

# O DIREITO PENAL NA ENCRUZILHADA: REFLEXÕES EM TORNO DA POLÍTICA CRIMINAL À LUZ DA CIÊNCIA POLÍTICA

*“Pese embora apenas alguns  
de nós sejam capazes de criar uma  
política, todos somos capazes de julgá-la.”*

*Péricles de Atenas (430 a.C)*

TERESA SOUSA

No presente texto visa-se analisar numa perspectiva sistémica, a política criminal no contexto mais abrangente da política de segurança, partindo da actual conjuntura internacional pós 11 de Setembro e particularizando o caso português. Esta análise, pretende questionar quem são os autores/actores das grandes linhas da política criminal portuguesa, quais os princípios orientadores e os objectivos por esta visados e se, no momento actual e no contexto das políticas públicas de segurança, podemos divisar a coexistência paralela de dois sistemas normativo-institucionais: a saber, um sistema penal e processual dirigidos à criminalidade de “massa” e um outro, especialmente vocacionado para o combate ao terrorismo e ao crime organizado. Finalmente, pretende-se efectuar uma reflexão crítica quanto ao impacto destas políticas (e do direito penal em particular) no contexto dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e na redefinição do conteúdo e dos limites da cidadania, perspectivada a partir da herança humanista da Europa e dos seus arquétipos valorativos, com base no contributo teórico da Ciência Política.

## 1 — INTRODUÇÃO

Decorridos cerca de sete anos sobre os atentados às torres gémeas em Nova Iorque, a “espuma dos dias” tornou mais difusa e serena a memória daqueles acontecimentos, aplacou os inflamados discursos político e jornalísticos abrindo caminho a uma possível reflexão, mais pragmática e desapaixionada, em torno das questões atinentes à Segurança Interna.

No período pós 11 de Setembro, a comunicação social tornou-se palco de intensos debates sobre as questões de segurança, nomeadamente, sobre o fenómeno do terrorismo protagonizados por alegados “especialistas”, (desde militares a políticos, polícias, jornalistas). Por outro lado, no campo editorial surgiram inúmeras publicações dedicadas ao tema. No entanto, um denominador tornou-se comum a este discurso: o recurso a uma linguagem de tipo sensacionalista, repleta de chavões e lugares comuns e a apologia de uma

visão maniqueísta do mundo, alegadamente dicotomizado entre o Bem (encarnado pelos países ocidentais) e o Mal, simbolizado pelo Islão. Os aspectos mais curiosos que este debate revelou foram o carácter homogéneo e unânime desse discurso, alicerçado na defesa de uma pretensa cultura e identidades ocidentais que serviriam, necessariamente, de contraponto a uma cultura islâmica. Ora, esta questão da “identidade europeia” não é nem nunca foi pacífica, porquanto:

*“a história da Europa ocidental mostra-nos que as diversas identidades nacionais e a criação da consciência colectiva nacional do “nós” foram feitas, frequentemente, com recurso a processos violentos.”<sup>1</sup>*

Processos violentos esses que envolveram as diversas nações europeias ao longo da história e dificultaram a criação de uma frente externa comum e de um projecto militar europeu:

*“(...) esta socialização guerreira que, no passado permitiu forjar a identidade colectiva do Estado — Nação, alimenta agora, de maneira mais difusa e dissimulada, o europeísmo nacionalista.”<sup>2</sup>*

Paradoxalmente, o fenómeno e a ameaça da agressão externa tiveram um efeito agregador e catalizador de sinergias comuns nos diversos países europeus, com vista a um combate mais eficaz contra o terrorismo, visível não só nas iniciativas de carácter institucional como também no esforço de convergência normativa. Essa convergência encontra-se, actualmente, espelhada na profusão de recomendações e directivas (emanadas das instituições da União) em defesa dos valores da segurança, da paz e da preservação da identidade europeias.

Na verdade o velho continente orgulha-se de partilhar em comum (apesar das diversidades e das idiosincrasias regionais e nacionais) um património ético, moral e cultural alicerçado na dignidade da pessoa humana e na defesa dos respectivos Direitos, Liberdades e Garantias. Este património, cimentado de forma paulatina, foi-se consolidando geracionalmente desde os Gregos até à Modernidade, e encontra-se corporizado não apenas em instrumentos jurídicos mas, sobretudo, nos nossos valores e arquétipos culturais.

A Modernidade Europeia caracterizou-se, neste domínio, pela superação da herança greco-latina ao emancipar o indivíduo do Estado e da comunidade, oferecendo-lhe um lugar de destaque no centro do Universo, dotando-o de uma razão e de uma vontade críticas que o tornam capaz de decidir e agir livremente. Essa emancipação do indivíduo assentou, sobretudo, no postulado da dignidade da pessoa humana, independentemente da sua actuação

---

<sup>1</sup> Fernandes, José, *A Segurança da Europa Ocidental: Uma arquitectura Euro-Atlântica Multi-dimensional*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

<sup>2</sup> Fernandes (nota 1), p. 237.

enquanto sujeito cívico: “A razão e a liberdade são as armas com que o homem moderno está convicto de poder realizar o seu projecto.”<sup>3</sup> Contudo, a pós-Modernidade colocou e coloca novos desafios a esse sistema de valores, questionando até que ponto o binómio Liberdade — Segurança se pode compaginar nos ordenamentos jurídicos dos países europeus. Como salientamos anteriormente, as ameaças à segurança europeia têm sido o mote para intensos debates acerca da necessidade de reformar e aperfeiçoar os instrumentos jurídicos de cada um dos estados membros, de forma a dotá-los da flexibilidade e operacionalidade necessárias ao combate ao terrorismo e a fenómenos criminosos de escala, numa lógica de convergência. No epicentro desta realidade tem estado, sobretudo em causa, a legislação penal de cada um dos países membros da União.

Ora, o direito penal tal como hoje o concebemos é um produto dessa Modernidade, assente no respeito pelo Homem, não só como cidadão mas como indivíduo, dotado de uma autonomia e de uma dignidade intrínsecas que advém da sua condição humana e que foi positivada pela lei. O direito penal, enquanto instrumento privilegiado da política criminal, espelha actualmente o dilema entre uma maior eficácia e a necessidade de manutenção da visão humanista em que foi gerado, colocando o legislador e o próprio aplicador do Direito numa encruzilhada e perante opções valorativas de fundo.

*“(...) O Direito Penal, é na sua própria essência, a prova da experiência do humanismo, pois o Direito existe para defesa da liberdade. O homem foi capaz de erguer um edifício jurídico-penal, que está para lá do simples instinto e da vingança imediata, cega e bruta. Esta capacidade revela a diferença qualitativa entre o homem e o animal.”*<sup>4</sup>

As mudanças em curso face à actual conjuntura internacional, impõem um debate em torno das questões relativas às políticas de segurança e criminal e do seu impacto na matriz ético-cultural dos estados europeus. Este debate porém, não pode ser apenas perspectivado no contexto das alterações legislativas (situando-o no domínio estrito do normativo) antes tem que ser alargado ao campo de análise da ciência política, nomeadamente, à luz da teoria das elites e das políticas públicas. Na verdade, apenas a superação de uma visão positivista do direito penal possibilitará um entendimento abrangente dos fenómenos que o mesmo visa abarcar, e tal só poderá ser atingido se recorrermos ao contributo dos instrumentos teóricos de outros ramos do saber.

### **1.1. A Política Criminal no contexto da Ciência Política**

Um dos grandes desafios que a actualidade coloca, não só aos estudiosos do Direito mas ao cidadão em geral, prende-se com a necessidade de cria-

---

<sup>3</sup> Borges, Anselmo, “O Humanismo no Horizonte da Pós Modernidade”, Revista do CEJ, ano 2005, n.º 3, p. 18 e ss.

<sup>4</sup> Borges (nota 3), p. 18.

ção de um quadro teórico e conceptual que permita elucidar e explicar os fenómenos relacionados com a segurança e que seja fruto de um contributo alargado de diversas sensibilidades profissionais, políticas e cívicas. Isto porque, no momento presente, assistimos a uma alteração veloz dos nossos quadros normativos sem que tal alteração tenha sido objecto pleno de discussão e reflexão públicas, democraticamente legitimadas. A discussão em torno das questões da segurança não pode ser confundida com a mediatização dos seus epifenómenos, e aquilo que defendemos, é a necessidade de se efectuar um aturado trabalho de reflexão e de investigação interdisciplinar sobre os modelos de segurança que queremos implementar no futuro e qual o papel da política criminal e do direito penal na construção desses modelos. Como tal, essa discussão não pode ser feita nem à margem da sociedade civil (surgindo apenas como o fruto das vontades políticas) nem à revelia de outros ramos do saber. Dito de outra forma, o debate normativo não pode prescindir do recurso às ciências sociais como sejam, a Ciência Política, a Sociologia e a Criminologia, nem do contributo dos especialistas nestas matérias.

Neste texto, propomo-nos reflectir de uma forma sucinta, sobre a política criminal em Portugal, à luz dos conceitos e das ferramentas de análise da Ciência Política. Ora, um dos campos de análise deste ramo do saber que tem revelado maior dinamismo nos últimos anos é o das políticas públicas, sendo que a definição deste conceito tem sido pautada pelo contributo de diversas escolas de pensamento. Deste modo, podemos afirmar que a análise das políticas públicas colocou o estudioso da política no coração das regulamentações políticas e sociais, na articulação sensível entre Estado e sociedade civil<sup>5</sup>.

As políticas públicas não são mais do que o Estado em acção, na qualidade de sujeito actuante, numa lógica de adequação das suas funções às necessidades colectivas. Tanto a política criminal como a política de segurança são políticas públicas, em sentido lato, tomando como critério o facto de emanarem de autoridades governativas<sup>6</sup>. E, acrescentamos nós, são públicas numa outra dupla dimensão: porque têm como destinatários a sociedade politicamente organizada (o público) e são — no, também, por contraponto ao que é “privado”, reservado, secreto ou inacessível. Este entendimento da “dimensão pública” das políticas criminais e de segurança não é inócua do ponto de vista da visibilidade e da transparência do discurso em torno das mesmas. Vale isto por dizer que, tais questões deverão ter um eco na comunidade, devendo ser discutidas e debatidas de forma alargada na comunicação social mas também nas universidades, nos centros de investigação e em todos os organismos da sociedade com estas relacionados. Esta concepção poliédrica da actuação pública do Estado em matéria de segurança e de política criminal é que lhe outorga a legitimidade para se impor como sujeito actuante na *res*

---

<sup>5</sup> Sarmiento, Cristina, *Políticas de Segurança na Sociedade Contemporânea*, p. 17, Lição Inaugural do ano lectivo 2007/2008, ISCP. (não publicado).

<sup>6</sup> Pasquino, Gianfranco, *Curso de Ciência Política*, Cascais, Principia, 2005, reimpressão.

*publica*. Na verdade, no mundo pós moderno, fragmentário e globalizado da actualidade, assistimos a uma crise generalizada não só das identidades nacionais como da própria autoridade do Estado e dos poderes públicos. Uma das respostas possíveis a essa crise de autoridade (que é, no fundo uma crise de expectativas sociais em relação ao desempenho do Estado e dos seus representantes institucionais) radica na reformulação do “contrato social” como pressuposto legitimador da democracia representativa. Na verdade, o contrato social foi, embora com formulações e postulados distintos, tanto em Hobbes como em Rousseau, o conceito legitimador do exercício da *potestas* estatal. Actualmente, é comumente aceite que vivemos num período de crise das instituições e dos poderes públicos o que se traduz, nomeadamente, em elevados índices de abstenção eleitoral, na fraca participação dos cidadãos nas instituições cívicas, na má imagem pública dos políticos e na falta de identificação popular com aquelas que são as opções políticas do momento. Torna-se necessário, portanto, colocar a chamada opinião pública no centro dos debates em torno das questões atinentes à segurança, envolvendo-a e co-responsabilizando-a pelas opções de fundo que se farão nesta sede, num processo de (re) legitimação, superador das insuficiências da democracia representativa.

Mas que de falamos quando nos referimos a política criminal?

Em termos genéricos dir-se-á que, a política criminal em sentido estrito, compreende, essencialmente, a definição dos tipos incriminadores a partir de uma categorização dogmática do delito e das penas, bem como o tratamento processual das diferentes categorias de infracções, encontrando o respectivo suporte na Constituição, nos Códigos Penais e de Processo Penal bem como na legislação avulsa com estes conectada. Noutra perspectiva mais alargada, será o programa de objectivos, de métodos de procedimento e de resultados que o Ministério Público e as autoridades de polícia criminal prosseguem na prevenção e repressão dos delitos<sup>7</sup>. A política de segurança tem necessariamente um âmbito mais alargado e compreende todas actuações do ente Estado (nas suas múltiplas vertentes orgânico-funcionais) que visam prosseguir os fins de manutenção da ordem e da paz pública e, numa outra vertente, a prevenção das ameaças percebidas como tais. No entanto, a distinção entre ambas é mais aparente do que real, na medida em que a política criminal se constitui como um instrumento essencial e privilegiado da prossecução das políticas de segurança embora não a esgote enquanto tal.

Coloca-se, então, a questão de saber como surgem as políticas públicas, com que fins as mesmas são adoptadas e quais os seus actores?

Na introdução que fizemos ao tema do presente trabalho, salientamos que a actual conjuntura internacional (mormente os atentados terroristas ocorridos na Europa e nos EUA) funcionou como factor desencadeador de medidas legislativas e institucionais de combate àquele fenómeno. Trata-se, portanto,

---

<sup>7</sup> Albuquerque, Paulo, «O que é a política criminal, porque precisamos dela e como a podemos construir?» ([www.fd.lisboa.ucp.pt/~palbu](http://www.fd.lisboa.ucp.pt/~palbu)), acesso em 2008-08-12.

na perspectiva da ciência política, de uma lógica de *in put* que vai desencadear reacções dentro do sistema de segurança interna dos Estados, produzindo decisões e actuações com impacto, não só no próprio sistema político como na comunidade civil mais alargada.

Têm sido diversos os modelos de análise propostos para explicar as origens das políticas públicas, nomeadamente, o modelo do *government party* (governo do partido), o neocorporativismo, os triângulos de ferro, as redes temáticas e as comunidades políticas<sup>8</sup>. No contexto do primeiro modelo, o papel de decisor das políticas públicas é atribuído, no todo ou em larga medida, a intervenientes de origem partidária, que podem ser controlados ou substituídos pelos partidos. As décadas de setenta e oitenta assistiram ao emergir do paradigma neocorporativo, assente no pressuposto de que as políticas públicas são o produto da interacção de uma multiplicidade de interesses, grupos e associações que podem permitir-se chegar a acordos de grande envergadura e cujo grau de estabilidade e duração irá depender, em grande medida, da capacidade de adaptação às dinâmicas sociais, culturais, económicas e políticas envolventes. Um outro modelo de análise, aponta para a existência de triângulos de ferro na origem de políticas públicas, triângulos esses que representariam a convergência de interesses numa determinada área de actuação e seriam, primordialmente, compostos por grupos de interesse, serviços administrativos e burocráticos e comissões parlamentares. O quarto modelo teórico foca-se nas chamadas redes temáticas, que assumem um carácter mais amplo e fluido porquanto, tais redes compreendem interacções episódicas e ocasionais, destinadas a exposição pública de curta duração. Estes dois últimos modelos seriam característicos da realidade norte americana e anglo saxónica. Finalmente, cumpre ainda referir o modelo das denominadas “comunidades políticas” segundo o qual, as políticas públicas resultam das relações de continuidade que se estabelecem entre políticos, funcionários públicos, representantes de grupos de interesse e peritos baseiam-se num sistema de negociação estável e consolidado<sup>9</sup>.

Todavia, encontra-se ainda por apurar qual o modelo teórico que melhor se coaduna e exprime a realidade portuguesa. Numa perspectiva orgânico funcional, podemos afirmar que o nosso modelo assenta numa lógica bicéfala de repartição de funções e competências que envolve dois órgãos de soberania, o Governo e a Assembleia da República (de ora em diante designada por AR). A responsabilidade pela definição das linhas gerais da política criminal incumbe ao Governo enquanto condutor da política geral do país, conforme previsto no art. 182.º da CRP. A definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos bem como o processo criminal, constitui matéria da reserva relativa da Assembleia da República (AR), nos termos do disposto no art. 165.º, al. c), da CRP. Isto significa que aquele órgão colegial, mediante

---

<sup>8</sup> Pasquino (nota 6), p. 257.

<sup>9</sup> Pasquino (nota 6), p. 260.

leis de autorização legislativa, pode delegar no executivo a concretização da política criminal do país e, na prática, é isso que tem acontecido nos últimos anos.

A Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, Lei Quadro da Política Criminal, da iniciativa da AR estabelece de forma inequívoca, nos arts. 7.º, 8.º e 9.º que a iniciativa legislativa nesta área cabe ao Governo na qualidade de executor da política geral do país, mediante audição prévia do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público, do Conselho Coordenador dos Órgãos de Polícia Criminal, do Conselho Superior de Segurança Interna, do Gabinete Coordenador de Segurança e da Ordem dos Advogados, cabendo depois a sua aprovação ao Parlamento. De facto, as iniciativas legislativas relativas às políticas de segurança e criminal têm partido do Governo, mediante a constituição de Comissões Revisoras e, aquando da última revisão dos Códigos Penal e de Processo Penal operada em 2007, através de uma Unidade de Missão para a Reforma Penal. Essas Comissões, nomeadas por Despacho Ministerial, têm sido constituídas, fundamentalmente, por juristas, professores universitários de Direito, Magistrados Judiciais e do Ministério Público.

Trata-se, portanto, em nossa opinião, de um modelo decisório centralizado, assente na figura do executivo (próximo do chamado “Government Party” a que aludimos supra) protagonizado por juristas e em que predomina o discurso normativo, geneticamente pouco permeável à colaboração de outros ramos do saber e de outros actores institucionais.

E se, do ponto de vista constitucional, a legitimidade do executivo para definir e traçar as linhas gerais das políticas de segurança e criminal é indubitável, já a influência que o partido do governo e a respectiva maioria parlamentar tem nessa matéria, deve ser objecto de análise e debate crítico. No entanto, apesar desta vertente do problema abrir perspectivas de discussão interessantes, a verdade é que, no estado actual da ciência política, as relações entre governo e os partidos se encontram ainda por estudar de uma forma abrangente e sistémica. Na verdade, uma das críticas que se produziram relativamente aos trabalhos que se debruçaram sobre esta matéria (os quais remontam aos anos 80 e foram iniciados por Wildenmann) foi o facto dos mesmos terem apenas analisado a influência dos partidos sobre os governos e não a influência dos governos sobre as estruturas e as dinâmicas partidárias, como se o fenómeno fosse apenas unidireccional.

Ora, no modelo constitucional português, os partidos constituem a espinha dorsal do sistema político porquanto, *“quando a democracia se transforma no conceito chave da vida política e é concebida como um processo de baixo para cima em que os cidadãos, por via do processo eleitoral, expressam as suas ideias sobre o modo como o governo deve agir e seleccionar os seus delegados para governar o país, toda a atenção se concentra nos partidos”*<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Cotta, Maurizio, *Democracia, Partidos e Elites Políticas*, Lisboa, Livros Horizonte, 2008.

O governo é nomeado pelo Presidente da República de acordo com os resultados eleitorais, ou seja, a formação do executivo resulta da maioria parlamentar. Por outro lado, as candidaturas para a AR são apresentadas pelos partidos políticos (sendo que a presença de independentes nas respectivas listas assume, na nossa realidade, um carácter residual). Desta forma, a ligação entre o executivo e aquela maioria tende a ser umbilical. Poderemos então afirmar que, em Portugal, a política criminal tenderá a ser o resultado da vontade política do partido que conquistou a maioria parlamentar e formou governo (ou de uma eventual coligação entre os partidos, com assento maioritário na Assembleia da República)?

Na esteira de Maurizio Cotta, responderíamos afirmativamente. Na verdade, os partidos contribuem para a manutenção de um «*status quo*» em termos de políticas públicas porquanto os mesmos são, em regra, organizações estáveis, fortemente ligadas aos diversos grupos sociais (que constituem a base do seu eleitorado) e o apoio de que gozam dependerá em certa medida da sua capacidade de oferecer um conjunto de políticas que vão ao encontro das expectativas dos seus apoiantes<sup>11</sup>.

Porém, é preciso não olvidar que o processo de tomada de decisão política (do qual as políticas de segurança e criminal são um resultado sectorial específico) resulta de dinâmicas mais alargadas em que “*as burocracias ministeriais (...), têm um papel activo na defesa tanto dos seus próprios interesses como das suas concepções sobre o interesse nacional. Assim sendo, o governo não pode ser visto como o ponto de chegada de um processo unidireccional mas como o ponto de intersecção de diversos fluxos de influência (...)*”<sup>12</sup>. Esta preponderância dos partidos políticos nos órgãos decisórios acentua, em nosso entendimento, a extrema importância do escrutínio democrático dos actos do governo pela opinião pública. Na verdade, os partidos políticos e os seus filiados não esgotam o todo da sociedade civil, por outro lado, na génese de políticas públicas como as de segurança e criminal, encontramos tanto questões de ordem técnica que merecem o consenso de outros sectores da sociedade civil para além do universo político-partidário, como opções valorativas de fundo que irão modelar a arquitectura do nosso sistema político e normativo.

Na verdade, o exercício pleno da democracia pressupõe uma abertura das políticas nestas áreas, à sociedade civil e aos diversos actores institucionais que a compõem. E se, “*as políticas de segurança surgem, numa primeira fase como discursos elaborados pelas elites políticas, que retiram da esfera política elementos essenciais às identidades sociais legitimadoras*”<sup>13</sup> a verdade é que as mesmas tem como destinatários os cidadãos, enquanto sujeitos actuaes na sociedade civil, pelo que os seus destinatários delas devem participar.

---

<sup>11</sup> Cotta (nota 10), p. 80.

<sup>12</sup> Cotta (nota 10), p. 70.

<sup>13</sup> Sarmiento (nota 5), p. 27.

Assim sendo e, numa primeira abordagem, podemos afirmar que, no nosso país, as políticas públicas desenvolvidas na área da segurança e criminal têm sido impulsionadas pelo executivo, e encontram-se alicerçadas quase exclusivamente, no recurso a instrumentos legislativos (através das já referidas alterações aos Códigos Penais e Processuais Penais e, desde a adesão à União Europeia, na transposição de directivas e adopção das recomendações do Conselho da Europa). A título meramente exemplificativo diga-se que o Código Penal (fruto do paradigma democrático) aprovado pelo Dec.-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, já sofreu 23 alterações, sendo a última corporizada na Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que entrou em vigor a 15 de Setembro de 2007. No que respeita ao Código de Processo Penal, o Dec.-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, foi alterado 15 vezes, sendo que a última alteração diz respeito à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que entrou em vigor na mesma data.

Estas sucessivas alterações à legislação penal e processual penal revelam a inexistência de uma estratégia governativa de médio ou longo prazo em matéria de política criminal e, em última análise, a própria ausência de uma política criminal em sentido próprio. Isto porque, a implementação de uma política criminal que tenha como objectivos a introdução de mudanças estruturais, não se compadece com a velocidade a que se efectuam as reformas penais e processuais em Portugal. Essas constantes alterações acabam por ter um efeito paralisante do funcionamento do sistema institucional na medida em que lhe introduzem disrupções, obrigando os seus intervenientes a rever e a alterar sistematicamente os anteriores procedimentos e sem que haja tempo para efectuar o balanço da aplicação das novas regras. Por outro lado, muitas das medidas adoptadas revestem um carácter meramente conjuntural, não se traduzindo em mudanças de fundo

Lasswell, na década de cinquenta, identificou e sistematizou sete etapas do processo de formação de uma política pública: informação (recolha de dados, previsão e planificação) iniciativa (aprovação de políticas alternativas às que estão em vigor) prescrição, invocação (qualificação provisória das condutas com base nas prescrições normativas) aplicação, avaliação (estimativa do sucesso ou insucesso) e cessação ou termo da vigência das prescrições pela extinção dos institutos criados em cumprimento das normas adoptadas<sup>14</sup>.

Em Portugal, e se tomarmos como ponto de partida o modelo de Lasswell, a elaboração destas políticas falha a dois níveis: ao nível da informação e ao nível da avaliação dos seus resultados.

Quanto ao primeiro aspecto (a recolha da informação) afigura-se-nos que as alterações em matéria de política criminal tem sido efectuadas sem o suporte científico de estudos de terreno sobre a realidade criminológica portuguesa, nomeadamente, quanto aos perfis dos agressores e das vítimas. Na verdade, na exposição de motivos que integra o Dec.-Lei n.º 78/87, de 17

---

<sup>14</sup> Pasquino (nota 6), p. 260.

de Fevereiro, o legislador refere como factores exógenos de inspiração do Código de Processo Penal as experiências de direito comparado da Espanha, França, Itália, República Federal Alemã, as Recomendações do Conselho da Europa e as “aturadas investigações criminológicas empreendidas nalguns daqueles países e que incidem sobre a acção das diferentes instâncias que integram o sistema formal de controlo da criminalidade”<sup>15</sup>. No entanto, apesar do que consta na exposição de motivos do diploma acima referido, desconhecemos em concreto quais os estudos que inspiraram as soluções transpostas para o ordenamento jurídico português e em que medida as mesmas (tendo por base realidades distintas da nossa) poderão, efectivamente, adaptar-se às características do fenómeno criminoso no nosso país. Acresce ainda o facto de, em Portugal, as políticas penais, em sentido lato, serem realizadas numa óptica estritamente jurídico-normativa, alicerçadas numa concepção positivista e redutora do que é o direito penal, tendencialmente alheada da realidade que o mesmo se destina a tutelar. Na verdade, as únicas fontes de informação fidedignas que servem de base às alterações legislativas nestas matérias assumem um carácter quantitativo e são de base estatística, como por exemplo, as que constam do Relatório Anual de Segurança Interna (que se apoia nas informações das forças de segurança quanto ao número de ocorrências participadas) ou nas estatísticas da Justiça, respeitantes às pendências processuais. Daí que seja possível ao legislador penal conhecer os tipos de crimes que dão origem ao maior número de participações, a sua distribuição geográfica e expressão quantitativa mas dificilmente conseguirá efectuar, a partir daqueles elementos, uma apreciação qualitativa dos delitos, enquadrando-os na respectiva conjuntura económico-social e traçando um retrato dos seus perpetradores.

Por outro lado, e como já dissemos, a política criminal portuguesa tem falhado também no plano da avaliação. A avaliação de uma política pública, seja ela qual for, é um processo politicamente sensível e controverso. Na verdade, é necessário, em primeira linha, definir quem a efectua e quais os critérios de avaliação. Posteriormente, é necessário definir uma estratégia de apreciação, executá-la definindo um timing e, por fim, divulgar os resultados e debatê-los publicamente. Só no final deste percurso é que os decisores públicos e a sociedade estão em condições de efectuar o balanço e decidir se a política em causa se mantém, é revogada ou é ajustada em aspectos parciais. Se tomarmos como exemplo as inúmeras alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal que atrás referimos, constatamos que a velocidade a que as mesmas foram sendo feitas, não permitiram nem permitem qualquer avaliação rigorosa, quer da sua aplicação quer do desempenho dos seus destinatários, sendo, como tal, impossível aquilatar da capacidade de adaptação do sistema, às reformas que lhe foram sendo introduzidas. Só muito recentemente (a propósito da entrada em vigor em 15 de Setembro de 2007,

---

<sup>15</sup> Gonçalves, Manuel, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, Almedina, 2001, p. 32.

da reforma dos referidos códigos) é que o Observatório Permanente da Justiça, coordenado pelo Prof. Dr. Boaventura Sousa Santos, se encontra a realizar a monitorização da sua aplicação, visando com tal estudo: avaliar a eficácia da reforma, ajudar ao desenvolvimento de boas práticas, identificar os problemas e evitar a ocorrência de efeitos perversos.

No entanto, é preciso também salientar que as modificações legislativas introduzidas nos sistemas normativos não produzem efeitos imediatos, antes pelo contrário, carecem de um período de transição até que possam surtir efeitos. Esse processo de assimilação das políticas públicas pelos seus destinatários pode decompor-se, na nossa perspectiva, em três momentos: em primeiro lugar, o conhecimento/apreensão da mudança, em segundo lugar a absorção/interiorização dessa realidade e, num terceiro momento, a reprodução dessas mudanças na «praxis» profissional dos diversos interlocutores institucionais.

As políticas públicas não são mais do que o Estado em acção ou seja, enquanto sujeito actuante numa lógica de adequação das suas funções às necessidades colectivas, daí que as mesmas não possam subsistir de «per se», encontrando-se antes em articulação com outras políticas públicas. Ora, a política criminal assume também este carácter multisectorial e deverá ser perspectivada no médio e longo prazo. Na verdade, se atentarmos no art. 1.º da Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto, o mesmo enuncia como objectivos gerais de política criminal: a prevenção, a repressão e a redução da criminalidade numa lógica de defesa dos bens jurídicos, protecção da vítima e de reintegração social do agente na sociedade. Estes objectivos ambiciosos não podem ser apenas prosseguidos pela via legislativa, numa lógica de auto-suficiência do direito penal, tal como tem sido a prática em Portugal.

O carácter multisectorial da política criminal resulta da dimensão poliédrica do fenómeno delituoso e da necessidade de mobilização de diferentes recursos para a sua prevenção. Ao longo do séc. XX, diversas escolas de pensamento debruçaram-se sobre o fenómeno criminoso, procurando divisar as respectivas causas, pelo que o seu contributo teórico não pode ser menosprezado quando se trata da planificação de uma política de intervenção nesta área. Durante a primeira metade do século transacto, os estudos de Robert Park (desenvolvidos a partir da observação participante da criminalidade verificada na cidade de Chicago) foram pioneiros na abordagem “ecológica” do fenómeno criminoso, ou seja, o delito passou a ser encarado como o resultado de variáveis tão distintas como o ambiente urbano, social e cultural em que o agente crescia e efectuava a sua aprendizagem. A então denominada Escola de Chicago, através dos trabalhos de investigação de nomes como o de Park, Ernest Burgess entre outros, viria a constituir uma frutuosa tentativa de vocacionar a prevenção criminal para uma intervenção junto do tecido social de origem do delinquentes, afastando as respostas de tratamento individual.

Como já salientamos supra, o vector da redução da criminalidade não é conseguido apenas com recurso a soluções de carácter normativo porquanto,

a capacidade do Direito agir sobre a realidade económica e social é muito limitada. As políticas de prevenção criminal actuam a montante do fenómeno delituoso e envolvem, nomeadamente, a colaboração de áreas tão distintas como sejam a política económica e social, o ambiente e urbanismo, as políticas educativas. Por outro lado, a reintegração do agente na sociedade e a prevenção de eventuais recidivas, apenas pode ser prosseguida com a colaboração estreita de diversas entidades públicas e/ou privadas num processo de acompanhamento directo e monitorização no terreno dos indivíduos em fim de cumprimento de pena.

Assim sendo, diremos em síntese que a política criminal e de segurança no nosso país carece de estudos sociológicos e criminológicos que lhe sirvam de suporte e de sustentação teórica, apresenta um carácter fragmentário e sectorial, carece de uma monitorização para que se possam avaliar resultados e funciona numa lógica imediatista e *pan — normativa*. Por outro lado, é desenvolvida, de forma auto sustentada pelos decisores políticos, sem discussão pública e sem o contributo de outros especialistas e peritos emergentes da sociedade civil que não sejam apenas os juristas.

## 2. O DIREITO PENAL NA ENCRUZILHADA

No texto antecedente, tivemos ocasião de espelhar a nossa opinião relativamente ao modo como a política criminal tem sido desenvolvida em Portugal nos últimos anos. Essa análise foi efectuada numa perspectiva global sem atender aos aspectos específicos que mereceriam um tratamento mais aturado. Nesta sede, pretendemos sobretudo, identificar quais as grandes tendências verificadas no domínio do direito penal.

Os últimos anos tem sido pautados, como já vimos, pela emergência de um discurso de génese securitária que teve como *in put* os ataques às Torres Gémeas em Nova Iorque, o atentado em Atocha (Madrid) e ao metro de Londres em Julho de 2005. Estes fenómenos trouxeram para a agenda política europeia os temas do terrorismo e dos crimes com estes conexos, o que motivou uma dinâmica legislativa e institucional nunca antes experimentada nas anteriores fases de construção do projecto europeu. Na verdade, a ocorrência dos aludidos fenómenos foi causa directa e adequada da criação de instrumentos legislativos específicos que permitiram uma convergência normativa no espaço da união, contribuindo-se desta forma, para a superação paulatina das diversidades nacionais.

No contexto do denominado Terceiro Pilar (Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça) a União definiu uma estratégia e um plano de acção de luta contra o terrorismo que se irá desenvolver e aprofundar no período compreendido entre 2007-2013 e assente, fundamentalmente, numa vertente preventiva (intercâmbio de informações ao abrigo do princípio da disponibilidade, num contexto de cooperação judiciária e policial em matéria penal) e repressiva. A tendência verificada foi, portanto, a de criar instrumentos jurídicos

que tornassem o direito e a justiça penal mais célere e eficaz na repressão deste tipo de delitos.

Integrado no espaço da união, Portugal não foi excepção no tocante à participação nesse processo de convergência legislativa, que teve e terá nos anos vindouros forte impacto na realidade da nossa política criminal. Como espelho desta tendência podemos salientar, nomeadamente, a Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (que transpõe a Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI do Conselho da Europa de 13 de Junho, relativa à luta antiterrorista), o Dec.-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, que estabelece as medidas preventivas e repressivas contra o branqueamento de capitais, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece regimes excepcionais de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens nos casos de crimes elencados no seu art. 1.º (terrorismo, tráfico de estupefacientes, associação criminosa, entre outros).

Mas de que falamos quando nos referimos a terrorismo?

O termo terrorismo é polissémico e traduz uma realidade muito complexa. A procura de uma definição pode balizar a questão em termos linguísticos mas ficará, certamente, aquém da sua verdadeira dimensão. Rui Pereira<sup>16</sup>, elenca quatro características tradicionalmente imputadas ao fenómeno, a saber:

- o recurso à violência como meio de resolução de conflitos;
- a aceitação de vítimas inocentes (numa lógica de tipo os fins justificam os meios);
- a procura de um meio instrumental de intimidação com a respectiva publicitação;
- a prossecução de fins políticos (ou seja, a pretensão de influenciar a tomada de decisões).

No ordenamento jurídico português, encontrávamos referência ao fenómeno, em termos de previsão típica, no art. 301.º do C.P. (*Terrorismo*) que deveria ser articulado com o tipo do art. 300.º do mesmo diploma legal, que incriminava as chamadas *Organizações Terroristas*. No entanto, com a entrada em vigor da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, tais artigos do Código Penal foram revogados e substituídos pelos arts. 2.º, 3.º, 4.º e 5.º daquela mesma lei. Subjacente aos referidos tipos incriminadores está a protecção do bem jurídico “paz pública em sentido amplo”, nele se compreendendo a independência e a integridade nacionais, o normal funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição e das respectivas autoridades públicas e ainda a protecção da chamada “sociedade civil ou de certos grupos a ela pertencentes”. Acrescentaria, a este propósito que, o terrorismo, na medida em que aceita “vítimas inocentes” como uma consequência directa ou indirecta do seu «modus operandi» é um crime contra a humanidade.

---

<sup>16</sup> Pereira, Rui, “Terrorismo e Democracia” ([www.mj.gov.pt](http://www.mj.gov.pt)) acesso em 2008-09-03.

São duas as circunstâncias qualificadoras (cumulativas) que configuram o tipo de ilícito *das Organizações Terroristas*:

- é preciso que as pessoas que constituem a organização actuem concretamente visando (com tal actuação) prosseguir um ou vários dos fins previstos no corpo do n.º 2 do aludido preceito;
- e que tais fins sejam prosseguidos através de um dos crimes previstos no elenco do n.º 2 (a título de exemplo, através do cometimento de crimes contra a vida, a integridade física das pessoas, contra a segurança dos transportes, entre outros).

O crime de terrorismo previsto no art. 4.º consiste na prática de determinados crimes (atente-se na remissão para o n.º 1 do art. 2.º) animada pela intenção que preside tipicamente ao crime de organização terrorista. Vale isto por dizer que, o legislador efectua uma protecção destes bens jurídicos a dois níveis, por um lado incriminando o próprio acto de constituição da organização (ainda que a mesma não haja efectivamente actuado) e, por outro lado, através da punição da conduta concreta do agente. O crime de terrorismo do art. 4.º vai, portanto, ao encontro da punição das condutas individuais.

Relativamente aos tipos incriminadores, encontramos aqui uma relação de grande proximidade entre os preceitos que constavam do Código Penal e os da mencionada lei. No entanto, quanto a esta última, há a salientar, no artigo 5.º, a expressa incriminação do chamado “*Terrorismo Internacional*” e a *Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas e equiparadas*, prevista no art. 6.º Comum tanto ao Código Penal (anteriormente à revogação dos arts. 300.º e 301.º pela referida lei) como à Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, é a incriminação dos chamados *actos preparatórios* (vejam-se, neste sentido, os arts. 2.º, n.º 4, 3.º, n.º 2, e 5.º, n.º 2, e o art. 300.º, n.º 5, do C.P.), o que representa uma antecipação da tutela penal e traduz-se, na prática, na consagração de uma intervenção penal do tipo preventivo no desenrolar *do iter criminis*. Exige-se, porém, que os actos apontem já, na sua materialidade, para a subsequente realização típica. Esta protecção penal substantiva terá, como veremos mais adiante, a sua correspondência no campo do processo penal.

No plano do direito constitucional português, a primeira referência expressa ao termo “terrorismo” surge por ocasião da revisão constitucional de 1989 que introduziu tal designação no art. 210.º, n.º 1 (actual art. 207.º, n.º 1), afastando a possibilidade do Tribunal de júri intervir no julgamento destes delitos. Por outro lado, na Lei Constitucional n.º 1/2001 emergiu uma referência expressa ao terrorismo (no contexto do art. 34.º, n.º 4) que, ao arrepio da nossa tradição constitucional democrática, veio permitir a entrada, durante a noite, no domicílio dos cidadãos nos casos (entre outros) em que esteja em causa a prática de crime de terrorismo e que teve depois a respectiva tradução no Código de Processo Penal após a reforma de 2007. Esta inovação, traduziu-se numa maior flexibilidade do regime de buscas, numa perspectiva de maior compressão dos Direitos, Liberdades e Garantias, na vertente da tutela do domi-

cílio. Na verdade, permitem-se as buscas domiciliárias nocturnas (o que não acontecia anteriormente) e, por outro lado, permitiu-se ao OPC avançar na realização de tais buscas sem que se torne necessário a autorização prévia do MP ou do JIC. Estas alterações introduzidas ao regime das buscas não criam apenas uma tensão dialéctica entre o direito à inviolabilidade do domicílio e o direito/interesse de preservação da segurança dos cidadãos e da investigação criminal. Na verdade, há que perspectivar essa tensão, no contexto mais geral dos direitos, liberdades e garantias fundamentais enquanto espelhos da dignidade da pessoa humana, nomeadamente, o direito ao bom nome e à imagem. É preciso não olvidar que os visados numa actuação policial/judicial deste jaez (sobretudo numa época de intensa mediatização da Justiça) ficarão certamente “beliscados” na sua reputação e imagem social na sequência da realização de uma diligência como uma busca, sobretudo, se esta for efectuada no respectivo domicílio e durante a noite.

Portanto, e salvo o devido respeito por opinião contrária, há que encarar o potencial danoso do regime legal das buscas, numa visão mais ampla dos Direitos, Liberdades e Garantias, nomeadamente, na susceptibilidade de lesão dos direitos da personalidade dos cidadãos de que são uma manifestação, como já se disse o direito ao bom nome e à imagem.

Esta breve exposição acerca do tratamento jurídico-penal do fenómeno em análise, permite-nos desde já questionar seguinte: o legislador, ao retirar do Código Penal a matéria respeitante à incriminação típica destes delitos e, ao vertê-la em legislação especial, quis atribuir-lhe um carácter excepcional? Quais os limites, materiais e formais, desse regime de excepção? Ao prever a punição dos actos preparatórios, deixando ao investigador criminal e ao Ministério Público uma larga margem interpretativa do que sejam tais “actos preparatórios” o legislador não terá “aberto a caixa de Pandora”? Ou, noutra perspectiva, essa tutela antecipada, não será já o “custo que a sociedade tem que suportar” pela eficácia da prevenção/investigação e repressão do fenómeno?

Por outro lado, uma questão que deverá ser ponderada em sede de tratamento jurídico penal destes delitos é que, na maior parte dos casos, as matérias que constituem o “núcleo duro” dos crimes de terrorismo, poderão estar abrangidas pelo denominado “segredo de Estado” e, como tal, pela sua natureza, alcance e conteúdos, encontrarem-se subtraídas ao domínio e conhecimento públicos. Assim sendo, tais matérias serão, necessariamente, “insindicáveis” pela comunidade e pela opinião pública. Daqui resulta, no meu modesto entendimento, que tal insindicabilidade intrínseca, poderá bulir no contexto da relação processual com um dos princípios estruturais do nosso ordenamento jurídico: o da publicidade do processo penal e dos seus actos e, eventualmente, com o princípio do contraditório caso as investigações pelo envolvimento na preparação/cometimento de actos terroristas venham a dar lugar a processos judiciais.

De facto, é de assinalar que a evolução legislativa quer ao nível constitucional quer ao nível do processo penal, nos últimos anos, neste aspecto concreto tem sido caracterizada pela progressiva compressão dos direitos, liber-

dades e garantias dos cidadãos num processo de erosão dos âmbito de protecção do domicílio e do próprio princípio de reserva do Juiz.

A protecção do domicílio, encarada como um espaço da autonomia pessoal e familiar, onde o cidadão desenvolve as actividades quotidianas que envolvem as relações de parentesco ou de afecto, a gestão das economias e da sua vida nas suas múltiplas acepções, é nas sociedades actuais o último reduto de tranquilidade e paz individual.

Pacificadas as sociedades ocidentais (após duas Grandes Guerras no séc. XX e com o fim dos Impérios Coloniais e das lutas pela Independência) eis que emerge, agora o “terrorismo” e o “incremento da criminalidade” como fundamento de alterações legislativas que se traduzem, na prática, no cercear de direitos e liberdades fundamentais, sedimentadas em séculos de evolução do pensamento e das instituições de matriz europeia. E é neste contexto que incumbe questionar se os actuais modelos de organização e administração da Justiça Penal não estarão também em crise.

Em 1999, o Prof. de Direito Penal Alemão Gunther Jakobs defendeu na Conferência do Milénio, em Berlim, o conceito de Direito Penal do Inimigo. Esta tese (que desde essa data tem suscitado diversas críticas e animado diversos debates na comunidade jurídica internacional) assenta no pressuposto de que existem determinadas categorias de delitos (os quais, pela sua gravidade e características específicas) justificam um tratamento diferenciado relativamente aos demais. Este postulado leva a que Jakobs conclua pela necessidade de aplicação de sanções penais específicas para os agentes desses delitos (entre os quais os autores de atentados terroristas) que deveriam ser encarados como “inimigos”, porquanto se colocaram à margem das normas de convivência social no contexto da sociedade civil.

Ora, sem pretendermos, nesta sede, formular qualquer juízo definitivo acerca do rumo do Direito Penal afigura-se-nos de toda a pertinência questionar, até que ponto não estaremos a caminhar para um claro reforço do sistema punitivo no tocante a determinadas categorias de delitos a que corresponde, por seu turno, em sede processual uma maior compressão dos direitos, liberdades e garantias dos suspeitos/autores destes crimes. Até que ponto não estaremos a redesenhar uma política criminal que caminha a duas velocidades?

Fica em aberto esta questão porque em aberto se encontra o debate em torno da política criminal. Esta, como já salientamos supra, sendo um aspecto estruturante da vida política dos estados constitui, simultaneamente e na pós modernidade, um enorme desafio civilizacional.

Setúbal, 15 de Setembro de 2008