



Hélène Marine Serra Fernandes

O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito?

Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas)

Trabalho realizado sob a orientação de

Prof. Doutora Luísa Neto

Julho de 2011

Agradecimentos

Pese embora a elaboração desta tese seja, necessariamente, fruto de um longo percurso individual (diria, até, de isolamento), pautado por horas a fio de pesquisa, leitura, estudo e escrita (com os inevitáveis constrangimentos derivados pelos ocasionais “bloqueios de escritor”), é inegável a vontade e necessidade de manifestar a minha gratidão a quem, de uma forma ou de outra, prestou o seu contributo e apoio na elaboração deste trabalho. São pessoas que, pelo seu valor, devem, merecem ser mencionadas e lembradas, pois sem elas não teria conseguido chegar a este resultado. Assim, não posso deixar de agradecer, ainda que com escassas, simples, mas sinceras palavras:

À minha orientadora de Mestrado, Professora Doutora Luísa Neto, pela partilha imprescindível de conhecimentos, críticas construtivas, sugestões e conselhos que determinaram o rumo deste trabalho, criando um incentivo pessoal e entusiasmo a cada folha escrita. Agradeço, ainda, pela disponibilidade, paciência e apoio. Desde o meu primeiro ano de licenciatura que se tornou na minha principal referência académica enquanto docente, assim o continuará, mas com traços mais acentuados de respeito, admiração e amizade.

Aos Professores que me acompanharam ao longo do curso de Licenciatura em Direito (tendo tido o privilégio de reencontrar alguns durante o Mestrado em Direito), que me inculcaram os conhecimentos que detenho hoje, permitindo a obtenção das bases cognitivas necessárias para o desenvolvimento de um bom trabalho no Mestrado.

À minha família, pelo incentivo, paciência e apoio emocional demonstrados ao longo dos anos. Foram o meu porto de abrigo nos momentos de maior tormento, e motivo de orgulho e gratidão pelo esforço, ajuda e dedicação. Agradeço ainda pelos valores de perseverança, ética e de constante vontade de superação pessoal, que me foram inculcados ao longo da minha vida, e que me vão tornando, a pouco e pouco, numa pessoa melhor.

Agradeço aos meus amigos, aos que estiveram sempre presentes e partilharam comigo os anseios, dúvidas, e medos associados à elaboração da tese. Tornaram este caminho numa jornada que valeu a pena ser partilhada.

E, por fim, a quem muito devo, ao Pedro, pelo apoio incondicional, esforço e paciência pelo meu nervosismo e ansiedade de tanto trabalho acumulado, pela derradeira ajuda e compreensão, até à última palavra desta tese, obrigada. Por tudo.

*“Quem quer garantir a própria liberdade,
deve preservar da opressão até o inimigo;
pois, se fugir a esse dever, estará a estabelecer
um precedente que até a ele próprio há-de atingir.”*

Thomas Paine

Sumário

Introdução.....	1
I – As alegadas exigências do terrorismo: um Direito Penal do inimigo como novo paradigma da intervenção do Direito?.....	4
1. Caracterização.....	4
2. As exigências da emergência do terrorismo	11
3. A compressão de direitos fundamentais decorrente da colisão com os bens da paz e da segurança – O ressurgimento do Estado Securitário?.....	16
4. O alcance e efeitos da teoria de Jakobs no actual paradigma do Direito penal internacional - análise sumária de alguns casos.....	19
4.1 Espanha	21
4.2 Reino Unido	24
4.3 Estados Unidos da América	27
II – O enquadramento do Direito Penal do Inimigo no actual Estado de Direito Democrático.....	31
1. A CRP enquanto limite ao tratamento diferencial	31
2. A exclusão da ilimitabilidade dos direitos fundamentais, o problema da sua restrição e a necessidade de uma concordância prática	34
3. A restrição de direitos fundamentais no actual panorama mundial em nome da segurança e da evolução tecnológica. Influência legítima do Direito penal do inimigo?	36
3.1 Métodos Biométricos	38
3.2 Scanners Corporais.....	45
III – Conclusão.....	52
Bibliografia.....	59

Introdução

Hodiernamente temos vindo a assistir a um sentimento global de vulnerabilidade face a uma crescente “desterritorialização do crime e da segurança”¹. Os efeitos do terrorismo e da criminalidade organizada já não se fazem sentir exclusivamente nos locais-alvo das acções terroristas, mas sim a uma escala mundial. Perante este clima de insegurança, aliado à actual crise de paradigma do Direito Penal, ergueram-se vozes em defesa de um novo modelo configurativo deste ramo do Direito, de forma a combater os novos perigos da sociedade a que caracterizaram de “risco”. Günther Jakobs assume o papel de voz predominante na construção deste movimento securitário – o Direito Penal do inimigo, cujas características pretendemos analisar.

Desta forma, esta Tese terá como propósito o estudo, ainda que de forma breve, do modelo de Direito Penal construído por Günther Jakobs – *Feindstrafrecht*, em português: o Direito penal do inimigo – e a sua relação com os princípios estruturantes do Estado de Direito, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No primeiro ponto principiaremos por abordar o novo modelo de Direito Penal proposto por Jakobs, enunciando as características que o distinguem do paradigma actual e que suscitaram uma dura reacção por parte da generalidade da doutrina. Faremos especial referência ao conceito de Terrorismo, onde será colocado em evidência o problema da harmonização dos valores da Paz e da Segurança com os Direitos, Liberdades e Garantias previstos na Constituição da República Portuguesa, que fazem parte do elenco basilar de princípios nos quais se funda o Estado de Direito. Terminaremos o capítulo em questão com uma breve referência aos efeitos produzidos pela teoria de Jakobs no actual paradigma do Direito Penal internacional, fazendo referência aos casos de Espanha, Reino Unido e Estados Unidos da América, quer pelo recente historial de actividade terrorista no seu território, quer pela natureza e amplitude das medidas políticas e legislativas adoptadas.

No segundo capítulo será feita uma reflexão em torno de novas formas de restrição de direitos fundamentais – com especial enfoque para os métodos de identificação e segurança que englobam o recurso a dados biométricos e a scanners corporais – que surgiram no seguimento da expansão de um movimento que elegeu como estandarte o

¹ VALENTE, M. M. G., “Cooperação Judiciária em Matéria Penal no âmbito do Terrorismo”, in A União Europeia e o Terrorismo Transnacional, BRANDÃO, A. P. [et al.], Almedina, 2010, p. 66.

valor da Segurança, olvidando a importância da preservação de direitos fundamentais como o direito à reserva da intimidade da vida privada. São, pois, os novos ideais punitivos, cujos efeitos se têm feito sentir no Direito Penal à escala mundial, que, aliados a uma crescente demanda de segurança, têm fomentado restrições ilícitas aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Por fim, ensaiaremos uma construção crítica à teoria de Jakobs, nomeadamente no que toca à sua harmonização com o princípio da dignidade da pessoa humana, aos limites que esta lhe impõe, o que implicará, conseqüentemente, uma análise da sua coadunação com o Estado de Direito.

Introduction

We have been witnessing, nowadays, a global sense of vulnerability, for the effects of terrorism have been felt not only in the target location of terrorist activity, but mostly on a global scale. Given this climate of insecurity, coupled with the current crisis in the paradigm of criminal law, voices rose up in defense of a new criminal system, in order to combat the new dangers that characterized the risk society. Günther Jakobs assumes the predominant voice in this movement - the Enemy Criminal Law, whose characteristics we wish to analyze.

Thus, this thesis will study the purpose of the model built by Jakobs and its relation to the structuring principles of Law and basic human rights, in particular the principle of human dignity, as the intrinsic worth that inheres in every human being.

In the first section we begin by discussing the new model proposed by Jakobs, analyzing its characteristics that distinguish it from the current paradigm and which elicited a fierce reaction from the general doctrine. We will make particular reference to the concept of terrorism, and we will put in evidence the issue of harmonization of the values of peace and security with the list of basic principles, rights and liberties under the Constitution of the Portuguese Republic. We will end this chapter with a brief reference to the effects produced by Jakobs' theory on the current international criminal law, referring the cases of Spain, the UK and USA, due to its recent history on terrorist activity, considering, also, the nature and extent of the political and legal measures that were taken by these countries.

In the second chapter we will analyze new forms of restriction of fundamental rights - with particular emphasis on the methods of identification and security that include the use of biometrics and body scanners - which emerged following the expansion of a movement that elected as a standard the value of Security and national defense, forgetting the importance of preserving fundamental rights, such as the right to privacy. These new punitive ideals, whose effects have been felt in the criminal law on a global scale, combined with a growing demand for safety, have encouraged unlawful restrictions of rights, freedoms and guarantees of citizens.

Finally we'll attempt to build a critical essay in Jakobs' theory, particularly with regard to its harmonization with the principle of human dignity, the limits that this imposes, which would imply, therefore, an analysis of its consistency with the Rule of Law.

I

As alegadas exigências do terrorismo: um Direito Penal do inimigo como novo paradigma da intervenção do Direito?

1. Caracterização.

Perante as exigências de segurança decorrentes da actual configuração – de risco – que a nossa sociedade apresenta, onde a criminalidade organizada prolifera e o medo de um perigo invisível e sem fronteiras se instala², Günther Jakobs construiu uma teorização em torno da existência de uma dualidade de modelos penais: de um lado verificar-se-ia a permanência do Direito Penal dito comum – o do Cidadão – do outro, surgiria, paralelamente, uma nova tipologia, desta feita dirigida especificamente a delinquentes e criminosos denominados de “inimigos”. O motivo que conduziu este autor – e os que apoiam a sua teoria – à elaboração desta construção dogmática terá sido, certamente, a ausência de uma alternativa ao actual sistema penal capaz de satisfazer as exigências decorrentes do surgimento de novos desafios no campo da criminalidade. Na verdade, o modelo punitivo vigente tem demonstrado, sucessivamente, uma crescente debilidade e ineficácia no combate aos novos tipos de crime e à agudização e evolução dos tipos de criminalidade existentes. Perante este cenário de insuficiência na resposta do sistema penal hodiernamente vigente onde se

² O conceito de sociedade de risco engloba, como refere Gomes Canotilho, elementos que lhe são típicos, tais como o “sentimento de insegurança” e a “angústia tecnológica”, bem como as questões jurídicas que lhe estão intrinsecamente associadas, nomeadamente a “nova” definição de novos bens jurídicos, nova dogmática da ilicitude, da culpa e do nexo de causalidade”. Veja-se ainda a crítica elaborada pelo Autor à linha de pensamento de Jakobs, na medida em que refere que “a articulação da sociedade de risco com o “sentimento de insegurança”, como faz Jakobs, para forçar, em termos sistémico-funcionais, a reorientação do direito constitucional e do direito penal, outra coisa não é senão uma abusiva translação das angústias tecnológicas para as angústias civilizacionais causadas pelas dialécticas paranóides dos terroristas humanos”. CANOTILHO, J. J. G., “Terrorismo e Direitos Fundamentais”, *in* Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas, p. 28. Por sua vez, Ulrich Beck atribui a caracterização de risco à sociedade contemporânea em consequência do aparecimento de novas ameaças à escala planetária (decorrentes do progresso tecnológico, científico, político e social, que afectam quer a sociedade enquanto urbe, quer enquanto comunidade inserida num espaço ambiental de necessária preservação), face às quais as estruturas políticas da actual sociedade se apresentam cada vez mais débeis na sua resolução. Na medida em que nos encontramos perante a emergência de ameaças de difícil resolução e de efeitos transfronteiriços (como o terrorismo e as alterações climáticas, por exemplo) o autor conclui que nos inserimos numa “Sociedade de Risco Global”, onde a urgência de medidas inovadoras e de alcance alargado (pois riscos transnacionais exigem medidas transnacionais) é cada vez mais flagrante. No entanto, isso não significa que tenhamos que cair num pessimismo antropológico. Na verdade, o forte impacto que estes riscos provocam na nossa sociedade contém uma vertente positiva, pois constituem um verdadeiro estímulo na busca de soluções inovadoras que poderão, em última análise, encaminhar a actual sociedade nos seus primeiros passos em direcção a uma nova era. Para mais pormenores sobre o conceito de Sociedade de Risco *cf.* Beck, Ulrich, 1944 - World risk society / Ulrich Beck. - Reimp. 2000. - Cambridge : Polity Press, 1999. – VIII.

assiste, concomitantemente, à nova dimensão da criminalidade e à sua especial perigosidade, esta corrente doutrinária demarcou-se pela sua posição reactiva e combativa. Assim, criaram o conceito de “inimigo”, em oposição ao conceito de “cidadão”, que deve ser combatido através da adopção de medidas preventivas, ainda que, para tal, se proceda a uma limitação excessiva dos direitos (veja-se, a título de exemplo, as restrições levadas a cabo ao direito à reserva da intimidade da vida privada, em nome do valor da segurança), liberdades e garantias fundamentais (em especial, no campo das garantias processuais penais). Pese embora esta estratégia de combate acarrete uma intromissão excessiva e lesiva na esfera jurídica dos cidadãos, estes autores consideram que tais medidas constituem um mal menor e necessário comparativamente aos efeitos repercutidos pelas acções terroristas.

Quem são os sujeitos que entram nesta qualificação? Jakobs enquadra-os como indivíduos pertencentes a organizações terroristas, redes organizadas de crime, bem como delinquentes cujos crimes possuam uma natureza particularmente grave, violenta ou de cariz sexual. No caso particular do terrorismo, assistimos, desde o início do século XXI, ao surgimento de uma construção da imagem do terrorismo islâmico enquanto principal inimigo da segurança dos Estados do ocidente. Neste contexto, a impopularidade da comunidade muçulmana (em especial nos países do ocidente) tornou-se facto indiscutível, muito por consequência dos ataques do 11 de Setembro de 2001, 11 de Março de 2004 e 7 de Junho de 2005, o que lhes mereceu um papel de acentuado destaque na discussão em torno do combate ao terrorismo enquanto alvo/inimigo a abater. Atente-se, no entanto, ao facto dos indivíduos terroristas inseridos nessa comunidade deterem um pensamento e ideologia de cunho radicalizado e extremista, que não corresponde à realidade da generalidade da comunidade muçulmana que, por sua vez, também repudia os actos terroristas praticados pelos grupos extremistas muçulmanos. Esta ressalva possui assumida relevância, em especial no processo de construção de um diálogo pacífico e de entendimento mútuo entre o mundo ocidental e a comunidade muçulmana, que, como temos visto ao longo da história, tem sido caracterizado por alguma dificuldade e intolerância, de ambos os lados.

A construção dogmática sobre a qual o conceito de Direito Penal do Inimigo encontra suporte, foi inicialmente introduzida por Günther Jakobs em 1985, aquando a sua participação num Seminário de Direito Penal³, na cidade de Frankfurt.

No entanto, a teorização de Jakobs não constituiu, *per se*, uma novidade, na medida em que os seus fundamentos tinham por base concepções jus-filosóficas anteriores, de cuja fonte o Autor se inspirou. As duras críticas que se ergueram contra a tese de Jakobs conduziram ao afastamento temporário, por parte deste Autor, do desenvolvimento da sua tese. Porém, no ano de 2003 Jakobs (re)apresentou a sua teorização, reforçando a sua perspectiva de adopção de um novo paradigma no seio do Direito Penal, de visão securitária, prospectiva, enquanto frente de combate à conjuntura mundial de criminalidade, pautada pelo *crescendum* da ameaça terrorista⁴.

Inserido no funcionalismo sistémico⁵ – do qual Jakobs é, também, fundador – o Direito Penal do inimigo não constitui uma construção dogmática jurídico-penal particularmente inovadora. Na verdade, depreende-se do seu discurso a influência recebida por parte de vários nomes sonantes do Direito, um elenco abrangente, que tanto engloba filósofos da Antiguidade Clássica⁶, como grandes nomes do Contratualismo Social, denotando-se, ainda, uma forte proximidade com o entendimento jurídico-dogmático perfilhado por Carl Schmitt.

Carl Schmitt (tido por muitos como um “jurista maldito”, indelevelmente associado à política Hitleriana) construiu uma posição na qual sustentou que uma sociedade, para se afirmar e unir politicamente necessita de estabelecer quem é seu amigo e quem é seu

³ A sua teoria mereceu posterior publicação na Revista de Ciência Penal – ZStW, n.º 97, 1985, p. 753 e ss.

⁴ Os trágicos acontecimentos do 11 de Setembro de 2001 ocorridos na cidade de Nova Iorque, bem como os atentados terroristas de 11 de Março de 2004, em Madrid, e de 7 de Julho de 2005, em Londres, terão, certamente, reforçado a vontade de Jakobs em difundir a sua teoria, na medida em que esta – tal como muitas medidas legislativas antiterroristas adoptadas por países vítimas de ataques desta índole, como veremos adiante – constitui uma construção dogmática reactiva, ou seja, a sua teorização ergue-se enquanto resposta à conjuntura mundial de criminalidade onde o terrorismo tem vindo a assumir um papel de destaque.

⁵ De acordo com o funcionalismo sistémico, a função essencial do Direito Penal seria a protecção da norma, pelo que a protecção de bens jurídicos ocorreria apenas de forma reflexa. Este sistema padece de uma excessiva protecção em torno do sistema normativo, o que poderá contribuir para a existência de situações embaraçosas e contrárias ao Direito, nomeadamente nos casos em que a norma, que se visa proteger, infrinja restrições ilícitas a direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados.

⁶ Em Protágoras, Platão expõe uma linha de pensamento que nos relembra a apologia do Direito Penal prospectivo pois, num diálogo com Sócrates, o Autor refere que “(...) aquele que tenciona punir racionalmente não castiga por causa das acções passadas – porque não vale a pena chorar pelo leite derramado – mas, como salvaguarda do que poderá acontecer, para que nem esse mesmo, nem outro que tenha presenciado a punição, pratique novas injustiças”. No decorrer do diálogo, é ainda feita alusão ao princípio de eliminação dos que não comungarem do mesmo sentido de Justiça e Moral ordenado por Zeus, pelo que esta noção de marginalização de um indivíduo encontra eco no discurso de Jakobs. PLATÃO, Protágoras, trad. Ana Elias Pinheiro, Editora Relógio d’Água, Lisboa 1999, 324b.

inimigo, devendo deter capacidade para declarar guerra a um determinado grupo/organização/Estado inimigo. Este autor encontrou apoio na construção romana relativa à distinção entre o *inimicus* (o inimigo pessoal) e o *hostis* (o inimigo político). A figura do *hostis* é a única que assume interesse para a teorização de Schmitt, na medida em que diz respeito, na sua essência, ao conceito de “estrangeiro”, isto é, o que se encontra excluído/fora da comunidade. Sendo este o verdadeiro inimigo político, ao Estado restará, enquanto manifestação do seu poder, a hipótese de declarar guerra, para que seja negada existência àquele. Este conceito de inimigo público e político não pode, portanto, ser confundido com o inimigo pessoal, configurando, ao invés, um conceito referente a uma determinada colectividade pública de indivíduos que se assume como “inimiga” de outro Estado por motivos de nacionalidade, língua, religião, ou qualquer outro motivo diferenciador. A capacidade de determinar um inimigo público e de lhe declarar guerra constitui, assim, no entender de Schmitt, um factor de unificação do aparelho estatal, definindo-o e reforçando-o através da negação da possibilidade de existência de outro grupo/organização/Estado que tem como inimigo.

É nos teóricos do Contratualismo – onde se destacam autores como Rousseau⁷, Kant, Fichte, e Hobbes – que Jakobs encontra, particularmente, os fundamentos jus-filosóficos sobre os quais alicerça a sua tese. Nesse sentido, o Autor refere, na sua obra “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”, que “aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica”⁸.

Contudo, Hobbes e Kant demarcam-se na preferência de Jakobs na medida em que estes Autores assumem reconhecer “um Direito penal do cidadão – contra pessoas – que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio”⁹. Deste modo, a legitimação do tratamento

⁷ Em Rousseau encontra um entendimento que sustenta a marginalização do indivíduo que não obedeça ao contrato social estabelecido entre o Estado e os cidadãos, devendo, em consequência, ser tratado como inimigo. Por sua vez, em Fichte, assiste-se, com algumas semelhanças, à atribuição de um estado de ausência de direitos para quem abandone o contrato social.

⁸ JAKOBS, Günther, “*O Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal Do Inimigo*”, in *Direito penal do inimigo: noções e críticas / Günther Jakobs*, Manuel Cancio Meliá ; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli ; rev. Rosane Marques Borba - 2ª ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

⁹ *Idem, ibidem.*, p. 29.

diferencial, da severidade acrescida nas penas e na aplicação de medidas de segurança (de cunho preventivo) sobre o indivíduo inimigo funda-se, portanto, no facto da conduta deste determinar, por si mesma, a renúncia ao contrato social celebrado com o Estado, pois os seus actos contrariam o Direito, atentam contra a sociedade, logo, não poderá ser admitido como cidadão nem beneficiar dos benefícios que advém desse “status”.

Assim, o conceito de Direito penal do inimigo pode ser entendido como a construção dogmática jurídico-penal elaborada nos finais do século XX, tendo por principal mentor Günther Jakobs, cujo entendimento, contido essencialmente na sua obra “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo” (no original, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*), propõe a existência de um novo modelo de Direito penal (o Direito penal do inimigo), paralelamente ao vigente (o Direito penal do cidadão). Ora este novo paradigma tem como escopo dar resposta às exigências de segurança por parte da sociedade, com o seguinte fundamento: “os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm direito à segurança”¹⁰.

Os destinatários deste novo modelo são indivíduos cujas acções detêm um conteúdo de tal forma grave e desviante da norma jurídica que constituem um verdadeiro acto de agressão ao Estado, não oferecendo qualquer garantia de obediência à Lei, o que consubstancia, no entendimento do Autor, um pressuposto válido para o tratamento daqueles sujeitos como “inimigos”, destituindo-os da sua condição de “pessoa”¹¹. Por sua vez, o acto ilícito praticado pelo “inimigo”, na medida em que constitui uma violação de uma norma jurídica, representa um perigo para o Estado e para a Comunidade, bem como um acto negatório do Direito, o que deverá acarretar, em última análise, para o sujeito, a sua própria exclusão da alçada do Direito¹². Deste modo, no seguimento da linha de entendimento de Jakobs, os sujeitos cujos actos contendam com o Direito, que não proporcionem uma garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa, devem ser excluídos da alçada do Direito Penal do Cidadão,

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 29.

¹¹ Este tratamento diferencial é feito em nome da protecção do sistema normativo-penal, donde ressalta o funcionalismo sistémico de Jakobs. Nesse sentido, o Autor defende que “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”, *Idem, ibidem*, p. 42.

¹² A caracterização deste conceito por parte de Gomes Canotilho assume particular interesse pela sua exposição clara e sucinta. Refere o Autor que “o inimigo nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula. (...) O fim da pena já não é o de uma função geral preventiva socialmente integradora, mas sim o da repressão expiatória através da segregação e neutralização do criminoso que” se colocou “em guerra contra o Estado e a comunidade”. CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 23.

ficando abrangidos pelo novo modelo proposto por Jakobs, cujas características passaremos a expor.

O Direito penal do cidadão. Por oposição ao Direito penal do inimigo encontramos o conceito de Direito penal do cidadão. No entender de Jakobs, este modelo deve ser aplicado aos sujeitos cujo delito represente um mero deslize no dever de observância da lei, pelo que não lhe deverão ser negadas as suas garantias processuais, mantendo o seu *status* de pessoa, atendendo ao facto do acto ilícito praticado não revestir uma natureza excessivamente grave para ser qualificado como um atentado ao Estado de Direito, nem constituir, por si só, um perigo para a Sociedade. Este Direito estrutura-se segundo um código de princípios de Direito penal e de Direito processual que vão de encontro com o preceituado constitucionalmente, nomeadamente no que concerne ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Um Direito penal do autor. O novo modelo proposto por Jakobs, ora analisado, assume-se como um Direito penal do autor, em contraposição ao tradicional Direito penal do facto, na medida em que a pena é aplicada ao sujeito-inimigo pelo que ele é, pela sua realidade ôntica, independentemente do acto praticado. Assiste-se, desta forma, à preferência de um modelo punitivo em função do autor, próprio dos regimes totalitários nazi e estalinista¹³, em detrimento de um sistema alicerçado no facto ilícito praticado e num juízo de culpabilidade.

O critério de perigosidade e a função prospectiva. No que respeita à punibilidade aplicável ao “inimigo”, Jakobs propõe que lhe seja infligida uma pena em proporção com nível de perigosidade que aquele constitui para a Sociedade e para o Direito, sendo possível, designadamente, recorrer ao uso de medidas de segurança, enquanto forma de prevenção da prática, no futuro, de actos potencialmente danosos e lesivos para a Comunidade. Assim, privilegia-se a consideração do sujeito enquanto potencial ameaça, recorrendo-se a um Direito Penal prospectivo, em detrimento da formulação de um juízo de culpabilidade relativamente ao acto ilícito efectivamente praticado pelo indivíduo. Este, não será sancionado, necessariamente, pelo facto ilícito que praticou e pela sua culpabilidade, mas sim em conformidade com o que representa para a sociedade – um potencial perigo.

O propósito do Direito Penal do Inimigo é, portanto, erradicar do seu alcance todos os sujeitos que constituam um perigo para o Estado, adoptando uma prática de

¹³ VALENTE, M. M. G., *op. cit.*, p. 85.

neutralização preventiva, mediante o recurso a medidas de segurança, de forma a proteger a sociedade da ocorrência de danos futuros. Apoiando-se na teoria de prevenção geral da pena, o Autor defende que esta assume a “função de restaurar a validade da norma abalada pela ocorrência do crime e assim, é restaurada a confiança da comunidade em torno do sistema de normas incriminadoras”¹⁴. É, portanto, nos fins de manutenção da paz e do bem-estar da sociedade, bem como da protecção e preservação do Estado de Direito, que Jakobs encontra fundamento para a legitimação do tratamento diferenciado entre “cidadãos” e “inimigos”.

Este modelo, por possuir um cunho fortemente anti-garantístico, pauta-se, pela restrição de garantias em sede de Direito processual penal, descurando as atenções no que concerne a princípios e direitos constitucionalmente consagrados, tais como o princípio da proporcionalidade (nomeadamente, no que concerne à medida da pena a aplicar), o princípio da presunção de inocência, o princípio da legalidade, bem como o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada¹⁵ (mormente no que toca a métodos invasivos de obtenção de prova tais como: escutas telefónicas, violação de correspondência e adopção de medidas preventivas que impliquem restrições desproporcionais na esfera da vida privada dos indivíduos). Assim, casos excepcionais revestem carácter de regime-regra, ou, pelo menos, frequente, resultando em casos de violação de domicílio¹⁶, interceptação das comunicações bem como em situações de lesões excessivamente lesivas e desproporcionais da esfera íntima dos cidadãos.

¹⁴ PORTELA, I., “A Segurança e a escolha do Inimigo: o Efeito Double-Bind do 11-S. Uma análise da Legislação antiterrorista” editado on line pela Universidade de Santiago de Compostela com o ISBN 978-84-9750-970-1, p. 757.

¹⁵ O USA Patriotic Act, de 24 de Outubro de 2001 demonstra a influência da teoria de Jakobs no ordenamento jurídico norte-americano. Este diploma é o acrónimo para “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001”, constituindo uma resposta, por parte do Congresso Norte-Americano, aos atentados terroristas que tiveram como alvo as Torres Gémeas do World Trade Center, na cidade de Nova Iorque, e o Pentágono, no dia 11 de Setembro de 2001. Tendo sido implementado na vigência da Administração do Presidente George W. Bush, esta medida legislativa concedeu largos poderes à Administração Norte-Americana, ampliando o seu poder na luta contra o terrorismo, o que culminou num forte cerceamento das liberdades dos cidadãos, em especial no que diz respeito ao direito à reserva da intimidade da vida privada.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 24.

2. As exigências da emergência do terrorismo.

Antes de prosseguirmos o nosso estudo na análise do conceito de terrorismo, importa referir, em breves traços, os contornos que este assume, a sua caracterização, fazer, enfim, alusão à definição deste tipo de crime.

Refira-se que a definição jurídico-penal de terrorismo não tem sido consensual. Na verdade, “não é só o conceito ou a definição de terrorismo que representa a grande dúvida, é a (des)integração que o fenómeno do terrorismo provoca na nossa ordem jurídica, a desordem que ele causa irremediavelmente ao sistema organizado em pilares ao abrigo do princípio da separação dos poderes, que como o sistema de vasos comunicantes tem de promover reequilíbrios constantes para não se desintegrar no caos. O terrorismo inscreve-se como atentado à ordem social, é portanto uma excepção à ordem enquanto sociedade livre e democrática, ao abrigo do Estado de Direito”¹⁷.

No sentido literal, o conceito de terrorismo significa “o sistema, ou regime, baseado no terror, quer dizer, no impacto psicológico negativo (sofrido por indivíduos, grupos, massas) provocado por actos de violência calculada”¹⁸. Por sua vez, Ebile Nsefum define o conceito em análise como “todo o conjunto de actos contra a vida, integridade física, saúde ou liberdade; de destruição ou interrupção de serviços públicos ou de destruição ou apropriação do património que, verificados sistematicamente, tendem a provocar uma situação de terror que altere a segurança ou a ordem pública com fins políticos.” Segundo Nsefum, “o bem jurídico em causa é, pois, a segurança de toda a comunidade, e não a segurança institucional do Estado”¹⁹.

Apesar de não constituir um “fenómeno dos tempos hodiernos”²⁰, a actividade terrorista sofreu um incremento exponencial, de forma mais acentuada em meados do século XX mas principalmente no início do século XXI, bem como um desenvolvimento alarmante, quer no que diz respeito aos meios²¹ e técnicas utilizados,

¹⁷ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 747.

¹⁸ ROGEIRO, N., “O Inimigo Público, Carl Schmitt, Bin Laden e o Terrorismo Pós-Moderno”, Lisboa - Gradiva, 2003, p. 47.

¹⁹ NSFUN, J. E., “El delito de terrorismo”, Editorial Moncorvo, Madrid, 1985, p. 90, citado por SARDINHA, José Miguel, “O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal”, Coimbra Editora, 1989, p. 21

²⁰ SARDINHA, J. M., *ibidem*, p. 9.

²¹ “Since the 1970’s terrorism has grown, looking towards the aviation industry as a target. On the 22nd of July 1968, an El Al flight destined for Tel Aviv was hijacked. The hijacking was a bold political statement where passengers were to be traded for Palestinian terrorists imprisoned in Israel. (...) Aviation became the perfect target for terror, which since 1968 has endured a rapid rise of these attacks” *Cfr.* ADEY, P., “Secured and Sorted Mobilities: Examples from the Airport”, Institute of Geography and Earth Sciences, University of Wales, Aberystwyth, UK, 2004, ISSN: 1477-7487, p. 504.

quer nos resultados alcançados. A emergência do terrorismo, à escala mundial e a um ritmo galopante, despoletou um acordar na doutrina – bem como na Política e na Sociedade em geral – relativamente aos meios mais eficazes na resolução deste delicado problema.

A expansão do terrorismo correspondeu a um “alargamento dos seus meios, que passaram a acompanhar de perto a evolução da tecnologia²² militar (sobretudo no campo dos explosivos de grande poder, armas de fogo e engenhos teleguiados).” Tal expansão assumiu contornos quantitativos “(no que tange ao número de vítimas e ampliação dos alvos)” e qualitativos “(na medida das características das novas armas²³, e da transformação dos “patamares” que as mesmas produzem”²⁴.

Ora este conceito possui uma característica curiosa – e que constitui, a nosso ver, um elemento de força e pressão, favorável às organizações terroristas – que consiste no efeito psicológico surtido na população e no seu respectivo alcance, muitas vezes superior aos actos terroristas propriamente praticados. No que toca a este factor, acresce ainda a referida globalização conquistada que, na verdade, “germina “a ideia de um espaço inseguro não territorializado”, originando uma “vulnerabilidade colectiva estatal ou regional (europeia) ou mundial”²⁵.

Na realidade, o conceito de terrorismo mereceu apenas verdadeiro destaque, enquanto fenómeno criminal mundial, aquando da prática de actos lesivos cujas vítimas não se tinham como especificadas, ou seja, cujo intento seria o de lesar de forma

²² Na verdade, “as organizações terroristas têm recrutado para as suas fileiras indivíduos tecnologicamente habilitados nas mais diversas áreas, desde a medicina à engenharia. Em consequência disso, o seu *modus operandis* pode facilmente ser alterado e gerar espanto, com todas as vantagens que advêm do efeito surpresa. Assim aconteceu a 11 de Setembro de 2001 quando um grupo de fundamentalistas islâmicos afectos ao grupo *Al-Qaeda* se apoderou de vários aviões civis de transporte de passageiros e os fez despenhar contra as torres do *World Trade Center* e contra as instalações do Pentágono. A preparação deste atentado implicou o estudo, recorrendo a simuladores, da forma de pilotagem dos aviões das linhas aéreas e foi realizado por indivíduos com formação na área da engenharia. Mas esta não foi a primeira vez que organizações terroristas se mostraram tecnologicamente capazes já que, no passado, demonstraram com frequência um conhecimento profundo das tecnologias de carácter militar que lhes permitiu utilizar e até construir armamento portátil, tecnologia de minas e armadilhas, equipamento de comunicações em ambiente operacional, etc.”, para mais desenvolvimentos sobre a matéria *cfr.* MAGALHÃES, P. S., “Estudo de viabilidade da utilização de tecnologias biométricas comportamentais na autenticação do cidadão perante os serviços electrónicos do Estado”, Tese de doutoramento (ramo de conhecimento em Tecnologias e Sistemas de Informação), 2009, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/9152>, p. 47.

²³ “Os anos 80 fizeram crescer a suspeita de posse, por certos grupos terroristas, de componentes para bombas atómicas (a partir de urânio roubado, por exemplo), e até de uma larga paleta de bactérias e vírus, tendo-se tornado conhecido o uso de antraz por correio, nos EUA, em 2001. Claro que o processo mais dramático foi a utilização dos aviões a jacto, como mísseis, contra uma grande cidade como Nova Iorque”, *cfr.* ROGEIRO, N., *op. cit.*, p. 61.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 54.

²⁵ VALENTE, M. M. G., *op. cit.*, p. 65.

aleatória e indiscriminada os cidadãos²⁶ de um determinado país. Em bom rigor, “a verdadeira consciencialização afirma-se com o 11 de Setembro de 2001, com o 11 de Março em 2004 e o 7 de Julho de 2005”²⁷.

Tem-se, portanto, como facto assente que o alvo de variadas acções terroristas recaiu sobre as grandes potências do Ocidente, o que resultou num denominador comum: o reforço dos poderes de actuação das forças de segurança bem como a adopção de uma “ reacção belicista, securitária e justicialista a todos os níveis e justificadora de toda e qualquer restrição ou limitação desproporcional dos direitos e liberdades fundamentais”²⁸.

Da luta contra o terrorismo resultou o propósito de eliminação, a qualquer custo, do inimigo-terrorista, indivíduo potencialmente perigoso para a sociedade, ainda que para tal se deva agir como que se de uma guerra se tratasse. Na verdade, como refere Manuel Monteiro Guedes Valente, “esta foi a opção americana que transformou o terrorista num inimigo que deve ser aniquilado ou eliminado e não preso.” No entanto, acrescenta – e bem, em nosso entender – que “a prevenção e a perseguição ao terrorismo não podem alguma vez fundar-se na lógica do designado Direito penal do inimigo trazido à tona das discussões jurídico-dogmáticas por GÜNTHER JAKOBS” visto existirem limites inultrapassáveis, mesmo quando falamos de terrorismo.

Uma das falhas apontadas aos Estados Democráticos consiste no facto do terrorismo assumir um maior desenvolvimento em regimes políticos democráticos²⁹ comparativamente aos regimes totalitários, em virtude dos indivíduos que incorporam as organizações terroristas beneficiarem, enquanto cidadãos, do sistema de direitos liberdades fundamentais constitucionalmente consagrados, o que lhes possibilita “a ampla liberdade de movimentos para a realização das suas acções criminosas”.

José Miguel Sardinha destaca que “o principal desafio lançado pelo terrorismo ao Estado Democrático, assume a forma de um “convite”, um “convite” a que o Estado

²⁶ Esta lesão de bens jurídicos, como a vida e a integridade física, em cidadãos ditos “invisíveis”, assume reflexos no panorama político dos “Estados-vítimas”. Enquanto fenómeno político-criminal, o terrorismo determina consequências na vida política. Como exemplo disso, Manuel Monteiro Guedes Valente sustenta que “podemos indicar acontecimentos terroristas que tiveram consequências políticas no campo das eleições. Os argumentos de “luta” e “guerra” contra o terrorismo de GEORGE W. Bush, cujas ardilosas considerações (conspirações da indústria bélica americana, denunciadas por muitos americanos) se confirmaram quanto ao Iraque e às prisões ilegais e degradantes de Guantánamo, conduziram o partido Republicano a uma humilhante derrota para uma estrondosa vitória do partido Democrata de BARACK OBAMA”, para mais desenvolvimentos sobre o assunto *cfr. Idem., ibidem*, p. 82 e 83.

²⁷ *Idem., ibidem*, p. 83.

²⁸ *Idem., ibidem*, p. 84.

²⁹ SARDINHA, J. M., *op. cit.*, p.129.

Democrático renuncie aos seus princípios jurídico-políticos, respondendo ao ataque violento terrorista através de uma defesa igualmente violenta.” No entanto, o autor acrescenta que “se tal acontecesse, o terrorismo encontraria uma justificação para intensificar ainda mais as suas acções criminosas”³⁰, por esse motivo, a restrição de direitos deve ser unicamente admitida quando, através de acções ou ameaças de acções violentas, estiverem em causa direitos fundamentais da comunidade.

Assiste-se, no entanto, à dificuldade que os Estados Democráticos têm em introduzir, no seio do ordenamento jurídico, restrições ao sistema de direitos que constitui a própria razão de ser de todos os Estados Democráticos, a sua “coluna vertebral” – os direitos, liberdades e garantias. Ora, de forma a que se verifique uma relação de conformidade entre essas restrições e os preceitos constitucionais, exige-se que a restrição do direito fundamental em questão seja necessária, justificada, e não excessiva, respeitando o princípio da proporcionalidade, previsto, no caso português, no artigo 18.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP).

Contudo, persiste ainda a seguinte questão (que tem suscitado uma acesa discussão em torno da introdução de medidas antiterroristas nos variados ordenamentos jurídicos da Europa Ocidental): não estaremos a enveredar, com estas medidas, por um caminho perigoso que possa colocar em risco o sistema de protecção e de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos?

Na resposta a essa interrogação, de cunho marcadamente polémico, donde ressaltaram divergências doutrinárias, deverá ter-se em conta que a “legitimação da acção penal nacional e europeia (e internacional) no âmbito do terrorismo em que admitimos um maior reforço dos institutos investigatórios – v. g., meios excepcionais de investigação criminal – só será concretizada se enraizar a restrição dos direitos e liberdades do terrorista não como um inimigo, mas como um cidadão que deve efectivamente ser responsabilizado pelo crime que cometeu”. Assim, “tratar um terrorista como um inimigo, como uma coisa ou como um objecto de prova, sem direitos, liberdades e garantias processuais deslegitima qualquer acção cooperativa judiciária europeia e internacional em matéria penal”³¹. O actual paradigma exige um Direito penal do cidadão, que lhe garanta a efectivação e respeito das suas garantias e direitos que lhe são intrínsecos enquanto indivíduo cuja dignidade deverá ser mantida

³⁰ *Idem, ibidem*, p.131.

³¹ VALENTE, M. M. G., *op. cit.*, p. 86.

incólume. Nesse sentido, não poderemos ignorar, como nos relembra Bobbio, que “os meios maus corrompem até os melhores fins”.

Chegando a este ponto urge questionarmo-nos acerca das possíveis formas de resolução do problema do terrorismo, bem como das potenciais forma de defesa perante o enorme desenvolvimento que este flagelo tem assumido.

Ora, uma primeira medida de “prevenção” consiste na criminalização³² do financiamento de actividades terroristas, facto que ocorreu após os atentados terroristas do 11 de Setembro de 2001, distinguindo-se o branqueamento associado ao crime organizado e as transacções destinadas a financiar actividades terroristas. No seguimento desta medida, pretende-se assistir a um efectivo “boicote preventivo das actividades terroristas”, à “redução dos fluxos financeiros destinados aos grupos terroristas”, passando este a ser um dos objectivos estratégicos do combate ao terrorismo³³, paralelamente à prevenção do radicalismo violento e do uso de explosivos.

Qual o motivo desta necessidade de prevenção, e qual a razão da sua importância? A resposta reside no facto da violência terrorista ter sido “fomentada e financiada por muitos dos Estados que hoje estão na primeira linha da sua prevenção e “combate” diário”, na medida em que os “actos de violência de elementos dissidentes do poder instituído eram legitimados por uma ideologia de libertação da opressão política”, merecendo apoio por parte de Estados. A violência gerada justificava-se como necessária à instauração de uma nova ordem jurídico-política³⁴.

Uma segunda medida de prevenção do terrorismo deverá ser “fundada no princípio da cooperação internacional”, com a “consciencialização de que quem protege o terrorismo “tarde ou cedo” será sua presa ou vítima directa”³⁵.

Contudo, temos vindo a assistir a algumas dificuldades na adopção de uma frente de combate internacional ao terrorismo coerente e consensual entre os variados Estados envolvidos, pelo que deverão ser providenciadas diligências nesse sentido, atendendo, sempre, ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias de cada indivíduo enquanto limite inultrapassável no combate ao terrorismo.

³² Neste sentido veja-se a Decisão-Quadro 2002/475/JAI.

³³ BRANDÃO, A. P., “A security actorness europeia e o Terrorismo Transnacional”, in A União Europeia e o Terrorismo Transnacional, BRANDÃO, A. P. [et al.], Editora Almedina, 2010, p. 33.

³⁴ VALENTE, M. M. G., *op. cit.*, p. 68.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 71.

Neste sentido, Gomes Canotilho formula uma construção em torno das “traves mestras da nova “arquitetura de segurança” que um “Estado de Prevenção” deverá adoptar, nomeadamente: a “legitimação de parcerias de segurança e de cooperação internacional e comunitária europeia”, a adopção de uma “estratégia coerente quanto à troca de informação pelos diversos serviços”, assim como o procedimento à “centralização dos bancos de dados”. Escusado será dizer que esta concepção deverá apresentar-se como harmoniosa para com os pilares “jurídico-constitucionais do Estado de Direito”³⁶.

3. A compressão de direitos fundamentais decorrente da colisão com os bens da paz e da segurança – O ressurgimento do Estado Securitário?

O direito à liberdade³⁷ e à segurança³⁸ encontra-se tutelado constitucionalmente no artigo 27º da Lei Fundamental³⁹, onde figura a íntima ligação existente entre estes dois valores, na medida em que “a liberdade só é autêntica e plena se puder ser exercida em condições de segurança pessoal”, assim como o “direito à segurança, por seu turno, mais não é do que uma garantia de um *exercício livre* dos direitos fundamentais”⁴⁰.

Trazendo à colação os estudos de Gomes Canotilho e Vital Moreira acerca do conteúdo do art. 27º da CRP, podemos observar que “o sentido do texto actual comporta duas dimensões: (a) dimensão *negativa*, estritamente associada ao direito à liberdade, traduzindo-se num direito subjectivo à *segurança* (direito de defesa perante agressões dos poderes públicos); (b) dimensão *positiva*, traduzindo-se num direito positivo à protecção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem (segurança da pessoa, do domicílio, dos bens)”⁴¹.

Deste modo, ainda que, ao longo dos tempos, o direito à segurança tenha sido considerado mais como uma garantia ou meio de efectivação dos direitos fundamentais do que como um verdadeiro direito subjectivo *per si*, não nos podemos deixar de

³⁶ CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 30.

³⁷ O direito à liberdade engloba, fundamentalmente, “o direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confiando a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar” para mais desenvolvimentos na matéria cfr. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, p. 478.

³⁸ O direito à segurança implica, por sua vez, “a garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões”, *Idem, ibidem*, p. 479.

³⁹ Este artigo dispõe que “ todos têm direito à liberdade e à segurança”, cfr. art. 27º CRP.

⁴⁰ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 976.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., *op. cit.*, p. 479.

questionar acerca da provável existência de um verdadeiro direito subjectivo à segurança, por parte de cada cidadão. Na verdade, julgamos que esta questão não constitui nem uma hipótese improvável nem uma consideração excessiva, na medida em que este direito constitui pressuposto imprescindível para que seja possibilitado, a cada indivíduo, o usufruto dos demais direitos, liberdades e garantias constitucionalmente tutelados, assumindo-se, também, como meio de defesa face às eventuais agressões que possam derivar do aparelho estatal. Se a liberdade é a essência do Homem, a segurança, uma vez que condiciona o exercício daquela, erguendo-se como direito protector do indivíduo das demais agressões a que está sujeito, será, também, condição e direito fundamental para o pleno exercício da cidadania.

Pese embora se assista a uma excessiva chamada de atenção relativamente a um sentimento colectivo de falta de segurança e ao necessário reforço da mesma, com prejuízo para os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos, a verdade é que não se poderá afirmar, como muitos têm defendido, que “a segurança substitui a liberdade como ideal constitucional em função da radicalização da “excepcionalidade da emergência”, inscrevendo a segurança no epicentro organizador (...) do Estado (...)” sob pena de se “culminar na ilegitimidade do Estado e na desintegração do próprio sistema constitucional”⁴². Em boa verdade, os conceitos de liberdade e segurança são indissociáveis, complementando-se mutuamente, mas um não poderá substituir o outro. Isto porque “o homem vive num permanente paradoxo, uma vez que tem necessidade de liberdade mas necessita, igualmente, de segurança (...)”⁴³.

Ora o novo paradigma de Direito penal proposto por Jakobs insere-se na esteira deste movimento securitário, que emergiu enquanto reacção ao crescente desenvolvimento da actividade terrorista e da criminalidade organizada. Apoiando-se no ambiente de instabilidade, caracterizador da sociedade de risco, bem como na resposta ineficiente do Direito penal no combate à criminalidade, os seguidores deste entendimento têm recebido uma maior permeabilidade por parte da comunidade na difusão do seu discurso e das medidas por si propostas.

Ressalta desse discurso uma apologia inflexível em nome da protecção da norma jurídica violada, aliciando-se os mais vulneráveis de espírito através das medidas reactivas por si propostas, cuja intenção de restauração da confiança, por parte da

⁴² PORTELA, I., *op. cit.*, p. 54.

⁴³ DIAS, M. D. A., *Liberdade, Cidadania e Segurança*, Coimbra, 2001, p. 23.

comunidade, no aparelho estatal e na sua capacidade de assegurar o seu bem-estar e segurança, implicarão, em última instância, a hipoteca do Estado de Direito e dos princípios jurídicos e garantias que o sustentam e caracterizam⁴⁴.

Ora relativamente ao tipo de criminalidade inserido na construção de Jakobs – referimo-nos, nomeadamente, à criminalidade organizada, aos crimes de natureza particularmente violenta e/ou sexual, bem como aos crimes de terrorismo –, assume particular relevância a determinação do bem jurídico tutelado pelo Direito penal que está em causa, ou seja, o bem ou valor da comunidade sobre o qual recaiu um acto ilícito e perturbador da normatividade.

Entendemos que não se trata da segurança institucional do Estado, como uns afirmam, mas sim, da ordem pública, entendida como a “tranquilidade e a paz nas manifestações colectivas da vida em comunidade”⁴⁵. São crimes contra a ordem pública, e não crimes contra o Estado. Não lesam directamente valores ou bens do Estado, mas sim, essencialmente, valores da comunidade, como o direito a uma vida livre e segura, inserido numa sociedade que deverá respeitar o princípio basilar do Estado de Direito – o princípio da dignidade da pessoa humana.

É amplamente aceite que, mesmo num Estado Democrático, verifica-se a necessidade de proteger os princípios de segurança, paz, existência do Estado e liberdade da comunidade, mediante a adopção de medidas de carácter restritivo às situações e/ou sujeitos que contendam com esses valores constitucionalmente tutelados, sob pena de cairmos numa concepção de natureza exclusivamente individualista dos direitos fundamentais.

De harmonia com este entendimento, Gomes Canotilho coloca em evidência que “os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados, pelo que, em determinados casos, impõe-se a necessidade de restringir o seu âmbito de protecção a fim de se obter

⁴⁴ No mesmo sentido, José Vázquez acrescenta que “el terrorismo (...) tiene la particularidad de provocar que el legislador penal olvide los principios básicos que la intervención punitiva debe respetar en el seno de un Estado Democrático de Derecho. Há aparecido, así, una legislación penal marcada por una fuerte carga de excepcionalidad y carácter simbólico, con las consecuencias que esto acarrea: reformas realizadas por motivos de conveniencia política o de “apaciguamiento social”, retroceso a un Derecho penal “de autor” más que “del hecho” o, en suma, la sumisión del garantismo penal a razones de Estado, de efectividade en la lucha antiterrorista”, VÁZQUEZ, J. A. R., Terrorismo e intervención penal: La LO 7/2000 y los limites del *ius puniendi*, in Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, Vol. 4, 2001-2002, p. 105.

⁴⁵ SARDINHA, J. M., *op. cit.*, p. 133.

uma concordância prática com os outros bens ou direitos protegidos a nível constitucional”⁴⁶.

No que toca ao caso em estudo – o terrorismo e as suas implicações no relacionamento dos valores constitucionais da segurança e dos direitos, liberdades e garantias – receamos que “o terrorismo tenha despertado a cooperação judiciária em matéria penal para uma perseguição do presumível terrorista agente de um facto criminoso – do etiquetado, do odor, da tez, do religioso islâmico – e não para a perseguição do facto criminoso “terrorismo” perpetrado por um cidadão. Receamos o regresso ao Direito penal do autor, (...) receamos que a paneconomia do terrorismo gere uma “sacralização da segurança” e uma aniquilação da liberdade individual: princípio este erigido por KANT como *o mais alto valor da justiça*”⁴⁷.

Na resolução deste conflito, a resposta passará por impor, ao Direito, a tarefa de harmonizar as exigências de segurança com o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, norteando-se, sempre, pelo princípio basilar do Estado de Direito – o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo que se afigura como urgente a necessidade de um debate mais amplo de forma a obtermos um efectivo equilíbrio entre segurança e liberdade.

4. O alcance e efeitos da teoria de Jakobs no actual paradigma do Direito penal internacional – análise sumária de alguns casos.

Pese embora o fenómeno do terrorismo não constitua uma novidade e o seu combate não se tenha iniciado unicamente aquando dos ataques terroristas nas cidades de Nova Iorque, Madrid e Londres, pois “as acções do IRA⁴⁸, da ETA⁴⁹, da RAF⁵⁰, das Brigadas Vermelhas⁵¹, haviam já desafiado as autoridades do estado de direito a optimizarem as

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 40.

⁴⁷ VALENTE, M. M. G., *op. cit.*, p. 89 e 90.

⁴⁸ Comumente conhecido por IRA (abreviatura para *Irish Republican Army*), o Exército Republicano Irlandês pode ser definido como um grupo paramilitar que recorreu, no passado, à prática de atentados terroristas no movimento de reivindicação da separação entre a Irlanda do Norte e o Reino Unido.

⁴⁹ A ETA (abreviatura para *Euskadi Ta Askatasuna*, denominação basca para *Pátria Basca e Liberdade*), é uma organização separatista/revolucionária que tem recorrido, ao longo dos tempos, à prática do terrorismo como forma de alcançar a independência da região do País Basco face à Espanha e França.

⁵⁰ A Fração do Exército Vermelho (ou RAF, abreviatura para *Rote Armee Fraktion*), também conhecida como Grupo *Baader-Meinhof*, foi um dos mais proeminentes grupos extremistas da Europa no período após a Segunda Guerra Mundial, assumindo-se como uma organização de guerrilha urbana de extrema-esquerda, tendo sido responsável por inúmeras operações de guerrilha e atentados na Alemanha.

⁵¹ As Brigadas Vermelhas (no original, *Brigate Rosse*) foram uma organização terrorista comunista italiana que teve por base o movimento estudantil formado em meados dos anos sessenta, tendo dirigido o

prestações dos seus corpos policiais e dos respectivos suportes logísticos e organizativos”⁵², a verdade é que os efeitos sentidos “estenderam-se não apenas ao espaço britânico, espanhol e americano, mas a todo o espaço da União e a todos os Estados terceiros e do globo terrestre que não perfilham ideais de destruição do ser humano. Os actos ou factos criminais, i. e., a acção e os seus efeitos despacializaram-se e demonstram as vulnerabilidades da segurança interna e da segurança externa estatal e regional”⁵³.

Assim, consideramos assumir particular interesse para o nosso estudo uma breve análise da presumível influência da doutrina perfilhada por Jakobs nos ordenamentos jurídicos que tenham sido alvo de ataques terroristas.

Pelo historial recente no que concerne à actividade terrorista praticada no seu território, bem como pelas características que as reacções políticas e legislativas adoptadas revestiram⁵⁴ – duramente criticadas quer por atentarem contra o núcleo essencial de direitos fundamentais, quer pela aproximação com a teoria do Direito penal do inimigo – Espanha, Reino Unido e Estados Unidos da América sobressaem no panorama internacional no que concerne ao grave problema da criminalidade organizada e do terrorismo, pelo que se assumem como merecedores de uma breve referência neste estudo.

seu ataque à estrutura do Estado e da economia, de forma a fragilizar o aparelho institucional e, assim, erradicar a influência capitalista e imperialista que se fazia sentir, no território italiano.

⁵² CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 29.

⁵³ VALENTE, M. M. G., *op. cit.*, p. 67.

⁵⁴ “Recentemente, os Estados Unidos da América (...) decidiram fotografar (com o objectivo de utilizar as imagens em sistemas de reconhecimento facial) e recolher as impressões digitais (electronicamente) dos visitantes estrangeiros que entrem no país com um visto no seu passaporte” exigindo “aos países com acordos que dispensam os seus cidadãos de vistos em estadias curtas a criação de um sistema tendo em vista a introdução de dados biométricos nos seus passaportes, até 26 de Outubro de 2004” pelo que “os passageiros dos países que não conseguiram cumprir este prazo sujeitaram-se então, à chegada ao aeroporto, à introdução de dados biométricos (duas imagens digitais do dedo indicador e uma fotografia digital) no sistema norte-americano (U. S. Department of Homeland Security: Machine-Readable Passport Requirement, 2004; U. S. Department of State, 2004). Também o Reino Unido passou a recolher dados biométricos (impressão digital) dos cidadãos da Etiópia, do Djibuti, da Eritreia, da Tanzânia e do Uganda que solicitem um visto de permanência, bem como a todos os indivíduos africanos que viagem com o estatuto de refugiados. Além disso, o Reino Unido iniciou testes com o objectivo de introduzir dados biométricos nos novos bilhetes de identidade dos seus cidadãos (cartões únicos de identidade nacional), nomeadamente relativos à impressão digital e ao padrão da íris. Após as mais recentes negociações com os EUA, os países da União Europeia tiveram que introduzir nos seus passaportes informação relativa à face dos seus cidadãos até 28 de Agosto de 2006 e terão que introduzir a informação relativa à impressão digital até 28 de Junho de 2009”, para mais dados sobre o tema *cfr.* MAGALHÃES, P. S., *op. cit.*, p. 7 e 8.

4.1 Espanha

Em 21 de Setembro de 2004⁵⁵, na cidade de Nova Iorque, José Luis Rodríguez Zapatero interveio com um discurso⁵⁶ marcante, aquando da “Mision Permanente de España en las Naciones Unidas”, onde definiu a posição do Governo espanhol na luta contra o terrorismo.

Na realidade, temos vindo a assistir, dentro do movimento de “securitarização expansiva no uso de instrumentos da luta anti-terrorista”, ao “papel dinamizador”⁵⁷ que a Espanha assume nessa matéria, razão pela qual o seu estudo assume particular interesse.

Pese embora o Governo espanhol detivesse, pelas piores razões, alguma experiência, quer legislativa, quer política (embora ténue, comparativamente à presente situação) no que toca a actividade terrorista, a verdade é que os atentados terroristas de 11 de Março, na capital espanhola, “fizeram com que a Espanha voltasse a viver o terror, desta vez não por parte dos independentistas radicais bascos da ETA, mas por parte de extremistas islâmicos. Os ataques provavelmente despoletados pela posição espanhola no que concerne ao período pós 11 de Setembro e à intervenção militar no Iraque, causaram num dia um quarto das vítimas que a ETA provocou em todo o seu historial de

⁵⁵ Em 11 de Março de 2004 a Espanha sofreu o mais grave ataque terrorista cometido, até então, no seu território, decorrente de várias explosões em quatro comboios da rede ferroviária de Madrid.

⁵⁶ “Hablo en nombre de un país al que no le han faltado las dificultades a lo largo de la historia, cuyas generaciones vivas han conocido una guerra civil, una dictadura de casi cuatro décadas y una democracia que ya ha cumplido veinticinco años. También conocemos el terrorismo, que nos lleva golpeando más de treinta años. (...) Por eso, porque lo llevamos viviendo durante décadas, los ciudadanos de mi país comprendimos muy bien el dolor del pueblo norteamericano el 11 de Septiembre. (...) Comprendemos bien todo el dolor que en estos últimos tiempos se ha desatado en Yakarta, en Bali, Casablanca, Riad, o Beslán. Conocemos los secuestros, las bombas, los tiros en la nuca. Sabemos el significado de la palabra compasión. El 11 de marzo de este año un atentado terrorista segó la vida de 192 personas en Madrid. Era un terrorismo nuevo en nuestro país, pero la sangre y el dolor, eran los que ya conocíamos. Quiero expresar desde esta tribuna el un agradecimiento a todas las naciones por la solidaridad que hemos sentido como país ante el sufrimiento por el brutal atentado (...)Treinta años resistiendo al terrorismo nos han enseñado que el mayor riesgo de una victoria de los terroristas se produce cuando para luchar contra el terror la democracia traiciona su propia esencia, los estados limitan las libertades, cuestionan las garantías judiciales o realizan operaciones militares preventivas. Eso es lo que ha aprendido mi pueblo: que es con la legalidad, la democracia y la política como somos más fuertes y ellos más débiles. Resistiremos al terrorismo. Nuestra historia es nuestro aval. Seguiremos nuestro combate contra el terrorismo. Pero lo haremos siempre desde la legalidad nacional e internacional. Lo haremos desde el respeto a los Derechos Humanos y a las Naciones Unidas, y solo así (...)”, Intervención del Presidente del Gobierno, Excmo. Sr. Don José Luis Rodríguez Zapatero, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, (Nueva York, 21 de septiembre de 2004), Mision Permanente de España en las Naciones Unidas, disponível em <http://www.un.org/webcast/ga/59/statements/spaspa040921.pdf>

⁵⁷ BRANDÃO, A. P., *op. cit.*, p. 34.

violência”⁵⁸, trazendo consequências políticas, legislativas e sociais, que passaremos a expor.

Da análise às reformas legislativas levadas a cabo em Espanha, denotamos que estas constituem resultado de uma infiltração da linha de pensamento propugnada pelo Direito penal do inimigo no sistema normativo penal espanhol, especialmente se atentarmos à adopção de medidas cujo conteúdo nos conduz à associação de determinadas características inerentes ao conceito de Estado securitário. É inegável que – à semelhança do sucedido nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, aquando dos atentados terroristas do 11 de Setembro de 2001 e do 7 de Julho de 2005, respectivamente – os acontecimentos do 11 de Março de 2004 conduziram a uma acção legiferante intensiva, de cunho reactivo e securitário, criando novos tipos de crime⁵⁹ associados ao terrorismo (agravando as penas e actualizando os crimes previstos à data, no Código Penal – visto que a Espanha não detém uma lei antiterrorista especial, contrariamente ao Reino Unido e aos EUA), determinando a eleição do endurecimento da segurança como principal meio de combate face ao terrorismo.

Relativamente a este tema Jon-Mirena Landa Gorostiza adianta que “la legislación antiterrorista particularmente a partir de la LO 7/2000⁶⁰ há sufrido en el Estado Español un endurecimiento sin precedentes (...) cambiado radicalmente y de forma extraordinariamente acelerada fundamentalmente en el lapso de tiempo que discurrió desde el año 2000 al año 2003”⁶¹. Acrescenta, ainda, que “el arsenal punitivo (sustantivo, procesal, penitenciario, ley de partidos...) antiterrorista de España es al día de hoy irreconocible si se compara sólo con el estado de la legislación y la

⁵⁸ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 704.

⁵⁹ Como é o caso do novo artigo 578º do Código Penal espanhol que introduz um novo tipo penal que contende com a exaltação do terrorismo, visando sancionar os indivíduos que enalteçam, defendam e/ou difundam publicamente a prática de actos terroristas, assim como os que pratiquem actos que humilhem e/ou lesem as vítimas de actos terroristas e/ou os seus familiares. Não se trata de “prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aun, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnias o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”. *Cfr.* Ley Orgánica 7/2000, de 22 de Dezembro, ponto III do preâmbulo.

⁶⁰ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de Dezembro.

⁶¹ LANDA GOROSTIZA, J.M.. La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: Reflexiones críticas. de *Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2010, num. 12-10, p. 10:1-10-30. Disponível na Internet em: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-10.pdf>, p. 19.

jurisprudencia de hace un década”⁶². Nesse mesmo sentido, para José Vázquez, “la caracterización de la legislación antiterrorista española como derecho penal del enemigo es un lugar común destacado por la mayoría de la doctrina científica jurídico-penal”. Pelo que esta alusão à teoria de Jakobs pretende evidenciar os excessos “tanto en los modelos legales como en su aplicación jurisprudencial o de ejecución penitenciaria, que atentan contra las garantías básicas y los principios que deben regir en un Estado social y democrático de Derecho”⁶³.

Esta reacção de carácter legislativo resultou de uma necessidade de reafirmação do Direito e da instituição do Estado pois, como adianta José Vázquez, “lo que se trata de conseguir con las excepcionales medidas punitivas frente al terrorismo no es tanto la resolución al problema sino outro tipo de fines. (...) La alarma social que causa el terrorismo (...) lleva al legislador a adoptar medidas de la mayor dureza para mostrar su fortaleza ante la sociedad⁶⁴ o, simples y llanamente, creyendo que el fin justifica los medios y que, por tanto, merece la pena sacrificar las garantías penales en aras a una mayor eficacia represiva. La sociedad, por su parte, verá en la legislación penal el símbolo de la fuerza del Estado y su capacidad para eliminar el problema del terrorismo y restaurar la paz social”⁶⁵.

Enquanto manifestação da aproximação do sistema normativo-penal espanhol à teoria perfilhada pelos seguidores do Direito penal do inimigo encontramos na Lei do Processo Penal (la Ley de Enjuiciamiento Criminal – doravante LECr) “várias disposições legais que modificam o regime comum da detenção preventiva⁶⁶, da

⁶² *Idem, ibidem*, p. 21.

⁶³ *Idem, ibidem*, p. 2.

⁶⁴ A necessidade de reforçar a resposta da estrutura do aparelho estatal no combate ao terrorismo é evidenciada no preâmbulo da LO 7/2000 na medida em que este refere que “la Ley es el instrumento más valioso con el que cuenta el Estado de Derecho para que los derechos y libertades de los ciudadanos proclamados por la Constitución sean reales y efectivos. Siendo esto especialmente relevante frente al terrorismo los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban”.

⁶⁵ VÁZQUEZ, J. A. R., *op. cit.*, p. 104.

⁶⁶ Nos termos do n.º 1 do artigo 520 bis da LECr, ao prazo de detenção de 72h “(...) podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada”.

inviolabilidade do domicílio⁶⁷ e do segredo das comunicações⁶⁸ na pendência da investigação dos crimes de terrorismo”⁶⁹.

Realce-se, ainda, que as penas por crimes terroristas tornaram-se mais severas⁷⁰ através da aprovação da Lei orgânica de 7/2003 de 30 de Junho.

No respeitante a esta matéria cumpre ainda referir a criação do Centro Nacional para a Coordenação Antiterrorista (CNCA), enquanto órgão competente para a gestão de informações relacionadas com actividade terrorista, bem como o responsável pelo delineamento da estratégia de combate deste tipo de actividade criminal, cujas decisões assumem natureza preventiva.

Não será demais realçar o especial e importante papel que a Espanha tem assumido na luta contra o terrorismo, quer através das medidas adoptadas de teor reactivo, quer através das formas de prevenção de ataques/atentados⁷¹.

⁶⁷ Relativamente à matéria da inviolabilidade do domicilio o artigo 553 da LECr dispõe que “los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.” Acrescenta ainda que “del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos”.

⁶⁸ O n.º 4 do art. 579 da LECr determina que, nos casos urgentes “(...) cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”, sendo que o n.º 3 do referido artigo dispõe que “(...) el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

⁶⁹ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 614.

⁷⁰ “As penas máximas por terrorismo aumentaram 30 a 40 anos, e em casos mais graves os condenados deveriam cumprir efectivamente esses 40 anos, quando até hoje só cumpriam habitualmente 20”, *Idem, ibidem*, p. 625.

⁷¹ Neste sentido veja-se a Ley 10/2010, de 28 de Abril, de *Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo*, na medida em que a prevenção/proibição do financiamento do terrorismo (quer através da busca da verdadeira fonte de financiamento, quer através do congelamento de operações suspeitas de estarem associadas a organizações terroristas) constitui um dispositivo travão na actividade praticada por grupos terroristas.

4.2 Reino Unido

O combate ao terrorismo, por parte do Reino Unido, assumiu “três fases diferentes, porque fundamentalmente correspondeu a três tipos de impulsos causais: a primeira fase corresponde às medidas antiterroristas delineadas para combater o terrorismo doméstico ou interno, caracterizado fundamentalmente pelo conflito da Irlanda do Norte. A segunda fase foi desencadeada pelos ataques do 11 de Setembro de 2001 ao *World Trade Center*, na medida em que obrigou o Governo a encontrar medidas que, além de combater o terrorismo, prevenissem possíveis e prováveis atentados quer no território britânico, quer a cidadãos britânicos no mundo (...). A terceira fase corresponde aos ataques do 7 de Julho de 2005, que pela sua surpresa e gravidade veio a por a nu muitas deficiências no sistema de segurança do Governo Britânico e além disso, descobrir novos inimigos insuspeitos (...)”⁷².

Cumprir fazer referência ao Terrorism Act 2000 (cuja entrada em vigor ocorreu em 28 de Fevereiro de 2001), quer pelo facto de ter sido a primeira grande medida legislativa de cunho marcadamente antiterrorista adoptada pelo Reino Unido, quer por ter constituído um papel decisivo na construção do conceito e criminalização do terrorismo⁷³, visto que, à data, tal construção era praticamente inexistente no ordenamento jurídico britânico.

Posteriormente, como mecanismo de resposta aos ataques do 11 de Setembro de 2001, foi criada a lei antiterrorista, da segurança e da repressão do crime de 2001 (*The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, ATCSA*). Esta lei, com entrada em vigor em 14 de Dezembro de 2001, vem dotar o governo de acrescidos poderes para combater a ameaça terrorista, através da implementação de um vasto leque de medidas que consubstanciam num aprofundamento, bem como um avanço mais arriscado, face às medidas anteriormente aplicadas.

Na verdade, desde 2002 que o Governo britânico tem levado a cabo uma estratégia, a longo prazo, de combate ao terrorismo, denominada por “CONTEST”. O

⁷² PORTELA, I., *op. cit.*, p. 429.

⁷³ “Terrorismo nos termos da lei “Terrorism Act 2000” é: praticar ou ameaçar com a prática de um acto terrorista, com vista a promover uma causa política, religiosa ou ideológica, praticar um determinado acto que pode atingir gravemente a saúde ou a segurança de pessoas ou de bens materiais, colocar em perigo a vida de outrem, ameaçar gravemente a saúde ou a segurança de pessoas ou de grupos de pessoas ou, perturbar, desregular gravemente um sistema electrónico, com fins de influenciar ou de intimidar a população ou uma parte dela. No caso de recorrer a armas de fogo ou explosivos, não é necessário que o objectivo pretendido seja o de influenciar o governo ou de intimidar a população para ser considerado um acto de terrorismo”. *Idem., ibidem.*, p. 439.

seu principal objectivo reside, claro está, no combate e na prevenção de actos terroristas, através da minimização de duas componentes decisivas: por um lado a vulnerabilidade do Reino Unido, por outro lado o potencial risco da prática futura de actos terroristas. Os princípios norteadores desta estratégia dividem-se em quatro, a saber: Prevenir, Perseguir, Proteger e Preparar. Como refere o Relatório do Comité de Inteligência e Segurança “reducing the threat includes workstreams to PREVENT terrorism by reducing the number of individuals inspired to support Islamist terrorism or become terrorists, and work to PURSUE terrorists and those who assist them in order to disrupt potential attacks. Reducing vulnerability involves workstreams to PROTECT potential targets (buildings, for example) in the UK and abroad and to PREPARE for the consequences of an attack through resilience and contingency planning”⁷⁴.

Pretende-se, com esta estratégia, que os efeitos surtidos determinem o reestabelecimento do sentimento de segurança e bem-estar por parte dos cidadãos, assim como na reconstituição da confiança nos mecanismos de defesa e segurança do Estado.

Apesar dos esforços nesse sentido, as medidas antiterroristas adoptadas não conseguiram evitar os ataques bombistas ocorridos em 7 de Julho de 2005 em Londres. Nesse dia, por volta das 8h30, três dispositivos-bomba explodiram no sistema do Metropolitano londrino. De acordo com o Relatório elaborado pelo Comité de Inteligência e Segurança⁷⁵ do Parlamento britânico, no seguimento dos ataques terroristas do 7 de Julho de 2005 morreram 52 pessoas, tendo o número de feridos ascendido às centenas⁷⁶. Estes ataques determinaram a adopção de medidas reactivas que tiveram graves implicações na matéria relativa aos direitos humanos⁷⁷, pois o “Governo imediatamente procurou fazer aprovar medidas legais antiterroristas que demonstrassem que estava a combater as ameaças terroristas de forma imediata e eficiente”⁷⁸.

Assim, em resultado dos referidos ataques, foi criada uma nova lei antiterrorista – o UK Terrorism Act 2006. É possível considerar esta lei como um reflexo da recente

⁷⁴ MURPHY, The Rt. Hon. Paul, “Report into the London Terrorist Attacks on 7 July 2005”, Intelligence and Security Committee, Londres, 2006, p. 5.

⁷⁵ O Comité de Inteligência e Segurança (The Intelligence and Security Committee – ISC) foi criado pelo Intelligence Services Act de 1994.

⁷⁶ Para mais pormenores cfr. MURPHY, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁷ Os ataques de 7 de Julho de 2005 bem como a tentativa falhada de 21 de Julho de 2005, na mesma cidade, assumiram um papel determinante na redefinição da política antiterrorista britânica.

⁷⁸ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 554.

política legislativa britânica, restritiva de direitos, liberdades e garantias fundamentais⁷⁹ criando novas tipologias de crime interligadas com o terrorismo e actualizando as existentes à data. Diversamente do Terrorism Act 2000, que se concentrava unicamente nas associações suspeitas de estarem envolvidas ou terem exercido algum tipo de papel em atentados terroristas, o Terrorism Act 2006 vai mais longe, estendendo a proibição de qualquer tipo de apoio ou incentivo ao terrorismo, a qualquer tipo de grupo ou associação, quer se encontre sob suspeita de envolvimento neste tipo de crime, quer não. Refira-se que esta proibição de encorajamento do terrorismo levantou questões acerca de uma possível excessiva restrição da liberdade de expressão num Estado de Direito Democrático, na medida em que qualquer indivíduo cujo discurso incite a esta “prática” será criminalizado pelo mesmo.

Por sua vez, o Governo britânico caracterizou esta lei como uma resposta necessária face à conjuntura mundial de criminalidade organizada, ainda que os actos legislativos adoptados tenham sido alvo de duras críticas, nomeadamente por vários organismos internacionais, pelo facto de constituírem uma restrição excessiva nos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, em especial na comunidade muçulmana no Reino Unido, de onde poderiam advir consequências violentas.

Acontece, porém, que o novo rumo legislativo adoptado pelo Reino Unido potenciou o aparecimento de várias situações restritivas que poderão contender com princípios basilares do Estado de Direito. Neste sentido, concordamos com a advertência feita por Irene Portela, para o risco que poderá advir caso o Governo não discuta “convenientemente, e com profundidade as questões controversas que se levantam com estes ataques, tais como os bilhetes de identidade biométricos e as novas leis antiterroristas aplicáveis aos eventos do 7 de Julho”⁸⁰. A necessidade de um amplo debate sobre a matéria assume um papel fundamental num combate (ao terrorismo) eficaz e conforme com as garantias fundamentais dos cidadãos, assim como com os princípios do Estado de Direito.

⁷⁹ “The United Kingdom’s new “proscription regime” gives the government the power to prosecute individuals for encouraging terrorism or for disseminating terrorist publications, as well as proscribe terrorist organizations that glorify terrorism. Potential punishments for violations of the new Terrorism Act include fines and imprisonment for up to seven years.” Para mais pormenores *cf.* PARKER, E., *Implementation of the UK Terrorism Act 2006 - The Relationship between counterterrorism law, free speech and the Muslim community in the United Kingdom versus The United States*, Emory International Law Review., 2007, p. 714.

⁸⁰ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 432

4.3 Estados Unidos da América

A afirmação de que os atentados do 11 de Setembro de 2001 ao World Trade Center e ao Pentágono constituíram um marco histórico⁸¹ de repercussões políticas, sociais, económicas e legais na vida dos americanos, não será exagerada se tivermos em conta os acontecimentos que se seguiram, as consequências políticas, legislativas e sociais que se fizeram sentir e que acabaram por afectar não só os cidadãos americanos, mas também o resto do mundo⁸².

É facto assente que “o combate ao terrorismo foi um factor gregário com duplo sentido, um positivo e um negativo. No sentido positivo, o povo americano identificou-se necessariamente com estas prerrogativas patriotas: “erradicar os terroristas e dizimar Al Qaeda”, esquecendo diferenças e unindo esforços para reconstruir a “Nação”. No sentido negativo, o combate ao terrorismo permitiu ao Governo usar métodos legais repressivos, coactivos das liberdades e limitadores dos direitos fundamentais, como o direito à privacidade, o direito a pedir apoio jurídico, o direito à liberdade. As medidas que aumentam a segurança, alargando o âmbito e os mecanismos permitidos legalmente para efectuar vigilâncias, buscas e apreensões de registos confidenciais, que proíbem o recurso judicial normal contra ilegalidades ou abusos do Governo, que restringem o acesso às provas que determinam prisões, detenções por tempo indeterminado, legitimam-se no argumento de que o Governo tem o dever de proteger o povo, de criar condições de segurança para garantir o bem-estar da América”⁸³.

Em boa verdade, o combate ao terrorismo e o reforço da segurança interna⁸⁴ assumiram um papel preponderante na agenda política e legislativa norte-americana,

⁸¹ Muitos sustentam que os acontecimentos do 11 de Setembro de 2001 são passíveis de serem enquadrados na definição de “cisne negro”. Esta expressão designa eventos extremamente imprevisíveis, com um forte impacto, verificando-se, após a sua ocorrência, uma tentativa generalizada de fornecer uma explicação plausível de forma a combater a aleatoriedade característica deste acontecimento, tornando-o previsível e expectável. Esta figura surge como o expoente máximo no que toca à incapacidade humana de previsão de acontecimentos futuros de grande magnitude. Contudo, em virtude de se ter conhecimento do uso de aviões como armas de destruição maciça desde 1995, assiste-se a um determinado grupo de indivíduos que recusam a caracterização do “9/11” como um “cisne negro”, preferindo enquadrá-lo na categoria de “cisne cinzento”, que se refere aos casos em que o acontecimento seria de prever, apesar das consequências e impacto superarem as expectativas. Para mais pormenores sobre a temática *cfr.* Segurança reactiva na aviação, in Revista Profissional Logística e Transportes Hoje, 2010, disponível em <http://www.logisticaetransporteshoje.com/content.aspx?menuid=46&eid=5638>

⁸² A proibição de qualquer tipo de financiamento ou apoio a grupos terroristas foi imediatamente decretada pelo presidente George. W. Bush, constituindo o primeiro passo no que seria o início de um longo combate que, até hoje, não cessou.

⁸³ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 79.

⁸⁴ Os Estados Unidos da América “têm assumido um papel de liderança no desenvolvimento de tecnologias relacionadas com a segurança” conduzindo ao “investimento em tecnologias biométricas de autenticação”, onde “os estados parceiros dos EUA viram-se forçados a abordar a questão da tecnologia

assistindo-se, em seu nome e defesa, ao cercear de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. No conjunto destas restrições assumem particular destaque as restrições a direitos fundamentais como o direito à reserva da intimidade da vida privada, mediante recurso a métodos de investigação/autenticação/segurança que contendem com este direito. Do exposto não será difícil presumir que “privacy and liberty in the United States are at risk (...) we are at risk of turning into a Surveillance Society”⁸⁵.

É pois, pacificamente aceite que “a questão da segurança surge absolutamente incontornável: os ataques terroristas fizeram estremecer a confiança dos americanos no sistema de segurança interna dos Estados Unidos. (...) Nesse sentido, o Governo desenvolveu esforços em várias vertentes: tomou medidas para aumentar a segurança pública⁸⁶, para reunir informação sobre potenciais ataques, trazer perante a justiça os autores dos crimes de terrorismo e criar mecanismos de prevenção de futuros ataques”⁸⁷.

Assim, as principais formas de reacção⁸⁸ (e também as mais marcantes), por parte dos Estados Unidos da América, por via de actos legislativos foram: “1. O USA Patriot Act 2001⁸⁹, Lei Pública 107-56, “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (...)” que visou regulamentar legalmente o endurecimento das várias medidas de segurança de forma centralizada as várias ferramentas legais contra o terrorismo; 2. A Lei da Segurança Interna de 2002, Lei Pública 107-296, “Homeland Security Act of 2002”, que estabelece o novo Departamento da Segurança Interna (...) que visa reorganizar a plêiade de

biométrica de autenticação por força das medidas de protecção de fronteiras impostas pelos EUA que, entre outras medidas, forçam os estados membros do acordo *Visa Waiver Program* a substituir os seus passaportes tradicionais por passaportes dotados de tecnologia biométrica e em conformidade com a norma ISO14443”. Cfr. MAGALHÃES, P. S., *op. cit.*, p. 9.

⁸⁵ STANLEY, J.; STEINHARDT B., “Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of na American Surveillance Society”, American Civil Liberties Union – Technology and Liberty Program, 2003, p. 1.

⁸⁶ Destaque-se que, no que concerne ao recurso a métodos de segurança, “the United States government is a world leader in the introduction of biometric-based technologies for verification and identification purposes”. Cfr. ACHARYA, L.; KASPRZYCKI, T., “Biometrics and Government”, Library of Parliament, Publication n.º 06-30-E, Abril 2010, p. 7.

⁸⁷ PORTELA, I., *op.cit.*, p. 63.

⁸⁸ Pese embora as medidas referidas tenham assumido um maior protagonismo no seio do ordenamento jurídico norte-americano, o impulso securitário a que se assistiu levou à aprovação de outras tantas leis, como é o caso da Lei para a Segurança da Aviação e dos Transportes (the Aviation and Transportation Security Act), que assume particular relevo para o nosso estudo no que diz respeito à matéria dos scanners corporais, enquanto medidas preventivas adoptadas pelos EUA (estendo-se, actualmente, a vários países da EU e, também, a outras partes do globo, como é o caso do Brasil) nos seus aeroportos.

⁸⁹ “Just six weeks after the September 11 attacks, a panicked Congress passed the “USA PATRIOT Act”, an overnight revision of the nation’s surveillance laws that vastly expanded the government’s authority to spy on its own citizen and reduced checks and balances on those powers⁸⁹ (...)” Para mais dados sobre o tema cfr. STANLEY, J.; STEINHARDT B., *op. cit.*, p. 9.

agências vocacionadas para a prevenção de emergências e para a manutenção da segurança. 3. A Lei sobre a Reforma da Inteligência e a Prevenção do Terrorismo de 2004 (...) que veio reestruturar a Comunidade da Inteligência dos Estados Unidos afim de melhor corresponder à prevenção e às emergências”⁹⁰.

Por constituir o exemplo mais paradigmático da influência do Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico norte-americano julgamos ser de especial importância fazer uma breve exposição relativamente ao USA Patriot Act⁹¹. Constituindo o expoente máximo do movimento securitário norte-americano no pós 11 de Setembro, esta medida legislativa “veio apertar o cerco e comprimir a esfera de liberdade dos cidadãos, e na verdade não se pode dizer que a resposta do sistema político democrático americano tenha conseguido redesenhar uma “zona de adequação” perante as pressões do inimigo ímpio”⁹². Por seu turno, as alterações efectuadas, nomeadamente no regime das vigilâncias, conferiram um amplo reforço aos poderes de investigação do FBI, dispensando-se a observância de determinadas diligências que conferissem a garantia dos direitos processuais dos indivíduos alvo de suspeitas e/ou de investigação.

No que diz respeito à metodologia de combate adoptada pelos EUA, no combate ao terrorismo, não se poderá negar que – contrariamente ao caminho percorrido pela União Europeia – a centralização da segurança nas preocupações do Estado, os amplos poderes “enfeixados nas mãos do Executivo numa perspectiva não só perigosa como anticonstitucional; (...) a imbricação do Executivo e do Legislativo nos assuntos externos”⁹³ que se acentuou de forma vincada, levaram a que ficasse conhecida como “War of Terror”. No entanto, “apesar da ideia contida na designação ser discutível – o terrorismo é uma tática; não faz sentido entrar em guerra com uma tática – o que verdadeiramente afectou a relação transatlântica foram os entendimentos opostos sobre a maneira de enfrentar o problema. Durante a administração de George W. Bush, o combate ao terrorismo adquiria uma dimensão eminentemente militar enquanto que a EU lhe outorgava um papel de aplicação da lei”⁹⁴.

⁹⁰ PORTELA, I., *op.cit.*, p. 76.

⁹¹ Alterado e actualizado, em 2006, através do U.S.A. Patriot Improvement and Reauthorization Act of 2005, assinado pelo Presidente George W. Bush.

⁹² *Idem.*, *ibidem*, p. 1032.

⁹³ MAYER, D. V., “Os Acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 e sua projecção sobre os direitos fundamentais: a prevalência do valor segurança sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* - vol. 43, nº 2 (2002), p. 1202.

⁹⁴ NOIVO, D.; SEABRA, P., “Combate ao Terrorismo na União Europeia: Construção de uma abordagem Comum”, Instituto Português de Relações Internacionais e Segurança, p. 46.

II

O enquadramento do Direito penal do inimigo no actual Estado de Direito Democrático

1. A CRP enquanto limite ao tratamento diferencial.

Tendo já sido feita alusão ao facto do terrorismo não constituir um fenómeno recente⁹⁵, não poderemos, contudo, esquecer que o seu crescimento tem como consequência o incremento da força das associações terroristas que “atacam o coração do Estado social e democrático de direito e pretendem subverter a ordem constitucional”⁹⁶.

Ainda que se verifique um crescimento das associações terroristas no que concerne aos meios que possuem, ao seu alcance e o poder que hoje exercem, que deve ser combatido, “causam (...) sérias preocupações algumas notícias ou sugestões que vêm aparecendo, apontando para medidas que ultrapassam os cânones de um Estado de Direito, como detenções ou prisões sem limites temporais ou sem assistência de advogado, escutas telefónicas ou buscas sem autorização judicial, discriminações em razão da nacionalidade, da raça ou da religião, expulsões e extradições sem as devidas garantias processuais”. É certo que “a segurança é o ambiente do Direito, mas nunca pode prevalecer sobre o próprio Direito. O pior que poderia acontecer aos regimes liberais e pluralistas do Ocidente seria, a pretexto do terrorismo, afastarem-se dos grandes princípios jurídicos que tanto custaram a conquistar e a sedimentar nas suas Constituições, nas suas leis e nas suas culturas cívicas”⁹⁷.

Assim, temos como presente que, no combate ao terrorismo, os valores jurídicos que constituem a base e fundamento do Estado de Direito – em especial o princípio da dignidade da pessoa humana – servirão sempre de referência e limite inultrapassável na aplicação de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias. Nesse sentido, o Direito Penal deverá funcionar como garante constitucional do sistema de direitos,

⁹⁵ Pois, como refere Jorge Miranda, “os atentados de 11 de Setembro de 2001 apenas têm de singular os meios utilizados, o número de vítimas e as suas repercussões globais”, MIRANDA, Jorge, “Os Direitos Fundamentais e o Terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro”, in Revista TRF, 3ª Região, Vol. 75, jan e fev./2006, p. 101.

⁹⁶ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 632.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 103.

liberdades e garantias dos cidadãos, constituindo “la ultima ratio, el último y más gravoso instrumento de protección de bienes jurídicos”⁹⁸.

No âmbito do combate ao terrorismo “el legislador penal debe estar en todo momento limitado en su actuación por los principios fundamentales del Derecho penal de un Estado democrático por lo que el indiscutible interés que tiene el Estado (y la sociedade en general) en erradicar la violencia terrorista no le permite tomar cualquier tipo de medida legislativa, sino solo aquéllas constitucionalmente legítimas⁹⁹.” E assim o deverá ser porque “existe “un programa penal de la Constitución”, esto es, un conjunto de postulados político-criminales que constituye el marco en el que el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones”¹⁰⁰.

“A íntima ligação existente entre o Direito Penal e a Constituição, reveste-se de fundamental importância para a compreensão total da missão do Direito Penal como garante eficaz das tradicionais liberdades democráticas e dos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁰¹” pois a CRP “ao definir e fixar valores fundamentais a que obedece a Ordem Jurídica Portuguesa, está também automaticamente a definir quais os bens jurídicos essenciais a que o Estado fica obrigado a defender”¹⁰².

Assim, “neste contexto constitucional, o Direito Penal é a forma mais severa de que o Estado dispõe para preventiva ou repressivamente, acudir a lesões (ou ameaças de lesão) de direitos fundamentais causados por terceiros”¹⁰³.

Os direitos fundamentais, por sua vez, constituem o pilar no qual assenta a estrutura do Estado de Direito¹⁰⁴, estando este sujeito à garantia e efectivação desses mesmos direitos¹⁰⁵, ainda que, ocasionalmente, estes sofram restrições, por motivos de defesa e/ou segurança, consoante a ameaça do terrorismo seja maior ou menor.

Em oposição à teoria de Jakobs, apologista da existência de um tratamento diferenciado entre cidadãos e inimigos, não nos poderemos esquecer que “a locução “direitos humanos”, por si só, é capaz de oferecer um indício de seu significado: são os

⁹⁸ VÁZQUEZ, J. A. R., *op. cit.*, p. 94.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 97.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 95.

¹⁰¹ SARDINHA, J. M., *op. cit.*, p. 23.

¹⁰² *Idem, ibidem.*, p. 24.

¹⁰³ *Idem, ibidem*, p. 25.

¹⁰⁴ O argumento de que o Estado de Direito tem por base o núcleo essencial de direitos fundamentais deriva directamente do art. 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, que dispõe que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

¹⁰⁵ Vejam-se os artigos 3º n.º 2, e 9º, alínea b), da CRP.

direitos de todos os homens (espécie¹⁰⁶), pelo que o binómio “cidadão-inimigo”, em que o inimigo é figurado como “não-pessoa”, não será passível de aceitação num Estado de Direito, sob pena de violação directa do direito da igualdade¹⁰⁷, bem como dos demais direitos fundamentais lesados no decorrer desse tratamento diferenciado, como, por exemplo, os direitos de personalidade¹⁰⁸ (onde assumem particular destaque: o direito à reserva da intimidade da vida privada¹⁰⁹, o direito à imagem, assim como o direito à identidade genética), o direito à integridade física, assim como outros tantos direitos, liberdades e garantias.

Refira-se, também, que os ideais subjacentes à teoria de Jakobs traduzem-se na prática de actos (quer legislativos, quer políticos) que colidem com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora a CRP proclama no seu art. 1º “ser sua base a dignidade da pessoa humana”¹¹⁰, donde se poderá concluir que “a dignidade da pessoa humana é um *prius*” no qual se fixam os “fundamentos e os limites da acção do Estado”, sendo concretizada em “múltiplas normas, sobretudo no campo dos direitos fundamentais”¹¹¹.

Considerada por muitos como a pedra angular do nosso sistema de direitos, este princípio implica que, na aplicação de sanções penais, seja respeitado o princípio da proporcionalidade, e que a sua punição não assuma um papel de exemplo punitivo para a sociedade.

Conclui-se, face ao *supra* exposto que, em respeito da estreita ligação entre o Direito Penal e a Constituição, o *ius puniendi* terá como derradeiro limite a CRP, em

¹⁰⁶ TAVARES, A. R., “Princípio da Consustancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do Homem”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, Coimbra Editora, Vol. XLVII – n.ºs 1 e 2, p. 1.

¹⁰⁷ Art. 13º CRP - “Porque todos têm a mesma dignidade social (...) a lei tem de ser igual para todos”.

¹⁰⁸ O princípio da dignidade da pessoa humana encontra no artigo 26.º da CRP “uma sede fundamental de definição normativa: quem invoca a dignidade humana não poderá deixar de ter em conta, simultaneamente, os direitos aqui consagrados, pois estes dão-lhe expressão mais definida”. *Cfr.* MEDEIROS, R.; MIRANDA, J., “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra editora, 2005, p. 282.

¹⁰⁹ É, também, no processo penal que encontramos vozes que defendem um alargamento das restrições ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, no entanto, não podemos ignorar que, nomeadamente no caso da obtenção de provas, verifica-se a existência de “limites constitucionais expressos na vida privada, não sendo permitidas buscas ao domicílio ou ingerências na correspondência, nas telecomunicação e demais meios de comunicação que se traduzam numa *abusiva* intromissão na vida privada (artigo 32.º, n.º 8)” pelo que, neste âmbito “a questão com maior relevo prático é talvez a dos pressupostos e limites das *escutas telefónicas*”. Para mais dados sobre o tema *cfr.* MEDEIROS, R.; MIRANDA, J., *ibidem*, p. 291.

¹¹⁰ ASCENSÃO, J., “A reserva da intimidade da vida privada e familiar”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 43 – n.º 1, Coimbra Editora, 2002, p. 9.

¹¹¹ MEDEIROS, R.; MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 53.

especial, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor jurídico que constitui a base e fundamento do Estado de Direito, pois “un Estado Democrático de Derecho no todo vale contra el terrorismo y (...) la violación de los principios del garantismo penal es un precio que el legislador no puede permitirse pagar en ningún caso”¹¹².

2. A exclusão da ilimitabilidade dos direitos fundamentais, o problema da sua restrição e a necessidade de uma concordância prática.

É consabido que os direitos fundamentais “estão necessariamente sujeitos a limites, ainda que de natureza e grau muito diversos”, sendo que essas restrições encontram-se justificadas “pela necessidade de assegurar as liberdades dos outros”¹¹³, visto que “nenhum direito é absoluto ou ilimitadamente¹¹⁴ elástico e cada novo direito tem de coexistir com os demais direitos, sem quebra da unidade (...) do sistema”¹¹⁵.

No campo da restrição de direitos, não poderá ser ignorado o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Este princípio determina que os direitos fundamentais sejam indissociáveis e interdependentes, complementando-se mutuamente e garantindo a sua existência enquanto conjunto. Pese embora, neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana assumira um especial relevo enquanto princípio basilar do Estado de Direito, não se assiste, em boa verdade, a qualquer relação de hierarquia ou superioridade entre aqueles, mas sim uma verdadeira relação de complementaridade e unidade. É natural que assim seja, pois, como facilmente se compreenderá, não poderá existir liberdade sem dignidade e segurança, assim como o contrário. Deste modo, os direitos fundamentais não poderão ser reduzidos a uma categorização estanque, rígida, que possibilite a abdicção de uns em detrimento de outros através da aplicação de medidas políticas e/ou legislativas, resultantes do rumo político governamental num determinado período temporal.

É, assim, de extrema importância que no decorrer do tratamento destes direitos se verifique o respeito por este princípio para que não se assista à prevalência de certos direitos sobre outros (como actualmente se tem verificado, nomeadamente no caso da crescente preferência pelo direito à segurança em detrimento – e em restrição – do

¹¹² VÁZQUEZ, J. A. R., *op. cit.*, p. 122.

¹¹³ MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 91.

¹¹⁴ Não se confunda, porém, a ilimitabilidade da personalidade humana com a ilimitabilidade do rol de direitos constitucionalmente tutelados que a concretizam e garantem o seu efectivo respeito.

¹¹⁵ MEDEIROS, R.; MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 140.

direito à liberdade). De nada adiantará possuir liberdade se nos encontrarmos encarcerados num Estado de polícia, que vigia todos os nossos passos e que detém, em detalhe, um conhecimento profundo sobre a vida íntima de cada indivíduo, desde o pormenor mais vulgar, até à informação mais pessoal, como, a título de exemplo, o material genético de cada pessoa. A indivisibilidade assume, aqui, um papel importante na tarefa de salvaguardar essa informação, na medida em que protege e mantém o conjunto de direitos fundamentais de cada cidadão como um todo, impossível de divisão, opção, preferência, preservando um nível mínimo de protecção geral de cada direito.

Para uma melhor compreensão da problemática a que nos propomos abordar, julgamos ser de interesse demorarmo-nos na figura da restrição de direitos. Assim, a restrição determina a compressão de um determinado direito “envolvendo (...) a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas”¹¹⁶, atingindo-o de forma parcial¹¹⁷ mas permanente, tendo como pano de fundo uma determinada situação que exige essa restrição. A sua razão de ser divide-se, nuns casos “à conjugação dos direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais”, enquanto que noutros “à conjugação com princípios objectivos, institutos, interesses ou valores constitucionais de outra natureza”¹¹⁸.

Não questionamos a perigosidade que esta figura assume, nomeadamente pelo risco de incorrer numa excessiva limitação de direitos e liberdades que constituem, no fundo, o garante do Estado Democrático e de Direito. Assim, para evitar restrições injustificadas e, portanto, ilícitas, a CRP¹¹⁹ impõe o cumprimento de determinados pressupostos de forma a legitimar as restrições de direitos que se afigurem necessárias.

Desta forma, toda a restrição de direitos, para ser legítima, deverá adoptar como “norma de referência o art. 18º n.ºs 2 e 3 da CRP. Estes números estabelecem a

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 159.

¹¹⁷ As leis restritivas de direitos nunca poderão atingir o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, sob pena de violação do princípio da salvaguarda do núcleo essencial. Este princípio encontra o seu fundamento na ideia da dignidade da pessoa humana, que corresponde, como refere Vieira de Andrade, à «ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias (a que se refere o art. 18º) e que tem de ser vista como um limite absoluto ao poder do legislador em matéria de restrição de direitos», ANDRADE, J. C. VIEIRA de, “Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, p. 236, citado por SARDINHA, José Miguel, *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁸ MEDEIROS, R.; MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 161.

¹¹⁹ Como adianta Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 96), “nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição, (...) em princípios e preceitos constitucionais, pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

verificação cumulativa de quatro condições materiais para a restrição de direitos fundamentais: a) que a restrição esteja expressamente admitida na Constituição (n.º 2, 1ª parte); b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (n.º 2, *in fine*); c) que a restrição exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária¹²⁰ para alcançar esse objectivo (n.º 2, 2ª parte); d) que a restrição não atinja o núcleo essencial do direito em causa (n.º 3, *in fine*)¹²¹.

Conclui-se, portanto, pela importância crucial que o respeito e cumprimento destes requisitos assumem no seio do nosso ordenamento jurídico, de forma a proteger os pilares nos quais se funda o Estado de Direito, nomeadamente se considerarmos o actual panorama mundial, caracterizado pela constante criação de novas formas restritivas de direitos, liberdades e garantias, derivadas do crescimento tecnológico galopante a que temos vindo a assistir, desde os finais do século XX.

3. As restrições de direitos fundamentais no actual panorama mundial, em nome da segurança e da evolução tecnológica. Influência legítima do Direito Penal do Inimigo?

Pese embora tenha sido “destinada em tese a enriquecer a personalidade do homem, a ampliar-lhe a capacidade de domínio sobre a natureza, a aprofundar o conhecimento, a multiplicar e disseminar riqueza, a sociedade tecnológica tem, contudo, gerado algumas graves distorções em matéria de respeito pelos direitos fundamentais”¹²². Em boa verdade, “a Revolução tecnológica de finais do século XX reformatou o *modus faciendi* do Estado na tomada de decisões”¹²³, em especial na matéria da segurança da

¹²⁰ A segunda parte do n.º 2 do art. 18.º da CRP consagra o princípio da proporcionalidade (princípio esse que funciona como elemento norteador aquando do exercício de ponderação que determine uma concordância prática nos casos de colisão de bens jurídicos com direitos, ou de conflitos entre direitos), composto por três vertentes, a saber: a necessidade, a adequação e a proibição do excesso (também denominada de racionalidade). A necessidade “supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção, (...) a adequação significa que a providência se (...) destina ao fim contemplado pela norma e não a outro; a racionalidade (...) implica justa medida. (...) A falta de necessidade ou de adequação traduz-se em arbítrio. A falta de racionalidade, mais frequentemente, em excesso. E, por isso, fala-se, correntemente, também em princípio da proibição do arbítrio e da proibição de excesso”, MEDEIROS, R.; MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 162.

¹²¹ Para um estudo mais aprofundado sobre a matéria veja-se CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., *op. cit.*, p. 388.

¹²² CABRAL, R. A., “O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil”, *in* Estudos em memória do professor doutor Paulo Cunha, Lisboa, FDL, 1989, p. 374.

¹²³ GOMES, C. A., “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2010, ano VII Especial, p. 27.

comunidade. Assim, paralelamente ao dever geral de manutenção da segurança física e material, surgiu o dever estatal de assegurar a preservação da segurança dos dados pessoais dos cidadãos quer no momento e na forma de obtenção daqueles, quer no seu tratamento, decorrente do forte impacto provocado pelo aparecimento de novas formas tecnológicas de obtenção de informação.

Este impacto tem exercido maior incidência no direito à reserva da intimidade da vida privada, constitucionalmente tutelado no artigo 26º da CRP como direito fundamental e no artigo 80º do Código Civil (doravante CC), como direito de personalidade. Composto por duas vertentes, por um lado, uma vertente de *não inclusão*, que engloba o direito a impedir o acesso por parte de estranhos à informação relativa à vida privada e familiar, e por outro, uma vertente de *não divulgação*, enquanto dever a ter em conta no caso de acesso e/ou de tratamento de informação relativa à vida privada de outrem.

A doutrina alemã desenvolveu, relativamente a este direito fundamental, uma teoria na qual procede à sua decomposição em três esferas. Assim, podem diferenciar-se: a esfera relativa à vida íntima, que compreende os gestos e factos que em absoluto devem ser subtraídos ao conhecimento de outrem; a esfera respeitante à vida privada, que engloba os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número restrito de pessoas; e, por fim, a esfera da vida pública que, correspondendo a eventos susceptíveis de serem conhecidos por todos, respeita à participação de cada um na colectividade¹²⁴.

Ainda que o direito à reserva da intimidade da vida privada seja merecedor de tutela conferida pela CRP, tal protecção não exclui a existência de um poder de disponibilidade sobre o mesmo, por parte do seu titular, enquanto manifestação do seu exercício livre, materializando, também, uma forma de expressão do direito de personalidade do indivíduo. A possibilidade de limitação voluntária desse direito encontra-se prevista no artigo 81º n.º1 do CC, pelo que a sua validade encontra-se sujeita a um critério de conformidade com os princípios da ordem pública. No entanto, esta possibilidade de consentimento da limitação voluntária do direito à reserva da intimidade da vida privada pressupõe a validade e integridade do consentimento prestado que deverá ser anterior à restrição, livre, informado e expreso, por parte do

¹²⁴ Refira-se que o conceito de reserva da intimidade da vida privada varia de acordo com a fronteira que o indivíduo estabelece entre a esfera pública e privada e com as características da sua posição, nomeadamente, a sua notoriedade, a exposição pública a que está sujeito e a actividade profissional que exerce.

lesado, nos termos do art. 340º do Código Civil, devendo, contudo, atentar-se à ressalva contida no n.º 2 do mesmo artigo.

Deste modo, e na medida em que constitui um direito disponível, a ilicitude de determinados actos restritivos – e, portanto, lesivos – poderá ser excluída quer através do princípio da concordância prática entre direitos conflitantes, quer mediante prestação de consentimento do titular, nos termos *supra* expostos.

O Direito penal do inimigo encontrou, na actual conjuntura mundial – onde predominam sentimentos como a incerteza, segurança e vulnerabilidade – um campo fecundo para a germinação dos seus ideais punitivos. Os seus efeitos têm surtido maior impacto nos Estados que tenham sido vítimas de atentados terroristas, como é o caso dos EUA e da EU, onde se assistiu à implementação de medidas antiterroristas de grande envergadura. Foi, portanto, “em nome da segurança e do bem comum” que “recorremos às tecnologias de informação, que permitem criar poderosas bases de dados, com o garante formal da preservação dos direitos fundamentais do cidadão, tais como o bom nome, a imagem, a integridade moral, a reserva da intimidade da vida privada, entre outros”¹²⁵.

Pela sua recente aplicação – envolta num manto de polémica pelo particular grau de intensidade com que restringe direitos fundamentais como o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à imagem, assim como a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano – bem como pelo interesse que a sua análise desperta e pela relevância contribuída para o nosso estudo, será feita uma breve exposição em torno do recurso aos dispositivos biométricos e aos scanners corporais, enquanto formas de preservação do valor segurança.

3.1. Os dados biométricos.

Concordamos com a afirmação de Amadeu Guerra de que “os atentados terroristas ocorridos em 11 de Setembro de 2001 desencadearam múltiplas «reações securitárias», nomeadamente nos EUA, não se estranhando que o recurso aos sistemas biométricos se apresente como um dos meios privilegiados de identificação, especialmente nos aeroportos¹²⁶ e fronteiras¹²⁷”, nomeadamente se tivermos em conta que “o medo

¹²⁵ DIAS, M. D. A., *op. cit.*, p. 84.

¹²⁶ No mesmo sentido, as autoras Helena Machado e Susana Silva acrescentam que “desde os actos terroristas de 11 de Setembro de 2001 que os serviços de segurança nacional nos EUA têm investido largamente no desenvolvimento e implementação de identificadores biométricos (...) e que são

provocado pelo terrorismo (...) leva o indivíduo a encarar qualquer tecnologia que aumente os níveis de segurança como uma contribuição para o seu bem-estar”¹²⁸ e que desde então, “um pequeno ramo da indústria e dos serviços começou a aparecer cada vez mais no espaço público”¹²⁹, possuindo um “potencial de crescimento ilimitado”¹³⁰. Trata-se da biométrica, cujo “termo (...) deriva do grego *bios* (vida) + *metron* (medida)”¹³¹, constituindo uma recente forma de tecnologia que tem como propósito a medida e análise de características da biologia humana.

É inegável que “neste início do século XXI temas como o terrorismo, a insegurança urbana e a justiça criminal se encontram entre as preocupações mais salientes dos cidadãos e governantes, constitutivas de uma visão dramatizada do crime e insegurança, projectadas sobretudo pelo poder político e pelos meios de comunicação social, assumindo-se hoje como importantes questões de preocupação e debate públicos”¹³².

Assim, em consequência, “a genética e a biotecnologia tornaram-se em temas centrais de debate e da política pública em muitos países”¹³³ suscitando uma acesa discussão em torno dos “problemas de protecção dos cidadãos, da sua privacidade, da sua saúde e do seu ambiente” (...) onde se “procura analisar o papel do Estado”¹³⁴ e da sociedade no enquadramento dessa matéria”¹³⁵, visto que, actualmente, “governments

comummente usados em aeroportos” *cf.* MACHADO, H., SILVA, S., “Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética” in FROIS, Catarina, org. – “A sociedade vigilante: ensaios sobre privacidade, identificação e vigilância”, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008. ISBN 978-972-671-228-2, p. 153.

¹²⁷ GUERRA, A., “A Privacidade no Local de Trabalho”, Coimbra, 2004, Livraria Almedina, p. 186.

¹²⁸ MAGALHÃES, P. S.; SANTOS, H. D. dos, “Biometria e autenticação”, Conferência da Associação Portuguesa de Sistemas de Informação, Porto, 2003, p. 13.

¹²⁹ CURADO, M., Pessoas Transparentes, Bases de Dados e Biométrica, Conferência no Colóquio de Bioética da Universidade do Minho, Braga, 2006, p. 2.

¹³⁰ CURADO, M., “Pessoas...”, *cit.*, p. 5.

¹³¹ MAGALHÃES, P. S.; SANTOS, H. D. dos, *op. cit.*, p. 4.

¹³² MACHADO, H., SILVA, S., *op. cit.*, p. 155 e 156.

¹³³ Veja-se a intervenção do Secretário de Estado da Justiça e da Modernização Judiciária no Seminário da APAV “Vítimas do terrorismo na Europa”: “o terrorismo representa um perigo real, mesmo para os Estados em relação aos quais não haja um risco muito elevado e imediato de atentado”, Lisboa, 2010, disponível em

http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Governo/Ministerios/MJ/Intervencoes/Pages/20101021_MJ_Int_SE_JMJ_Terrorismo.aspx

¹³⁴ O interesse, no recurso a este tipo de métodos não se relaciona, unicamente, com questões de segurança. Na verdade a “agregação de um grande número de bases de dados que cubram a vida humana tem o efeito de tornar os indivíduos mais transparentes” sendo que “esta transparência aumenta também no que concerne ao comportamento futuro; o que cada um fará no futuro é, provavelmente, a zona mais opaca para a inteligência. (...) Os Estados não investiriam em serviços de informações se não considerassem que o conhecimento do passado dos indivíduos e das organizações é importante para ter uma noção sobre o que eles farão no futuro”. *Cfr.* CURADO, M., “Pessoas...”, *cit.*, p. 7.

¹³⁵ MACHADO, H.; NUNES, J. A.; COSTA, S., “Política molecular” e “cidadania genética” em Portugal, in Revista Crítica de Ciências Sociais, p. 1.

around the world are increasingly turning to biometrics in an attempt to increase security at airports and border crossings, and to produce more secure identity documents”¹³⁶.

A biometria assume-se como um ramo da ciência que se desdobra em duas vertentes: se por um lado se dedica ao estudo das características únicas que permitem a diferenciação entre indivíduos para efeitos de identificação e autenticação, que, no final, acabam por culminar num fim máximo – a segurança; por outro lado refere-se, também, aos sistemas¹³⁷ tecnológicos utilizados no processo de medição dessas características. Ora estes dados, que tornam o ser humano num indivíduo único¹³⁸, têm a especificidade de serem universais (comuns entre a espécie humana), mas únicos (o que permite identificar cada indivíduo), permanentes (em regra não sofrem alterações drásticas com o decurso do tempo, exceptuando as alterações derivadas de causas naturais, como o envelhecimento), passíveis de serem medidos e de serem acedidos (ou seja, permitem que sejam utilizados como forma de validação nos sistemas de autenticação ou de identificação).

Em cada sistema biométrico é possível “diferenciar as seguintes fases distintas: a fase da captura do dado biométrico («módulo de inscrição»), a fase da apresentação do interessado perante o leitor, que irá obter as suas características biométricas, procedendo

¹³⁶ ACHARYA, L.; KASPRZYCKI, T., *op. cit.*, p. 1.

¹³⁷ Dentro do vasto leque de sistemas que se debruçam na medição e tratamento de dados biométricos, quer fisiológicos, quer comportamentais, temos: “bases de dados de registo de comunicações telefónicas; registo de padrões de comportamento de navegação na Internet; registos de actividade financeira e de transacções comerciais, como os movimentos feitos por cartões de débito e de crédito; registos criminais; registos de condução motorizada (deslocação no espaço, velocidade, infracções); registo escolar; arquivos de casos legais; hemerotecas com registos de efemérides no espaço público; registo de obras associadas a propriedade industrial, intelectual e artística; arquivo de imagens de controlo de tráfego; arquivo de imagens de espaços públicos; sistemas de reconhecimento de faces; arquivo de impressões digitais, arquivos de identidade; registo de falências; monitorização de comunicação electrónica; registo de redes sociais, i.e., como é que cada pessoa se relaciona com os seus vizinhos e colegas; registo de pequena mercearia; registo de compras que inclui em alguns países até os fármacos; registo de assinaturas de publicações periódicas; registo e análise da íris; registo e análise da retina; registo, análise e simulação de vozes; técnicas de análise da pele; geometria das mãos; verificação remota da identidade; autenticação contínua (os actuais sistemas de verificação da identidade pessoal tendem a ser construídos como se fossem uma fronteira, isto é, o indivíduo passa um teste numa determinada altura, mas o sistema deixa de verificar se é a mesma pessoa que identificou inicialmente que continua a usar o sistema); inventário de modos individuais de pressionar as teclas de um teclado; análise de padrões vasculares; monitorização electrónica da localização de pessoas; testes de drogas e fármacos; etc”. CURADO, M., “Pessoas...”, *cit.*, p. 3 e 4.

¹³⁸ No mesmo sentido, Ravi Das refere que “we all have unique physiological and behavioural characteristics that distinguish us from other people. Biometrics uses these unique characteristics (or identifiers) to ascertain and verify people’s identity”. Veja-se, para maior desenvolvimento, DAS, Ravi, “An introduction to biometrics: A concise overview of the most important biometric technologies”, *Keesing Journal of Documents & Identity*, issue 17, 2006, p. 3.

o sistema à comparação, em tempo real, com o modelo armazenado e, em seguida, à resposta adequada (fase da «identificação»/«autenticação»¹³⁹).

O dado biométrico é, necessariamente, uma informação pessoal e íntima de um indivíduo, enquadrando-se na categoria de dado sensível¹⁴⁰, enquanto matriz pessoal de cada pessoa, razão pela qual é merecedor de uma tutela reforçada. Assim, deverá ser feito um juízo de proporcionalidade aquando do recurso aos sistemas biométricos, quer enquanto método de reconhecimento/identificação quer enquanto forma de controlo de segurança. Apesar de, no que diz respeito ao tratamento destes dados, a regra ser a da proibição, a verdade é que também se levantam excepções, muitas vezes de grande amplitude, como no caso de “por motivos de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável”¹⁴¹. Contudo, é de especial importância lembrar que o seu uso dependerá do respeito pelo princípio de proporcionalidade previsto no art. 18.º da CRP devendo ser adequado e necessário.

É certo que existe um variado número de sistemas biométricos, no entanto, é inegável que determinadas modalidades como a impressão digital¹⁴², o reconhecimento facial¹⁴³, a geometria da mão¹⁴⁴, a leitura da íris e da retina¹⁴⁵, o reconhecimento da voz e a dinâmica de digitação¹⁴⁶, assumem particular destaque no seio desses dispositivos.

¹³⁹ Parecer n.º 136/2004, Comissão Nacional de Protecção de Dados, Proc. N.º 600/2003, Lisboa, 2004, p. 1.

¹⁴⁰ A Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, distingue estes dados da generalidade dos dados relativos à vida privada dos indivíduos, donde se depreende que “o tratamento de dados biométricos, porque estamos perante dados pessoais, deve respeitar todas as condições estabelecidas na Lei 67/98, nomeadamente: o tratamento deve ser feito com respeito pela reserva da vida privada (artigo 2.º) e para finalidades determinadas, explícitas e legítimas (art. 5.º n.º 1 al. b); os dados devem ser adequados, pertinentes e não excessivos em relação à finalidade e proporcionados com objectivos que se pretendem atingir (art. 5.º n.º 1 al. c); o responsável só pode proceder ao tratamento se, de acordo com a natureza dos dados (art. 6.º e 7.º), estiverem preenchidas “condições de legitimidade”; o responsável deve fazer a notificação destes tratamentos à CNPD (art. 27.º n.º 1).” *Cfr. Idem, ibidem*, p. 4.

¹⁴¹ ASCENSÃO, J., *op. cit.*, p. 20.

¹⁴² É a técnica mais antiga e utilizada no campo da autenticação e identificação, sendo que, pese embora mantenha uma relação de conotação com os métodos de investigação criminal, é o sistema que suscita menor resistência por parte dos indivíduos. A sua história “remonta à dinastia chinesa Tang (618-906), tida como pioneira na sua utilização para a autenticação de contratos, havendo notícias idênticas da sua utilização nas Índias britânicas por sir William Herschel, em 1858. É, no entanto, em 1892, com Sir Francis Galton (...) que a sua utilização ganha uma base científica, demonstrando que os pormenores das cristas da impressão digital são únicos em cada indivíduo”. *Cfr. Parecer n.º 11/2002, Comissão Nacional de Protecção de Dados, Proc. N.º 513/00, Lisboa, 2002*, p. 6.

¹⁴³ Desde os anos 60 que têm sido desenvolvidos métodos de reconhecimento de indivíduos através das suas características faciais. Neste processo, é capturada uma imagem da face do indivíduo, comparando-a, posteriormente, com os modelos de imagens disponíveis na base de dados, de forma a detectar o rosto de uma determinada pessoa. É um sistema comumente utilizado em casinos (de forma a detectar situações de burla, bem como os próprios indivíduos que possuam historial nesse tipo de crime) e aeroportos. Como exemplo prático da aplicação desta tecnologia temos o caso do bairro de Borough de Newham (em

Refira-se também que, no campo das limitações ao direito da reserva da intimidade da vida privada em nome do valor da segurança e do combate ao terrorismo, um novo método emergiu, abrindo espaço para um aceso debate doutrinal, nos mais variados campos cognitivos, desde o Direito à Ética bem como da Ciência à Moral: falamos da identificação de indivíduos através de perfis de ADN¹⁴⁷.

O recurso aos perfis genéticos de ADN e bases de dados para fins forenses tem vindo a suscitar “interrogações cruciais sobre a definição da dignidade humana, do risco aceitável decorrente da manipulação genética e da protecção dos cidadãos, da sua privacidade, da sua saúde e do ambiente”, pelo que, de forma a combater esse risco, Governos e variadas instituições “têm-se mostrado activos, ainda que em graus diferentes, no esforço de trazer estes assuntos para a arena pública, transformando-os em temas fulcrais para a construção do futuro da cidadania e da responsabilização do Estado e da sociedade”¹⁴⁸.

Tendo sido “descrita por vários autores como a «impressão digital» dos tempos modernos, a identificação de indivíduos por perfis de ADN é muitas vezes nomeada como a maior descoberta da ciência forense desde a tradicional impressão digital” suscitando questões polémicas¹⁴⁹ referentes a “aspectos normativos e éticos, que

Londres), onde se recorreu ao sistema de reconhecimento facial “a partir de 14 de Outubro de 1998 (...) com o objectivo de diminuir o número de crimes e delitos em 10%, em 6 meses. Através de um sistema de reconhecimento facial – denominado Mandrake – onde tinham sido inseridas imagens codificadas de delinquentes, facultadas por 2 comissários de polícia local, o computador captava imagens recolhidas por 140 *cameras* colocadas nas ruas. Os operadores eram alertados sempre que havia uma coincidência de 80% entre a imagem codificada e a captada pela câmara, facto que permitia controlar os movimentos da pessoa assinalada. O município, 18 meses depois, anunciou a diminuição em 34% da criminalidade naquele bairro.” *Cfr.* GUERRA, A., *op. cit.*, p. 205.

¹⁴⁴ Este método tornou-se relativamente popular e amplamente aceite em virtude da sua fácil utilização (limita-se à análise da forma da mão, do comprimento dos dedos e de outras características pertencentes a cada indivíduo), acrescendo o facto de ser muito pouco intrusivo na esfera da vida privada dos indivíduos.

¹⁴⁵ Enquanto que no primeiro sistema estamos perante um processo que envolve a análise do anel colorido que rodeia a pupila do olho humano, no segundo encontramos como objecto de análise a camada de vasos sanguíneos situada na parte de trás do olho. Ambos possuem um elevado grau de eficácia, contudo sofrem alguma resistência por parte dos indivíduos na medida em que temem pelo risco que este tipo de procedimento poderá implicar na saúde da sua visão.

¹⁴⁶ Também denominada de Keystrokes Dynamics, esta técnica tem por base o estudo do padrão comportamental que cada sujeito manifesta quando digita um texto.

¹⁴⁷ O ADN (abreviatura para Ácido Desoxirribonucleico) “consiste no material genético das células no qual se faz conter a informação que dirige os processos químicos que ocorrem nos organismos, e por conseguinte, determina as suas características. Características essas, por singulares, distinguem cada ser humano dos demais”. *Cfr.* AMARAL, N. P., “Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana”, *in* Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana, São Paulo, 2008, p. 975.

¹⁴⁸ MACHADO, H.; NUNES, J. A.; COSTA, S., *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁹ Veja-se o acórdão *S and Marper v United Kingdom*, de 4 de Dezembro de 2008, em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) concluiu pela violação do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH). Neste processo as autoridades policiais inglesas

conduzem a ponderar a questão da sua utilidade face aos custos e riscos envolvidos”, pois, na medida em representam o “reforço dos poderes do Estado, em nome do bem colectivo – a segurança e a tranquilidade –, (...) essa necessidade pode significar a compressão ou limitação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”¹⁵⁰.

Neste campo “a cooperação internacional e a partilha de informação entre Estados, nomeadamente informação genética, surgem reforçadas pela crescente expansão do interesse em potenciar a «europeização» das bases de dados de perfis de ADN”¹⁵¹. No entanto, apesar desse esforço, não podemos ignorar os elementos que afectam esta pretensão de harmonização tecnológica, nomeadamente as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos desses Estados assim como as potenciais divergências de interpretação de resultados laboratoriais.

Pese embora muitos pensem que as técnicas de biometria e genética constituem uma espécie de panaceia para os actuais males da nossa sociedade, como o terrorismo, há aspectos relevantes a ter em conta na sua aplicação. Neste sentido, o National Science and Technology Council sustenta que “many factors must be taken into account when implementing a biometric system, including but not limited to: Location, security risks, task (identification or verification), expected number of end users, user circumstances, and existing data. Each biometric modality as its own strengths and weaknesses that should be evaluated in relation to the application before implementation. The effectiveness of a particular implementation of biometric technology is dependent on how and where the technology is used”¹⁵². Além do mais, é consabido que “alguns sistemas biométricos apresentam alguns riscos por não estarem convenientemente testados e por utilizarem técnicas recentes, as quais ainda não deram provas da sua eficácia”¹⁵³.

procederam à recolha de impressões digitais, amostras celulares e de ADN de S. e Marper, onde foram, posteriormente, sujeitas a armazenamento. Face à recusa de destruição desses dados sensíveis (em resposta à solicitação de S. e Marper), ambos apresentaram queixa, com fundamento no art. 8.º da CEDH, que também não mereceu provimento. O Governo britânico e a House of Lords consideraram não existir violação do referido artigo visto a interferência na esfera da vida privada dos sujeitos ser mínima e em estrita consonância com as limitações do sistema judicial. Por sua vez, o TEDH atendeu ao pedido dos recorrentes, pois entendeu que as amostras em questão detinham informação íntima e sensível sobre os mesmos, consubstanciando uma violação do disposto no art. 8.º da CEDH.

¹⁵⁰ MACHADO, H.; SILVA, S., *op. cit.*, p. 157 e 158.

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 167.

¹⁵² “Privacy & Biometrics: Building a Conceptual Foundation”, National Science and Technology Council (NSTC), Committee on Technology, Committee on Homeland and National Security, Subcommittee on Biometrics, 2006, www.biometrics.gov, p. 12.

¹⁵³ Parecer n.º 136/2004, *op. cit.*, p. 8.

Refira-se, ainda, que no manuseamento deste tipo de dados deverá atender-se a um elemento essencial: o princípio da finalidade. Este princípio obriga a que a recolha de dados pessoais através de métodos biométricos, bem como o posterior tratamento desses dados, respeite e tenha como limite a finalidade que lhe foi destinada, pois “one of the primary principles of privacy protection is that personal information collected for one purpose should only be used for that purpose and not for other purposes”¹⁵⁴.

Atendendo ao facto que a biométrica “altera o que entendemos por liberdade, por segurança e por privacidade”¹⁵⁵ não será absurdo afirmar que “biometric technology and privacy both have long histories and are constantly evolving”¹⁵⁶. Não escondemos, contudo, a nossa preocupação no estado da relação segurança-privacidade, decorrente da evolução¹⁵⁷ da biometria e de novas formas de vigilância, na medida em que “increased surveillance with new technologies by governments (and private corporations) has not been accompanied by changes to legislation to ensure that privacy is being protected”¹⁵⁸.

É necessário ter em conta que as restrições que se pretendam efectuar nunca poderão ser feitas de tal forma que possam colocar em risco o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, sob pena de transformar a nossa sociedade num aglomerado de pessoas transparentes¹⁵⁹. O recurso a este tipo de métodos deverá

¹⁵⁴ “Privacy & Biometrics: Building a Conceptual Foundation”, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵⁵ CURADO, J. M., “O ataque biométrico às pessoas”, “Jornadas de Engenharia Biomédica”, Braga: Universidade do Minho, 2006, p. 1.

¹⁵⁶ “Privacy & Biometrics: Building a Conceptual Foundation”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁷ Refira-se que, em virtude do desenvolvimento tecnológico, na generalidade dos casos, os sistemas biométricos não utilizam a tecnologia de digitalização da imagem recolhida. Os dados obtidos surgem encriptados, não permitindo fazer a reversão, descodificação e reprodução dos mesmos, o que constitui um aspecto fundamental no respeito pela privacidade.

¹⁵⁸ ACHARYA, L.; KASPRZYCKI, T., *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁹ Neste sentido veja-se o entendimento de Manuel Curado quando refere que “se tudo se souber sobre um indivíduo, ele torna-se transparente ao inquirido, incluindo comportamentos futuros”, apresentando um exemplo paradigmático: “nos anos noventa, alguns hospitais do Estado de Nova Iorque fizeram uma base de dados com os electroencefalogramas (EEG) de alguns milhares de pessoas escolhidas aleatoriamente. A base denominava-se Neurométrico. A informação recolhida podia servir para avaliar as possibilidades de comportamento criminoso. Um indivíduo cujo EEG fosse comparado com os padrões de actividade cerebral armazenados na base de dados poderia, por hipótese, ser considerado uma pessoa pacífica ou, pelo contrário, um homicida em potência”. Acrescenta ainda que “a previsão sobre o comportamento futuro é estranha: quanto é feita, o comportamento *ainda não* foi realizado. Eventualmente, o próprio indivíduo não sabe se cometerá o homicídio. Está numa situação de conhecimento em que alguém diferente de si mesmo sabe mais do que ele próprio. Não se pode tomar um enunciado sobre o comportamento futuro do indivíduo como justificação para o submeter a um processo de reeducação social ou para o punir antes do crime ser cometido (apesar da elevada probabilidade de isso acontecer)” *cf.* CURADO, M., “Pessoas...”, *cit.*, p. 9. É curioso observar que esta pretensão de prever um comportamento futuro por parte de um indivíduo contém semelhanças assustadoras com a função prospectiva do Direito penal do inimigo, se recordarmos que os seus defensores sustentam que o inimigo

depende de uma “ponderação entre a privacidade e a protecção dos dados pessoais dos cidadãos, por um lado, e a segurança e ordem pública, por outro”, visto que é nas “alturas de maior perigo e tensão sociais decorrentes do aumento e premência criminais” que “a privacidade e a protecção dos dados pessoais podem ceder em favor das medidas de segurança, tal como, em momentos de normalidade e maior tranquilidade social, a privacidade e a protecção de dados pessoais dos cidadãos podem retomar o seu caminho expansivo, sem trazer prejuízo para a segurança dos Estados, das instituições e das pessoas”¹⁶⁰.

Face ao exposto, e “apesar do uso das tecnologias biométricas para aumentar a segurança dos sistemas ser um assunto muito discutido, não se alcançou um consenso. Enquanto os governos e as empresas exercem uma pressão constante para uma maior integração destas tecnologias com os sistemas de segurança já implementados (como os passaportes e os cartões de identificação), as associações de direitos humanos estão preocupados com as implicações éticas e sociais do seu uso. Esta situação cria um desafio para encontrar algoritmos menos intrusivos, mais fáceis de usar e mais precisos, enquanto outras soluções devem, em simultâneo, ser criadas/desenvolvidas”¹⁶¹.

3.2 Scanners corporais.

Cada vez mais “o Estado tem (...) a seu cargo (...) a gestão do risco tecnológico”¹⁶². Factores como a globalização, a abertura de fronteiras e a maior liberdade de movimentos, à escala mundial, elevaram os aeroportos a um patamar simbólico de mobilidade e modernidade. No entanto, esta evolução não trouxe somente benefícios, pois dela advieram riscos que hoje colocam em causa a segurança dos cidadãos e dos Estados.

Creemos não cair no exagero quando afirmamos que os atentados de 11 de Setembro de 2001 constituíram um ponto de viragem¹⁶³ na história da segurança da aviação,

deve ser punido consoante o perigo que representa para a sociedade, de forma a prevenir a prática de crimes futuros.

¹⁶⁰ Parecer n.º 28/2005, Comissão Nacional de Protecção de Dados, Proc. N.º 1509/2005, Lisboa, 2005, p. 2.

¹⁶¹ MAGALHÃES, P. S., *op. cit.*, p. 113.

¹⁶² GOMES, C. A., *op. cit.*, p. 27.

¹⁶³ Na verdade, “since the (...) September 11th attacks, countries (...) are pushing through increased measures to improve airport security and safety, launching airports into the public consciousness” cfr. ADEY, P., *op. cit.*, p. 500 e 501.

assumindo-se como principal referência no aparecimento de novas formas de ameaça¹⁶⁴ (mais evoluídas e, na maioria dos casos, imperceptíveis) que vieram desafiar o sistema de controlo de segurança vigente nos aeroportos mundiais, onde as repercussões destes atentados se fizeram sentir com uma forte índole securitária.

Neste contexto, os Estados Unidos da América assumiram um inegável protagonismo¹⁶⁵ quer pela natureza das medidas adoptadas nos seus próprios aeroportos, quer pelas medidas impostas aos aeroportos estrangeiros¹⁶⁶, cuja entrada de estrangeiros no território americano dependia do estrito cumprimento das medidas por si estabelecidas.

Foi nessa conjuntura que se deu início à implementação dos scanners corporais (ou body scanners) nos sistemas de segurança dos aeroportos (essencialmente nos Estados Unidos¹⁶⁷ e, com menos intensidade mas de forma relevante, na Europa), de forma a reforçar esses mesmos mecanismos, contribuindo para uma prevenção mais eficaz no combate ao terrorismo, onde a vigilância se destaca, cada vez mais, como um dos principais meios de manutenção da segurança e bem-estar.

Este tipo de tecnologia tem como vantagem a capacidade de, através da radiação, detectar objectos, líquidos e outras substâncias (nomeadamente explosivos) que estejam escondidos debaixo da roupa – cuja detecção pode passar impune aos detectores de metais em virtude das suas limitações – permitindo uma imagem bastante detalhada do corpo dos passageiros sujeitos a este tipo de controlo, o que constituiu um incremento

¹⁶⁴ Um dos mais recentes incidentes ocorreu em 2006, quando “uma tentativa de explosão de diversas aeronaves sobre o Atlântico mediante a utilização de explosivos líquidos levou à proibição de líquidos a bordo das aeronaves na Europa e em diversos outros Estados”, *cfr.* Comissão Europeia, “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a utilização de scâneres de segurança nos aeroportos da EU”, Bruxelas, 2010, p. 2.

¹⁶⁵ “The repercussions of September 11th have seen the reorganization of US airport security under the Transport Security Administration, itself under the newly formed Department for Homeland Security.” *Cfr.* ADEY, P., *op. cit.*, p. 506.

¹⁶⁶ “Nos termos da legislação norte-americana e em conformidade com o Acordo Internacional entre a União Europeia e os Estados Unidos, o Departamento de Segurança Interna (DHS - *Department of Homeland Security*) dos EUA recebe determinados dados sobre viagens e reservas (PNR - *Passenger Name Records*) relativos aos passageiros de voos entre a União Europeia e os Estados Unidos. O DHS comprometeu-se a utilizar estes dados essencialmente para fins de prevenção e luta contra o terrorismo e outros crimes transnacionais graves. Estes e outros dados podem igualmente ser utilizados para o controlo de listas de passageiros que levantem problemas de segurança da aviação. A informação PNR será conservada durante, no mínimo, três anos e meio, podendo ser partilhada com outras autoridades”. Para mais detalhe *cfr.* ANEXO 1 - *Nota informativa sucinta sobre as viagens entre a União Europeia e os Estados Unidos da América*, ARTICLE 29 Data Protection Working Party, disponível em http://www.cnpd.pt/bin/actividade/GT_dados/Par02-07-anexosPNR.pdf

¹⁶⁷ “In 2005, the Transportation Security Administration (TSA), a component of the US Department of Homeland Security (DHS), began testing passenger imaging technology called “whole body imaging”, “body scanners”, “full body scanners”, and “advanced imaging technology” to screen air travellers”, *cfr.* EPIC v. DHS (Suspension of Body Scanner Program).

nas probabilidades de prevenção da prática de actos terroristas no espaço que a aviação abrange – quer os aeroportos em si, quer o interior dos aviões.

Neste processo existem “two main types of body scanner commercially available capable of detecting body-worn threat items. They use either backscatter X-ray or active millimetre wave technologies. They are capable of producing a gray image of the human body and any objects concealed on it. At present the image produced does not show any distinguishing features such as hair or skin tone and it is not possible to recognise people from their facial features. It shows external characteristics but does not penetrate the skin or display images of the internal organs”¹⁶⁸.

Algumas das preocupações que têm surgido a propósito da implementação deste tipo de dispositivos prendem-se com os eventuais riscos que poderão representar para a saúde dos indivíduos sujeitos a esse tipo de controlo, na medida em que o processo de scanning é feito através de emissões de radiação. Estudos recentemente efectuados pela Agence Française de Sécurité Sanitaire de l’Environnement et du Travail revelaram que no que concerne aos “efeitos de um scâner de segurança, disponível no comércio, que utiliza um sistema activo de ondas milimétricas e funciona numa gama de frequências compreendidas entre 24 e 30 GHz, as densidades de potência medidas à superfície são muito baixas quando comparadas com o limite de exposição à densidade de potência imposto para a população (10 W/m²) e para os trabalhadores (50 W/m²)”, concluindo que “com base nos conhecimentos actuais sobre os efeitos das ondas milimétricas na saúde, este equipamento não apresenta riscos adversos para a saúde na frequência mencionada. O estudo sugere igualmente que os níveis de exposição que resultam de actividades naturais e diárias (por exemplo, telemóveis e fornos microondas) estão muito próximos ou excedem os níveis de radiação utilizados nos scâneres de segurança de ondas milimétricas”¹⁶⁹.

Pese embora vários estudos sobre a matéria sustentem que este procedimento não representa um risco para os seus utilizadores, a verdade é que qualquer tipo de sujeição a emissões radioactivas poderá causar malefícios à saúde, ainda que a longo prazo. Assim sendo, as exposições a formas de radiação deverão ser justificadas com motivos necessários e adequados, que deverão resultar de um estudo aprofundado acerca da

¹⁶⁸ MOUNTFIELD, H., “In the matter of the human rights and equality implications of the introduction of full body scanners at airports”, Matrix Chambers, 2010, p. 3 e 4.

¹⁶⁹ Cfr. Comissão Europeia, *op. cit.*, p. 16 e 17.

necessidade do recurso a este procedimento nos sistemas de segurança, e dos possíveis impactos que os efeitos dessa exposição poderão ter na saúde dos indivíduos.

A par dos receios fundados nas questões de saúde, subsistem dúvidas relativamente às restrições que estes dispositivos infligem no direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada dos cidadãos, enquanto direito que engloba dados pessoais e sensíveis, encontrando previsão legal quer em instrumentos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 12º) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 8º), quer no artigo 26º da CRP e no artigo 7º da Lei 67/98, de 26 de Outubro¹⁷⁰ (Lei de Protecção de Dados Pessoais).

A capacidade de detecção de objectos ou substâncias com um grau de precisão e detalhe superiores aos métodos de segurança comuns implica, necessariamente, uma visualização do corpo humano que possibilita o acesso visual a determinadas características físicas que se pretenda ocultar, por se incluírem na esfera íntima de cada indivíduo¹⁷¹. Por outras palavras, em função da protecção do direito à segurança, deparamo-nos com um conjunto de indivíduos que detêm um acesso privilegiado sobre a imagem e informação relativa ao corpo de outrem. A nosso ver, face ao exposto, não será exagerado afirmar que o recurso ao scanner corporal e o procedimento que este engloba, para além de se traduzir numa restrição fortíssima ao direito à reserva da intimidade da vida privada, é, ainda, um instrumento que contém uma forte propensão para o surgimento de situações discriminatórias¹⁷² e de abuso de poder por parte de quem detém acesso aos dados sensíveis que aqui estão em causa¹⁷³. Na verdade, somos de parecer, com o devido respeito e salvo melhor opinião, que uma posição contrária constituiria um entendimento um tanto *naïf* e alheio à realidade da natureza humana.

¹⁷⁰ A Lei de Protecção de Dados Pessoais é o resultado da transposição da Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995.

¹⁷¹ “Full body scanners penetrate the whole of a person’s physical identity. The process reveals a person’s gender and the precise construction of his or her particular body, together any usually concealed physical features that the “owner” of the body in question might never want to have made known to strangers of even friends and family. It has the potential to reveal sensitive information about the individual including about his or her health”. *Cfr.* MOUNTFIELD, H., *op. cit.*, p. 5.

¹⁷² Determinados factores como o vestuário, o destino de voo, a naturalidade, a etnia, assim como a ostentação de símbolos religiosos geralmente associados ao terrorismo poderão exercer uma influência negativa no procedimento de segurança dos scanners corporais, dando azo a situações discriminatórias.

¹⁷³ Nesta conjuntura, parece-nos natural e de extrema importância reavivar a questão, de difícil resolução “*Quis custodiet ipsos custodes?*”. Julgamos que um controlo transparente, em que seja possível “ver aqueles que nos vêem” será, talvez, “o garante da viabilidade (...) da liberdade de informação”, *cfr.* NETO, L. “Ciência da Informação e Direito”, in Colóquio “A informação jurídica na era digital”, Porto, 24 e 25 de Fevereiro de 2011, p.16.

Assim sendo, a licitude do recurso aos scanners corporais dependerá da verificação dos seguintes requisitos cumulativos: 1. a inexistência de métodos menos intrusivos que consigam obter os mesmo efeitos no que concerne à segurança; 2. a verificação que este meio constitui um *plus* no sistema de segurança; 3. a confirmação que esta medida se apresenta como o meio mais adequado, necessário e sem intromissões excessivas. Estes requisitos consolidam o respeito pelo princípio da proporcionalidade, que se assume como *conditio sine qua non* no processo de legitimação da aplicação dos scanners corporais.

De forma a evitar situações abusivas, poder-se-á recorrer a determinados cuidados e estratégias, que poderão contribuir para a diminuição do número de restrições excessivas (e, portanto, ilícitas), assim como minorar o sentimento de perturbação por quem viu a sua intimidade e privacidade serem abaladas. Essas medidas poderão consistir no seguinte: o agente de segurança com acesso à imagem corporal encontrar-se impedido de visualizar a pessoa cujo corpo irá observar, devendo ser do mesmo género que o indivíduo sujeito ao procedimento; eliminação, após análise, da imagem obtida, em estrito cumprimento do princípio da finalidade¹⁷⁴; substituição da imagem do corpo humano por uma figura/manequim desenhado graficamente, de forma a não revelar imagens de partes íntimas ou aspectos físicos que se pretenda ocultar (no caso de existência de próteses¹⁷⁵, por exemplo), identificando, apenas, os locais onde se encontrem objectos escondidos. Em boa verdade, somos de parecer que, caso o sistema de segurança dos scanners corporais adoptasse estas providências, a invasão da privacidade seria atenuada, evitar-se-ia, de forma mais eficiente, um elevado número de situações abusivas, e garantir-se-ia um maior respeito e salvaguarda pela esfera da vida privada dos cidadãos.

A questão que deverá ser colocada será, então, a seguinte: o recurso aos scanners corporais é necessário? Haverá espaço para alternativas menos intrusivas ou encontramo-nos forçados à imposição deste tipo de tecnologias altamente restritivas da privacidade?

¹⁷⁴ Previsto no art. 5º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

¹⁷⁵ Veja-se o entendimento da Comissão Europeia relativamente a este aspecto, na medida em que “a capacidade de certas tecnologias de rastreio para revelarem uma imagem pormenorizada do corpo humano (ainda que mal definida) e problemas de saúde (nomeadamente próteses e fraldas) foi criticada na perspectiva do respeito da dignidade humana e da vida privada. Certas pessoas poderiam ter dificuldade em conciliar as suas crenças religiosas com um procedimento que prevê o exame da sua imagem corporal por um operador humano.” Para mais desenvolvimentos sobre as condições a observar no recurso aos scanners corporais *cfr.* Comissão Europeia, *op. cit.*, p. 12.

A resposta, como se verá, não é consensual, nem de fácil alcance. As questões de segurança a que o Estado se vê, actualmente, obrigado a responder conduzem à aplicação de medidas fortemente cerceadoras dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos¹⁷⁶. Mas o recurso aos scanners corporais constituirá uma via absolutamente necessária? As dificuldades apresentadas não constituirão, por si, um travão na sua implementação?

O elevado custo que esta tecnologia implica poderá, à primeira vista, assumir-se como um obstáculo de cariz meramente pragmático, não obstante, não deverá ser subestimado. Ainda que se espere que o custo decorrente da aquisição e manutenção destes dispositivos venha a baixar substancialmente, em consequência de uma maior produção e da existência de um leque mais abrangente de produtores, a verdade é que o investimento monetário neste tipo de tecnologias continua excessivamente elevado, condicionando o investimento e a aposta dos Estados na sua aplicação¹⁷⁷.

Por sua vez, sabe-se que a aviação possui um historial relevante nos casos de inserção de objectos/substâncias perigosas no interior do corpo humano¹⁷⁸, que não podem ser detectados pelos scanners corporais, o que poderá levantar dúvidas acerca da sua utilidade e eficácia, nomeadamente se estas forem confrontadas com os problemas causados quer relativamente à invasão da privacidade dos passageiros, quer no que diz respeito às questões de saúde.

Acrescente-se, ainda, que não podemos ignorar o facto de, em 2009, a Autoridade Europeia para a Protecção de Dados, juntamente com o Grupo de Trabalho de Protecção de Dados do Artigo 29 (instituído pelo artigo 29.º da Directiva 95/46/CE) e com a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ter manifestado algumas

¹⁷⁶ “Um estudo da NASA, da autoria de Sandra Hart, conduzido em Fevereiro de 2001, revelou a existência de várias falhas de segurança nos aeroportos. Cerca de 2000 armas de fogo eram encontradas por ano e num teste efectuado, 20% de armas não foram detectadas”. *Cfr.* Segurança reactiva na aviação, *in* Revista Profissional Logística e Transportes Hoje, 2010, disponível em <http://www.logisticaetransporteshoje.com/content.aspx?menuid=46&eid=5638>

¹⁷⁷ “De acordo com informação recebida de fabricantes e baseada em aquisições feitas recentemente dentro e fora da UE, o custo de compra de um equipamento de scâner de segurança básico oscila entre 100 000 e 200 000 euros. Este preço corresponde ao investimento inicial e não inclui a modernização com software adicional, que poderia ser necessário para dar resposta, por exemplo, a preocupações relacionadas com a vida privada e com a protecção de dados, nem componentes que permitam, por exemplo, a utilização automática do equipamento de scâner de segurança. Os custos dos componentes adicionais para o equipamento poderão estimar-se em 20 000 euros”. *Cfr.* Comissão Europeia, *op. cit.*, p. 19 e 20.

¹⁷⁸ Recentemente a rede Al-Qaeda introduziu uma nova forma de colocar em prática os seus planos de agressão terrorista, mediante a utilização de explosivos introduzidos, como supositórios, no interior do corpo dos indivíduos, com o propósito de passarem ilesos pelo sistema de segurança dos aeroportos.

reservas relativamente à utilização desta tecnologia em virtude do seu excessivo impacto na privacidade dos passageiros¹⁷⁹.

Além do mais, ainda que se tenha diligenciado no sentido de harmonizar os *standards* e boas práticas a nível mundial deste tipo de tecnologia, a verdade é que esta ainda não se encontra sincronizada, verificando-se a existência de disparidades, em vários níveis, entre países, o que poderá ter implicações negativas em sede de protecção de direitos fundamentais dos cidadãos. Neste campo, “somente uma abordagem da UE garantiria, do ponto de vista jurídico, uma aplicação uniforme das regras e normas de segurança no conjunto dos aeroportos da EU” sendo “este quadro (...) essencial para assegurar o mais alto nível de segurança da aviação bem como a melhor protecção possível dos direitos fundamentais e da saúde dos cidadãos da UE¹⁸⁰”.

Apesar do receio fundado da sujeição à invasão da privacidade, reconhece-se que a grande maioria dos cidadãos manifesta preferência pela submissão a este tipo de tecnologia, onde se verifica, cada vez mais, que “o recurso a estes meios corresponde, muitas vezes, à adesão a uma moda, a uma vontade de ser identificado com as novas tecnologias ou à cedência a campanhas agressivas de marketing que prometem fiabilidade, segurança e rigor¹⁸¹.”

Ex positis, podemos concluir que a implementação dos scanners corporais, por parte de um Estado, exige uma análise prévia dos seus obstáculos e possíveis riscos, salientando-se que estes meios não constituem, necessariamente, a única forma de preservação eficaz da segurança dos cidadãos nos aeroportos. Em boa verdade, o uso dos scanners de segurança assume-se como um efectivo reforço no sistema de segurança dos aeroportos. No entanto, a eficácia do controlo de segurança dependerá da combinação concertada de vários mecanismos (como, por exemplo, através de uma minuciosa inspecção à bagagem dos passageiros), onde nenhuma forma de manutenção de segurança deverá substituir a outra, e a cooperação das autoridades de segurança funcione verdadeiramente e de forma eficaz.

¹⁷⁹ O mesmo se concluiu numa recente resolução sobre o uso destes dispositivos: “The installation of such body scanners and the screening of the whole human body can seriously infringe the passenger’s right to privacy and data protection”, *cf.* Resolution on the use of body scanners for airport security purposes adopted by the European Privacy and Data Protection Commissioner’s Conference, Prague, 2010, p. 1.

¹⁸⁰ *Cfr.* Comissão Europeia, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸¹ GUERRA, A., *op. cit.*, p. 188.

III

Conclusão

A revolução tecnológica trouxe, inegavelmente, perigos que os Estados não souberam prever nem acautelar.

Erguendo, por um lado, a bandeira da crise do actual paradigma do Direito Penal, e por outro, a configuração da actual sociedade de risco, os apoiantes do Direito Penal do inimigo conduziram à crescente aclamação da prevalência do valor da Segurança com a respectiva preterição das liberdades individuais, em nome do combate ao inimigo e aos seus métodos terroristas.

Nesse percurso securitário assumem, actualmente, particular relevo a introdução de métodos biométricos para fins de autenticação e identificação e a implementação de scanners corporais em aeroportos, como mecanismo de incremento de vigilância nos sistemas de seguranças vigentes.

Sendo certo que a “intervenção positiva do Estado (...) na esfera de autonomia pessoal do cidadão só se justifica (...) com o propósito de salvaguardar valores de interesse colectivo”¹⁸², tais como a segurança, não deveremos esquecer, contudo, que a garantia dos valores da comunidade não poderá implicar o atropelamento das liberdades individuais de cada cidadão, pelo que cada restrição deverá ser efectuada de acordo com o preceituado constitucionalmente, isto é, em conformidade com o princípio da constitucionalidade, nos termos referidos ao longo deste trabalho.

Neste contexto, onde os perigos de uma nova forma de criminalidade nos atormentam (quase) tanto como as intromissões e restrições excessivamente perturbantes a que somos sujeitos, ainda que em nome da nossa própria segurança e da do Estado, “a panaceia – ainda que parcial – parece-nos residir no reforço das garantias procedimentais. O que se perde em autonomia decisória, em precisão normativa, tem que recuperar-se em transparência, participação, fundamentação”¹⁸³.

É certo que a afirmação de que a actual sociedade do risco desperta novas questões e desafios (aparentemente, de difícil resolução) no seio dos ordenamentos jurídicos, em especial, no Direito penal, não é ilusória. Na verdade, o actual paradigma no qual se encontra inserido o Direito penal hodierno não possui a necessária aptidão para a

¹⁸² GOMES, C. A., *op. cit.*, p. 31.

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 34.

mediação dos novos conflitos existentes e para as novas formas de criminalidade que colocam em risco bens essenciais da comunidade, como a segurança e o bem-estar.

Nesse sentido, a alusão ao facto do actual sistema punitivo padecer de uma ineficácia preocupante no combate à criminalidade organizada, em especial, no combate ao terrorismo, tem sido cada vez mais frequente, e da parte dos variados autores e nomes sonantes na doutrina. Foi nessa conjuntura que surgiram vozes em defesa de um novo modelo penal, que pudesse assegurar o respeito pela normatividade, um efectivo combate à criminalidade organizada, e o garante da instituição estatal e do Estado de Direito *per se*. Surgiu, então, o Direito penal do inimigo, “com o intuito de explicar as razões desta dissonância entre o aumento das políticas de contenção da criminalidade através das leis, e por outro lado a crescente prática de crimes e a conseqüentemente o aumento de população presa ou encarcerada, concomitante com um processo de diminuição de direitos e garantias do cidadão”¹⁸⁴.

Este sistema punitivo criado por Jakobs caracteriza-se pelo discurso anti-garantístico relativamente aos indivíduos-inimigos (aqueles sujeitos cujo delito constitua um acto de tal forma grave, desviante e negatório da norma jurídica que deverão ser excluídos da própria alçada do Direito), que não são merecedores da tutela do “tradicional” Direito penal do cidadão (o sistema punitivo aplicável aos cidadãos que praticaram um crime, que nada mais foi que um mero deslize, oferecendo uma garantia cognitiva de que não voltarão a desrespeitar a norma jurídica tutelada, sendo passíveis de reintegração no seio da comunidade). Assim, recairá sobre o inimigo um modelo penal hiperlegiferante, restritivo de garantias processuais, criador de novos tipos de crimes, de penas agravadas, desproporcionais, em função do que ele é (e não do acto que praticou), da sua perigosidade e da sua propensão para a prática de actos criminosos que possam colocar em risco o bem-estar da sociedade e do aparelho estatal.

Em boa verdade, em virtude de se assumir como um instrumento de cruzada contra os “inimigos”¹⁸⁵, este modelo tem vindo a exercer uma profunda influência em vários ordenamentos jurídicos (como é o caso da Europa e dos EUA), acarretando conseqüências políticas, sociais e legais de proporções preocupantes, suscitando dúvidas relativamente à tradicional conceptualização do Direito penal enquanto Direito de *ultima ratio*.

¹⁸⁴ PORTELA, I., *op. cit.*, p. 789.

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 24.

No entanto, e contrariamente ao pretendido pelos defensores do Direito penal do inimigo, somos de parecer que o risco característico da nossa sociedade (derivado da evolução da tecnologia e das implicações que daí advieram, quer a nível ambiental, quer social – onde se destaca a evolução, a um ritmo galopante, por parte das organizações de criminalidade organizada) constitui um argumento falacioso na pretensão de restrição de direitos fundamentais em nome da Segurança, pelo que “não pode nem deve ser invocado para, segundo a fenomenologia das *labelling theories*, combater as “organizações de risco” quanto à segurança e defesa dos cidadãos”¹⁸⁶.

A distinção de Jakobs entre cidadãos e inimigos acarreta perigos que não poderão ser visíveis à primeira vista. É certo que “a faceta mais sombria desta edificação teórica reside, precisamente, na ambiguidade e no viés autoritário dos critérios da definição hegemónica daquilo que seria o verdadeiro “inimigo”, obedecendo meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades económicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político. Portanto, a noção de inimigo tende a identificar-se simplesmente com os elementos indesejados e nocivos para uma certa visão dominante da realidade social”¹⁸⁷. No entanto, casos há em que o “inimigo de Jakobs” (isto é, aquele que constitui um perigo para a sociedade, quer pelo seu potencial enquanto criminoso, quer pelos actos efectivamente praticados que atentam contra o Estado de Direito e que não permitem evidenciar uma efectiva garantia de futuro cumprimento e obediência à lei por parte daquele) não será um indivíduo de cor, raça ou religião diferente à dos cidadãos do seu país, sendo, ao contrário e simplesmente, um cidadão comum, mais um vulto sem rosto no meio da multidão, indiferenciável. Perguntamo-nos se Jakobs considerará viável que um Estado declare guerra aos seus próprios cidadãos. Quanto a nós, e com o devido respeito por opiniões contrárias, consideramos ser opção inaceitável, absolutamente contrária e violadora dos princípios e da finalidade do Estado de Direito. Imagine-se, ainda, outra situação em que um cidadão estrangeiro – possuidor de elementos físicos/pessoais comumente associados ao estereótipo do indivíduo terrorista – é detido e acusado da prática de um acto terrorista, ainda que inocente. A população, ferida pelo horror e pelo sangue derramado de cidadãos inocentes, aclama por justiça, pela apresentação de um culpado. Cremos que um Direito penal do inimigo

¹⁸⁶ *Idem, Ibidem*, p. 28.

¹⁸⁷ CARVALHO, T. F. de, “O “Direito penal do inimigo” e o “Direito penal do *homo sacer* da baixada: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro”, p. 6.

conduziria à condenação do referido indivíduo inocente. Não apenas pela necessidade de acalmar a comunidade, mas sim pela impossibilidade de uma defesa eficaz, diligente e justa, do referido sujeito¹⁸⁸. Na verdade, a negação da condição de pessoa que o Direito penal do inimigo pretende atribuir a verdadeiros cidadãos conduz à privação de garantias processuais fundamentais e, assim, à verdadeira obstrução da justiça na medida em que impede a busca pela verdade material, condenando o arguido à partida (desvirtualizando por completo o princípio penal do *in dubio pro reo*), sem lhe garantir um julgamento justo, diligente, com base em factos probatórios, transformando-se num Direito de “uns”, isto é, de elites, o que contraria a verdadeira substância do Direito.

Acrescente-se, ainda, que para além do facto do Estado não deter qualquer poder para efectuar uma verdadeira despersonalização do indivíduo, pelo simples facto do conceito de pessoa ser inerente e natural ao Homem, e, portanto, anterior ao Estado, em última instância, a pretensão de Jakobs culminaria num processo de despersonalização de toda a sociedade, o que seria impensável. Ora o Estado de Direito Democrático possui limites inultrapassáveis, que nem por ele poderão ser ignorados e/ou atropelados. Falamos, claro está, do princípio da dignidade da pessoa humana, pedra angular do sistema de direitos fundamentais pertencente a cada ordenamento jurídico, que não poderá admitir que um Estado declare guerra aos seus cidadãos.

No que toca ao fundamento de que o Direito Penal do inimigo poderá obter uma maior protecção da validade da norma jurídica violada, refira-se que a verdadeira função do Direito Penal será de proteger os bens essenciais dos cidadãos e da comunidade, pelo que a protecção da normatividade, em si, ocorrerá, unicamente, de forma reflexa. O essencial será, isso sim, proteger o núcleo essencial dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos.

Entenda-se, também, que se o terrorismo constitui uma violação dos direitos humanos, a frente de combate a este flagelo não poderá optar pela mesma tática. Os Estados deverão enveredar pela via da cooperação internacional (na medida em que

¹⁸⁸ Esta hipótese, plasmada cinematograficamente no filme “In the Name of the Father” (no original “Em Nome do Pai”, um [filme irlandês](#) e [britânico](#) de 1993, dirigido por [Jim Sheridan](#) e baseado no livro autobiográfico *Proved Innocent*, de [Gerry Conlon](#)), não estará longe da realidade se atentarmos aos recentes casos relacionados com Guantánamo. Além do mais, é inegável que o Direito Penal do inimigo não desenvolve efeitos concretos de protecção, visando, isso sim, beneficiar certos grupos de índole política ou ideológica e apaziguar o cidadão, levando-o a acreditar no estudo, adopção e aplicação de efectivas medidas políticas e legislativas no combate ao terrorismo quando, na verdade, trata-se de uma saída obscura para o Direito penal.

aquele constitui um mal transfronteiriço, cujos efeitos se fazem sentir à escala global), trabalhando em conjunto e no estrito respeito pelos direitos fundamentais sobre os quais se baseia o Estado de Direito.

Ainda assim, apesar dos esforços levados a cabo por países como os EUA, Espanha e Reino Unido, verificámos que a política de segurança adoptada tem vindo a assumir um cunho reactivo, em vez de preventivo, pelo que uma breve análise da “evolução do combate ao terrorismo no seio da União Europeia” permitiu-nos “identificar algumas debilidades estruturais”¹⁸⁹. Na verdade, “apesar da preocupação em combater o terrorismo estar presente desde o advento da comunidade (ainda que de forma lateral), as grandes decisões foram tomadas sempre a reboque de atentados, tal como o 11 de Setembro de 2001, mas em especial, após os atentados ocorridos a 11 de Março de 2004, em Madrid, e a 7 de Julho de 2005, em Londres”¹⁹⁰.

Observámos, que no período subsequente a cada atentado terrorista, o Estado-vítima optou pela imediata criação de medidas antiterroristas, agravando penas, criando novos tipos de crime associados ao terrorismo, restringindo garantias fundamentais e processuais. Denotámos, também, uma política orientada para a implementação de dispositivos que pudessem constituir uma mais-valia nos sistemas de segurança, otimizando a sua eficácia.

Contudo, da análise dessas “medidas tomadas evidencia também um equilíbrio delicado – nem sempre bem sucedido – entre a defesa de direitos, liberdades e garantias e uma actuação eficaz e útil, na qual a relação com os EUA, por exemplo, pode ser considerada sintomática”¹⁹¹.

Em consequência da preocupação com o terrorismo, foram criados novos de mecanismos internacionais de cooperação, onde as técnicas de segurança, obtidas através do recurso a dados sensíveis de indivíduos, têm vindo a assumir o papel de uma espécie de panaceia para os males que têm sobressaltado a nossa sociedade.

É exemplo disso, o recurso aos dispositivos biométricos, como forma de identificação e autenticação, e a implementação dos scanners corporais nos aeroportos.

Estes mecanismos de segurança “têm servido de mote a um debate científico, político, académico e social em torno dos potenciais benefícios, mas também das

¹⁸⁹ NOIVO, D., SEABRA. P., *op. cit.*, p. 47.

¹⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 47.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 47.

incertezas e inquietudes suscitados”¹⁹². Em boa verdade, acreditamos que estes sistemas poderão trazer maiores certezas no combate ao terrorismo e na promoção da segurança, no entanto, o seu recurso e tratamento deverá ser harmonioso com o legalmente e constitucionalmente disposto, em virtude de estarmos perante o manuseamento de dados sensíveis, pertencentes à esfera íntima de cada pessoa, pelo que a sua tutela encontra-se reforçada, visto que o respeito pela vida privada não é constitui, como muitos poderão argumentar, um vestígio de puritanismo vitoriano, mas sim um direito que garante a efectivação da liberdade de cada indivíduo. Neste sentido, não se poderá considerar que as medidas restritivas e lesivas de direitos fundamentais são inevitáveis e que constituem um “suave preço” a pagar, em nome da garantia do valor da segurança, sob pena de se colocar em risco o fundamento do Estado de Direito, já que este tem como pilar e fundamento o conjunto de direitos fundamentais constitucionalmente tutelados que, como referimos no nosso estudo, são direitos indivisíveis.

Pese embora seja um facto que estes dispositivos poderão permitir um incremento nos actuais sistemas de segurança, a verdade é que não poderão ter a pretensão de os substituir.

Neste contexto, verifica-se que “o ataque tecnológico à realidade mais única da ordem natural conhecida, o sentimento de individualidade consciente que cada ser humano tem, é um campo de batalhas futuras. Quem vencer essas batalhas dominará um assunto importante: o poder. A agenda do poder inclui, pois, uma entrada importante: o ataque ao único”¹⁹³. Nesse contexto, é de crucial importância colocar um travão na vontade cega de poder e nos eventuais abusos cometidos por parte de quem o detém, pois, como Montesquieu referiu em tempos, é inegável que o homem que tem poder sente inclinação para abusar dele¹⁹⁴.

Por fim, realce-se que o verdadeiro combate ao terrorismo deverá primar pela política preventiva em detrimento da adopção de medidas reactivas (muitas vezes sem o devido estudo e análise das consequências e implicações que poderão ter, nomeadamente na relação com os instrumentos legais a que os Estados se encontram adstritos, quer a nível interno, quer a nível internacional), em estreita consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto ponto de referência na discussão

¹⁹² MACHADO, H., SILVA, S., *op. cit.*, p. 151.

¹⁹³ CURADO, M., “Pessoas...”, *cit.*, p. 3.

¹⁹⁴ Na citação original: “*c'est une expérience éternelle que toute homme qui a du pouvoir est porté à en abuser*”.

da restrição dos direitos fundamentais, e nunca de forma “fechada”, pois “o terrorismo globalizado não diz respeito somente a este ou àquele Estado, por mais poderoso ou – simultaneamente – mais vulnerável que seja. Diz respeito a toda a comunidade internacional; é ela que também é ofendida. Por isso, só pode ser vencido a partir de instrumentos jurídicos desta mesma comunidade internacional. Por isso, só pode ser vencido sem transigências com qualquer desrespeito ou degradação dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais ou são indivisíveis ou não são direitos fundamentais”¹⁹⁵.

¹⁹⁵ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 104.

Bibliografia

- ACHARYA, L.; KASPRZYCKI, T. – “Biometrics and Government”, Library of Parliament, Publication n.º 06-30-E, Abril, 2010;
- ADEY, P. – “Secured and Sorted Mobilities: Examples from the Airport”, Institute of Geography and Earth Sciences, University of Wales, Aberystwyth, UK, 2004, ISSN: 1477-7487;
- AGRE, P. E., “Your face is not a bar code: arguments against automatic face recognition in public places”, 2003, disponível em: <http://polaris.gseis.ucla.edu/pagre/bar-code.html>;
- ALBURQUERQUE, P. P. de – “Comentário do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem”, Lisboa, Universidade Católica, 2007
- ALCAIDE, J. F. – “Las actividades terroristas ante el derecho internacional contemporâneo”, pref. Juan Antonio Carrillo Salcedo, Madrid, Tecnos, 2000;
- ALLDRIDGE, P; BRANTS. C. – “Personal autonomy, the private sphere and the criminal law : a comparative study”, Oxford : Hart Publishing, 2001 - XXV, ISBN 1-901362-82-5;
- ALMEIDA, V. R. D. de – “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, Sep. de Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 46, N.º 1 (2005);
- AMARAL, N. P. – “Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana”, in Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana, São Paulo, 2008;
- APAV, “Manual PAX, Apoio a Vítimas de Terrorismo”, Lisboa, 2010;
- APAV – “Projecto vítimas na Europa: implementação da decisão-quadro relativa ao estatuto da vítima em processo penal nos estados membros da União Europeia”, Lisboa, APAV, 2010;
- APAV , Studies in crime prevention and urban victimization, ISBN 972-98845-1-X, Lisboa, 2002;
- ASCENSÃO, J. – “A reserva da intimidade da vida privada e familiar”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 43 – n.º 1, Coimbra Editora, 2002;

BAQUER, L. M. R. – “Los derechos fundamentales y la constitución y otros estudios sobre derechos humanos”, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2009;

BEDIN, G. A. – “Estado de Direito, jurisdição universal e terrorismo: levando o direito internacional a sério”, Relações Internacionais e Globalização;

BRANDÃO, A. P., “A *security actorness* europeia e o Terrorismo Transnacional”, *in* A União Europeia e o Terrorismo Transnacional, BRANDÃO, A. P. [et al.], ISBN 9789724042459, Editora Almedina, 2010;

CABRAL, R. A. – “O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil”, *in* Estudos em memória do professor doutor Paulo Cunha, Lisboa, FDL, 1989;

CANOTILHO, J. J. G. – “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, 3ª Edição;

CANOTILHO, J. J. G. – “Estudos sobre direitos”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. – “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

CANOTILHO, J. J. G., “Terrorismo e Direitos Fundamentais”, *in* Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas, VALENTE, M. M. G, ISBN 9789724038315, Almedina, 2009;

CARRASCO JIMÉNEZ, P. – “Los condicionantes económicos en la etiología del terrorismo”, *in* Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2010, num. 12-03, p. 03:1-03-23. Disponível na Internet em <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-03.pdf>;

CARVALHO, T. F. de, “O “Direito penal do inimigo” e o “Direito penal do *homo sacer* da baixada: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro”;

CAVOUKIAN, A., “Privacy and biometrics – a “wake up call””, Canada, 1999;

CHOCLÁN, J. A. M. – “La organizacion criminal : tratamiento penal y procesal”, Madrid, Dykinson, 2000, Cuadernos Luis Giménez de Asúa;

Colóquio Luso-Brasileiro “A informação jurídica na era digital”, org. FDUP e FLUP, Porto, 24 e 25 de Fevereiro de 2011;

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a utilização de scâneres de segurança nos aeroportos da UE, ,Bruxelas, 2010;

Conclusões e plano de acção do Conselho Europeu extraordinário de 21 de Setembro de 2001;

CURADO, J. M., “O ataque biométrico às pessoas”, “Jornadas de Engenharia Biomédica”, Braga: Universidade do Minho, 2006;

CURADO, J. M. – “Pessoas Transparentes, Bases de Dados e Biométrica”, *in* Conferência no Colóquio de Bioética da Universidade do Minho, Braga, 2006;

DAS, R. – “An introduction to biometrics: A concise overview of the most important biometric technologies”, *Keesing Journal of Documents & Identity*, issue 17, 2006;

Decisão-quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 relativa às equipas de investigação conjunta (2002/465/JAI);

DIAS, M. D. A. – “Liberdade, Cidadania e Segurança”, Almedina, Coimbra, 2001;

EPIC v. DHS (Suspension of Body Scanner Program);

FIGUEIREDO DIAS, J. de; CAEIRO, P. – “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), LJ, Ano 135º, n.º 3935, Novembro/Dezembro 2005;

GARCIA, E. M. F. – “Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional”, Barcelona, Bosch, 1998, Comentarios al código penal de 1995;

GOMES, C. A. – “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2010, ano VII Especial;

GUERRA, A. – “A Privacidade no Local de Trabalho”, Almedina, Coimbra, 2004;

GREGORY, F. – “Intelligence-led Counter-terrorism: A Brief analysis of the UK Domestic Intelligence System’s Response to 9/11 and the Implications of the London Bombings of 7 July 2005”, *International Terrorism*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, 2005;

Intervención del Presidente del Gobierno, Excmo. Sr. Don José Luis Rodríguez Zapatero, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, (Nueva York, 21 de septiembre de 2004), Mision Permanente de España en las Naciones Unidas, disponível em <http://www.un.org/webcast/ga/59/statements/spaspa040921.pdf>;

JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. – “Direito Penal do Inimigo”, org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli, rev. Rosane Marques Borba, 2ª edição, Livraria do Advogado;

LANDA GOROSTIZA, J. M. – “La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: Reflexiones críticas de Ciencia Penal y Criminología”, 2010, num. 12-10, p. 10:1-10-30. Disponível na Internet em <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-10.pdf>;

MACHADO, H.; NUNES, J. A.; COSTA, S. – “Política molecular” e “cidadania genética” em Portugal, *in* Revista Crítica de Ciências Sociais;

MACHADO, H., SILVA, S. – “Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética” *in* FROIS, Catarina, org. – “A sociedade vigilante: ensaios sobre privacidade, identificação e vigilância”. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008. ISBN 978-972-671-228-2;

MAGALHÃES, P. S. – “Estudo de viabilidade da utilização de tecnologias biométricas comportamentais na autenticação do cidadão perante os serviços electrónicos do Estado”, Tese de doutoramento (ramo de conhecimento em Tecnologias e Sistemas de Informação), 2009, p. 47, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/9152>;

MAGALHÃES, P. S.; SANTOS, H. D. dos – “Biometria e autenticação”, Conferência da Associação Portuguesa de Sistemas de Informação, Porto, 2003;

MARTIN, J. M. – “Multinational crime : terrorism, espionage, drug & arms trafficking”, Newbury Park : Sage, 1992. – XIV, Studies in crime, law, and justice;

MARTINS, A. M. G., “A protecção jurisdicional dos direitos fundamentais no espaço de liberdade, de segurança e de justiça”, Lisboa, 2008;

MAYER, D. V. – “Os Acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 e sua projecção sobre os direitos fundamentais: a prevalência do valor segurança sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais?”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - vol. 43, nº 2 (2002);

MEDEIROS, R.; MIRANDA, J. – “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra editora, 2005;

MIRANDA, J. – “Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro”, São Paulo, Sep. de: Revista do Tribunal Regional Federal, 3ª região, nº 75, 2006;

MONIZ, H., “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, 2001;

MOTA PINTO, P., “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *in* Estudo em homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II, Coimbra, 2002;

MOUNTFIELD, H. – “In the matter of the human rights and equality implications of the introduction of full body scanners at airports”, Matrix Chambers, 2010;

MURPHY, The Rt. Hon. Paul –“Report into the London Terrorist Attacks on 7 July 2005”, Intelligence and Security Committee, Londres, 2006;

NETO, L. – “Ciência da Informação e Direito”, *in* Colóquio “A informação jurídica na era digital”, Porto, 24 e 25 de Fevereiro de 2011;

NOIVO, D.; SEABRA. P. – “Combate ao Terrorismo na União Europeia: Construção de uma abordagem Comum”, Instituto Português de Relações Internacionais e Segurança;

Nota informativa sucinta sobre as viagens entre a União Europeia e os Estados Unidos da América, ARTICLE 29 Data Protection Working Party, ANEXO 1, disponível em http://www.cnpd.pt/bin/actividade/GT_dados/Par02-07-anexosPNR.pdf;

ORTIZ, A. I. H. – “La violación de la intimidad en la protección de datos personales”, Madrid : Dykinson, 1998. – XVII;

PALMA, M. P. – “Crimes de Terrorismo e Culpa Penal”, *in* Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003;

PALMA, M. P., "Tutela da Vida Privada e Processo Penal - Realidades e Perspectivas Constitucionais", *in* Jurisprudência Constitucional N.º 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;

Parecer n.º 11/2002, Comissão Nacional de Protecção de Dados, Proc. N.º 513/00, Lisboa, 2002;

Parecer n.º 136/2004, Comissão Nacional de Protecção de Dados, Proc. N.º 600/2003, Lisboa, 2004;

Parecer n.º 28/2005, Comissão Nacional de Protecção de Dados, Proc. N.º 1509/2005, Lisboa, 2005;

PARKER, E. – “Implementation of the UK Terrorism Act 2006 - The Relationship between counterterrorism law, free speech and the Muslim community in the United Kingdom versus The United States”, *Emory International Law Review*, 2007;

PLATÃO, Protágoras, trad. Ana Elias Pinheiro, Editora Relógio d'Água, Lisboa 1999;

PORTELA, I., “A Segurança e a escolha do Inimigo: o Efeito Double-Bind do 11-S. Uma análise da Legislação antiterrorista” editado on-line pela Universidade de Santiago de Compostela com o ISBN 978-84-9750-970-1;

PORTELA, I., “A segurança interna e o combate ao terrorismo: o caso português”, *in* Revista Enfoques, Vol. N.º 11, 2009;

“Privacy & Biometrics: Building a Conceptual Foundation”, National Science and Technology Council (NSTC), Committee on Technology, Committee on Homeland

and National Security, Subcommittee on Biometrics, 2006, disponível em www.biometrics.gov;

Resolution on the use of body scanners for airport security purposes adopted by the European Privacy and Data Protection Commissioner's Conference, Prague, 2010;

RODRIGUES, B. S. – “Das escutas telefónicas : contributo para a superação do paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado em matéria de escutas telefónicas”, pref. Catarina dos Santos Gomes. – Coimbra, 2008, 2 vol. -

Dissertação de mestrado em ciências jurídico-criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2007. - Vol. 1: A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais ; Vol. 2: À obtenção da prova em ambiente digital;

ROGEIRO, N. – “O inimigo público : Carl Schmitt, bin Laden e o terrorismo pós-moderno / Nuno Rogeiro. - Lisboa : Gradiva, 2003”;

ROUSSEAU, J. J. – “Du Contrat Social”, GF Flammarion, 2001;

SANCHEZ, Jesus Maria Silva – “Os Indesejados como Inimigos: a exclusão dos seres humanos do status personae, in RPCC, Ano 16, n.º 1, Janeiro-Março 2006, IDPEE, Coimbra Editora;

SARDINHA, J. M., “O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal”, Coimbra Editora, 1989;

Segurança reactiva na aviação, *in* Revista Profissional Logística e Transportes Hoje, 2010, disponível em

<http://www.logisticaetransporteshoje.com/content.aspx?menuid=46&eid=5638>

Seminário “Victims of Terrorism in Europe”, org. APAV, Lisboa, 21 e 22 de Outubro de 2010;

STANLEY, J.; STEINHARDT B. – “Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society”, American Civil Liberties Union – Technology and Liberty Program, 2003;

TAVARES, A. R. – “Princípio da Consustancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do Homem”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, Coimbra Editora, Vol. XLVII – n.ºs 1 e 2;

TOMÉ, H. C. – “Vida privada y datos personales : su protección jurídica frente a la sociedad de la información, Madrid: Tecnos, 2000, (Derecho y realidad);

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia – “Impact des attentats à la bombe du 7 juillet 2005 à Londres sur les communautés musulmanes dans l'UE / Commission

Européene, Observatoire Européen des Phénomènes Racistes et Xénophobes. – Luxembourg, OPOCE, 2006”;

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia – “Liberdade, segurança e justiça para todos: justiça e assuntos internos na União Europeia”, Luxemburgo, SPOCE, 2004, A Europa em movimento;

VALENTE, M. M. G. – “Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa – Interferências e Ingerências Mútuas”, ISBN 9789724038315, Almedina, 2009;

VALENTE, M. M. G. – “Escutas telefónicas da excepcionalidade à vulgaridade”, Coimbra, Almedina, 2004;

VALENTE, M. M. G., Cooperação Judiciária em Matéria Penal no âmbito do Terrorismo, *in* A União Europeia e o Terrorismo Transnacional, BRANDÃO, A. P. [et al.], Almedina, 2010;

VÁZQUEZ, J. A. R. – “Terrorismo e intervención penal : la LO 7/2000 y los límites del ius puniendi”, [S.l.] : [s.n.], [2002]. - p. 89-126. - Sep. de: Revista de Ciencias Penales, vol. 4, 2001-2002;

VÁZQUEZ, J. A. R. – “Símbolos y enemigos : algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista”, Universidad Salamanca, 2004, Sep. de: Serta in memoriam Alexandri Baratta;

