

# Liberdade e Segurança no Combate ao Terrorismo: *Quis Custodiet Ipsos Custodes?* Uma Perspetiva Jurídica\*

Sofia de Vasconcelos Casimiro

*Professora da Academia Militar. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada e juriconsulta especialista em tecnologias de informação. Coordenadora da formação em Direito, Cibersegurança e Ciberdefesa no projeto Multinational Cyber-defence Education and Training (MNCDE&T) da NATO. Doutorada por Queen Mary, University of London, Intellectual Property Research Institute. Mestre e licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.*

## Resumo

Este artigo contém uma reflexão sobre os desafios do combate ao terrorismo num Estado de Direito. Tendo como ponto de partida os valores do Estado de Direito, que consagra os direitos fundamentais à liberdade e à segurança, detém-se sobre o atual equilíbrio deste binómio. Abordam-se três casos de estudo: (i) as condições de detenção e os métodos de tratamento dos presos no Campo de Detenção da Baía de Guantánamo; (ii) o uso de veículos aéreos não tripulados para fins militares; e (iii) a gestão de programas de vigilância das comunicações que abrangem indiscriminadamente militares e civis, em contextos de guerra e de paz. Um dos principais desafios do combate ao terrorismo consiste em ser eficaz nesse combate sem colocar em causa os princípios que sustentam o próprio Estado de Direito. Na eventualidade de o terrorismo visar a subversão do Estado de Direito, e do modo de vida ocidental neste assente, cabe verificar em que medida os meios de combate ao terrorismo poderão, paradoxalmente, destruir ou pelo menos colocar em causa o Estado de Direito que se visa defender. Uma vez que o Estado é o guardião dos valores do Estado de Direito, violados nestes três casos de estudo, há que questionar quem guarda os guardiões: *quid custodiet ipsos custodes?*

## Abstract

***Freedom and Security in the Fight Against Terrorism from a Legal Perspective: Quid Custodiet Ipsos Custodes? The Particular Case of Cyberterrorism***

*This paper contains a reflection on the challenges of fighting terrorism under the rule of law. Having as a starting point the values of the rule of law, which embodies the fundamental rights of freedom and security, the paper tackles the current balance between the two. Three case studies are covered: (i) the detention conditions and methods of treatment of the prisoners in the Guantanamo Bay Detention Camp; (ii) the use of unmanned aerial vehicles for military purposes; and (iii) the management of mass surveillance programs which include military forces and civilians indiscriminately, in context of war and peace. One of the main challenges of fighting terrorism consists in being effective without putting in stake the principles which sustain the rule of law itself. In the event, the terrorism pursues the subversion of the rule of law, and the western lifestyle supported by it, it is important to understand the extent to which the means used in fighting terrorism can, paradoxically, destroy or at least call into question the rule of law that they claim to defend. Since the State is the guardian of the rule of law's values, violated in these three case studies, one should ask who is guarding the guardians: *quid custodiet ipsos custodes?**

\* Este artigo foi redigido na sequência da participação, como oradora, numa sessão do Grupo de Estudos “Terrorismo e Violência Política” dedicada ao tema “Liberdade e Segurança no Combate ao Terrorismo”, em 15 de março de 2018, promovido pelo Instituto da Defesa Nacional (IDN). A autora agradece ao Senhor Major-General Vítor Daniel Rodrigues Viana, Diretor do IDN, o convite que lhe foi endereçado para participar nesta iniciativa, que, como muitas outras promovidas por esta instituição, contribuem para o debate, divulgação e avanço no estudo e tratamento de grandes temas de relevância nacional. Ao Senhor Major-General deve-se uma liderança visionária do IDN.

“Because, therefore, we are defending a way of life, we must be respectful of that way of life as we proceed to the solution of our problem. We must not violate its principles and its precepts, and we must not destroy from within what we are trying to defend from without.”

Dwight David Eisenhower, speech before NATO Council,  
11/26/51 [DDE's Pre-Pres. Papers, Box 197]

## 1. Breve Excurso Histórico até às Conquistas do Estado de Direito

As conquistas do Estado de Direito, tipo de Estado dominante no atual panorama internacional, definem a sociedade ocidental e são utilizadas como estandarte que se exhibe orgulhosamente perante outras formas de organização em sociedade.

O Estado de Direito, constitucional ou representativo caracteriza-se por instituir a supremacia do Direito. Todos, sem exceção, encontram-se sujeitos ao Direito, incluindo os órgãos de soberania e mesmo aqueles que criam o Direito. Consagram-se, nas Leis Fundamentais em que se traduzem as constituições modernas, mecanismos vários de proteção dos cidadãos contra o abuso de poder e que se destinam a limitar esse poder, nomeadamente os direitos fundamentais, os princípios da liberdade e da igualdade, a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade, a separação de poderes e o equilíbrio de forças entre órgãos detentores do poder, concretizado nos chamados *checks and balances*. Por sua vez, o Direito é uma manifestação da soberania popular, devendo assegurar-se a representatividade da população no poder exercido pelo Estado.

Percorreu-se um longo caminho até chegar ao Estado de Direito. Na tipologia gizada por Georg Jellinek (2005)<sup>1</sup>, e adotada por grande parte dos constitucionalistas, os tipos mais antigos de Estado, como o Estado oriental, que teve lugar mais de 3.000 anos antes de Cristo, assim como o Estado grego, romano e medieval comungavam da arbitrariedade no exercício do poder, da estratificação da sociedade, da indefinição, embora em graus variáveis, do corpo legal aplicável.

O Estado oriental caracterizava-se por uma coincidência entre o poder político e o poder religioso, verificando-se geralmente uma divinização do monarca, bem como por uma ordem desigualitária, hierárquica e hierática da sociedade, que atribuía muito poucas garantias às pessoas e que as remetia para um plano secundário. Embora o Estado romano, iniciado por volta de 753 anos antes de Cristo, tenha contribuído grandemente para o reconhecimento de direitos básicos do cidadão, estes não se configuravam ainda como direitos universais. Ademais, com a entrada no Estado medieval, no século X, verificou-se um claro retrocesso na proteção dos cidadãos, agora convertidos em senhores ou vassalos, dentro da cadeia de vínculos contratuais que caracterizava o feudalismo. A passagem do

---

1 Veja-se, entre outras obras de Jellinek.

Estado medieval para o Estado europeu ou moderno, por volta de meados do século XV, com a tomada de consciência das nações, ou a sua formação, a separação entre o poder político e religioso e a introdução do conceito de soberania, trabalhado por Jean Bodin<sup>2</sup>, conduziu ao acolhimento de algumas das noções imperantes nos dias de hoje e permitiu um grande avanço em relação ao período das trevas medieval. O aumento do conhecimento das populações e o impulsionamento das artes, ciências e filosofia, e de várias outras áreas da sociedade, com o Renascimento, determinaram uma viragem determinante na mentalidade europeia que não mais recuará.

Foi, contudo, com o movimento da revolução francesa, impulsionada pela revolução industrial e pelas mudanças sociais por esta impostas, que se proporcionou a disseminação e a implementação dos novos ideais que representaram as bases do Estado de Direito. As novas correntes filosóficas, como o contratualismo, o iluminismo ou o individualismo, trazem finalmente a pessoa humana para o centro do poder político, enquanto governante, sujeito que exerce o poder político e que deve assumir as rédeas na tomada das decisões, mas também enquanto governado e, assim, sujeito a quem se destinam as decisões<sup>3</sup>. De entre os principais reflexos desta diversa abordagem, destaca-se a proliferação das declarações de direitos, que reconhecem um limiar mínimo de respeito pela dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais, agora assumidos como direitos universais e inalienáveis, são acolhidos em vários ordenamentos jurídicos nacionais, criando as condições para que, no rescaldo dos grandes conflitos mundiais, se internacionalizem e sejam cristalizados em instrumentos jurídicos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>4</sup>, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais<sup>5</sup> e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>6</sup>.

A centralização do poder político na pessoa humana e a consagração dos direitos fundamentais revelam a preocupação de proteger a pessoa face ao Estado. Neste sentido, são implementados vários mecanismos de limitação do poder do Estado e destinados a assegurar a supervisão da sua atuação e a sua conformidade com o

---

2 Ver obra clássica *Les Six Livres de la République*, reimpressão de 2013.

3 “O iluminismo é a saída do homem da sua menoridade. E menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria...” (Kant, 1988, p. 11).

4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

5 A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais foi adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950.

6 A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi adotada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000.

Direito vigente<sup>7</sup>. O Estado de Direito é, assim, um tipo de Estado que procura proteger a pessoa perante o Estado através de normas jurídicas que comportam esta preocupação e cuja observância é controlada por vários mecanismos nestas previstos. A proteção da pessoa face ao Estado concretiza-se sobretudo pela atribuição de um conjunto de direitos que apenas poderão ser restringidos em situações devidamente justificadas, devendo esta restrição limitar-se ao estritamente necessário. De entre os direitos atribuídos, existe ainda um núcleo cuja restrição não é admitida. Entre estes direitos, que não podem ser afastados, encontram-se os direitos à vida, à integridade pessoal – incluindo a proibição da tortura ou de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como a proibição da escravatura – à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião. Para além de os direitos encontrarem consagração nos planos nacional e internacional, como já foi referido, as condições da sua restrição encontram-se também previstas nos planos nacional e internacional<sup>8</sup>.

Após uma longa evolução histórica, as características do Estado de Direito apresentam-se como verdadeiras conquistas. Podendo correr-se o risco de as tomar como adquiridas, e de reduzir os mecanismos que controlam a sua efetivação e que asseguram o seu estrito cumprimento, deverá acautelar-se a sua preservação e não desvirtuamento em todos os momentos e contextos.

## 2. O Terrorismo e os seus Desafios

O terrorismo não é um fenómeno recente (Chaliand e Blin, 2004). A principal razão para o aumento da perceção deste fenómeno no mundo ocidental prende-se com a sua incidência crescente no respetivo território, inflacionada pela grande visibilidade que lhe é dada. Desde os eventos de 11 de Setembro de 2001, com os ataques perpetrados no território dos Estados Unidos da América – nessa altura inconcebíveis, dada a imagem de segurança externa projetada por este Estado –, o sentimento geral de insegurança em relação a ameaças desconhecidas e incontroláveis instalou-se no mundo ocidental.

Acresce ainda que, a par com o terrorismo praticado por meios analógicos, surge

---

7 As palavras de Jorge Miranda são eloquentes a este propósito, quando explica que o Estado de Direito consiste num “conjunto de princípios, instituições, processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário de poder” (Miranda, 2014, p. 138).

8 Vejam-se, a nível nacional, os artigos 18.º e 19.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa, bem como o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro. A nível internacional, veja-se, por exemplo, o artigo 4.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado pela Organização das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

agora o terrorismo por meios eletrónicos ou ciberterrorismo. Muito embora tenha sido inicialmente desvalorizada, a verdadeira dimensão das ameaças colocadas pelo terrorismo por meios eletrónicos tem vindo a ser finalmente reconhecida<sup>9</sup>.

O terrorismo transporta consigo vários efeitos nefastos, bem como inúmeros desafios para o Estado de Direito, que nem sempre são evidentes. Um desafio central consiste na capacidade de combater o terrorismo sem colocar em causa os princípios que sustentam o próprio Estado de Direito. Na eventualidade de o terrorismo visar a subversão do Estado de Direito, e do modo de vida ocidental assente no Estado de Direito, cabe verificar em que medida os meios de combate ao terrorismo poderão, paradoxalmente, destruir ou pelo menos colocar em causa o Estado de Direito que se visa defender.

Entre os direitos fundamentais consagrados no seio do Estado de Direito, integram-se os direitos à liberdade e à segurança, ambos de extrema relevância no contexto do combate ao terrorismo. Estes dois direitos fundamentais encontram-se frequentemente em conflito, uma vez que um maior espaço de liberdade representa, por regra, menor segurança e um maior grau de segurança envolve, por regra, uma maior restrição da liberdade. Na Constituição da República Portuguesa, estes dois direitos encontram-se consagrados no artigo 27.º, que tem como epígrafe “Direito à liberdade e à segurança” e que, no seu n.º 1, prevê “Todos têm direito à liberdade e à segurança”.

Paralelamente ao conceito mais restrito da liberdade, respeitante especificamente à liberdade de movimentos, adota-se um conceito mais amplo, vulgarmente correspondente aos designados direitos de liberdade, que compreendem os direitos fundamentais que garantem genericamente o acesso individual a bens de liberdade individual, autonomia pessoal e participação política e que, *grosso modo*, na doutrina mais recente correspondem aos direitos, liberdades e garantias<sup>10</sup>, que consis-

---

9 Apesar de os trabalhos de sensibilização contra estas ameaças estarem a ser desenvolvidos desde há décadas atrás por algumas entidades, como, em Portugal, a Academia Militar, a Competitive Intelligence and Information Warfare Association (CIIWA) e o IDN, contribuíram grandemente para este reconhecimento e divulgação as declarações de altos cargos de direção dos Estados Unidos da América e, mais recentemente, da União Europeia. Vejam-se, por exemplo, as declarações de John Brennan, ex-Diretor da CIA, no programa de televisão “60 minutos”, em 2016, destacando que, de entre todas as ameaças, eram as ameaças de ataques por via eletrónica as que mais o preocupavam e que não o deixavam dormir à noite – CBS, programa 60 Minutes, fevereiro de 2016. De igual forma, no seu discurso anual sobre o estado da União, em 2017, o Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker (2017), elencou a proteção dos europeus contra ciber-ataques como uma das principais prioridades da União Europeia. Neste discurso, o Presidente da Comissão Europeia declarou que “Cyber-attacks can be more dangerous to the stability of democracies and economies than guns and tanks”.

10 Vide Jorge Reis Novais, *Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*.

tem na principal categoria de direitos fundamentais. Neste sentido mais amplo, verifica-se também uma constante fricção entre a segurança e os restantes direitos, liberdades e garantias. A segurança exige, quase sempre, uma restrição de outros direitos, liberdades e garantias. Por esta razão, na medida em que o combate ao terrorismo envolve um inevitável reforço da segurança, há que estar atento à observância de critérios de proporcionalidade e à imposição de limites naquela restrição. O ponto de equilíbrio entre segurança e liberdade, considerada nesta segunda aceção, mais ampla, é muito difícil de alcançar. Não há dúvidas de que o entendimento quanto ao que deva ser este ponto de equilíbrio tem conhecido uma ampla oscilação ao longo dos tempos, dependente do pulsar do sentimento geral da sociedade ou, por outras palavras, da opinião pública, influenciada grandemente pelo contexto histórico em que se insere.

Um exemplo paradigmático desta oscilação verifica-se com os referidos eventos de 11 de setembro de 2001. Antes de estes eventos terem lugar, foram apresentadas várias propostas de aprovação de medidas legislativas que reforçavam a segurança interna e externa dos Estados. Estas propostas foram maioritariamente rejeitadas, sobretudo por razões de defesa da liberdade dos cidadãos, onde se inclui a defesa da privacidade. Após o 11 de setembro, aquelas mesmas medidas legislativas, agora fortalecidas com maior pendor securitário, foram aprovadas e implementadas sem qualquer contestação de relevo. Este movimento verificou-se não apenas nos Estados Unidos da América, sendo ilustrativo a este propósito o *USA Patriot Act*<sup>11</sup>, como ainda em vários outros Estados do mundo ocidental.

O pacote legislativo de reforma do sector das comunicações eletrónicas da então Comunidade Económica Europeia encontrava-se na sua fase final de aprovação no momento em que se verificaram os eventos de 11 de Setembro. Todas as propostas de Diretiva incluídas no referido pacote legislativo foram aprovadas com exceção da proposta de Diretiva relativa à privacidade no sector das comunicações eletrónicas, que foi retida com vista a ponderar a sua melhor adequação aos novos desafios de segurança externa e interna face ao 11 de setembro. A redação original desta proposta robustecia a proteção dos direitos, liberdades e garantias e parecia esquecer as necessidades de segurança, face ao cenário de paz que se fazia sentir até então. Impunha-se agora uma ponderação dos recentes desenvolvimentos despoletados com o 11 de setembro. Como resultado daquela ponderação, inseriu-se na proposta de Diretiva relativa à privacidade no sector das comunicações eletrónicas o polémico artigo 15.º, que prevê a possibilidade de cada Estado-membro restringir várias das proteções conferidas por essa Diretiva para fins de segurança. À luz desta disposição, os Estados-membros poderão restringir essas proteções sempre

---

11 “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act”, de 2001.

que “essas restrições constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a deteção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações eletrónicas”<sup>12</sup>.

Algumas das alterações implementadas na vida quotidiana do mundo ocidental após o 11 de setembro demonstram igualmente uma viragem perante o binómio segurança-liberdade. Antes do 11 de setembro, o controlo da segurança nos aeroportos através do *scan* corporal dos passageiros, com a captação de uma imagem mais ou menos detalhada do corpo dos passageiros, parecia inimaginável. Esta medida, sobretudo nas suas formulações iniciais, mais invasivas, parecia manifestamente injustificada e, assim, excessiva. Atualmente, estas e outras medidas são entendidas como necessárias e mesmo desejadas como forma de garantir a segurança dos próprios visados.

É indubitável que o combate ao terrorismo tem justificado restrições à liberdade dos cidadãos no mundo ocidental. Estas restrições surgem como inevitáveis, não tendo sido possível até ao momento alargar o espectro de segurança sem ocupar um espaço que estava antes destinado à liberdade. Liberdade e segurança partilham o mesmo campo de atuação, pelo que estão em contínua competição pela ocupação do respetivo espaço. Antes de compreender os termos em que se processa esta competição, porém, importa perceber melhor em que consiste o terrorismo e qual o correspondente quadro legal nacional.

### **2.1. Dificuldades de Definição do Terrorismo**

O terrorismo não tem uma definição fácil<sup>13</sup>. Podem ser adotados inúmeros critérios para a sua delimitação, quer quanto aos fins, aos meios, aos sujeitos, ou mesmo ao contexto político, entre vários outros. Por esta razão, identificam-se muitas definições possíveis de terrorismo<sup>14</sup>.

Esta volatilidade das fronteiras conceptuais do terrorismo não é vantajosa para o seu estudo e posterior enquadramento pelos ordenamentos jurídicos. Uma vez que a prática de atos de terrorismo é qualificada como crime, à luz dos vários ordenamentos jurídicos nacionais, esta volatilidade dificulta a harmonização de

---

12 Redação original do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas – Diretiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas.

13 Veja-se Wojciechowski (2009) e Schmid (2004).

14 De acordo com Pierre-Marie Dupuy (2004, p. 5), existem pelo menos 109 possíveis definições de terrorismo.

um quadro legal na matéria e a criação de planos transnacionais de combate a este fenómeno. Na eventualidade de se adotar um conceito demasiado amplo, de maneira a integrar várias manifestações dessa realidade e facilitar a conciliação com outros ordenamentos jurídicos, pode mesmo atentar-se contra o princípio da legalidade, que preconiza, num Estado de Direito, a delimitação precisa e prévia das ações e omissões que são qualificadas como crime<sup>15</sup>. Vários argumentos aconselham, assim, a convergência numa definição consensual, una e bem delimitada de terrorismo, a nível nacional, regional e internacional.

No espaço da União Europeia, a Diretiva 2017/541<sup>16</sup> procura contribuir para a harmonização das legislações nacionais dos Estados-membros nesta matéria, fixando regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em matéria de infrações terroristas, infrações relacionadas com um grupo terrorista e infrações relacionadas com atividades terroristas, bem como medidas de proteção, apoio e assistência às vítimas do terrorismo.

Mesmo fora destes espaços geográficos onde se tem avançado no sentido de alcançar alguma harmonização, encontram-se alguns pontos de contacto nas várias legislações que contemplam o terrorismo. Por regra, este envolve a prática ou a ameaça de prática de atos de grande violência cometidos para intimidar a população, grupos determinados da população ou o poder político, com vista a provocar mudanças no sistema político ou a conquistar mais poderes ou a independência. Em termos muito simplistas, o terrorismo visa a adoção de um comportamento que favoreça as pretensões do agente. Pode ter fins políticos, religiosos ou ideológicos. Se a definição de terrorismo não é uma tarefa fácil, a integração de uma certa conduta nas definições existentes não oferece menor dificuldade. Para além do grau de complexidade inerente à subsunção dos factos às normas jurídicas, as partes envolvidas avaliam os factos de uma maneira diferente. Como é repetido nos textos sobre a matéria, “one man’s terrorist is another man’s freedom fighter”<sup>17</sup>.

## 2.2. *Quadro Legal Nacional de Combate ao Terrorismo*

No plano nacional, a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2015, estabelece objetivos estratégicos de combate ao terrorismo e define as linhas de ação através das quais se irão concretizar esses objetivos. Esta Estratégia é delineada de uma forma integrada, sem esquecer as várias vertentes que compõem um combate efetivo ao terrorismo.

---

15 Cfr. Greene (2017).

16 Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março de 2017 relativa à luta contra o terrorismo e que substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho e altera a Decisão 2005/671/JAI do Conselho.

17 *Vide*, por exemplo, Alex Schmid (2004, p. 397).

Destaca-se o facto de este documento iniciar pela enunciação do compromisso de, no combate ao terrorismo, respeitar “a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa, o direito originário da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os princípios constitucionais do Estado português, a política de luta contra o terrorismo da União Europeia” e desenvolver-se “na estrita observância dos princípios da necessidade, da adequação, da proporcionalidade e da eficácia, das liberdades cívicas, do Estado de Direito e de liberdade de escrutínio”<sup>18</sup>. Conforme se retira desta passagem, o legislador, tendo presente os desafios de conciliação dos vários valores em confronto, tem a preocupação de lembrar as principais balizas de atuação no combate ao terrorismo. Sublinha que este combate não pode, em caso algum, implicar o afastamento ou a restrição desnecessária, desproporcionada ou inadequada dos pilares que caracterizam o Estado de Direito.

Em matéria penal, a Lei de Combate ao Terrorismo, aprovada pela Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto<sup>19</sup>, dá o seu contributo para a exatidão do conceito do terrorismo. De acordo com este diploma legal, os atos terroristas são aqueles que “visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral...” e que se integrem na enumeração taxativa do n.º 1 do seu artigo 1.º.<sup>20</sup> Na sua grande maioria, os atos enumerados correspondem a atos já criminalizados por outras normas jurídicas. O facto de estes atos serem praticados com finalidades terroristas justifica uma diversa medida da pena, agravada, face àquela que resulta dessas outras normas jurídicas. O agravamento da medida da pena traduz a maior censurabilidade de atos terroristas, face ao impacto que têm na sociedade em geral e aos riscos que colocam ao Estado de Direito.

Com as últimas alterações à Lei de Combate ao Terrorismo, introduzidas já em 2019, criminalizou-se o recebimento de treino em Portugal e no estrangeiro, bem como o ato de viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista a receber treino ou outro tipo de apoio para o desenvolvimento de atividades terroristas. Alargou-se ainda o conceito de financiamento ao terrorismo. Procurou-se, por esta forma, colmatar algumas falhas da legislação portuguesa, cobrindo situações que ainda não estavam previstas e que não podem deixar de ser reprimidas criminalmente.

---

18 Veja-se o n.º 2 da Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo.

19 Esta lei transpõe para a ordem jurídica interna a já referida Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo.

20 Esta definição resulta da conjugação dos artigos 2.º, n.º 1, parte final e 4.º n.º 1, alínea a), ambos da Lei de Combate ao Terrorismo.

### 3. Os Limites Impostos pelo Estado de Direito

Uma vez identificados os principais traços definidores do Estado de Direito e demonstrados os desafios que o terrorismo pode colocar ao Estado de Direito, cabe apurar se o combate ao terrorismo tem vindo a ter lugar com total respeito do Estado de Direito e dos limites por este impostos.

Isolam-se a este propósito três casos de estudo, polémicos, que se encontram na fronteira deste tema que agora nos ocupa, do respeito do Estado de Direito aquando do combate ao terrorismo. Existiriam muitos outros casos suscetíveis de fazer parte deste elenco. Contudo, não se pretende realizar um tratamento exaustivo destes casos, mas tão somente ilustrar uma realidade que se entende dever ser evidenciada, estudada e, quando necessário, corrigida. Para este escopo, bastará a enunciação destes três casos de estudo.

O primeiro caso relaciona-se com as condições de detenção e os métodos de tratamento dos presos no Campo de Detenção da Baía de Guantánamo. Este campo de detenção consiste numa prisão militar dos Estados Unidos da América, situada numa base militar na ilha de Cuba. Esta prisão militar, que tem vindo a ser utilizada para deter vários suspeitos de terrorismo, foi criada em 2002 pelo Presidente George W. Bush, na sequência dos eventos de 11 de Setembro. Desde a sua criação, vieram a lume vários relatos da prática de tortura e de tratamento cruel, humilhante e degradante dos detidos nesta prisão, por parte das forças militares<sup>21</sup>. Adicionalmente, a grande maioria dos detidos que passou por esta prisão ou que ainda nesta se encontra está presa por período indeterminado, sem ter sido sujeita a julgamento.

Os factos descritos consubstanciam a violação de direitos, liberdades e garantias consagrados em instrumentos jurídicos internacionais, a que se vincularam os Estados Unidos da América. Entre estes instrumentos jurídicos internacionais, destacam-se as Convenções de Genebra e a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). O artigo 4.º da DUDH determina que “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Por sua vez, o artigo 3.º, comum às quatro Convenções de Genebra, e aplicável também a conflitos armados não internacionais, proíbe os assassinatos, mutilações, bem como a tortura, tratamento cruel, humilhante e degradante dos prisioneiros. No que respeita à detenção por período indeterminado, transcreve-se seguidamente o n.º 1 do artigo 11.º da DUDH: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam

---

21 A primeira notícia veio a lume em 2004, com a divulgação, pelo *The New York Times*, de um relatório confidencial do Comité Internacional da Cruz Vermelha sobre as condições de tratamento dos detidos nessa prisão (Lewis, 2004).

asseguradas". Pode concluir-se facilmente que os direitos, liberdades e garantias não estão a ser devidamente respeitados, como seria suposto no seio de um Estado de Direito.

O segundo caso relaciona-se com o uso de veículos aéreos não tripulados – *unmanned aerial vehicles* –, vulgarmente designados por *drones*, para fins militares<sup>22</sup>. Em particular, estes veículos são utilizados na chamada guerra contra o terrorismo. No contexto militar, a utilização destes veículos é polémica<sup>23</sup>. São frequentemente utilizados para proceder a execuções de combatentes enquanto estes não estão a lutar e não estão, assim, a participar nas hostilidades. São ainda frequentemente utilizados para executar civis que não pertencem às forças armadas do Estado ou da força adversária e que participam, por vezes, nas hostilidades, sendo também executados quando não estão a participar nas hostilidades. A estas utilizações, já controversas, acrescem os relatos de mortes de civis que nunca participaram das hostilidades e que são assumidas como danos colaterais.

Verifica-se, uma vez mais, a violação de princípios e regras vigentes num Estado de Direito. O quadro legal aplicável aos conflitos armados é mais permissivo do que aquele que vigora em tempos de paz, nomeadamente ao permitir a execução de quem esteja envolvido nas hostilidades. No entanto, ainda que seja duvidosa a aplicação do quadro legal destinado aos conflitos armados num contexto de luta contra o terrorismo, as Convenções de Genebra não só proibem o ataque contra civis que não participem nas hostilidades, como preveem que o inimigo fora de combate não deva ser objeto de um ataque – artigos 41.º e 42.º do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra. Nos casos em que os veículos aéreos não tripulados sejam utilizados nos termos acima descritos, verifica-se uma violação dos compromissos assumidos internacionalmente. Fora do quadro legal aplicável aos conflitos armados, a violação do Direito Internacional é ainda mais evidente, nomeadamente a violação dos compromissos assumidos na DUDH, a qual acresce à violação das normas jurídicas nacionais que consagram direitos, liberdades e garantias.

---

22 Sobre este tema, veja-se, por exemplo, o relatório elaborado em 2018 pelo grupo de trabalho parlamentar do Reino Unido sobre o uso de veículos aéreos não tripulados para fins militares, intitulado *The UK's Use of Armed Drones: Working with Partners* (APPG, 2018). Este relatório aborda algumas das fragilidades do uso destes veículos no contexto militar e, em particular, os riscos para a violação de compromissos internacionais, relacionados com direitos humanos.

23 Entre as várias vozes que se têm erguido contra a utilização dos veículos aéreos não tripulados para fins militares, destaca-se a do Relator Especial das Nações Unidas para execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias. Em 2009, este relator, Philip Alston, apresentou um relatório junto da Assembleia Geral das Nações Unidas que sustentava que a utilização daqueles veículos para fins de execução constituía uma clara violação do Direito Internacional, que apenas poderia ser evitada se fossem implementados mecanismos que, entre outros fins, visassem a responsabilização pelos atos cometidos através desses veículos (UN News, 2009).

O terceiro caso relaciona-se com o desenvolvimento e gestão de programas de vigilância das comunicações que abrangem indiscriminadamente militares e civis, em contextos quer de guerra, quer de paz. Estes programas são desenvolvidos sob o argumento de garantir a segurança dos Estados e de, em particular, combater o terrorismo. Como exemplos destes programas de vigilância, podem apontar-se o ECHELON<sup>24</sup>, bem como, mais recentemente, o PRISM<sup>25</sup>. Estes programas efetuam a interceção de comunicações e, por esta forma, o tratamento de dados pessoais de milhões de cidadãos, sem o seu consentimento ou sequer conhecimento, representando, assim, uma clara restrição do seu direito à privacidade ou, quando autonomizado, do seu direito à proteção de dados pessoais.

Poderia pensar-se que estes programas de vigilância das comunicações violam diretamente os diplomas legais da União Europeia que protegem os dados pessoais, uma vez que estes diplomas legais têm vindo a ter uma grande projeção mediática e são normalmente invocados neste tipo de cenários. Contudo, uma leitura atenta destes diplomas legais revela que os mesmos não são aplicáveis a situações como as que se visam cobrir com estes programas de vigilância. Em particular, a anterior Diretiva da União Europeia relativa à proteção da privacidade e dos dados pessoais, bem como o atual Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados<sup>26</sup>,

---

24 O ECHELON consiste num sistema de vigilância electrónica desenvolvido pelo Reino Unido, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, que atuava mediante a interceção de comunicações privadas e que se distingue pela sua enorme capacidade de atuação. De acordo com o Relatório do Parlamento Europeu, de 11 de julho de 2001, sobre a existência de um sistema global de interceção de comunicações privadas e económicas, “O sistema designado por “ECHELON” distingue-se dos outros sistemas de informação pelo facto de apresentar duas características destinadas a conferir-lhe um nível de qualidade muito específico. / A primeira característica que lhe é atribuída é a capacidade praticamente global de vigilância. Recorrendo principalmente a estações receptoras via satélite e a satélites de espionagem, será possível interceptar qualquer comunicação via telefone, telefax, Internet ou e-mail, emitida seja por quem for, de molde a aceder ao respectivo conteúdo. / A segunda característica apontada ao ECHELON é o facto de o sistema funcionar a nível mundial graças a uma cooperação entre vários países (...) o que representa uma mais-valia relativamente a sistemas nacionais...” (Parlamento Europeu, 2001, pp. 24-25).

25 O PRISM consiste num programa desenvolvido pelos Estados Unidos da América de recolha e tratamento de dados de grande abrangência, cujo conhecimento resultou, entre outras fontes, das revelações de Edward Snowden, um antigo funcionário da National Security Agency (NSA), em 2014. A revelação da existência deste programa resultou numa forte reação por parte do Parlamento Europeu – veja-se o relatório European Parliament (2014). O Grupo de Trabalho do Artigo 29 também emitiu um documento sobre este tópico – veja-se o documento European Commission (2014). Sobre este tema, veja-se ainda Edgar (2017).

26 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

excluem a sua aplicação às atividades relacionadas com a defesa e segurança do Estado<sup>27</sup>. Nos casos em que estas atividades pudessem estar cobertas pelo quadro legal, estes instrumentos jurídicos admitem igualmente o afastamento de algumas das suas previsões com vista a garantir a defesa e a segurança do Estado<sup>28</sup>.

Os referidos programas de vigilância violam, porém, outras disposições legais, nacionais, regionais e internacionais, que consagram o respeito pela privacidade e a proteção de dados pessoais. Estes direitos encontram-se consagrados, por exemplo, nos artigos 26.º, 34.º e 35.º da Constituição da República Portuguesa, nos artigos 7.º, 8.º e 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou ainda no artigo 12.º da DUDH. Estes direitos poderão ser restringidos, desde que a restrição seja necessária, adequada e proporcional para o respeito de interesses públicos relevantes ou para proteger os direitos e liberdades de outros. Contudo, a restrição operada pelos descritos programas de vigilância é indubitavelmente desproporcionada, uma vez que estes programas procedem à interceção de comunicações de forma indiscriminada, abrangendo todas as pessoas, independentemente de estas constituírem ou não uma ameaça para a defesa e a segurança dos Estados<sup>29</sup>.

Nos três casos descritos, os Estados adotam posições que se destinam essencialmente a fazer face ao terrorismo, quer na detenção dos suspeitos da sua prática, quer na execução desses suspeitos, quer ainda na interceção de comunicações com vista a prevenir ou reprimir essa prática. A questão central que se deve colocar

---

27 Vejam-se os seus considerandos 16 e 19, bem como o artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. A revogada Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, continha esta exclusão ou limitação nos considerandos 13, 16 e 43, bem como no artigo 3.º, n.º 2.

28 Veja-se o artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, bem como o artigo 13.º, n.º 1, da revogada Diretiva 95/46/CE.

29 Esta desproporcionalidade já foi declarada noutra sede, em situações similares, a propósito das legislações que permitem a retenção indiscriminada de dados de comunicações para fins de investigação de crimes graves. O Tribunal de Justiça da União Europeia invocou esta desproporcionalidade no processo que conduziu à declaração de invalidade da Diretiva de Retenção de Dados – Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações –, no âmbito do Acórdão proferido em 8 de abril 2014 nos processos apensos C-293/12 e C-594/12 (EU:C:2014:238, n.º 52). O Tribunal de Justiça da União Europeia invocou novamente esta desproporcionalidade no processo que concluiu no sentido da desconformidade das legislações nacionais de retenção de dados com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nos casos de essas legislações prevejam a retenção de dados de comunicações de uma forma geral e indiscriminada, que abranja os dados de tráfego de todos os utilizadores de serviços de comunicações, no âmbito do Acórdão proferido em 21 dezembro 2016 nos processos apensos C-203/15 e C-698/15 (EU:C:2016:970).

perante estes casos é a de saber se, para combater o terrorismo, não estarão os Estados, com esta atuação, a destruir o próprio Estado de Direito e a abrir mão dos valores que muitas vezes esse terrorismo pretende desfazer.

O Estado de Direito deve atuar como garante dos cidadãos e impor limites à forma como os Estados atuam, ainda que estes estejam a atuar com o objetivo de neutralizar as ameaças a estes mesmos Estados ou ao Estado de Direito. Mesmo nestas circunstâncias, os limites que caracterizam o Estado de Direito devem ser observados. Sem a observância dos limites que caracterizam o Estado de Direito, este já não existirá.

Os critérios de definição de quais sejam os limites a impor decorrem de mecanismos previstos pelo Estado de Direito, como o princípio da proporcionalidade. De acordo com este princípio, é possível restringir direitos fundamentais se esta restrição for adequada e imprescindível para ir ao encontro de interesses públicos relevantes ou para proteger os direitos fundamentais de outros<sup>30</sup>. A restrição, porém, deve ser limitada ao estritamente necessário para alcançar estes outros fins. Adicionalmente, a legislação em causa deve ser precisa e clara quanto às restrições permitidas e providenciar meios que impeçam eventuais abusos. Estes critérios devem estar presentes em todos os momentos do combate ao terrorismo.

#### **4. Reflexões Finais**

O combate ao terrorismo é um dos mais difíceis que alguma vez tiveram lugar na história. O terrorismo não se circunscreve a uma zona geográfica, a um grupo de pessoas-pré-determinadas ou a um modo de atuação previsível. Devido ao seu impacto devastador no sentimento de segurança das populações, os atos de extrema violência que o caracterizam têm conduzido a uma profunda alteração da vida quotidiana no mundo ocidental. Para ilustrar esta alteração, basta referir o aumento do tempo e de recursos despendidos em procedimentos de segurança.

O combate ao terrorismo só tem sido possível com uma profunda alteração do quadro legal aplicável, que fixa crescentes atribuições e competências nessa matéria, reforça obrigações por parte dos operadores e, em especial, daqueles que prestam serviços essenciais ou operam infraestruturas críticas, regula novos poderes de supervisão nessa área e determina sanções para a inobservância das normas aplicáveis. O combate ao terrorismo faz-se, sobretudo, pelo incremento da segurança. Por sua vez, o incremento da segurança só pode concretizar-se pela ocupação de um espaço que estava antes destinado à liberdade, na sua aceção ampla. A restrição da liberdade é, assim, neste contexto inevitável e aceitável, na medida em que se torna necessária para garantir a própria subsistência do Estado de Direito.

Foi longa e dura a viagem histórica até se abraçarem as conquistas do Estado de Direito. No entanto, estas conquistas, pelos valores que transportam, de suprema-

---

<sup>30</sup> Veja-se, por exemplo, o artigo 52.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

cia do Direito e de proteção dos direitos fundamentais, entre outros, merecem empenho na sua defesa.

Nesta trajetória de robustecimento da segurança e restrição da liberdade não se pode, assim, perder de vista o ponto de partida que justifica esses robustecimento e restrição: a defesa do Estado de Direito. Por esta razão, nunca serão demais os mecanismos de monitorização constante dessa trajetória, para assegurar que se consegue alcançar, em cada momento, o melhor equilíbrio possível entre segurança e liberdade, sem comprometer os limites do Estado de Direito.

Os critérios de definição daquele que será o equilíbrio certo entre segurança e liberdade são complexos. Variam, desde, logo, em razão do contexto histórico. Alguns critérios são, contudo, fixados pelo próprio Estado de Direito, como o da observância do princípio da proporcionalidade. A liberdade só pode ser restringida na medida exata em que essa restrição seja imprescindível, adequada e necessária para proteger interesses públicos ou outros direitos dos cidadãos. A restrição deve limitar-se ao estritamente necessário para alcançar estes outros fins. A legislação que preveja estas restrições deve ser precisa e clara quanto à exata configuração dessas restrições e deve providenciar meios que impeçam eventuais abusos.

O controlo constante e apertado do Estado com vista a evitar abusos de poder é um dos bastiões definidores do Estado de Direito, como último reduto de proteção do cidadão perante o poder político. Os sentimentos de insegurança e de terror despoletados pelo terrorismo podem fazer perder de vista este bastião. No calor do combate, é fácil baixar a guarda em relação ao próprio atacado, permitindo que este exceda na sua defesa. Se o próprio guardião do Estado de Direito, que é o Estado, não estiver a ser devidamente monitorizado, quem poderá garantir que os valores do Estado de Direito ainda estão a ser respeitados? Após o atrás exposto, cabe perguntar: no combate ao terrorismo, *quid custodiet ipsos custodes?*<sup>31</sup>

### Referências Bibliográficas

All-Party Parliamentary Group (APPG), 2018. *The UK's Use of Armed Drones: Working with Partners* [pdf]. Report by the All-Party Parliamentary Group on Drones, July. London, House of Commons. Disponível em [website] [https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-07/INH\\_PG\\_Drones\\_AllInOne\\_v25.pdf](https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-07/INH_PG_Drones_AllInOne_v25.pdf)

Bodin, J., 2013. *Les Six Livres de la République/De Republica libri sex, 1576*, reimpressão. Paris: Classiques Garnier.

Chaliand, G. e Blin, A., dir., 2004. *Histoire du Terrorisme: de l' Antiquité a Al Qaida*. Paris: Bayard.

---

31 Veja-se a frase inicialmente transcrita, de Dwight David Eisenhower, que aqui de novo se recorda: "Because, therefore, we are defending a way of life, we must be respectful of that way of life as we proceed to the solution of our problem. We must not violate its principles and its precepts, and we must not destroy from within what we are trying to defend from without" – Dwight David Eisenhower, speech before NATO Council, 11/26/51 [DDE's Pre-Pres. Papers, Box 197].

- Dupuy, P.-M., 2004. State Sponsors of Terrorism: Issues of Responsibility. In Andrea Bianchi, ed., *Enforcing International Law Norms against Terrorism*. Studies in International Law. Londres: Hart Publishing.
- Edgar, T. H., 2017. *Beyond Snowden: Privacy, Mass Surveillance and the Struggle to Reform the NSA*. Washington: Brookings Institution Press.
- European Commission, 2014. *Opinion 04/2014 on surveillance of electronic communications for intelligence and national security purposes*, 819/14/EN WP 215. Article 29 Data Protection Working Party, adotado em 10 de abril, Bruxelas. Disponível em European Commission [website] [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp215\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp215_en.pdf)
- European Parliament, 2014. *Report on the US NSA surveillance programme, surveillance bodies in various Member States and their impact on EU citizens' fundamental rights and on transatlantic cooperation in Justice and Home Affairs*, A7-0139/2014 EN. Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Rapporteur: Claude Moraes, 21 de fevereiro. Disponível em European Parliament [website] <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0139+0+DOC+PDF+V0//EN>
- Greene, A., 2017. Defining terrorism: one size fits all? *International and Comparative Law Quarterly*, 66(2), pp. 411-440.
- Jellinek, G., 2005. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Editorial B de f.
- Juncker, J.-C., 2017. *President Jean-Claude Juncker's State of the Union Address 2017*, SPEECH/17/3165, 13 de setembro, Bruxelas. Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-17-3165\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_en.htm)
- Kant, I., 1988. Que é o iluminismo? In Kant, I., *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, trad. de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70.
- Lewis, N. A., 2004. Red Cross Finds Detainee Abuse in Guantánamo. *The New York Times* [em linha], 30 de novembro. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2004/11/30/politics/red-cross-finds-detainee-abuse-in-guantanamo.html>
- Miranda, J., 2014. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora.
- Novais, J. R., *Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*, disponível em [https://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/jrn\\_ma\\_8782.doc](https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jrn_ma_8782.doc)
- Parlamento Europeu, 2001. *Relatório sobre a existência de um sistema global de interceção de comunicações privadas e económicas (sistema de interceção "ECHELON") (2001/2098 (INI))*, FINAL A5-0264/2001 PAR 1 PT. Comissão Temporária sobre o Sistema de Intereção ECHELON, Relator: Gerhard Schmid. Bruxelas, 11 de julho. Disponível em European Parliament [website] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//PT>
- Schmid, A., 2004. Terrorism – the Definitional Problem, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 36(2), pp. 375-419.
- UN News, 2009. UN rights expert voices concern over use of unmanned drones by United States. *UN News* [em linha], 28 de outubro. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2009/10/319502-un-rights-expert-voices-concern-over-use-unmanned-drones-united-states>
- Wojciechowski, S., 2009. Why is it so difficult to define terrorism? *Polish Political Science Yearbook*, Vol. XXXVIII, pp. 58-72.