *pode* passar pelas instituições bancárias, com ou sem a respectiva conivência – é precisamente por isso que existem as ordens de congelamento de bens e de contas bancárias relacionadas com o terrorismo – mas a consciência dessa *possibilidade*, geral e abstracta, não pode dar uma coloração criminosa à titularidade dos bens e fundos eventualmente utilizados por outrem para financiar práticas terroristas. Aliás, a norma portuguesa é uma péssima cópia da convenção citada, cujo art. 2º, nº 1, pune apenas quem *fornecer* ou *reunir* fundos (não quem *detiver*), de forma *ilegal* e deliberada (não através de actos normais do tráfico jurídico), “com a intenção de serem utilizados [sic] ou sabendo que serão utilizados” (não “sabendo que *podem ser* utilizados”) na prática de actos terroristas.

Sem estas restrições, a extensão da incriminação é pura e simplesmente absurda, pois atinge virtualmente todos os cidadãos que possuem dinheiro ou fundos depositados em bancos.

Em segundo lugar, mesmo com aquelas restrições, é muito duvidoso que a conduta descrita no tipo objectivo (fornecer, recolher ou possuir fundos “de forma ilegal”) seja suficiente para vencer as barreiras constitucionais da necessidade e proporcionalidade das leis penais – leis que, no caso, cominam para a prática do crime uma pena de 8 a 15 anos. Ao elevar a crime autónomo uma conduta que constitui, materialmente, *cumplicidade na preparação* de crimes terroristas – e dado, precisamente, o carácter muitas vezes neutro dos actos de cumplicidade –, o legislador fundamentou o desvalor penal (e a sua gravidade) em elementos de intenção (real ou inferida a partir do conhecimento do destino dos fundos). Ora, como se sabe, estes momentos subjectivos devem contribuir para *restringir* o leque de condutas desvaliosas desenhadas pelo tipo objectivo, e não para *fundamentar* o respectivo desvalor, sob pena de se criar um *direito penal do agente* divorciado da protecção de bens jurídicos e, em definitivo, constitucionalmente inválido.

3. O segundo ponto merecedor de reflexão neste contexto é a incriminação do *incitamento* e, em alguns países, da *apologia* do terrorismo.

O problema que aqui se levanta é que a progressiva ampliação da incriminação destas condutas tem o efeito paradoxal de tornar incertas as fronteiras entre o crime mais temido e odiado (o terrorismo) e uma das

liberdades mais essenciais à democracia e ao Estado de direito (a liberdade de expressão).

3.1 A Decisão-quadro da União de Europeia de 2008 impôs aos Estados-membros a obrigação de incriminar como “infracção relacionada com actividades terroristas” o “incitamento à prática de infracções terroristas”, definido como “a distribuição, ou a difusão por qualquer outro modo, de uma mensagem ao público destinada a incitar” à prática de crimes de terrorismo, “sempre que tal conduta, ainda que não promova directamente a prática de infracções terroristas, provoque o perigo de uma ou mais dessas infracções poderem ser cometidas”. Trata-se, portanto, de distribuir ou difundir uma mensagem que crie objectivamente (de acordo com as circunstâncias) o perigo de cometimento de actos terroristas (tipo objectivo), com a intenção de que estes venham efectivamente a ser praticados (tipo subjectivo).

O legislador português parece ter-se afastado ligeiramente daquela formulação, exigindo que a mensagem *incite* à prática de crimes terroristas, o que talvez implique uma conexão mais estreita entre o *conteúdo da mensagem* (e não apenas a intenção do agente) e os actos terroristas. Tanto no instrumento europeu como na lei portuguesa, pune-se o perigo (abstracto) que se presume inerir ao incitamento, mas à formulação da última parece presidir a compreensível preocupação de não equiparar ao incitamento comunicações cuja perigosidade consiste em *poderem ser interpretadas* como apelos à prática de crimes terroristas e cuja natureza criminosa acaba por ser decidida, em último termo, com a análise do tipo subjectivo e da intenção do agente.

3.2 Se a mensagem que pretende incitar publicamente ao cometimento de crimes (terroristas), com as reservas e cuidados descritos no ponto precedente, dificilmente pode ser coberta pela liberdade de expressão, a fronteira entre o lícito e o ilícito torna-se muito mais porosa quando tratamos da incriminação da apologia do terrorismo.

Um dos casos mais paradigmáticos é a condenação de Denis Leroy (Guezmer) como cúmplice de um crime de apologia do terrorismo por ter publicado, num pequeno jornal do sudoeste da França (cujo director foi condenado como autor), dois dias depois do atentado de 11 de Setembro de 2001, um *cartoon* onde se viam as duas torres gémeas a arder, com uma legenda que adaptava um conhecido anúncio publicitário da Sony (“We

have all dreamt of it... Sony did it)”: “*Todos tínhamos sonhado com isto, o Hamas fê-lo*”.

Condenado pelos tribunais franceses numa multa de 1.500,00 €, Leroy submeteu a actuação das autoridades à apreciação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, queixando-se de que a França havia violado a sua liberdade de expressão.

Porém, o Tribunal entendeu que, apesar de a conduta poder ser ainda coberta, em abstracto, pela liberdade de expressão, a proibição imposta pela lei penal francesa constituía uma restrição proporcional da mesma, por força de vários factores (v.g., em virtude de se tratar de crimes terroristas, do curto espaço de tempo entre os acontecimentos e a publicação do *cartoon*, etc.), pelo que não havia violação do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Muito recentemente, as autoridades francesas detiveram um adolescente de 16 anos pela autoria de um *cartoon* divulgado na sua página pessoal da *internet* sobre a chacina que vitimou os membros da redacção da *Charlie Hebdo*. Para tanto, o agente emulou uma sátira ao Corão publicada pela mesma revista a seguir à chacina de várias dezenas de elementos da Irmandade Muçulmana pelo exército egípcio, substituindo a caricatura da vítima muçulmana pela do malgrado director da *Charlie Hebdo* e o Corão pela própria revista, mantendo os restantes elementos – nomeadamente, a circunstância de a publicação não ser capaz de deter as balas. No momento em que actualizo estas linhas, não se conhece ainda o desfecho do processo.

Outros casos narrados por Cancio Meliá¹ causam também grande perplexidade. Com efeito, em Espanha, já se levantou o problema de saber se cometem o crime de apologia do terrorismo as centenas ou milhares de pessoas que, durante uma manifestação, gritam na rua “*Gora Euskadi ta askatasuna*” (que significa “Vivam o País Basco e a liberdade”, mas também “Viva a ETA”, por serem aquelas as palavras que denominam a organização), ou o indivíduo que veste uma camiseta estampada com o rosto de Osama bin Laden.

3.3 Como tive já ocasião de escrever em outro lugar², todas estas incriminações de contornos fuscas e de legitimidade duvidosa têm por objectivo permitir que o Estado processe em momento precoce, no aparelho mais agressivo para os direitos e liberdades individuais de que dispõe em tempo de paz, pessoas suspeitas de poderem vir a cometer crimes de terrorismo no futuro. Materialmente, trata-se de medidas de segurança pré-delituais, fundadas nos indícios de perigosidade que certos conteúdos comunicativos revelam.

4. O efeito deste género de incriminações sobre a actividade de investigação das autoridades policiais e judiciais é paradoxal.

Por um lado, nada ou quase nada há para investigar sobre os factos que compõem o tipo objectivo, pois eles são, muitas vezes, públicos. Mais: no caso do incitamento e da apologia é mesmo o seu carácter público que fundamenta a perigosidade da conduta. E as actividades que verdadeiramente preocupam o legislador no âmbito do financiamento do terrorismo (as recolhas de fundos) são também elas, muitas vezes, públicas.

Daqui decorre que a actividade da investigação se centrará principalmente no *elemento subjectivo*, cuja hipostasiação é característica do direito penal do inimigo: o agente *A* recolheu os fundos com a *intenção* de vir a financiar actos terroristas, ou pelo menos *sabendo* que essa era a respectiva finalidade? Ao proferir palavras que prometem vingança contra o poder instituído, ou ao afirmar que, v. g., a “luta armada continua a ser a única solução”, o agente *B* fê-lo com a *intenção* de que viessem a ser efectivamente cometidos crimes de terrorismo? E ao *cartoon* desenhado por *C* presidia a *intenção* de exaltar os crimes de terrorismo que lhe servem de tema – ou, bem diversamente, a *intenção* de provocar uma reflexão sobre a eventual dualidade de critérios por parte das autoridades?

Naturalmente que estes elementos de índole subjectiva não podem ser estabelecidos sem uma investigação profunda da personalidade do suspeito e do meio familiar e social onde habita, criando-se por aí autorizações para *devassas gerais* cujos efeitos devastadores sobre a privacidade das pessoas – que religião professam, que viagens fizeram, que amigos

² Pedro Caeiro, “Concluding remarks”, in Francesca Galli / Anne Weyembergh (eds.), *EU counter-terrorism offences: what impact on national legislation and case-law?*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2012.

¹ Manuel Cancio Meliá, *Los Delitos de Terrorismo: Estructura Típica e Injusto*, 2010.

têm, o que lêem e o que compram, que lugares da internet visitam, etc. – não logram justificar-se com a diminuta danosidade social dos crimes de financiamento / incitamento / apologia do terrorismo. Na verdade, essa intrusão só é socialmente aceita por duas razões: em primeiro lugar, porque se acredita que tais procedimentos são aptos a gerar informação útil para as autoridades sobre eventuais crimes de (verdadeiro) terrorismo futuros, a cometer pelo investigado ou por terceiros (por aí se (con)fundindo as atribuições de prevenção e de repressão de crimes); em segundo lugar, e decisivamente, porque se trata de procedimentos desenhados para os inimigos (para “eles”), não para os cidadãos (para “nós”, que por não devermos não tememos).

Esta segunda premissa está a entrar em rápida erosão, porque, afinal, o inimigo também somos “nós”, os “cidadãos”, e sê-lo-emos cada vez mais, na proporção directa em que se ampliam e fluidificam os limites deste género de incriminações. Não surpreende, por isso, que já se tente manter a todo o custo a divisão “cidadão / inimigo” abandonando-se o estatuto de “cidadão” às mãos dos seus ancestrais adversários: a raça e a religião. Mas, por essa via, o número de “cidadãos” não parará de decrescer e os verdadeiros inimigos – a intolerância e o ódio à liberdade – agradecem.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Investigação Criminal - Novas Perspetivas e Desafios

PAINEL 4.º

A Sociedade e a Polícia Judiciária: Expetativas

Mário Crespo, Jornalista

*Dr. Álvaro Laborinho Lúcio, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de
Justiça*

Rui Almeida, Diretor da Diretoria do Centro da PJ

MODERADOR

Dr. Castanheira Neves, Advogado

Membro do Conselho Superior do Ministério Público

