

Revista de Direito e Segurança

Ano III · Número 6

Julho · Dezembro de 2015

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

ANTÓNIO DUARTE AMARO

FRANCISCO PROENÇA GARCIA

LUÍS SALGADO DE MATOS

NELSON LOURENÇO

PEDRO CLEMENTE

RUI PEREIRA

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA

FICHA TÉCNICA

RDeS – Revista de Direito e Segurança n.º 6

Propriedade e Sede

IDeS – Instituto de Direito e Segurança

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento
sobre Direito e Sociedade

Campus de Campolide

1099-032 Lisboa – Portugal

www.ides.pt/rdes

www.cedis.fd.unl.pt/rdes

secretariado.ides@gmail.com

Periodicidade

Semestral

Indexador:

www.latindex.org (catálogo)

Depósito Legal

000000/15

ISSN

2182-8687 (impresso)

ISSN

2182-8970 (em linha)

Revista de Direito e Segurança

Ano III · Número 6

Julho · Dezembro de 2015

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

ANTÓNIO DUARTE AMARO

FRANCISCO PROENÇA GARCIA

LUÍS SALGADO DE MATOS

NELSON LOURENÇO

PEDRO CLEMENTE

RUI PEREIRA

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA

 **FACULDADE DE
DIREITO**
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

DIREITO
DS
INSTITUTO
SEGURANÇA

Índice Geral

I – DOUTRINA

Ana Vaz	
Segurança Interna na União Europeia.	7
Aristófares dos Santos	
Investigação criminal, processo penal e comunicação social.	33
Carina Quaresma	
O lugar das vítimas “indefesas”/”vulneráveis” no Código Penal: reflexões acerca da aplicação do princípio da legalidade.	85
José Pedro Parra	
Informações na União Europeia.	143
Juliano Vieira Zappia	
A prisão cautelar para fins de deportação de estrangeiros na legislação brasileira.	171
Lino Santos e Armando Marques Guedes	
Breves reflexões sobre Poder e Ciberespaço.	189
Luís Cuco de Jesus	
O «Estado Islâmico» nos Limites da Estadualidade: Um Obstáculo ao Constitucionalismo Global.	211

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DE DIREITO E SEGURANÇA

Enciclopédia de Direito e Segurança	
Cerimónia de lançamento na Livraria Almedina, em Lisboa, em 27 de abril de 2015.	233
Nelson Lourenço	
Um Conceito Estratégico de Segurança Interna para uma Nova Arquitec- tura da Segurança Nacional.	235
Normas Técnicas da Revista de Direito e Segurança.	243

I - DOUTRINA

Segurança Interna na União Europeia¹

Homeland Security in the European Union

ANA VAZ²

Resumo: A segurança é um elemento fundamental e essencial à constituição de uma sociedade democrática e da vida social, e em especial no espaço europeu, onde não existem barreiras físicas e impera a livre e circulação de pessoas e bens.

As condições, na Europa têm sido propícias ao aumento de um sentimento de insegurança, mesmo que objetivamente esta não exista.

Recuamos à Europa do século XX, onde se começou assistir a uma cooperação entre os Estados-membros da, então, Comunidade Económica Europeia (CEE), com intuito de fazer face aos ataques terroristas que entretanto se faziam sentir na Europa Ocidental.

Acompanhando o processo de construção da União Europeia, referimos os marcos mais importantes, sublinhamos as opções e circunstâncias que ditaram os caminhos da integração.

Os Estados, conscientes de que, sozinhos, não conseguiam fazer face à situação vivida, criaram instrumentos a nível Europeu, que serão analisados sob o ponto de vista da segurança interna.

Palavras-chave: *Segurança Interna, União Europeia, Serviço Europeu da Polícia, Unidade Europeia de Cooperação Judiciária, Academia Europeia de Polícia, Estratégia de Segurança Interna na União Europeia.*

Abstract: Security is a fundamental and essential to the constitution of a democratic society and social life element, and especially in Europe, where there are no physical barriers and reigns and free movement of people and goods.

¹ Entregue: 2.4.2015; aprovado: 5.7.2015.

² Doutoranda em Direito e Segurança da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Conditions in Europe have been conducive to the rise of a feeling of insecurity, even if it does not exist objectively.

We retreated to the twentieth-century Europe, where he began attending a cooperation between the Member States of the then European Economic Community (EEC), in order to cope with terrorist attacks however were felt in western Europe.

Tracking the process of building the European Union, refer the most significant milestones underscore the options and circumstances that dictated the path of integration.

United, aware that, alone, could not cope with the situation, created instruments at European level, which will be analyzed from the point of view of internal security.

Keywords: *Homeland Security, European Union, European Police Service, the European Judicial Cooperation Unit, European Police, Internal Security Strategy in the European Union.*

1. Introdução

A segurança é um elemento fundamental e essencial à constituição de uma sociedade democrática e da vida social, e em especial no espaço europeu, onde não existem barreiras físicas e impera a livre e circulação de pessoas e bens.

Na Europa, as condições têm sido propícias para o aumento de um sentimento de insegurança, mesmo que objetivamente esta não exista. Um dos factos que contribui para esse sentimento é a integração supranacional, fenómeno da globalização, que potencia o surgimento de novos crimes e o aumento do sentimento de insegurança.

Foi neste contexto que, no âmbito do doutoramento em Direito e Segurança, optamos pela frequência da disciplina de direito internacional. No entanto outros fatores serviram para a escolha deste tema o facto de ser uma matéria que pessoalmente gosto e por ser militar de uma força de segurança.

Assim, para cumprirmos tal desiderato, recuamos à Europa do século XX, onde se começou assistir a uma cooperação entre os Estados-membros da, então, Comunidade Económica Europeia (CEE), com intuito de fazer face aos ataques terroristas que entretanto se faziam sentir na Europa Ocidental.

Acompanhando o processo de construção da União Europeia, referimos os marcos mais importantes, sublinhamos as opções e circunstâncias que ditaram os caminhos da integração.

Os Estados, conscientes de que, sozinhos, não conseguiam fazer face à situação vivida, criaram instrumentos a nível Europeu, que serão analisados sob o ponto de vista da segurança interna.

Segurança interna que, neste contexto, deve ser entendida no seu sentido mais amplo, estendendo-se a todas as dimensões da vida em sociedade e considerando, não apenas as ameaças de origem criminosa, mas também todas aquelas que possam ter um impacto direto na vida, na segurança e no bem-estar dos cidadãos, incluindo as catástrofes naturais e as ameaças provocadas pelo homem, tais como os incêndios florestais, os terremotos, as inundações e as tempestades.

Terminamos o trabalho dando a conhecer a Estratégia de Segurança Interna na União Europeia.

Aproveitamos para deixar uma nota de agradecimento a todos os meus colegas de doutoramento que, com os seus comentários, sugestões e valiosas críticas, contribuíram para o resultado final deste trabalho, a partir do momento que foi apresentado oralmente.

2. Resenha histórica

Na década de 1970 assistiu-se a um forte impulso na cooperação entre o Estados Membros da Comunidade Económica Europeia (CEE), no domínio da justiça e assuntos internos. Esta cooperação deveu-se ao aumento da atividade terrorista sentida na Europa Ocidental e a consciência de que, isoladamente, os Estados não conseguiam fazer face a essa ameaça.

Na sequência da Cimeira de Roma (1 de dezembro de 1975)³, em junho de 1976, na cidade de Luxemburgo realizou-se um encontro

³ “The European Council adopted a proposal by the Prime Minister of the United Kingdom that Community Ministers for the Interior (or Ministers with similar responsibilities) should meet to discuss matters to coming within their competence in particular with regard to law and order”. *Office of the president of the european council, summary of the conclusions of the meeting of the european council held in Rome on*

entre os ministros JAI (justiça e assuntos internos), ministros que tinham como área de responsabilidade a segurança do seu Estado. Esse encontro constitui um marco fundamental em matéria de segurança interna e de cooperação policial, com a criação de grupos de trabalho denominados de grupo TREVI. Este grupo surge e “funciona fora do quadro das Comunidades Europeias numa base puramente intergovernamental, como parte do processo de cooperação no domínio da política externa”⁴. O grupo TREVI, “reunia os ministros da administração interna dos nove Estados – Membros com vista a trocar informações sobre o “euroterrorismo”⁵ ou seja, tinha como objetivos o reforço da cooperação dos serviços de polícia e de segurança dos Estados-Membros da Comunidade Europeia, tornar mais eficazes a prevenção e a repressão do terrorismo, do tráfico de estupefacientes e de todas as outras formas de grande criminalidade e a prevenção da imigração clandestina organizada.

Para alcançar estes objetivos, inicialmente, foram criados dois sub-grupos em que um, TREVI I, era orientado para o combate contra o terrorismo e o outro, TREVI II, vocacionado para questões de ordem pública e para a formação e organização das forças de polícia.

Passado alguns anos, surge o TREVI III, que tinha como objetivo combater os fenómenos de criminalidade transnacional e o combate ao tráfico de droga.

2.1. Da assinatura do Ato Único Europeu ao Tratado de Maastricht

Com a concretização do mercado interno, na sequência da assinatura do Ato Único Europeu (AEU) em 1986, ou seja, com a criação

1 and 2 december 1975. Obtido em 15 de maio de 2014. http://www.european-union.europa.eu/media/854718/1975_december_rome__eng_.pdf

⁴ VALSAMIS MITSILEGAS, J. M. *The European Union and internal security : guardian of the people?* New York, N.Y.: Palgrave Macmillan. 2003.

⁵ PIÇARRA, Nuno “A política de fronteiras da União Europeia: do arranque adiado à centralidade progressiva. In *Estudos em Homenagem ao Professo Doutor Paulo Pitta e Cunha*, vol. I. Coimbra: Almedina pp. 936 – 965. 2010

de um espaço sem fronteiras entre os Estados-Membros começam a crescer as preocupações securitárias, o que levou à criação, alguns anos mais tarde, de um subgrupo, o TREVI 1992. Este subgrupo tinha dois objetivos: avaliar os impactos da abertura das fronteiras e propor as medidas adequadas para a resolução dos problemas inerentes, em matéria de segurança.

O Grupo TREVI alcançou significativos resultados, designadamente, na área do terrorismo, com a criação de uma rede de comunicações entre os Estados Membros, de nome *cryptofax* que servia para troca de informações sensíveis. No domínio da repressão da criminalidade organizada, o esforço centrou-se na repressão do tráfico de estupefacientes, tendo sido posta “em marcha uma estrutura original sob forma de uma unidade europeia de análise de informações, que constituiu a prefiguração de uma polícia europeia”⁶.

É de referir o importante contributo do Acordo Schengen e da subsequente Convenção de Aplicação, para a criação do espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ).

Face às divergências surgidas entre os Estados-Membros, no que diz respeito a aplicação da liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais, a vontade de dar continuidade a esse objetivo, por parte de alguns Estados-Membros, ainda que à margem do quadro institucional e normativo das Comunidades, levou à assinatura, em 1985, do Acordo Schengen e em 1990 a Convenção de Aplicação. Desta forma, colocou-se em prática um espaço de livre circulação, sem controlos de fronteira internas que se foi sucessivamente alargando a todos os Estados-Membros, exceto Reino Unido e Irlanda. Esta convenção de Aplicação do Acordo Schengen (CAAS) previa um conjunto de medidas compensatórias para fazer face às consequências internas desta liberdade nos Estados-Membros.

Em matéria de cooperação policial destacamos quatro partes distintas da Convenção: uma parte são as disposições relativas à assistência entre os serviços policiais e a troca de oficiais de ligação; outra são as

⁶ SOUSA, Pedro Miguel L.F. Lourenço, “Da cooperação Policial na União Europeia: as equipas de investigação conjuntas”. In *II Colóquio de Segurança Interna*. Coimbra: Almedina. pp. 292. 2006

disposições que permitem um melhor desempenho da ação policial e o direito de perseguição transfronteiriço; o Sistema de Informações Schengen (SIS) e por fim as disposições específicas relativas ao tráfico de estupefacientes e a armas de fogo.

O SIS é uma base de dados policial comum a todas as forças policiais do Espaço Schengen tendo sido considerado uma peça fundamental e um instrumento eficaz. Tem como objetivo “preservar devidamente a ordem e a segurança das Partes Contratantes e gerir fluxos migratórios no espaço comum, através da troca de informações sobre pessoas e objetos possibilitada por este sistema.”⁷

Os dados inseridos referem-se a pessoas, veículos, armas, documentos de identidade e notas de banco, e que são indicados no Sistema de Informação Schengen apenas pelos motivos e para os fins enunciados nos artigos 95.º a 100.º da Convenção de Schengen. O SIS é composto por partes nacionais (NSIS) em cada um dos Estados-Membros e por uma função central de apoio técnico (CSIS) em França, que garante que os dados são exatamente iguais em todos os Estados Schengen e a todo o tempo.

A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen estabeleceu princípios e mecanismos destinados a garantir uma adequada proteção dos dados pessoais existentes no SIS, estipulando a existência de uma Autoridade de Controlo Comum (ACC Schengen) encarregada da fiscalização da parte central (C.SIS), e de uma autoridade nacional de controlo, responsável pelo controlo na parte nacional do SIS (N.SIS)⁸, que são os Gabinetes SIRENE abreviatura de “Supplementary Information Requested at the National Entry”, ou seja, Informação Suplementar Requerida pelos Registos Nacionais no SIS.

Mas, apesar das cooperações parciais que trabalhavam num quadro interestadual havia necessidade de integrar os diversos grupos de trabalho numa estrutura global no âmbito do quadro jurídico da União Europeia, para assegurar um melhor controlo democrático e

⁷ Piçarra, Nuno “A política de fronteiras da União Europeia: do arranque adiado à centralidade progressiva. In *Estudos em Homenagem ao Professo Doutor Paulo Pitta e Cunha*, vol. I. Coimbra: Almedina pp. 936 – 965. 2010

⁸ Glossário Sirene. Obtido em 29 de abril de 2014.<http://www.sirene.sef.pt/glossario.html>

garantir uma maior eficácia da cooperação em matéria de justiça e assuntos internos.

Com o Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia a Comunidade Europeia “mudou simbolicamente de nome: passou a chamar-se União Europeia, para designar uma entidade mais coerente e mais homogénea”⁹ e o princípio da liberdade da circulação de pessoas foi inserido no âmbito da Cidadania da União Europeia.

Com este Tratado, a União Europeia estruturou-se em torno de três pilares: o primeiro pilar é o Comunitário, o segundo pilar o das Políticas Europeias de Segurança Comum e o Terceiro e último pilar, quadro de cooperação intergovernamental entre os Estados membros nos domínios da justiça e dos assuntos internos (JAI).

Este terceiro pilar previa uma cooperação mais estreita quer entre forças policiais nacionais ou através do serviço Europeu de Policial (EUROPOL), ou quer entre as autoridades judiciárias diretamente ou por intermédio da unidade europeia de cooperação judiciária (EUROJUST).

No entanto, este modelo de cooperação apresentava dificuldades a vários níveis, nomeadamente a demora da tomada de decisão devido à regra da unanimidade e a preferência por instrumentos do Direito Internacional destituídos de efeitos vinculativos e por outro lado a falta de controlo democrático por parte do Parlamento Europeu, digamos por falta de competências, e a ausência de controlo jurisdicional da ação da União Europeia em matéria dos Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos.

2.2. Do Tratado de Amesterdão ao Tratado de Lisboa

Cinco anos após o tratado de Maastricht, é assinado o Tratado de Amesterdão, que trouxe alterações significativas no terceiro pilar, destacando-se a intensificação da cooperação judiciária penal, pros-

⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes da., Para uma política criminal europeia. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no Espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora. pp. 17. 2002

seguindo o objetivo de facultar aos cidadãos um elevado nível de proteção num espaço liberdade, segurança e justiça.

No domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, o Tratado de Amesterdão procedeu a três alterações significativas:” transferiu para o Pilar Comunitário as matérias do terceiro Pilar mais diretamente relacionadas com a livre circulação de pessoas, procedendo à sua “comunitarização progressiva”; reduziu o seu âmbito material aos domínios da cooperação policial e judiciária em matéria penal, criou uma nova tipologia de atos jurídicos vinculativos (decisões e decisões-quadro), reforçou o papel das Instituições Comunitárias, conferindo à Comissão um direito de iniciativa nestes domínios introduzindo a consulta prévia e obrigatória do Parlamento Europeu antes da adoção dos atos normativos do Terceiro Pilar, atribuiu competências jurisdicionais, embora limitadas, ao Tribunal de Justiça e consagrou o instituto da cooperação reforçada”¹⁰ e, por último, “integrou a cooperação Schengen no quadro institucional e jurídico da União Europeia, implicando a sua repartição pelos Primeiros e Terceiro Pilares e permitindo aos Estados – vinculados uma cooperação democrática mais transparente e legítima e uma cooperação integrada no quadro institucional e normativo da CE e do Terceiro Pilar”¹¹.

Foi em Tampere, em 1999, que o Conselho Europeu abordou de formas mais consequente as questões relacionadas com a liberdade, justiça e segurança e com a criminalidade organizada, estabelecendo as linhas orientadores e os eixos para a concretização do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União. É a partir de Tampere que a política da União passa a centrar-se nos cidadãos, na justiça, na liberdade e na segurança.

Neste Conselho conclui-se que “a liberdade apenas pode ser desfrutada num espaço de justiça, onde as pessoas possam recorrer aos tribunais e às autoridades de qualquer Estado-Membro tão facilmente como o fariam o seu próprio país. Os delinquentes não devem ter a possibilidade de tirar partido das diferenças entre os sistemas judi-

¹⁰ SOUSA, Pedro Miguel L.F. Lourenço, “Da cooperação Policial na União Europeia: as equipas de investigação conjuntas”. In *II Colóquio de Segurança Interna*. Coimbra: Almedina. pp. 301. 2006.

¹¹ Idem.

ciários dos Estados- membro. As sentenças e as decisões devem ser respeitadas e aplicadas em toda a União, salvaguardando simultaneamente a segurança jurídica de base, tanto dos indivíduos como dos operadores económicos. É necessário alcançar um grau mais elevado de compatibilidade e de convergência entre os sistemas jurídicos dos Estados – membros.”¹²

Este conselho representou um “impulso dinamizador e uma mais valia no âmbito da criminalidade, seja pelos contributos específicos para a criação de um Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça, seja porque colocou a área Justiça e Assuntos Internos na agenda política da União”¹³.

No âmbito da cooperação judiciária e da luta contra a criminalidade, o Conselho indicou algumas prioridades¹⁴: estabelecer normas mínimas sobre a proteção das vítimas da criminalidade no sentido de garantir melhor acesso à justiça na Europa; o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões de judiciais; a criação de equipas de investigação conjuntas, para combater o tráfico de drogas e de seres humanos e o terrorismo; a constituição de uma unidade operacional de chefes de polícia para intercâmbio de experiências e informações, bem como para o planeamento de ações operacionais; reforçar o papel da EUROPOL; criação de uma Unidade de Cooperação Judiciária em matéria penal (EUROJUST); criação de uma Academia Europeia de Polícia para a formação de altos funcionários policiais e judiciais e a harmonização faseada do direito penal em que inicialmente incidira num número limitado de setores de particular importância.

Nesse seguimento, o Conselho adotou a Decisão-Quadro de 13 de Junho de 2002, relativa ao Mandado de Detenção Europeu e aos processos de entrega entre Estados Membros.

¹² RODRIGUES, Anabela Miranda. “O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas”. In *Revista do Ministério Público*, Ano 21.º, Outubro- Dezembro, pp. 24.2000

¹³ Jorge Costa, O mandado de detenção europeu emissão e execução segundo a lei nacional in RISPJCC, n.º 4, Jul-Dez 2004 pp. 232

¹⁴ Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999. Conclusões da Presidência. Obtido em 15 de maio. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

Desta Decisão-Quadro segundo o Procurador JORGE COSTA, são de assinalar alguns aspetos inovadores: em primeiro lugar a noção de mandado de detenção europeu, como decisão judiciária emitida por outro por um Estado de membro de uma pessoa procurada, esta noção encontra-se consagrada no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, e vem dar importância para a livre circulação de decisões judiciais; em segundo redesenha o papel clássico das autoridades centrais, uma vez que apenas reserve um papel de apoio e assistência às autoridades judiciais competentes e menos um papel centralizador, as entidades competentes para a cooperação judiciária internacional tendem para um contacto direto.

Em cumprimento do art. 34º da referida Decisão-quadro, Portugal aprovou o regime jurídico do mandado de detenção europeu pela Lei n.º 65/2003 de 23 de Agosto.

O Mandado de Detenção Europeu é o primeiro instrumento baseado no princípio do reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal, o que assim “significou uma profunda alteração do paradigma da cooperação clássica baseada no sistema da extradição, desde logo, a nível prático, no respeitante a procedimentos, prazos e fundamentos de recusa de entrega da pessoa”¹⁵.

O Mandado de Detenção Europeu substitui o mecanismo tradicional da extradição, por um mecanismo mais simples e celebre de entrega de pessoas procuradas para fins de procedimento penal ou para execução de penas.

A necessidade de reforçar o espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia motivou a realização de uma reunião do Conselho Europeu em 2004, em que foi aprovado o Programa Haia. Este programa é plurianual e tem como objetivo reforçar o espaço de liberdade, segurança e justiça tendo para o efeito dez prioridades: reforçar os direitos fundamentais nas políticas europeias e a cidadania; lutar contra o terrorismo; definir uma abordagem equilibrada sobre a imigração, plano sobre a imigração legal; desenvolver uma gestão integrada das fronteiras externas da União; instaurar um procedimento comum em

¹⁵ FERREIRA, Joana Gomes, *Manual de Procedimentos relativos à emissão do MDE*, PGR 2007, p. 1

matéria de asilo; maximizar o impacto positivo da imigração; encontrar um justo equilíbrio entre o respeito da vida privada e a segurança na partilha de informações; elaborar um conceito estratégico para a criminalidade organizada; garantir um verdadeiro espaço europeu de justiça e partilhar as responsabilidades e assegurar a solidariedade. No substancial este Programa “traduzia as ambições inscritas no Tratado Constitucional da União Europeia (depois assumidas pelo Tratado de Lisboa). Seguiu-se-lhe o “Programa de Estocolmo”, aprovado pelo Conselho Europeu de Dezembro de 2009, para vigorar no quinquénio 2010-2014, que passou a constituir o quadro de referência do ELSJ e, concomitantemente, da dimensão cooperação policial e judiciário em matéria penal que o integravam”¹⁶.

Este quadro de referência serviu para que se estabelecesse o “Projeto de estratégica da segurança interna da União Europeia, adotado pelo Conselho (JAI) na reunião de 25 e 26 de fevereiro de 2010 e aprovado pelo Conselho Europeu de 2 a 26 de março de 2010.

O Tratado de Lisboa¹⁷ é consequência do revés do projeto de natureza constitucional, abandonado por força da sua rejeição em dois referendos nacionais sobre o Tratado Constitucional, realizados em maio e junho de 2005. Perante o impasse, o Conselho Europeu declarou um “período de reflexão” de dois anos. Com base na Declaração de Berlim¹⁸ de março de 2007, o Conselho Europeu de 21 a 23

¹⁶ PEDROSO, Arménio, Espaço de Liberdade Segurança e Justiça da União Europeia. In *Estudos de Direito e Segurança*. Vol. II. Coimbra: Almedina. pp. 65- 90. 2012

¹⁷ Fichas técnicas sobre a União Europeia - 2014, o Tratado de Lisboa

¹⁸ “A Europa foi durante séculos uma ideia, uma esperança de paz e de entendimento. A esperança tornou-se realidade. A unificação europeia trouxe-nos paz e bem-estar. Criou um sentimento de comunhão e venceu divergências. Foi com o contributo de cada um dos seus membros que a Europa se unificou e que a democracia e o Estado de direito foram reforçados. Se a divisão contra maturam da Europa está hoje definitivamente superada, é graças ao amor que os povos da Europa Central e Oriental nutrem pela liberdade. A unificação europeia é prova de que tirámos ensinamentos de um passado de conflitos sangrentos e de uma História marcada pelo sofrimento. Vivemos hoje numa comunhão que nunca antes se havia revelado possível. Nós, cidadãos e cidadãos da União Europeia, estamos unidos para o nosso bem. Na União Europeia, tornamos realidade os nossos ideais comuns: no cerne está, para nós, a pessoa humana. A sua dignidade é inviolável. Os seus direitos são inalienáveis, Homens e mulheres são iguais em direitos.

de junho de 2007 aprovou o mandato com vista a uma Conferência Intergovernamental (CIG), a realizar durante a Presidência Portuguesa. Concluídos os trabalhos da CIG, em outubro de 2007, o Tratado de Lisboa foi assinado no Conselho Europeu de Lisboa de 13 de dezembro de 2007 e posteriormente ratificado por todos os Estados-Membros.

Aspiramos à paz e à liberdade, à democracia e ao primado do Direito, ao respeito mútuo e à responsabilidade, ao bem-estar e à segurança, à tolerância e à partilha, à justiça e à solidariedade.

É ímpar a forma como juntos vivemos e trabalhamos na União Europeia. Disso é expressão a colaboração democrática entre Estados-Membros e instituições europeias. A União Europeia assenta na igualdade de direitos e na colaboração solidária. Assim se torna possível a preservação de um justo equilíbrio entre os interesses dos Estados-Membros.

Defendemos na União Europeia a autonomia e as diversificadas tradições dos seus membros. As fronteiras abertas e a tão viva diversidade das línguas, das culturas e das regiões são para nós fonte de enriquecimento. Só em conjunto, e não isoladamente, poderemos alcançar muitos dos objetivos que nos propomos. A União Europeia, os Estados-Membros e as regiões e autarquias partilham entre si as diferentes atividades a empreender.

II – Enfrentamos grandes desafios que não conhecem fronteiras nacionais, e a União Europeia é a resposta que temos para lhes dar. Só em conjunto poderemos preservar para o futuro o nosso ideal europeu de sociedade, a bem de todas as cidadãs e cidadãos da União Europeia. Neste modelo europeu conjugam-se sucesso económico e responsabilidade social. O mercado comum e o euro dão-nos força. Deste modo, podemos moldar de acordo com os nossos valores a crescente interpenetração das economias no Mundo e a concorrência cada vez mais intensa que caracteriza os mercados internacionais. A riqueza da Europa reside nos conhecimentos e saberes das suas gentes; é essa a chave para o crescimento, o emprego e a coesão social. Juntos lutaremos contra o terrorismo e a criminalidade organizada, sem deixarmos de defender a liberdade e os direitos cívicos na luta que travamos contra aqueles que os querem aniquilar. O racismo e a xenofobia jamais poderão voltar a ter uma oportunidade.

Pugnamos por que os conflitos que afligem o Mundo sejam resolvidos pacificamente e por que as pessoas deixem de ser vítimas da guerra, do terrorismo e da violência. É intenção da União Europeia promover a liberdade e o desenvolvimento no Mundo, vencer a pobreza, a fome e a doença. Queremos continuar a assumir um papel de liderança em prol destes objetivos. Queremos avançar juntos na política energética e na defesa do clima e prestar o nosso contributo para afastar a ameaça global das alterações climáticas.

III – A União Europeia continuará a viver da sua abertura e da vontade dos membros que a integram para, simultaneamente e em conjunto, consolidarem o desenvolvimento interno da União. A União Europeia continuará também a promover a democracia, a estabilidade e o bem-estar para além das suas fronteiras.

O Tratado de Lisboa retomou, no essencial, as novidades contidas no Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa (TECE), acabando por acolher o essencial do Capítulo IV, do Título III, da Parte III do TECE, no Título V da Parte III, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, sob designação “O espaço de liberdade, segurança e justiça”. Este título compreende 5 capítulos referentes a: Disposições gerais; Políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração; Cooperação judiciária em matéria civil; Cooperação judiciária em matéria penal; e, por último, a Cooperação policial.

O Tratado de Lisboa organiza e clarifica os poderes da União, nomeadamente, na distinção de três tipos de competência: a competência exclusiva, em que só a União pode legislar, cabendo aos Estados-Membros apenas a aplicação da lei; a competência partilhada, pela qual os Estados-Membros podem aprovar medidas vinculativas, caso a União não o faça e, por fim, a competência de apoio, em que a União adota medidas para apoiar e complementar as políticas dos Estados-membros.

Os passos mais importantes foram a supressão do chamado III pilar, criado pelo TUE e a quase generalização do método comunitário, em substituição ao anterior método, o intergovernamental.

A regra de votação por unanimidade foi substituído pelo voto por maioria qualificada no Conselho é alargado a quase todas as matérias do ELSJ.

O papel do Parlamento Europeu é reforçado, com a aplicação do procedimento legislativo ordinário a quase todos os domínios do espaço LSJ. E mesmo nos casos em que não seja admitido o procedimento ordinário, o PE deverá dar o seu consentimento prévio para que uma iniciativa possa ser adotada.

A unificação da Europa veio dar vida a um sonho de gerações passadas. Manda a nossa História que preservemos tal fortuna para as gerações vindouras. Devemos para isso moldar, a cada passo e ao ritmo dos tempos, a configuração política da Europa. Por isso nos une hoje, cinquenta anos passados sobre a assinatura dos Tratados de Roma, o objectivo de, até às eleições para o Parlamento Europeu de 2009, dotar a União Europeia de uma base comum e renovada. Porquanto temos a certeza: a Europa é o nosso futuro comum”.

Neste seguimento é reforçado também o papel dos parlamentos nacionais que passam a ter mais tempo para examinar a compatibilidade de iniciativas legislativas com o princípio da subsidiariedade. Este princípio, faz com que a União Europeia só poderá agir, fora do quadro das suas competências exclusivas, quando a sua ação for mais eficaz do que uma ação levada a cabo a nível nacional. Os parlamentos nacionais poderão apresentar uma opinião fundamentada junto do legislador europeu (Conselho e PE) e, caso seja obtida uma determinada maioria (55% dos EM e/ou uma maioria simples dos deputados ao PE), suspender o processo legislativo.

Do mesmo modo, a competência do Tribunal de Justiça da UE (TJUE) é reforçada através da sua extensão a todos os domínios do ELSJ, desaparecendo os regimes específicos anteriores, quer o relativo à cooperação judiciária em matéria penal e à cooperação policial, quer aquele que se refere aos vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas. Contudo, o TJUE não poderá apreciar a validade ou a proporcionalidade seja das ações policiais e de outros serviços repressivos, seja das operações de manutenção da ordem pública e da salvaguarda da segurança interna (artigo 276.º TFUE). Ainda no que respeita à jurisdição europeia, deverá destacar-se o novo recurso prejudicial urgente relativo aos processos junto de uma autoridade nacional ao abrigo dos quais haja pessoas detidas, nos quais o TJUE deverá decidir no mais breve espaço de tempo (art. 267.º, alínea b) do TFUE).¹⁹

O artigo 71.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia cria no Conselho um Comité Permanente da Segurança Interna (COSI)²⁰, que tem como objetivo principal facilitar, promover e reforçar a coordenação das ações operacionais entre os Estados-Membros da UE no domínio da segurança interna. Nesse âmbito, a sua ação desenvolver-se-á, entre outros, nos domínios da cooperação policial e aduaneira, da proteção das fronteiras externas e da cooperação judiciária em matéria penal.

¹⁹ Consultado em 08 de maio de 2014. <http://www.dgai.mai.gov.pt/?area=102&mid=105&sid=105>

²⁰ Criado pela Decisão do Conselho 2010/131/EU, de 25 de fevereiro de 2010

O COSI não participa na elaboração de atos legislativos nem na condução de operações.

O Conselho da União Europeia incumbiu o COSI²¹, para os anos de 2014 a 2017, no âmbito do seu mandato e como especificado nas Conclusões do Conselho sobre a criação e implementação de um ciclo político da UE para a criminalidade internacional grave e organizada, de coordenar, apoiar, monitorizar e avaliar, como estabelecido no ciclo político da UE, a implementação dos planos estratégicos plurianuais (PEP) e planos de ação operacionais (PAO) anuais de cada prioridade.

O COSI deve assegurar a coerência na aplicação das medidas operacionais necessárias para reforçar a segurança interna na União, nomeadamente, mediante uma cooperação efetiva entre as autoridades nacionais competentes e entre as agências da UE. Em particular, deve assegurar a coerência entre as PEP que o COSI deve adotar e os PAO anuais que o COSI deve validar, com base nas prioridades para a criminalidade definidas pelo Conselho, e a aplicação da Estratégia de Segurança Interna.

O COSI deve igualmente concertar-se com os órgãos preparatórios pertinentes do Conselho, a fim de assegurar que a aplicação destas prioridades em matéria de criminalidade é tida em conta noutros domínios de ação.

Em Portugal a representação é assegurada pelo Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna.

3. Agências de cooperação policial e judiciária em matéria penal

Estas agências estão relacionadas com as áreas do extinto III pilar, e têm como missão apoiar os Estados-Membros da União Europeia a cooperarem na luta contra a criminalidade organizada internacional. As agências a abordar são as seguintes: Serviço Europeu da Polícia (EUROPOL), Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (EUROJUST) e a Academia Europeia de Polícia (CEPOL).

²¹ Nota do Secretário-Geral do Conselho da União Europeia para o Conselho, 9849/13, 28 de maio de 2013.

3.1. *EUROPOL (Serviço Europeu da Polícia)*

A ideia de criar um Serviço Europeu de Polícia nasceu a partir do Tratado de Maastricht, este serviço iniciou as suas atividades em 1994 com a designação de “Unidades de Droga Europol”, em 1995 surge a Convenção que cria a EUROPOL, no entanto esta Convenção só viria a entrar em vigor em outubro de 1998.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de dezembro de 2009, as disposições relativas à EUROPOL são abrangidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Título V- Espaço de liberdade, segurança e justiça), para além disso, uma decisão do Conselho veio substituir a Convenção Europol, a partir de 1 de janeiro de 2010.

A EUROPOL tem como missão apoiar, reforçar a ação das forças e serviços de segurança dos Estados- Membros bem como a cooperação entre essas autoridades na prevenção e combate contra as formas graves de criminalidade que afetem dois ou mais Estados- Membros.

Não é uma polícia europeia propriamente dita, trata-se de um instrumento ao serviço dos Estados-Membros, destinado a permitir-lhes enfrentar melhor os fenómenos criminosos. A ação da EUROPOL consiste, por um lado, em facilitar a transmissão de informações entre os serviços nacionais e, por outro, em lhes fornecer investigações de âmbito criminal, participa nas equipas comuns de investigação formadas pelos serviços dos diferentes Estados-Membros, em articulação com a EUROJUST.

Em cada Estado-Membro existe um elo de ligação designado Unidade Nacional Europol (UNE), em Portugal esta unidade é assegurada pela Polícia Judiciária.

3.2. *EUROJUST (Unidade Europeia de Cooperação Judiciária)*

A EUROJUST é um organismo da União Europeia foi criada pela Decisão 2002/187/JAI do Conselho, de 28 de Fevereiro de 2002 adotada com base nos artigos 31.º e 34.º, n.º 2, alínea c), do Tratado da União Europeia (Título VI).

Esta Decisão veio a ser substancialmente alterada por Decisão 2009/426/JAI, 16 de dezembro de 2008, no sentido de a reforçar.

O Tratado de Nice (2003) incorporou a EUROJUST no Tratado da União Europeia, por alteração dos respetivos artigos 29.º e 31.º e o Tratado de Lisboa (2007), que altera o Tratado da União Europeia, dedica o seu artigo 85.º, inteiramente, à EUROJUST, sublinhando o seu papel no apoio e consolidação da coordenação e da cooperação entre as autoridades nacionais que têm a cargo o poder de investigar e de exercer a ação penal.

Tem como missão reforçar a eficácia das autoridades nacionais responsáveis pela investigação e pelo exercício da ação penal na luta contra as formas graves de criminalidade transfronteiriça e a criminalidade organizada, promovendo procedimentos penais mais céleres e eficazes.

O Colégio EUROJUST é composto por 28 membros nacionais, um membro por cada Estado-Membro da União Europeia.

É o primeiro organismo da União Europeia que tem capacidade para interferir nos sistemas penais nacionais, traduzindo essa capacidade na faculdade de solicitar às autoridades nacionais competentes que deem início a uma investigação ou instaurem um procedimento penal por factos precisos; que admitam que uma delas possa estar em melhor posição para dar início a uma investigação ou instaurar um procedimento penal por factos precisos; que se coordenem entre si; que criem uma equipa de investigação conjunta; ou que lhe forneçam todas as informações necessárias ao desempenho das suas funções.

A EUROJUST coopera também com a Rede Judiciária Europeia, a Europol e o OLAF (relativamente a crimes que afetam os interesses financeiros da União Europeia), FRONTEX, presta apoio logístico e pode organizar e facilitar a coordenação de reuniões entre as autoridades judiciais e as autoridades policiais dos diferentes Estados para ajudar a resolver questões jurídicas e problemas de ordem prática.

O papel da EUROJUST tem vindo a crescer, bem como a sua participação ao nível operacional e o seu envolvimento ao nível da cooperação judiciária europeia, fazendo parte do quotidiano dos juizes e procuradores de todos os Estados- Membros.

3.3. CEPOL (*Academia Europeia de Polícia*)

Inicialmente foi instituída por uma decisão do Conselho de 22 de Dezembro de 2000, no entanto devido a várias dificuldades sentidas nos três anos subsequentes, a 24 de Fevereiro de 2005, o Conselho apelou à introdução de melhoramentos ao funcionamento da Academia Europeia de Polícia. Nesse sentido a CEPOL foi estabelecida como Agência da União Europeia, desde 2005, através da Decisão do Conselho 2005/681/JAI de 20 de setembro de 2005.

A finalidade da CEPOL é de contribuir para a formação de altos funcionários das forças policiais da Europa que lidam com a criminalidade a nível europeu. Possui um conjunto de cursos e métodos de estudo que abrange o combate ao terrorismo, a cibercriminalidade, o tráfico de droga, a gestão de catástrofes, a ciência forense e a luta contra a fraude, procurando desta forma estar na linha da frente da formação profissional e doutrinal da segurança.

A capacidade da Academia Europeia de Polícia para responder aos novos desafios de segurança no domínio da justiça e dos assuntos internos, bem como à ameaça da criminalidade internacional, irá, em grande medida, determinar o futuro da Europa.

4. A Estratégia de Segurança Interna na União Europeia

Em 25 e 26 de fevereiro de 2010 a Presidência do Conselho, apresentou o Projeto de Estratégia de Segurança Interna, um documento que surge no âmbito do Programa de Estocolmo e do Tratado de Lisboa e que de certa forma vem colmatar uma lacuna da União Europeia, uma vez que “o conceito estratégico europeu” estava apenas centrado na sua vertente externa.

A Estratégia Europeia de Segurança foi apresentada em 2003 e em 2008²² foi revista durante a presidência francesa. Este documento abordava apenas as ameaças externas e, por isso, tornava-se necessá-

²² Consultada em www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/QC7809568PTC.pdf. Obtido em 02 de maio de 2014.

rio sintonizar a UE com a corrente que defende que, com a crescente disparidade e complexidade de ameaças, faz cada vez menos sentido separar por um lado, as ameaças à segurança externa e por outro as ameaças à segurança interna.

Assim, por iniciativa da Presidência semestral espanhola, o Conselho Europeu de 25 e 26 de março de 2010 aprovou a Estratégia de Segurança Interna da União Europeia (ESI)²³ e convidou a Comissão a identificar propostas concretas para a sua execução.

A ESI define os princípios e as orientações que permitiam à Europa responder aos desafios e ameaças emergentes e reforçar a segurança na Europa para o período 2010 a 2014 e define um modelo de segurança europeu, objetivo principal deste documento, que pode retirar no subtítulo “Em Direção a Um Modelo Europeu de Segurança”.

Neste sentido, a segurança interna deve ser entendido como um conceito amplo e completo que se estende a múltiplos sectores a fim de fazer face a essas graves ameaças e a outras que tenham um impacto direto na vida, na segurança e no bem-estar dos cidadãos, incluindo as catástrofes naturais e as provocadas pelo homem, tais como os incêndios florestais, os terremotos, as inundações e as tempestades.

Entre as ameaças comuns destacam-se as mais importantes: o terrorismo, em todas as suas formas; as graves formas de criminalidade organizada, a cibercriminalidade, a criminalidade transfronteiriça, a violência em si mesmo, as catástrofes naturais e as catástrofes provocadas pelo homem.

Em novembro de 2010, a Comissão Europeia apresentou a “Estratégia de Segurança Interna da UE em Ação: cinco etapas para uma Europa mais segura”²⁴, identificando cinco objetivos estratégicos e definindo uma série de ações em torno de cada um desses objetivos, designadamente: dismantelar as redes internacionais de criminalidade que ameaçam a nossa sociedade; prevenir o terrorismo e responder à radicalização e ao recrutamento; reforçar os níveis de segurança para

²³ Consultada em http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/QC3010313PTC.pdf, Obtido em 02 de maio de 2014

²⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 22 de novembro de 2010, Obtido em 02 de maio de 2014 http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/malmstrom/pdf/news/internal_security_strategy_in_action_en.pdf.

os cidadãos e as empresas no ciberespaço; reforçar a segurança através da gestão das fronteiras e reforçar a capacidade de resistência da Europa às crises e às catástrofes naturais e provocadas pelo Homem.

O desenvolvimento da Estratégia de Segurança Interna da União Europeia (ESI) “é uma contribuição importante para o objectivo do Programa de Estocolmo de uma Europa aberta e segura”. A ESI oferece a base para uma ação concertada com o intuito de resolver desafios comuns de segurança.

No âmbito da Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, o Parlamento congratula os resultados alcançados e pede novas medidas de segurança das obrigações da União Europeia de Direitos Humanos: o respeito pelos direitos fundamentais e subsidiariedade²⁵; o “Ciclo operacional da UE” é necessário que haja uma clara divisão de tarefas entre a UE e os Estados – Membros; a participação do Parlamento na elaboração do ESI; complementaridade entre a ESI e política externa; as principais áreas do ESI não são exaustivas e as prioridades podiam ter sido melhor estruturadas, sublinhando que a luta contra o terrorismo e o crime organizado é e deve continuar a ser uma prioridade da ESI e exorta a Comissão e o Conselho a priorizar a luta contra a corrupção; o reforço da cooperação policial e judiciária da UE, nomeadamente através da Europol e da Eurojust, bem como através de formação adequada e na promoção de ligações entre a segurança interna e externa, a cooperação da UE com outras instituições internacionais, como a NATO e a OSCE; deve-se desenvolver mecanismos de prevenção; definir uma estratégia política mais ampla que envolve a dimensão de segurança, bem como as políticas de imigração, de asilo e de desenvolvimento a nível e as políticas de apoio

²⁵ O princípio da subsidiariedade “visa determinar o nível de intervenção mais pertinente nos domínios de competências partilhadas entre a UE e os Estados-Membros. Pode ser uma acção a nível europeu, nacional ou local. Em todo o caso, a UE só pode intervir se estiver em condições de agir de forma mais eficaz do que os Estados-Membros. O princípio da subsidiariedade visa igualmente aproximar a UE dos seus cidadãos, assegurando que uma acção seja executada a nível europeu quando necessário. No entanto, o princípio da subsidiariedade não significa que uma acção deve ser sempre executada a um nível mais próximo do cidadão.” Obtido em 07 de maio de 2014. http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_pt.htm.

ao desenvolvimento económico, social e democrático e promoção dos direitos humanos em países terceiros da UE.

Refere que deve-se proceder a uma revisão parlamentar intercalar do Programa de Estocolmo , antes do final de 2013 , a fim de avaliar suas prioridades estratégicas, legislativas e financeiras.

Assim, nesse sentido em março de 2014 foi apresentado o relatório sobre a revisão intercalar do programa Estocolmo. Tendo em consideração a área da segurança interna são realçados os seguintes aspetos: o progresso alcançado pelos Estados-Membros e pela Comissão no contexto da Estratégia de Segurança Interna (ESI) e do ciclo político da UE sobre a criminalidade internacional grave e organizada, no entanto sublinha que ainda é necessário fazer mais progressos nestes domínios; a existência de uma melhor coordenação de todos os serviços da UE com responsabilidades na aplicação das políticas antiterrorista da UE, nomeadamente, o Coordenador da Luta Antiterrorismo, a Europol, o Comité Permanente para a Cooperação Operacional em matéria de Segurança Interna (COSI); reconhece que a criminalidade transfronteiriça está a aumentar na UE e, por isso, salienta a importância de um financiamento suficiente das suas agências que trabalham no domínio da cooperação policial; considera que o atual leque de diferentes instrumentos, canais e meios para o intercâmbio de informação policial a nível europeu é complexo e disperso, conduzindo a uma utilização ineficaz dos instrumentos existentes e a uma supervisão e responsabilização democráticas inadequadas a nível da UE; exorta a uma visão orientada para o futuro no que toca à configuração e à otimização da partilha de dados policiais na UE, garantindo, simultaneamente, um elevado nível de proteção de dados; constata a necessidade de reforçar a confiança mútua das autoridades policiais, a fim de fomentar o intercâmbio de informações e a falta de recursos adequados para a prevenção e resposta às catástrofes naturais ou de origem humana.

5. Conclusões

Os próximos escritos são dedicados à apresentação de algumas conclusões, resultantes da investigação e do estudo que se fez do desíg-

nio do tema do trabalho, “A segurança interna na União Europeia”, e que resumem ideia com que ficamos dessa matéria.

O facto de existir um mercado comum, que criaria maior dinamismo económico com vantagens para o desenvolvimento social e monetário dos Estados também abriria o aparecimento de novas ameaças para o espaço europeu.

Tudo começou com o aumento da atividade terrorista sentida na Europa Ocidental e com a perceção de que os Estados isolados não conseguiam fazer frente a esta ameaça. Neste sentido, começa-se a existir uma tentativa de cooperação entre os Estados- Membros.

O marco mais importante desta tentativa surgiu com a criação do Grupo TREVI, que alcançou resultados significativos ao nível da criminalidade organizada.

O acordo Schengen e a subsequente Convenção de Aplicação foram um importante contributo para uma Europa sem fronteiras, com a aplicação de um conjunto de normas compensatórias para fazer face às consequências internas da liberdade de circulação de pessoas e bens entre os Estados-Membros.

Assistiu-se no domínio da cooperação policial e judiciária uma evolução através de impulsos, o ataque de 11 de setembro de 2001 ao *World Trade Center*, e o atentado de 11 de março de 2004 a Londres, faz acordar a Europa esquecida dos acontecimentos vividos, fazendo aprovar o programa Haia.

Com o Tratado de Lisboa realça-se a criação do COSI, cujo objetivo principal é o de facilitar, promover e reforçar a coordenação das ações operacionais entre os Estados- Membros no domínio da segurança interna.

A União Europeia tem feito avanços progressivos, passo a passo, no que diz respeito à segurança em vez de transformações repentinas. Como é o caso dos sucessos que tem alcançado na aplicação de instrumentos jurídicos como por exemplo o mandado de detenção Europeu, a todos o Estados-Membros, devendo ser, essa a forma mais adequada para a construção e solidificação da União Europeia.

A União Europeia, em cada pequeno passo que dá, faz com o que os Estados cedam e partilhem parte da sua soberania, perdendo assim parte do seu poder de iniciativa. Mas, a razão por que têm o feito e

continuam a fazer resulta da consciência que em conjunto têm mais vantagens do que sozinhos.

Assim, criaram-se entidades descentralizadas, como é caso a EUROPOL, um organismo responsável pela colaboração entre os Estados-Membros na luta contra a criminalidade organizada, através da troca de informações; a EUROJUST promove a coordenação das investigações e ação penal que envolva vários Estados. A CEPOL tem evidenciado ser uma ferramenta importante para a harmonização de condutas e procedimentos em todos os Estados-Membros, contribuindo assim, para uma era Europa mais capaz.

A estratégia de segurança interna da União Europeia teve como bases o Programa de Estocolmo e o Tratado de Lisboa. Esta têm o seu término em 2014, devemos agora analisar os resultados obtidos e pensar ou repensar na estratégia aplicar nos próximos anos. No entanto realçamos que ainda há muito trabalho pela frente.

A atual crise financeira que se vive poderá servir para que haja maior integração e desenvolvimento no seio da União Europeia, ou irá mostrar as desigualdades e colocar à mostra as fragilidades de uma União Europeia que diz ser Unida.

BIBLIOGRAFIA

- COSTA, Jorge, *O mandado de detenção europeu emissão e execução segundo a lei nacional* in Revista do Instituto Superior de Policia Judiciária e Ciências Criminais, n.º 4, (Jul-Dez. 2004);
- FERREIRA, Joana Gomes, *Manual de Procedimentos relativos à emissão do MDE*, Procuradoria-geral da República, 2007;
- GRAÇA, António Pires Henriques da, *O regime jurídico do mandando de detenção europeu* in *Boletim: informação & debate*, Série 4, n.º 2 (Dezembro 2003), p. 85-107;
- MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, *Mandado de detenção europeu* in *Revista do Ministério Público*, Ano 27.º, n.º 106 (Out.-Dez. 2006) p. 163-167;
- MESQUITA, Maria José Rangel de, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Coimbra: Almedina, 2010;

- PEDROSO, Arménio, Espaço de Liberdade Segurança e Justiça da União Europeia. In *Estudos de Direito e Segurança*. Vol. II. Coimbra: Almedina. pp. 65- 90. 2012;
- PIÇARRA, Nuno (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – Aspectos centrais*, Coimbra: Almedina, 2011 PIÇARRA, Nuno, “A política de fronteiras da União Europeia: do arranque adiado à centralidade progressiva. In *Estudos em Homenagem ao Professo Doutor Paulo Pitta e Cunha*, vol. I. Coimbra: Almedina pp. 936-965. 2010;
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *Mandado de Detenção Europeu na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?* in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 1 (Jan.-Mar. 2003), p. 27-63;
- RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma política criminal europeia. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no Espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra editora. pp. 17. 2002;
- RODRIGUES, Anabela Miranda. “O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas”. In *Revista do Ministério Público*, Ano 21.º, Outubro-Dezembro, pp. 24. 2000;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Mandando Detenção Europeu*, Coimbra: Almedina, 2006;
- Valsamis Mitsilegas, J. M. (2003). *The European Union and internal security: guardian of the people?* New York, N.Y.: Palgrave Macmillan, 2003;
- SOUSA, Constança Urbano de (2005). «A segurança Interna no Espaço Europeu». In Manuel Valente (coord.), *I Colóquio de Segurança Interna*. Edições Almedina, Coimbra, pp. 101-122;
- SOUSA, Pedro Miguel L.F. Lourenço, “Da cooperação Policial na União Europeia: as equipas de investigação conjuntas”. In *II Colóquio de Segurança Interna*. Coimbra: Almedina, pp. 292. 2006.

Legislação

Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado (2014). Coimbra: Almedina.

Fontes eletrónicas

http://www.european-uncil.europa.eu/media/854718/1975_december_rome__eng_.pdf;
<http://www.sirene.sef.pt/glossario.html>;
http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm;
http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_1.1.5.pdf;
www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/QC7809568PTC.pdf;
http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/QC3010313PTC.pdf;
http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/malmstrom/pdf/news/internal_security_strategy_in_action_en.pdf;
http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_pt.htm.

Investigação Criminal, Processo Penal e Comunicação Social¹

Criminal Investigation, Criminal Procedure and the Media

ARISTÓFANES SANTOS²

Resumo: O presente trabalho, “A Investigação Criminal, e a Publicidade Processual em Angola”, visa de efetuar uma avaliação profunda dos aspetos ligados a publicidade do processo, tendo em atenção uma série de fatores e condições que podem provocar contrariedades, limites de atuação, violação de determinados direitos fundamentais etc.

Como sabemos, o processo “serve para aplicação da lei penal aos casos concretos, tendo por isso um valor instrumental bem preciso: que (nenhum responsável passe sem punição) *in punitum non relinqui facius* (nenhum inocente seja condenado) *innocentum non condemnari*”.³ Ou seja, com o processo, pretende-se a descoberta da verdade e a realização da justiça.

Por conseguinte, os órgãos de comunicação social pretendem o mesmo – a descoberta da verdade. Daí a importância de avaliar o tipo de informação que o público aceita, o que este público pensa da justiça em Angola, quais os meios que difundem essa informação, que acaba por influenciar essa mesma opinião pública, até porque, nos nossos dias já não podemos viver sem informação, da mesma forma temos que coexistir com as instituições que zelam pela justiça, e essa coabitação social gera conflitos, jogos de interesses, viola direitos e liberdades fundamentais, ou seja, cria toda uma panóplia de situações que fez despertar o nosso interesse por este assunto.

Em Angola, a problemática da resolução de casos complicados, pode levar muitos anos a resolver, tendo em conta uma série de dificuldade que podem surgir ao longo do processo, mas sobretudo porque, os “Tribunais não têm capacidade para gerir um volume de solicitações tão significativo e diversificado como o que

¹ Entregue: 3.3.2015; aprovado: 4.7.2015.

² Comissário da Polícia Nacional de Angola.

³ Cfr. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, Lisboa, faculdade de Direito da Universidade Católica, 1998, p. 24

lhes é atualmente dirigido”⁴. Essa situação tem provocado um clima de suspeições que leva muitas vezes os meios de comunicação social a efetuarem os chamados julgamentos em praça pública, ou seja, ao veicularem determinadas notícias, pode levar a população a retirar determinadas ilações que podem acabar por influenciar negativamente o andamento do processo.

Portanto, parece-nos, um tema bastante atual num país como Angola cuja democracia começa a dar os primeiros passos.

Palavras-chave: *Investigação Criminal, Publicidade, Processo, Direitos, liberdades e garantias.*

Abstract: The present work, “The Criminal Investigation ,and the Procedural Adverting in Angola, “aims to make a thorough assessment of the aspects linked to the Advertising Process, taking into account a number of factors and conditions that can cause setbacks, Performance limits, Violation of certain Fundamental rights etc...

As we know, The Process “Serves to application of criminal law to specific cases, and thus a Very Precise instrumental value: That (No responsible pass unpunished) impunitum non fascinius relinqui (No innocent convicted) innocentum non condenari”. That is, with the process, it aims to establish the trust and achieving justice. Therefore the media claim the same-the discovery of truth. Hence the importance of evaluating the type of information that the public accepts, what this public think of justice in Angola, which means that spread this information, which ultimately influence this same public opinion, because, nowadays we can no longer live without information, just as we have to coexist with the institution who care for justice, and that cohabitation generates social conflicts, gaming interests in this subject.

In Angola the problem of solving complicated cases can take years to resolve, taking into account a series of difficulties that may arise along the way, but mainly because, the “courts have no capacity to manage a volume requests as significant and diverse as what they are currently headed.” This situation has caused an atmosphere of mistrust that often causes the media to affecting the so-called judgments in the public square, when they transmit certain notices, can lead people to take certain lessons that can end up negatively influencing progress.

So it seems to us, a Very current topic in a country like Angola whose democracy begins to take the first steps

Keywords: *Criminal scense Investigation, Advertising, Process Rights Freedoms and Guarantees.*

⁴ Cfr. Cunha Rodrigues, *Op. Cit*, in RPCC, p. 534.

Introdução

O Estado é a organização política de um determinado povo. A sua existência é consubstanciada no acordo comum entre os seus membros, pois não seria possível manter a paz e a segurança dentro e fora das fronteiras do Estado sem que antes houvesse um acordo comum entre os seus membros, ou seja, “a necessidade de superar os conflitos de interesses levou os homens a conceber sociedades mais complexas que englobam as sociedades primárias e criam entre si possibilidades de colaboração pela subordinação obrigatória a deveres comuns e pelo reconhecimento de direitos recíprocos garantidos por autoridade dotadas de poder coercitivo”⁵.

Assim, o Estado “é indispensável para a realização dos fins que o homem prossegue de acordo com a sua natureza e que excedem o apoio que pode encontrar na família ou na associação das famílias em pequenas comunidades”⁶. Para que o Estado cumpra a sua missão com sucesso, dispõe de meios próprios que visam a legitimação da sua atividade, ou seja, é necessário a existência de um aparelho preventivo/repressivo que visa a garantia da autoridade. As sociedades são regidas por normas de convivência social que visam a proteção dos cidadãos das ações de certos indivíduos que tentam criar uma desestabilização das normas de convivência aceites por todos os membros da comunidade.

Se por um lado o Estado tem por obrigação a garantia da Segurança Pública, prevenção e a repressão da criminalidade, assegurando a paz social tão necessária à vivência em comunidade nas sociedades civilizadas e democráticas, por outro lado, o cidadão comum, tem para além do direito à satisfação de todos os direitos que a sociedade e o ordenamento jurídico do Estado lhe reconhecem, a obrigação de contribuir para a sua própria segurança e bem-estar, cooperando e colaborando com as entidades e autoridades policiais, no sentido de se obterem melhores índices de segurança e tranquilidade pública.

⁵ Cfr. António José Fernandes, *Ciência Política*, Teorias Métodos e Temáticas, Lisboa, E.S.P., 1991, p. 90

⁶ Cfr. Adriano Moreira, *Ciência Política*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 21

Por conseguinte, é preciso ter em conta que a pluralidade democrática existente no seio da sociedade em muitos casos provoca alguma desordem ou conflitos sociais onde cada cidadão pretende ver resolvidos os seus problemas sem se preocupar com os demais. Daí a necessidade da existência de um órgão com poder coativo que faça cumprir as decisões do aparelho estadual, ou seja, a polícia surge como uma força capaz de fazer cumprir a lei. Embora os membros da sociedade não perfilhem das mesmas ideias, motivados pelo pluralismo democrático, é imperioso que toda a sociedade acate a lei, uma vez que todos são detentores de direitos e deveres, devendo a sua conduta contribuir para a sua própria segurança.

O presente trabalho, “A Investigação Criminal, Processo Penal e Comunicação Social”, visa de efectuar uma avaliação profunda dos aspectos ligados a publicidade do processo, tendo em atenção uma série de factores e condições que podem provocar contrariedades, limites de actuação, violação de determinados direitos fundamentais etc.

Como sabemos, o processo “serve para aplicação da lei penal aos casos concretos, tendo por isso um valor instrumental bem preciso: que (nenhum responsável passe sem punição) *in punitum* non relinqui facius (nenhum inocente seja condenado) *innocentum non condemnari*”.⁷ Ou seja, com o processo, pretende-se a descoberta da verdade e a realização da justiça.

Por conseguinte os órgãos de comunicação social pretendem o mesmo – a descoberta da verdade. Daí a importância de avaliar o tipo de informação que o público aceita, o que este público pensa da justiça em Angola, quais os meios que difundem essa informação, que acaba por influenciar essa mesma opinião pública, até porque, nos nossos dias já não podemos viver sem informação, da mesma forma temos que coexistir com as instituições que zelam pela justiça, e essa coabitação social gera conflitos, jogos de interesses, viola direitos fundamentais, ou seja, cria toda uma panóplia de características das sociedades desenvolvidas que fez despertar o nosso interesse por este assunto. Portanto parece-nos, um tema bastante atual num país como Angola cuja democracia começa a dar os primeiros passos.

⁷ Cfr. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, Lisboa, faculdade de Direito da Universidade Católica, 1998, p. 24.

CAPÍTULO I

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONSIDERAÇÕES GERAIS

Conceptualização genérica

O Estado angolano tem como uma das tarefas fundamentais “assegurar os direitos, liberdades e garantias fundamentais”⁸ de todos os cidadãos. Trata-se pois da responsabilidade que impende sobre o Estado na garantia de uma convivência sadia entre os seus membros, aliás, como nos ensina Aristóteles, o homem é um ser gregário e como tal está condenado a viver em sociedade”, mas para que tal vivência seja salutar pressupõe o cumprimento de determinadas normas para que os seres humanos se possam entender, pelo que caberá ao Estado criar as premissas para que essa convivência seja facilitada⁹.

Nas sociedades democráticas, a protecção dos direitos fundamentais é da responsabilidade das forças de segurança, a quem lhes estão cometidas uma série de responsabilidades inerentes à sua função, mas essa actuação deve respeitar determinados princípios estabelecidos no ordenamento jurídico nacional. O artigo 209.º da Constituição da República de Angola, adiante designada por CRA constitui toda a base da actuação policial.

O art. 210.º da nossa constituição vai mais longe ao afirmar que “a Polícia Nacional é a instituição nacional policial, permanente, regular e apartidária... incumbida da protecção e asseguramento policial do país, no estrito respeito pela constituição e pelas leis...”. Assim, importa reter que devemos “ter em atenção que todos os cidadãos

⁸ Cfr. CRA Artigo 30.º e seguintes.

⁹ Na verdade, a protecção dos direitos fundamentais obriga à limitação do poder criando um conflito permanente entre a autoridade e a liberdade, pelo que a função policial torna-se extremamente importante para a manutenção da ordem na sociedade, ou seja, a atuação policial acaba por se traduzir na imposição de restrições a determinadas condutas individuais ou coletivas que alterem a ordem social, contando que essa atuação não pode ir além do estritamente necessário, ou legalmente estabelecido, sob pena de ser considerada ilegal

devem respeitar as normas existentes na sociedade, uma vez que o Estado monopoliza a atividade de segurança”¹⁰ não permitindo que outras entidades o façam, pelo que é tarefa da Polícia Nacional, na qualidade de Polícia administrativa com fins gerais, desenvolver todas as atividades necessárias ao cumprimento do estabelecido na lei.

A Lei 12/02 de 16 de Agosto, Lei de Segurança Nacional refere no seu art. 1.º que “a Segurança Nacional á a atividade do Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade pública e contribuir, assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática”. O art. 2.º do mesmo normativo legal esclarece melhor a maneira como se exerce tal desiderato quando refere que “a atividade de Segurança Nacional exerce-se nos termos da lei, designadamente, da lei Penal e Processual Penal e dos diplomas que estabelecem a organização e funcionamento dos serviços públicos de informações e órgãos e serviços de ordem interna da República de Angola”.

Na verdade a pretensão do Estado é criar as premissas para que os cidadãos possam viver em paz e em segurança dentro das regras do Direito, perfilhadas por todos os membros que dela fazem parte. Por conseguinte existem pessoas na sociedade que decidem não acatar as normas socialmente aceites e enveredam para o cometimento de crimes, colocando em causa a ordem e tranquilidade pública que imensa falta faz a uma sociedade, aliás não se compreende uma sociedade sem regras.

Assim, devemos ter bem presente que a sociedade global em que vivemos o crime organizado vai evoluindo cada vez mais, combinando as inovações tecnológicas inerentes ao processo de globalização com a especialização cada vez mais intensa não só em relação às atividades criminosas praticadas pela organização, mas também referente à captação de membros especialistas em diversas áreas, como, por exemplo, em informática, em transações comerciais etc.

¹⁰ Neste caso excetuam-se as Empresas de Segurança Privadas que se regem por legislação própria, não podendo contudo, ser consideradas como Forças de Segurança.

Nos nossos dias vamos verificando cada vez mais, que a criminalidade contemporânea caracteriza-se como uma criminalidade não convencional, cujo perfil assume inúmeras formas de manifestação, exigindo do aplicador do direito a árdua missão de rever conceitos tradicionais, adequando os mesmos ao tempo e ao espaço, através do filtro da eficiência penal. Dai a razão da existência da Investigação Criminal, como um instrumento que visa investigar os cidadãos que tenham cometido crimes ou atos tipificados na lei como tal, com vista ao apuramento da verdade dos factos e a realização da justiça, bem como prevenir a prática de novos ou mais crimes.

“O vocábulo investigação vem do étimo latino «investigatione» (in+vestigius+actio), que significa a ação dirigida sobre o rasto, a peugada, e que levou à tradução de ato de pesquisar, de indagar, de investigar, (...), um olhar inquiridor sobre os vestígios deixados e os rastos não apagados para que se chegue a uma verdade, a um conhecimento”¹¹.

Para Hermann Mannheim “a investigação é um processo padronizado e sistemático destinado a atingir o conhecimento (...) diz respeito, primariamente, à descoberta dos factos, concebidos no sentido mais amplo da palavra, e se nos poder levar a uma melhor compreensão e valorização dos factos observados, tanto melhor”¹². “A investigação criminal é, desta forma, o alicerce do processo-crime que irá decidir pela condenação ou pela absolvição. Estas decisões dependem fortemente do empenho e da qualidade da investigação levada a cabo pela Polícia”¹³.

Em Angola a competência em matéria de investigação criminal estão reguladas no decreto-presidencial n.º 209/14 de 18 de agosto, Onde no art. 17.º do mesmo decreto-presidencial esclarece que “O Serviço de Investigação Criminal é o órgão executivo central ao qual cabe executar as políticas e medidas legislativas destinadas a investigar indícios de crimes, a adotar os meios de prevenção e repressão da cri-

¹¹ Cfr. Manuel Valente, “A investigação criminal como motor de arranque do processo penal”, in *Polícia Portuguesa*, Ano LXIII, 2.ª série, N.º 122, Mar/Abr, 2000, p. 2.

¹² Vide Hermann Mannheim, *Criminologia Comparada*, Tradução de J. Faria Costa e Manuel Costa Andrade, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, Vol. I, p. 117.

¹³ Cfr. Manuel Valente, *Perspetiva Técnico-Jurídica da Segurança para a Economia*, Conferência no ISCPsi, 25 Out 2000, p. 18.

minalidade, do crime organizado, e financeiro e demais crimes contra as pessoas e contra a propriedade, realizar a instrução preparatória dos processos-crime em todas as causas de sua competências e efetuar detenções, revistas buscas e a apreensões”¹⁴.

Na verdade, a investigação criminal consiste numa sequência de “atos preordenados que são praticados por grupos de pessoas legal e legitimamente autorizadas, que seguem um modelo padronizado e sistemático, e que irão dizer se existiu ou não um crime, determinar os autores e reunir as provas necessárias a uma decisão.”¹⁵ Ela começa com a notícia do crime e visa a prova da materialidade dos factos, da culpabilidade dos arguidos ou da sua inocência.¹⁶ É, pois, uma atividade investigativa conduzida sob direção do Ministério Público, em que a lei admite, em regra, todos os meios de prova.¹⁷

Para Manuel Valente, a investigação criminal assenta “em hipóteses que o investigador levanta aquando da notícia da conduta ilícita, culposa ou típica. A única proposição definitiva que existe é, sem dúvida, o facto ocorrido, a produção do dano ao bem jurídico ofendido em mãos: propriedade, vida, honra, a segurança do estado”¹⁸. Os investi-

¹⁴ Em Angola a investigação criminal é realizada e desenvolvida por agentes públicos, mais concretamente pela Direção Nacional de Investigação Criminal (art. 32 do dec-lei n.º 20/93 de 11 de Junho). Ela deve ser entendida, do ponto de vista genérico, como a atividade destinada a apurar as infrações penais, com a identificação da autoria, documentação a materialidade e esclarecimento dos motivos, circunstâncias, causas e consequências do delito, para proporcionar elementos probatórios necessários à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, ou seja, *a investigação criminal e o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, visam averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher provas, no âmbito da acção penal*. Representa a primeira fase da persecução penal estatal; a ação penal corresponde à segunda fase da persecução”.

¹⁵ Cfr. Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Valente, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus O Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal*, Almedina – no prelo.

¹⁶ Cfr. art. 12.º n.º do Decreto-Lei n.º 35 007.

¹⁷ Cfr. art. 173.º do CPP.

¹⁸ Cfr. Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Valente, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus O Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal*, Almedina – no prelo.

gadores, peritos em várias áreas distintas, trabalham na dependência da tecnologia e do desenvolvimento de várias ciências sendo que, “a investigação criminal não está longe do empirismo e da interdisciplinaridade própria de uma área que, muitas das vezes, só alcança os seus frutos quando apoiada e auxiliada por outras ciências”¹⁹.

Do exposto resulta que a investigação criminal não é mais do que “o processo de procura de indícios e de vestígios que indiquem e expliquem e que nos façam compreender quem, como, quando, onde e porquê foi cometido o facto X. Este processo, que dança num reajustar deambulatório entre a prova conseguida e a contraprova aceite, deve ser padronizado e sistemático segundo as regras jurídicas que travem o poder de quem o pode abusar”²⁰.

A investigação criminal é o “*momento pré-processual da Administração da Justiça Penal, que se insere na ‘persecutio criminis’*”²¹. Assim, podemos afirmar que a investigação criminal é um conjunto de atos administrativos ou procedimentos preliminares destinados ao apuramento das infrações penais e respectiva autoria.

Na verdade a investigação criminal é formalizada no inquérito policial. O inquérito surge, portanto, como a forma da exteriorização da *investigatio*²². Trata-se de um momento de cognição sumária com objetivo primário de averiguar o delito e a sua autoria, processo. – apresentação da peça acusatoria – ou o não processo (arquivamento). Podemos então afirmar que a investigação criminal é a atividade desempenhada pelos órgãos públicos com competência para verificação do nível de responsabilidade pelo delito e fornecimento de elementos probatórios mínimos ao Ministério Público para o exercício da ação.

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Cfr. José Frederico Marques (in Tratado de Direito Processual Penal, vol. 1, Saraiva, 1980, pág. 181

²² Convém dizer que a investigação criminal deve se pautar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inerentes à Administração Pública preservando os interesses da sociedade e do investigado, em atendimento aos preceitos legais, acautelando o uso de meios morais e éticos, de forma pública e transparente, na busca de celeridade e melhor resultado, inclusive em coparticipação com órgãos policiais, tudo sob controlo judicial próprio).

Tendo sempre bem presente que «a instrução do processo penal tem por fim verificar a existência da informação, determinar os seus agentes e averiguar a sua responsabilidade», ou seja, «na instrução devem, tanto quanto possível, investigar-se os motivos e circunstâncias da informação, os antecedentes e estado psíquico dos seus agentes, no que interesse a causa, e os elementos de facto que importa conhecer para fixar a indemnização por perdas e danos»²³. Assim se pode concluir que a intenção da lei é abranger de forma genérica toda a actividade investigativa de forma sistemática e formal no processo.²⁴

A lei de organização da investigação criminal Portuguesa refere que “a investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo”²⁵. Por outro lado o n.º 1 do art. 262 do código de processo penal Português vai mais longe ao referir que “o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus autores e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem a decisão sobre a acusação”. Dai que o conhecimento da pratica de

²³ Vide Art. 10 do decreto-lei n.º 3007, de 13 de Outubro de 1945. Por conseguinte, o art. 12 deste mesmo diploma refere «a instrução preparatória abrange todo o conjunto de provas que formam o corpo de delito e tem por fim reunir os elementos de indicição necessários para fundamentar a acusação» o n.º 1 deste mesmo artigo vai mais longe ao afirmar que «na instrução preparatória devem efetuar-se não só as diligências conducentes a provar a culpabilidade dos arguidos, mas também aquelas que possam concorrer para demonstrar a sua inocência e irresponsabilidade.

²⁴ Convém lembrar que as diligências que forem feitas, por mais pequenas que sejam, deverão constar do processo, como forma de mante-las vivas nos seus resultados positivos ou negativos, e de chegarem ao conhecimento da autoridade que deverá apreciar no seu conjunto toda a matéria probatória recolhida. Essas diligências podem ser simples rotina instrutória, mas podem também resultar de cuidadosa e paciente aplicação dos ensinamentos da técnica de investigação. Na verdade todo o processo tende a permitir uma conclusão decisória do tribunal sobre a existência de um crime, identidade do seu autor e sua responsabilidade

²⁵ Vide art 1 da Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto, Aprova a Lei de Organização da Investigação Criminal

um crime dá necessariamente lugar a abertura de um processo, porem ficam ressalvadas determinadas exceções²⁶.

Daqui se depreende a presença permanente da investigação criminal, que na verdade traduz-se em procedimentos práticos a adotar nos casos que consubstanciam a existência de um crime que deva ser sujeito a procedimento judicial. Trata-se pois de procedimentos administrativos, não obstante a possibilidade de serem praticados atos judiciais e até mesmo jurisdicionais, como no caso de uma medida cautelar, afim de assegurar o bem jurídico a ser tutelado ou bem como assegurar a instrução criminal, tendo como objetivo ultimo, a descoberta da verdade dos factos ocorridos, preocupando-se da sua reconstituição histórica dos factos ocorridos desde o seu início, a forma como se foi desenvolvendo até chegar a etapa atual.

Na verdade a investigação criminal não é mais do que a recolha de provas no sentido de identificar a autoria e materialidade do ilícito penal. Ela constitui um dos alicerces da manutenção da ordem e tranquilidade pública no sentido da não permissão a impunidade e consequente aumento da criminalidade, evitando a prática de novos delitos, uma vez que haveria a certeza de uma punição futura.

Assim, a investigação criminal visa obter resposta as questões como: quem cometeu o crime? Onde o cometeu?, qual a data do cometimento? Que razões estiveram por detrás da comissão do delito. No fundo o que se pretende é encontrar a matéria probatória²⁷, no sentido de se não condenar alguém por provas dúbias, pelo que se torna necessário ser bastante rigoroso na identidade entre o facto ocorrido em determinada data e a respectiva reconstituição feita na atualidade.

²⁶ Estas exceções estão previstas no art.º 262 n2 do CPP Português.

²⁷ Relativamente a esta matéria convém recordar que as provas têm por função demonstração da realidade dos factos e constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis

Finalidades Imediatas da Investigação Criminal

Tal como temos vindo a afirmar, a investigação visa constatar a existência de um crime, determinar os seus agentes e responsabilidades dos mesmos assim como descobrir e recolher as provas para se chegar à decisão sobre uma eventual acusação, competindo ao Ministério Público dirigir o inquérito, podendo este ordenar e dirigir os órgãos de polícia criminal para proceder às investigações e fiscalizar a legalidade das mesmas.

As finalidades imediatas da investigação criminal além de servir de base para que o Ministério Público, através da denúncia, visa também, apurarem a existência de uma infração delituosa e descobrir o seu autor ou autores²⁸. Não visam determinar a condenação do ou dos indivíduos que são apontados como culpados.

Trata-se, pois do instrumento formal de investigações, compreendendo o conjunto de diligências realizadas por agentes de autoridade para apurar o facto criminoso e descobrir sua autoria, ou seja, a investigação criminal é o conjunto de diligências efetuadas com vista ao esclarecimento da verdade dos factos. A sua finalidade, através dos elementos investigatórios que o integram, visa fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para formar a suspeita do crime, a justa causa que necessita aquele órgão para propor a ação penal, com os demais elementos probatórios, ele orientará a acusação na colheita de provas que se realizará durante a instrução processual.

Na verdade o que está em causa é criar condições para que realize o julgamento, evitando deste modo que alguém seja condenado de forma inocente, ou seja, urge a necessidade de salvaguarda do princípio do

²⁸ A propósito desta matéria convém dizer que a instrução preparatória começa com o auto de notícia e visa a prova da materialidade dos factos, da culpabilidade dos arguidos ou da sua inocência (art. n.º 12.º e 1.º do Decreto-Lei n.º 35 007). Trata-se de uma atividade investigativa conduzida sob direção do Ministério Público, em que a lei admite, em regra, todos os meios de prova (art. 173.º do Código de Processo Penal) os quais são objeto de regulamentação minuciosa nas várias disposições da Secção I (Disposições gerais), Secção II (Dos exames), Secção IV (Da prova testemunhal e por declarações), Secção V (Dos documentos), todas do citado diploma (35007) e nos articulados da Lei das Buscas e Apreensões.

in dubio pro reo,²⁹ como um dos pilares do Direito Penal estritamente ligado ao princípio da legalidade.

Em Angola a investigação tem um carácter secreto conforme estipulado no art. 13.º do Decreto-Lei n.º 35 007, a instrução preparatória é secreta e visa salvaguardar os interesses da investigação, assim como a personalidade e a identidade do presumível infrator que pode vir a ser considerado inocente. Pois se a investigação fosse pública poderia condicionar o modo de vida das pessoas, colocando mesmo em causa a sua integridade pessoal, pelo que a investigação criminal não deve ser confundida com devassa da vida privada, por este facto ela obedece a procedimento escrito, sigiloso e inquisitório, pois não admite o contraditório. Exactamente por isso é que as provas colhidas nesta fase precisam ser ratificadas em Juízo, a fim de se legitimar a acção condenatória. Justifica-se o sigilo da investigação criminal por ser “instrumento mediante o qual se garante a inviolabilidade do segredo, e serve à autoridade condutora das investigações, visando à elucidação do facto, mas preserva ao mesmo tempo a intimidade, vida privada, imagem e honra das pessoas envolvidas no apuramento”.

Os “processos que tenham sido decretados como sigilosos, só podem tornar-se públicos em relação a acusados, defensores e à vítima” e a divulgação de “tais inconfiências, além de serem incompatíveis com os cuidados necessários à condução frutífera das investigações,

²⁹ *In dubio pro reo* é uma expressão latina que significa literalmente *na dúvida, a favor do réu*. Ela expressa o princípio jurídico da presunção da inocência, que diz que em casos de dúvidas (por exemplo, insuficiência de provas) se favorecerá o réu. É um dos pilares do Direito penal, e está intimamente ligada ao princípio da legalidade. Segundo René Ariel Dotti, aplica-se “sempre que se caracterizar uma situação de prova dúvida, pois a dúvida em relação a existência ou não de determinado facto deve ser resolvida em favor do imputado.” (apud SOUZA NETTO, 2003, p. 155). Ressalte-se, ainda, que a dúvida existente acerca da autoria de um delito não está nas provas até então produzidas, mas na própria mente daquele que as analisa; a dúvida não é a causa/motivo de se absolver o réu, mas, ao contrário, é a falta elementos de convicção que demonstrem ligação do acusado com o facto delituoso é que geram, no julgador, a dúvida acerca do *nexum* entre materialidade e autoria. A prova não pode ser dúvida, mas a conclusão acerca de um fato apurado é que gera dúvida no raciocínio do que julga. (http://pt.wikipedia.org/wiki/In_dubio_pro_reo)

trazem ainda danos gravíssimos à vida privada dos envolvidos, e sobretudo de terceiros, com sequelas pessoais gravosas e irremissíveis”³⁰.

Concluindo, diríamos que o “o fim do processo penal é a viabilização da justiça penal, que poderíamos sintetizar na ideia da punição de todos os criminosos, sem para tanto se punirem não criminosos e reconhecendo a todos a mesma dignidade humana. Por outras palavras, o fim do processo penal alcançar-se-á através de um atendimento as necessidades de segurança das populações (punir todos os criminosos) que entrará em compromisso com a contemplação dos interesses individuais, designadamente quando tenham a vêr com a defesa do arguido (punir só criminosos, não esquecendo que os criminosos são pessoas)”³¹.

Finalidades Mediatas da Investigação Criminal

Quanto as finalidades mediatas ou indiretas da investigação criminal, são sempre mais difíceis de as definir, pois existem vários fatores que as condicionam, quer sejam fatores sociais, económicos, de ordem estrutural da sociedade etc. contudo elas visam assegurar a paz e a tranquilidade social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência salutar entre os membros da sociedade³², consubstanciada na garantia que todas as condutas tidas como delitivas serão objeto de averiguação, criando um estímulo negativo para a prática de novas infrações à averiguação do facto criminoso, com o intuito da procura da matéria probatória suficiente para acusação ou arquivamento do processo.

Trata-se, portanto de uma finalidade de cunho eminentemente garantista, até porque está em causa a paz social como finalidade

³⁰ A propósito desta matéria, cfr. <http://www.conjur.com.br/2009-fev-22/tribunais-nao-superiores-vem-garantindo-acesso-inquerito>.

³¹ Cfr José Souto Moura, o objecto do Processo Penal, apud Teresa Pizarro Beza, apontamentos de Direito Processual Penal, vol II, faculdade de Direito de Lisboa, 1992, p 21.

³² Quando nos referimos a importância dos homens viverem em harmonia em sociedade, estamos a referir-nos nos “fins comuns a esses homens, em conjugação de actuação entre eles e em durabilidade, visto que qualquer sociedade deve perdurar o tempo necessário à realização daqueles fins”. Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa; Sofia Galvão, Introdução ao Estudo do Direito, Lex, Lisboa, 2000, p 12.

mediata e tornar realidade o Direito Penal como finalidade imediata, ou seja, a realização da pretensão punitiva derivada de um delito, por meio da utilização da garantia jurisdicional.

Na verdade, “o objetivo do inquérito é a busca da verdade dos factos e não somente a preparação para uma futura ação penal, pois caso contrário este procedimento estaria voltado apenas para a acusação, ao passo que o processo penal tem um objetivo prático, pois visa o apuramento da verdade dos factos, como fundamento para o direito de punir através da aplicação da lei penal”³³. Assim, torna-se necessário que os cidadãos saibam que os processos que vão a julgamento, tenham um desfecho legal, ou seja, que se constitua a matéria probatória suficiente e que se realize a justiça.

No inquérito apura-se a infracção penal com todas as suas circunstâncias e a respectiva autoria, com a finalidade de permitir que o titular da acção penal, (Ministério Público ou o ofendido), possa exercer o *jus persecuendi in judicio*, ou seja, para que possa iniciar a acção penal³⁴.

CAPÍTULO II

O PROCESSO PENAL

Generalidades

O homem é um ser social, que por força da natureza não pode viver por longo tempo, satisfeito com os seus feitos, ou seja, o homem é um ser insatisfeito por natureza, devido à natureza de suas condições existenciais, todas as pessoas dependem do intercâmbio, da colabora-

³³ [Http://jus.uol.com.br/revista/texto/9522/analise-da-investigacao-preliminar-de-acordo-com-seus-possiveis-titulares](http://jus.uol.com.br/revista/texto/9522/analise-da-investigacao-preliminar-de-acordo-com-seus-possiveis-titulares)

³⁴ Concluída a instrução preparatória, a pessoa encarregada da recolha do corpo de delito elabora relatório conclusivo dando conta da actividade desenvolvida, dos factos apurados e os preceitos violados, com proposta opinativa do destino a dar aos autos, que se consubstanciam nas disposições dos arts. 341.º, 343.º e 345.º, todos do Código de Processo Penal, traduzidas na remessa a juízo, no arquivamento ou no aguardar de melhor prova.

ção e confiança recíproca. Por ser um animal insatisfeito, sobretudo em relação aos que convivem com ele, acaba por tomar uma série de atitudes de conflitos sociais, que devem ser rapidamente regulados pelo Direito, sob pena de colocar em risco a própria manutenção da vida em sociedade. Tal conflito vem caracterizado como uma colisão de atividades entre os diversos membros da comunidade, ou seja, como uma incompatibilidade exteriorizada entre várias atitudes dinâmicas assumidas pelas partes que dão lugar ao conflito.

Assim, o Direito Penal surge como um importante instrumento de manutenção da paz social, cuja missão é a proteção da convivência em comunidade. Trata-se pois de um instrumento de regulação do comportamento das pessoas, criando as premissas para que elas vivam em paz social³⁵. Na verdade a tarefa do Direito Penal é a proteção dos valores elementares da vida em comunidade, no âmbito da ordem social, e como garante da manutenção da paz jurídica e social.

Porém o Direito Penal é despido de coerção direta, pois não atua fora do processo correspondente, ao contrário do Direito Privado. Vejamos que para aplicação de uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal³⁶. daí dizer-se que a pena depende da existência do crime e da existência efetiva e total do processo penal, pois não havendo processo, não pode ser imposta uma pena. Na verdade o que acontece é que existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Dentro dessa íntima relação entre o Direito Penal e o processo penal, deve-se apontar que ao atual modelo de Direito Penal mínimo, corresponde a um processo penal garantista³⁷. A evolução do processo penal está intimamente relacionada

³⁵ Como resume JESCHECK(3), *la misión del derecho penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad*. No mesmo sentido, WESSELS(4).

³⁶ Como explica GOMEZ ORBANEJA(6), a pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.

³⁷ Convém lembrar que só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode ofe-

com a própria evolução da pena, refletindo a estrutura do Estado em um determinado período³⁸.

A titularidade do direito de punir por parte do Estado surge no momento em que é suprimida a vingança privada e são implantados os critérios de justiça. O Estado, como ente jurídico e político, invoca para si o direito (e também o dever) de proteger a comunidade e inclusive o próprio delinquente, como meio de cumprir sua função de procura do bem comum, que se veria afectado pela transgressão da ordem jurídico-penal, por causa de uma conduta delitiva.

À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da justiça, produzindo-se não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tornar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra actividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a portanto, **necessária utilização da estrutura pré-estabelecida pelo Estado – o processo judicial** – em que, mediante a actuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será solucionado o conflito e sancionado o autor. O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena.

Alguns Princípios Fundamentais no Processo Penal

A estrutura e os fundamentos apresentados pelo Prof. G. M. da Silva³⁹ Vol. I do *Curso de Processo Penal*. Parecem-nos bastante eluci-

recer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controlo da legalidade do poder.

³⁸ Como prefere GOLDSCHMIDT, *los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso.*

³⁹ Apresentada no Vol. I da obra *Curso de Processo Penal*.

dativos, pelo que decidimos optar por segui-los na interpretação deste tema. Desde logo, o **princípio da jurisdição ou da garantia judiciária**⁴⁰, “o processo penal consiste essencialmente num conjunto de garantias, representa a ordenação de actividades várias, da acusação, da defesa e do tribunal, em ordem á realização da Justiça no caso concreto”⁴¹. Justiça essa realizada na prática por um juiz que tem de primar pela imparcialidade e independência em relação às partes envolvidas no processo. No fundo jurisdição “é a função estatal de aplicar normas do ordenamento jurídico em relação a uma pretensão, segue-se que ela pressupõe situação litigiosa concreta”⁴². Na verdade “o juiz funciona como barómetro independente que assegura a efectivação das garantias, dos direitos e da liberdade do arguido”⁴³, assegura a correcta realização da justiça.

*O princípio do juiz natural ou legal*⁴⁴

“Este princípio tem por finalidade evitar a designação arbitrária de um juiz ou tribunal para resolver um caso determinado”⁴⁵, o que

⁴⁰ Entende-se por jurisdição “a faculdade que tem o poder judiciário de pronunciar concretamente a aplicação do direito colectivo.” Ou seja, trata-se de uma função do Estado na aplicação das normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão, pois uma pessoa que possui o seu bem jurídico violado por outrem, deverá procurar um órgão dotado de jurisdição para que este resolva a questão.

⁴¹ Vide G. M. da Silva, *Op. Cit*, Vol. I, p, 52.

⁴² Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal* 30.^a edição Comemorativa. Editora Saraiva. São Paulo, 2008

⁴³ Vide F. Gonçalves, M. J. Alves e M. Valente, *Op. Cit*, no prelo.

⁴⁴ Tem a sua génese com o início da Magna Carta de 1215, quando, na Idade Média, os cidadãos já apontavam o desejo de institucionalização de um juiz natural. Esse diploma legal surgiu na época em que, na Inglaterra, a nobreza lutava contra os abusos cometidos pelo soberano, em detrimento dos privilégios dos barões. Assim, por imposição de senhores e bispos ingleses, é assinada a Magna Carta de 1215 contendo a regra do direito medieval de que ninguém podia ser julgado a não ser por seus pares. Dessa forma, instaurou-se a exigência de um julgamento legítimo por seus pares e pela lei da terra.^[04] Essa regra constitui-se no embrião dos modernos contornos do princípio do juiz natural, que surgiu formulado pela primeira vez, com esse nome, na Carta Constitucional francesa de 1814.

⁴⁵ Vide G. M. Silva, *Op. Cit*, Vol. I, p. 54. Vide art. 32.º n.º 9 da CRP.

significa que “o tribunal competente para o julgamento terá de ser pré-determinado por lei”⁴⁶.

No dizer do professor Germano Marques da Silva “o *processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”, e caracteriza-se “por ser uma disputa entre duas partes, uma espécie de duelo judiciário entre a acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro, o juiz ou o tribunal, que, ocupando uma situação de supremacia e de independência relativamente ao acusador e ao acusado, não pode promover o processo, nem condenar para além da acusação”⁴⁷.

O princípio do inquisitório

É caracterizado pela fase do inquérito, apesar de se encontrar em todas as fases processuais, no entanto, este princípio encontra limites, “em virtude das restrições que a legalidade processual impõe á utilização dos meios de prova e à proibição de certos métodos de obtenção da prova”⁴⁸.

Em regra todos os processos devem permitir “que a acusação e a defesa disponham de idênticas possibilidades para intervir (...), para demonstrarem perante o tribunal a validade das suas alegações”⁴⁹.

O princípio da Igualdade de armas

O processo deve também promover o debate e a discussão entre as partes, ou seja, deve promover o princípio do contraditório. Quanto à defesa, o arguido tem o direito de ser assistido por defensor (oficioso ou por si nomeado) em todos os atos do processo tem o direito a um processo equitativo em que sejam garantidos todos os meios de defesa.

⁴⁶ Vide F. Gonçalves, M. J. Alves e M. Valente, *Op. Cit*, no prelo.

⁴⁷ Vide G. M. da Silva, *Op. Cit*, Vol. I, p. 59.

⁴⁸ Idem, p. 64.

⁴⁹ Ibidem.

A acusação e a defesa devem dispor de oportunidades iguais no processo, este é o fundamento deste princípio fundamental.

O princípio da lealdade

Refere-se principalmente à questão da prova e dos meios de obtenção da mesma, pois “a lealdade traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça”. O princípio da investigação deve estar presente em todos os processos para que a verdade seja descoberta no sentido de promover a justa realização da justiça. “A realização da justiça criminal atinge os seus fins quando os seus operadores de justiça procedam de forma legal, segundo critérios de objetividade, de acordo com os preceitos constitucionais que enformam o processo”⁵⁰. É ao Ministério Público que incumbe “a iniciativa e a prossecução processuais”⁵¹.

O princípio da oficialidade

De acordo a este princípio, em causa está a pergunta, a quem compete a iniciativa ou o impulso processual? A quem cabe o impulso de investigar a infração, e também a necessidade de saber-se, a quem compete a decisão de submeter ou não o infrator a julgamento? Devemos então considerar que tal iniciativa é tarefa do Estado e ela é realizada oficiosamente, em certos casos mesmo à margem da vontade e da atuação dos particulares, ou seja, em determinado tipo de crimes, o Estado age oficiosamente: não necessita da participação, ou do impulso particular, para que se desencadeie todo o processo de investigação, com vista a determinar quem foram os agentes e a decisão de os submeter ou não a julgamento⁵².

⁵⁰ Vide F. Gonçalves, M. J. Alves e M. Valente, *Op. Cit*, no prelo.

⁵¹ Vide G. M. da Silva, *Op. cit*, Vol. I, p. 71.

⁵² No caso dos Crimes Públicos, que são aqueles que pela sua gravidade e consequência, atingem de tal maneira os valores da comunidade que esta não pode ficar

Ao lado do Ministério Público, existem determinadas entidades oficiais que podem promover e realizar certas diligências, mas sempre actos que são ou delegados pelas autoridades judiciais, ou sempre em coordenação com o Ministério Público – os chamados órgãos de polícia criminal. Com esta denúncia obrigatória, com esta obrigação de comunicação dos atos, com o levantamento dos autos de notícia e a partir do momento em que o Ministério Público toma conhecimento de um crime *inicia o inquérito*⁵³.

Desde a notícia do crime que é dada ao Ministério Público, até ao julgamento, tudo se vai desenvolver oficiosamente, através de órgãos ou entidades em que o Estado, detentor do poder soberano de investigar, de esclarecer determinados factos praticados pelos agentes e de aplicar a sentença. Quer dizer, que se impede, se proíbe, a actuação de particulares na investigação dos factos que constituem crime. É nisto que se traduz o *princípio da oficialidade*, é o carácter público da promoção processual. Contudo existem alguns limites a este princípio. Desde logo no que toca aos Crimes particulares, na medida em que está tipologia criminal deixa aos particulares a possibilidade de tomar a iniciativa de dar conhecimento, e depois ele próprio, se quiser, após a diligência do inquérito, que deduza acusação.

Se o ofendido por um crime particular, quiser que haja procedimento criminal, dá conhecimento ao Ministério Público e tem de declarar que se quer constituir *assistente*, mas não é ele que vai fazer o inquérito, quem o faz é o Ministério Público. Por conseguinte, Convém lembrar que a queixa, a constituição de assistente, e a dedução de acusação por particular, são momentos distintos. Num primeiro momento a pessoa queixa-se e tem de declarar que se vai constituir assistente; num segundo momento a pessoa constitui-se assistente. Para tanto precisa de advogado para assinar o requerimento. Têm que estar reunidos os pressupostos processuais, como a personalidade, a legiti-

inactiva. E por conseguinte, basta a notícia do crime para que o Ministério Público desencadeie todo o processo. E desde logo *é obrigado a deduzir acusação*, e durante o julgamento, tem que a sustentar, tem que mantê-la. Só poderá deixar de o fazer no final do julgamento, quando se passa à fase das alegações gerais.

⁵³ Porque é o Ministério Público que tem legitimidade para promover o processo penal.

midade, etc. e tem de pagar a taxa de justiça; num terceiro momento, a dedução da acusação particular, é o momento ainda mais posterior, só surge depois de feito o inquérito. Por conseguinte convém lembrar que se é ao MP que cabe iniciar o processo, é também ao mesmo que cabe a obrigatoriedade de “promover o processo penal após a notícia do crime”⁵⁴,

O princípio da legalidade

Traduz-se, desde logo em processo penal, na obrigatoriedade de o Ministério Público proceder, dar ou deduzir a acusação e sustentá-la efectivamente, por todas as infracções de cujos pressupostos tenha tido conhecimento e que tenha logrado recolher no Inquérito indícios suficientes.

O princípio da legalidade não é apenas aplicado ao Ministério Público. Os juízes e os órgãos de polícia criminal também estão sujeitos a este princípio.

Se quanto ao impulso inicial basta a notícia do crime, já para o impulso processual sucessivo, imediato, que será a dedução da acusação, torna-se necessário que durante o inquérito tenham sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado o crime e quem foi o seu agente.

Após dedução de acusação, não acabou ainda a obrigação do Ministério Público respeitar a legalidade. Durante a fase de julgamento ele deve não só manter essa acusação, como sustentá-la efectivamente. Esta expressão “*sustentar efectivamente*”, quer dizer que o Ministério Público, perante a prova que está a ser produzida em audiência de julgamento, não pode pura e simplesmente desistir.

Terminada aquela fase de julgamento em que se faz a prova dos factos, então já o Ministério Público fica liberto da obediência ao princípio da legalidade.

Nos *crimes particulares*, o princípio da legalidade não existe, o Ministério Público, não é obrigado a deduzir acusação; apenas está obrigado a fazer o inquérito: a partir do momento em que há queixa,

⁵⁴ Idem, no prelo.

declaração de constituição de assistente, então o Ministério Público é obrigado a fazer inquérito. Mas uma vez findo, não está obrigado a deduzir acusação porque isso é um direito que compete em exclusivo ao particular.

Nos *crimes semi-públicos*, pode acontecer que ao Ministério Público seja retirada a legitimidade para continuar. Mas aqui não se tem nenhuma ofensa ao princípio da legalidade, o que acontece é que o ofendido, até à sentença pode desistir da queixa, da instância. Convém lembrar que “o *princípio da legalidade* tem como contraponto o princípio da oportunidade, segundo o qual o MP pode ou não promover o processo em razão do juízo que formule sobre a sua conveniência”⁵⁵.

Princípio da oportunidade

Consiste este princípio numa certa margem de discricionariedade concedida ao Ministério Público para que ele desde logo resolva determinados casos, os archive, não lhes dê seguimento: Normalmente isso acontece, ou porque se trata daquelas bagatelas penais, e por conseguinte, nem há lugar à promoção do processo; ou então há indícios da prática do crime, houve toda uma investigação, mas não se determinam os agentes, ou determinam-se os agentes mas eles são irresponsáveis ou inimputáveis, ou estão isentos de aplicação de pena – no final do inquérito o processo é arquivado.

Concede-se ao Ministério Público a faculdade de dispor do processo: concede-se portanto um certo poder discricionário para resolver desde logo o processo. É o chamado *princípio da oportunidade*, concedido ao Ministério Público e que certa forma constitui uma limitação ao princípio da legalidade. Este princípio é aceite em casos muito restritos no Código de Processo Penal.

Uma outra situação em que se verifica o princípio da oportunidade é a suspensão provisória do processo. Aí também, desde que se verifiquem todos os requisitos, isto é, desde que haja indícios suficientes da prática do crime, desde que seja conhecido o agente e determinada

⁵⁵ Vide G. M. da Silva, *Op. Cit.*, Vol. I, p. 73.

a sua responsabilidade, se o crime não for punível em abstracto com pena superior a 5 anos, se o arguido for primário, se for diminuta a culpa na sua actuação, se houver a concordância do assistente e do próprio arguido e também do Juiz de Instrução Criminal, o Ministério Público numa situação destas, pode decidir-se não pelo arquivamento, mas pela “*suspensão provisória do processo*”. Isto é, o processo fica latente, fica suspenso: aplica-se ao arguido certas injunções e normas de conduta. Esta situação mantém-se durante um certo prazo; se ele cumprir, no fim do prazo o processo é arquivado; se não cumprir, volta tudo ao princípio e, porque há indícios suficientes, é deduzida acusação.

Se o legislador está a conceder ao Ministério Público a possibilidade de, em certas situações, não deduzir acusação, não obedecer ao princípio da legalidade, então há que controlar a própria legalidade do Ministério Público; ou seja, controlar a sua actuação sempre que o Ministério Público não obedece à lei. Uma das formas de controlar a sua actuação é através da chamada *intervenção hierárquica*: quer isto dizer que o processo é levado ao conhecimento de um superior.

Princípio da acusação ou do acusatório

Com a adopção deste princípio, pretende-se assegurar o carácter isento, objetivo, imparcial e independente da decisão judicial.

Com o processo penal pretende-se atingir uma determinada finalidade, e essa finalidade será atingida com objectividade, com imparcialidade e mediante um órgão independente⁵⁶. Para que isto seja assim, torna-se necessário que a entidade julgadora não possa ter também funções de investigação e da acusação da infracção, por conseguinte, o Ministério Público investiga e acusa; o juiz julga, aprecia a conduta do arguido.

Ao lado desta distinção entre entidade julgadora e entidade acusadora há que estipular e postular um princípio de igualdade de “*armas*” entre a acusação e a defesa. Ambos devem ter mesmos direitos e os mesmos poderes.

⁵⁶ Pretende-se que haja independência na sua decisão, independência no sentido da imparcialidade e isenção.

Mas o Ministério Público tem mais poderes, tem uma máquina investigatória ao seu dispor. Esta igualdade de direitos só será relevante nas fases seguintes ao Inquérito, na fase de Instrução (quando houver) e na fase de julgamento. Nesta fase o Ministério Público e o arguido têm os mesmos direitos, está assegurado pelo princípio do acusatório.

Se ambos têm os mesmos direitos e os mesmos poderes, então ambos participam na realização do direito, na administração da justiça. É uma chamada *participação constitutiva* dos sujeitos processuais afectados na decisão do caso em apreço, ambos contribuem na definição do direito ao caso: O Ministério Público acusando, imputando ao arguido à prática de determinados factos; O arguido defendendo-se, se o quiser fazer, impugnando, contestando, trazendo justificações para a sua prática. Este Corolário do processo penal, pois limita “o objecto da decisão jurisdicional e essa limitação é considerada uma garantia da imparcialidade e de defesa do arguido”⁵⁷.

Princípio da celeridade

Para que sejam assegurados os direitos de defesa do arguido, a justiça deverá ser célere, não se arrastando no tempo bem como, devem ser tomadas as medidas necessárias para que não sejam “praticados actos inúteis”⁵⁸ durante o processo penal que prolonguem ainda mais o seu *terminus*, nisso consiste o princípio da economia processual.

Princípio da presunção da inocência

Significa, essencialmente, que todo o arguido tem que ser considerado inocente até que a sua culpa esteja legalmente provada. Destaque deve ser dado a este princípio, na medida em que funciona como garantia do arguido.

⁵⁷ Idem, p. 76.

⁵⁸ Idem, p. 81.

Princípio in dubio pro reo

Refere que em caso de existirem dúvidas quanto à culpa do arguido a decisão a tomar deve ser a favor a este.

Princípio da livre apreciação da prova

Toma a sua decisão com base nas provas apresentadas, tendo, contudo, o “poder-dever de investigação oficiosa”⁵⁹, o que traduz o princípio da investigação ou da verdade material. E “só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão”⁶⁰.

Princípio da oralidade

Relacionado com princípio anterior temos o princípio da imediação que significa “que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa”⁶¹. O que seria ideal era que os actos processuais fossem praticados “em uma só audiência ou em audiências de tal modo próximas no tempo que as impressões do juiz colhidas na audiência não se apaguem da sua memória”⁶².

Princípio da publicidade

Preconiza que “a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não for requerida, a partir do momento em que já o não possa ser”⁶³, a análise deste princípio é objecto do nosso trabalho, apesar de se repercutir à fase da investigação.

⁵⁹ Idem, p. 85.

⁶⁰ Idem, p. 89.

⁶¹ Idem, p. 90.

⁶² Ibidem.

⁶³ Idem, p. 87.

Tipos de Processo do Ordenamento Jurídico Angolano

No nosso ordenamento jurídico vigoram vários tipos de processos com pressupostos diferentes, mas com um único objetivo – *dirimir conflitos entre as partes envolvidas*. Todos os processos têm em comum o facto de se encontrarem os mesmos intervenientes, o tribunal e as partes, a acusação e a defesa.

Comecemos por abordar o **Processo Administrativo**, que deve ser entendido como uma sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução resultante de um produto da actividade jurídica da Administração, ou seja, é o conjunto de documentos em que se traduzem os actos e formalidades que integram o procedimento administrativo.

Por conseguinte, convém reter que não se trata de um mero amontoado de documentos, e sim um conjunto ordenado cronologicamente, unificados, demonstrando o modo como se formou a vontade jurídica da Administração, e que pressupõem uma fácil consulta. Até porque eles são produzidos para dar suporte físico e jurídico ao procedimento administrativo, assumindo a forma escrita, através de atas, autos, relatórios, notificações, etc., que se incorporam no processo para que sejam tomados em consideração na decisão final.

Assim, o processo Administrativo divide-se em Processo Administrativo gracioso e processo administrativo contencioso. O primeiro refere-se aos “direitos e deveres dos administrados no tocante à sua participação na tomada das decisões administrativas e na respectiva execução”⁶⁴. Quanto ao Processo Administrativo contencioso refere-se às normas a que o administrado tem de atender para “impugnar a legalidade desse acto, assim como para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido”⁶⁵.

O **Processo Civil** é o “ramo do direito público que disciplina os tipos de acções civis e respectivas formas, formalidades e pressupostos

⁶⁴ Vide A. L. Costa de Mesquita, “*Processo Administrativo*”, in *Enciclopédia Polis*, pp. 1517/18.

⁶⁵ Ibidem.

(...) é pois um direito instrumental, cujo objetivo se traduz na disciplina do modo como, em tribunal, são apreciadas relações jurídicas materiais em si mesmas definidas pelo (...) Direito Civil (...) e Comercial”⁶⁶. Na verdade “o direito processual civil, inserido no ramo do direito público (ao lado do direito constitucional, do direito administrativo, refere-se ao conjunto de normas jurídicas que regulamentam a jurisdição, a ação e o processo, criando a dogmática necessária para permitir a eliminação dos conflitos de interesses de natureza não penal e não especial”⁶⁷. No fundo trata-se do “sistema de princípios e leis que regulamentam o exercício da jurisdição quanto às lides de natureza civil como tais entendidas todas as lides que não são de natureza penal e as que não entram na órbita das jurisdições especiais”⁶⁸.

No dizer do Dr. Vicente Greco Filho, O direito processual civil é o “ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regulam a actividade da jurisdição, o exercício da acção e o processo, em face de uma pretensão civil, entendida esta como toda aquela cuja decisão esteja fora da actuação da jurisdição penal, penal militar, do trabalho e eleitoral”⁶⁹.

Um outro tipo de processo existente no nosso ordenamento jurídico é o **Processo Fiscal** ou processo administrativo tributário, que contempla o conjunto de normas que disciplinam o regime jurídico processual aplicável às lides tributárias deduzidas perante a administração pública (pretensões tributárias e punitivas do Estado impugnadas administrativamente pelo contribuinte). Integra, ao lado do Processo Judicial Tributário, o Direito Processual Tributário. O processo fiscal inclui o processo propriamente dito e o procedimento. O Processo Fiscal pode então ser entendido como “um conjunto de normas reguladoras dos tipos, formas e requisitos das reclamações, recursos e acções fiscais, ou seja, dos meios à disposição dos contribuintes para fazerem valer

⁶⁶ Vide M.^a dos Prazeres Pizarro Beleza, “*Processo Civil*”, in *Enciclopédia Polis*, pp. 1525/26.

⁶⁷ Vide Misael Montenegro Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 4.^a edição, Atlas, 2008, p. 5)

⁶⁸ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vol. 1, Saraiva, 2007, p. 15)

⁶⁹ Vide Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, Vo. 1, Saraiva, 19.^a edição, p. 66).

as suas pretensões contra os actos da administração fiscal”⁷⁰. Assim, depreende-se que é indiscutível que o processo administrativo tributário é um instrumento valioso de solução de conflitos, de forma mais célere e menos dispendiosa, tanto para o contribuinte como para o próprio Fisco, e tem por escopo a justiça fiscal.

Processo Disciplinar, também chamado de Processo Administrativo Disciplinar “*é o meio de apuramento e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração*”⁷¹, que tem como fim a aplicação das normas do Direito Disciplinar que “é um direito punitivo e, como tal, restringe direitos, liberdades e garantias (...) e tal como nos ensina o Prof. Doutor Eduardo Correia, trata-se de um direito que (...) protege valores de obediência e de disciplina exigidas a pessoas que estão ligadas a um dever especial num panorama de serviço público”⁷². O Poder Disciplinar tem origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público⁷³. Ipsis literis, podemos, então, afirmar que o Processo Disciplinar pode ser resumido como o direito à discussão probatória, na comunicação de todos os actos do processo, e na necessidade de motivação da decisão, motivação esta, inerente a todos os actos que compõem o Direito Administrativo.

As normas que regulam o direito disciplinar, “têm os mesmos fins de prevenção geral e especial das do direito penal, pois procuram intimidar os seus sujeitos de forma a sentirem que não podem ter certas condutas que são proibidas”⁷⁴ numa determinada instituição e que estão previstas no seu Regulamento de Disciplina.

Processo Penal, parece-nos ser o mais importante de todos os tipos de processo em estudo neste trabalho, pois ele reflecte-se largamente na nossa vida social, enquanto cidadãos inseridos dentro de uma sociedade sujeita a normas e regras de carácter obrigatório para tornar possível

⁷⁰ Vide Diogo Leite de Campos, “*Processo Fiscal*”, in *Enciclopédia Polis*, p. 1542.

⁷¹ Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 567

⁷² Vide Manuel Valente, *Da Publicação da Matéria de Facto, nas Condenações nos Processos Disciplinares*, ISCPSI, 1.ª Ed., Lisboa, 2000, pp. 6 e 13.

⁷³ Vide Marcello Caetano, *Do Poder Disciplinar*, Lisboa, p. 25.

⁷⁴ Vide Manuel Valente, op. cit., p. 19.

essa vivência em sociedade. Assim o processo penal deve ser entendido como uma sequência de actos juridicamente pré-ordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respectivas consequências jurídicas e sua justa aplicação. Tal como afirma o Prof. Doutor G. M. da Silva, o processo penal é “o modo de proceder para verificar juridicamente a ocorrência dos crimes⁷⁵, determinar os seus agentes e aplicar-lhes as penas e medidas de segurança”⁷⁶.

Na verdade “o fim do processo penal é a viabilização da justiça penal, que poderíamos sintetizar na ideia da punição de todos os criminosos, sem para tanto se punirem não criminosos e reconhecendo a todos a mesma dignidade humana”⁷⁷, pois o que está em causa é o alcance da segurança dos cidadãos, punindo os malfeitores” que entrará em compromisso com a contemplação dos interesses individuais, designadamente quando tenham que ver com a defesa do arguido (punir os criminosos, não esquecendo que os criminosos são pessoas)”⁷⁸.

CAPÍTULO III

A PUBLICIDADE DO PROCESSO E A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Considerações Gerais

A publicidade⁷⁹ pode ser entendida como uma actividade profissional dedicada à tornar públicas determinadas de ideias associadas a

⁷⁵ O art. 1.º n.º 1 alínea a) do CPP define o conceito de “*Crime: o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais*”.

⁷⁶ Vide G. M. da Silva, *Op. Cit*, Vol. I, p. 15.

⁷⁷ Vide Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. II, Faculdade de Direito de Lisboa, 1992, p 21

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ A publicidade é considerada a técnica mais importante da comunicação, que deve ser entendida como uma técnica dirigida as massas com o propósito claro de atingir determinado público, utilizando para tal, as pessoas. Assim as técnicas de comunicação neste caso apresentam duas divisões: a chamada comunicação de Massas.

empresas, produtos ou serviços. Numa análise mais pormenorizada, podemos afirmar que a publicidade pode ser analisada em sentido lato e em sentido restrito.

“Em sentido lato, publicidade entende-se por um qualquer processo através do qual tornamos público, conhecimentos, ideias ou produtos⁸⁰. Em sentido mais restrito, a publicidade refere-se aos meios que ela utiliza para difundir as ideias, comportamentos, pensamentos, serviços ou produtos, como por exemplos, a rádio, os jornais a televisão etc. Por conseguinte, convém lembrar que “a Publicidade é um termo que pode englobar diversas áreas de conhecimento que envolvam a difusão comercial de produtos, em especial actividades como o planeamento, criação, produção e veiculação de peças publicitárias”⁸¹.

Na verdade o significado etimológico do conceito de publicidade é o de transmitir ideias e informação a outras pessoas, bem como tornar público, tendo sempre um objetivo específico. Do ponto de vista genérico a publicidade deve ter sempre um público-alvo que são os potenciais utilizadores ou consumidores. Trata-se, portanto de um técnico e não empírico, implica um conhecimento claro das disciplinas e técnicas inerentes a publicidade⁸².

No nosso hodierno, todas as actividades humanas acabam por se beneficiar do uso da publicidade: Profissionais liberais, como médicos, engenheiros, divulgam por meio dela, os seus serviços; os artistas anunciam suas exposições, os seus discos, os seus livros, etc. Até mesmo a própria ciência socorre-se da publicidade, para promoção

A que os Americanos chamam – *Above the Line*; e a comunicação direcionada ou específica – *Below the Line*. Comunicação de Massas é aquela publicidade que é feita em Televisão e Cinema, Imprensa, rádio, Outdoor, *on line* – Sites, Mobile etc. ou seja é aquela em que a maior parte da população tem acesso, pelos meios disponíveis. Quanto a Comunicação Direcionada tem a ver com a Promoções, Marketing Directo, Merchandising, Relações Públicas, Patrocínios, Eventos, Feiras, tendo como destinatários um determinado publico, razão pela qual ela é preparada de forma mais cuidada.

⁸⁰ Vide Adriano D. Rodrigues e Eduardo M. Correia, “Publicidade”, in *Enciclopédia Polis*, p. 1707.

⁸¹ [Http://pt.wikipedia.org/wiki/Publicidade](http://pt.wikipedia.org/wiki/Publicidade)

⁸² Normalmente é parcial, podendo omitir informação, porque explora mais os pontos fortes da marca que está a anunciar. Em suma: **A publicidade não vende mas ajuda a vender**, torna-se um elemento que faz com que a marca seja a escolhida.

das suas descobertas por meio de cartazes, revistas, jornais, filmes, Internet e outros.

Na verdade, o fim último da publicidade é vender sempre e cada vez mais, os produtos que se publicita, não se importando muitas vezes com o que se vende, pois está em causa os lucros, ou seja a vontade de obter o maior lucro possível sobre o que se vende. Podemos então afirmar que todo o grande poder da comunicação social é movido pela questão económica.

A publicidade não é feita da mesma forma, pois algumas publicidades são mais eficientes do que outras, sendo que umas funcionam melhor do que outras. Daí que muitas vezes, embora haja boa publicidade, os consumidores não aderem aos produtos. Alguns consumidores, apesar de boas campanhas publicitárias, não compram o produto publicitado e em outras circunstâncias irão comprar o produto, mesmo sem publicidade. Existem outros componentes importantes a ter em conta no *marketing*, como por exemplo o preço, podem afectar o sucesso de uma publicidade.

O ponto mais forte da publicidade prende-se com o facto de ela chegar a uma vasta audiência e mostra o conhecimento sobre determinada marca ou produto ao público-alvo e acaba por criar uma imagem e uma posição da marca a longo prazo e aumenta o conhecimento sobre essa marca. Por outro lado, a publicidade pode fazer reviver memórias do passado e permite a repetição e memorização de factos passados, que a maior parte do público já se havia esquecido.

Porém existem limites a publicidade, na medida em que os consumidores apesar de interessados na publicidade vêem-na como algo que acaba por se imiscuir na vida privada das pessoas. Assim, o consumidor pode evitar a publicidade não se interessando com o que se escreve e se lê, deixando de comprar jornais, mudando de canal televisivo, por exemplo, e convém lembrar que a publicidade pode também provocar graves alterações a Ordem Publica, tendo em atenção que ela chega a muita gente.

Assim publicidade acaba por ter um significativo valor quando ele identifica facilmente o consumidor sobre a marca ou sobre a instituição ou facto que se publicita. Se por um lado a publicidade ajuda os consumidores a optarem pela compra de determinados produtos, por outro,

ela permite também o inverso, ou seja os consumidores têm também a possibilidade de não adquirirem os produtos que se publicita, tendo em conta alguma suposta experiência negativa da marca. Assim os gestores de comunicação devem planejar correctamente a sua estratégia de comunicação visando maximização dos lucros e a minimização dos custos, ou seja, a publicidade deve ser usada para maximizar as suas forças.

Existem várias formas de avaliar se uma publicidade é ou não eficiente e tenha o alcance desejado. Por exemplo, um anúncio para ser eficiente tem de captar a atenção, ser facilmente compreensivo memorável e cativar o público-alvo. Para além disso, ela deve chegar atempadamente do alvo de forma consistente com os objetivos bem definidos.

A publicidade pode ser avaliada em duas etapas distintas. A primeira é aquela que se verifica antes do início da publicidade propriamente dita, ou seja, é aquela que se verifica na fase dos preparativos, onde se criam as premissas ou condições para publicitar o produto (antes de investir). A Segunda etapa é o período pós publicidade, ou seja, é o momento imediatamente a seguir a publicidade, onde se deve testar o impacto que teve a publicidade. Podemos então afirmar que na primeira etapa estamos perante um pré-teste e na segunda etapa, estamos num pós teste.

Percurso Histórico da Publicidade

Dadas algumas imprecisões históricas sobre o surgimento da publicidade, inerentes a falta de documentação sobre o assunto, parece-nos bastante credível, decidimos seguir de perto os apontamentos sobre a História da Publicidade retirado do livro de Luís Rasquilhas – *Publicidade, Fundamentos, Estratégias, Processos criativos, Planeamento de Meios e Outras Técnicas de comunicação*⁸³.

Algumas fontes referem que a primeira forma de publicidade conhecida surgiu no Egipto, com o aparecimento e utilização do papiro. Posteriormente a Grécia através das tabuletas e dos pregoeiros

⁸³ RASQUILHA, Luís – Publicidade, Fundamentos, Estratégias, Processos criativos, Planeamento de Meios e Outras Técnicas de Comunicação – Edições Gestão Plus – 1.º Edição Setembro de 2009 – ISBN 978-989-811-533-1

que anunciavam as mensagens dos cidadãos, considerando-se então a segunda forma de publicidade. Uma terceira forma de publicidade provém da Civilização Romana onde se foram solidificando os pregões (mercadores), as tabuletas e textos escritos, os álbuns (jornais com anúncios comerciais) e o Libellos (Cartazes).

Na Idade Média a publicidade evoluiu no sentido de comunicar o mesmo a diversas pessoas em simultâneo. Para o efeito, foi desenvolvido um sistema de impressão de placas de madeira que divulgavam a informação dos órgãos decisores à população. Podemos então afirmar que do ponto de vista histórico, a publicidade provém da antiguidade, ou seja desde o século I a C. onde a publicidade era feita oralmente, tendo como objetivo primordial a obtenção de lucros da venda dos produtos. Contudo, ao longo do tempo a publicidade foi conhecendo grandes mutações, que se foram adaptando a realidade de cada época.

Mas foi com Gutenberg que se marca a história da Publicidade por ter sido ele o inventor dos caracteres/tipos móveis e, conseqüentemente, o inventor da impressão gráfica. Esta inovação, associada ao crescimento das cidades, impulsiona e difunde a comunicação de massas. O que é interessante registar é que a invenção dos caracteres/tipos móveis teve como objetivo a impressão e difusão da Bíblia, influenciado indirectamente, as de forma absolutamente marcante, a história da publicidade. Com a invenção da imprensa, Joannes Gutenberg⁸⁴ durante o séc. XV. Surge pela primeira vez a publicidade escrita, através de panfletos, folhas volantes e, posteriormente, a utilização de cartazes⁸⁵.

Não menos importante foi o papel do Francês Théophraste Renaudot quem em 1630 põe ao dispor dos «anunciantes» um serviço de colocação de anúncios imobiliários no seu jornal. Em 1631, ele edita o periódico *Gazeta de France*, no qual se publica o primeiro anúncio em França.

⁸⁴ João Gutenberg, ou Johannes Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg (Mogúncia, c. 1398 – 3 de Fevereiro de 1468) foi um inventor e gráfico alemão que introduziu a forma moderna de impressão de livros – a prensa móvel- que possibilitou a divulgação e cópia muito mais rápida de livros e jornais. Sua invenção do tipo mecânico móvel para impressão começou a Revolução da Imprensa e é amplamente considerado o evento mais importante do período moderno

⁸⁵ Porém, foi após a Revolução Francesa de 1789, que a publicidade iniciou a trajectória que a levaria até o seu estágio actual de importância e desenvolvimento.

Nos finais do século XVIII, os jornais ingleses dedicam páginas das suas edições à colocação de mensagens de caráter comercial. A Revolução Industrial, motor de desenvolvimento social, económico, tecnológico, comunicacional, permitiu que surgissem as empresas no sentido moderno do termo, com as respetivas unidades de produção. Começa assim uma nova fase na vida da publicidade. Mais tarde, em França, os jornais abrem as páginas para anúncios comerciais.

Émile de Girardin começou a vender jornais abaixo do preço de custo, tornando-os mais acessíveis à população de estratos baixos, o que permite a divulgação da comunicação em massa a um maior número de pessoas. Os jornais passam a ser formadores de opinião e passam a influenciar a opinião pública...

No século XX já muito mais desenvolvida, alargam-se os mercados, aumenta o poder de compra, surgem mais empresas a produzir bens e aumenta a concorrência, tornando-se mais complicado colocar produtos no mercado, o que fez surgir a necessidade de investigar e realizar estudos de mercado. Surgem os média (rádio e Televisão), surgem as primeiras agências intermediárias entre os agentes e os respetivos meios, aparecem os slogans e Toulouse-Lautrec revolucionou as imagens e os anúncios, elaborando uma linguagem publicitária intencional – desenhada ou escrita.

Com o aumento da concorrência, aumenta o número de produtos, e o seu ciclo de vida torna-se mais curto devido ao lançamento de atributos diferentes e novos, o que leva a uma extrema rapidez de produção e inovação, com o consequente desenvolvimento e incremento do investimento em publicidade (Comunicação Comercial).

Liberdade de Imprensa

A Liberdade de imprensa⁸⁶ é um dos princípios pelos quais um Estado democrático de Direito assegura a liberdade de expressão aos

⁸⁶ “O termo *imprensa* deriva da prensa móvel, processo gráfico aperfeiçoado por Johannes Guttenberg no século XV e que, a partir do século XVIII, foi usado para imprimir jornais, então os únicos veículos jornalísticos existentes. De meados do século XX

seus cidadãos e respectivas associações, principalmente no que diz respeito a quaisquer publicações que estes possam pôr a circular.

Não nos restam dúvidas que a contribuição que a imprensa, e os outros meios de comunicação social oferecem ao incremento da cultura, é bastante valiosa. Aliás como nos ensina o Prof. Manuel da Costa Andrade,”de forma axiomática, a liberdade de imprensa emerge, ela própria, como um direito fundamental e (*hoc sensu*) como uma instituição (...) basilar e irrenunciável da sociedade democrática e do Estado de Direito”⁸⁷.

Assim é que, os meios de comunicação, desde os primórdios do seu surgimento, têm sido motivo de admiração e respeito por todos, por conseguinte acaba por ser, motivo de preocupação e incerteza, tendo em conta a sua natureza – espalhar o pensamento, a palavra, a imagem, a informação e a publicidade – pois elas influenciam em larga escala a opinião pública e, conseqüentemente, “o modo de pensar e agir de cada indivíduo e dos grupos sociais, para não dizer que exercem também uma pressão sobre os homens, incidindo profundamente sobre a mentalidade”⁸⁸ e sobre as suas consciências. Pelo que antecede, convém não ignorar os perigos e os prejuízos que estes nobres instrumentos podem causar a cada pessoa e à sociedade no geral, quando não são devidamente empregados pelo homem com sentido de responsabilidade, respeitando os mais elevados valores sociais e de conformidade com a ordem moral que a sociedade perfilha e adere, pois “os conflitos entre a liberdade de expressão e o princípio da publicidade, por um lado, e os direitos fundamentais das partes, por outro, constituem um problema real das sociedades desenvolvidas”⁸⁹.

em diante, os jornais passaram a ser também radiodifundidos e teledifundidos (radio-jornal e telejornal) e, com o advento da World Wide Web, vieram também os jornais *online*, ou ciberjornais, ou webjornais. O termo “imprensa”, contudo, foi mantido”. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Imprensa>

⁸⁷ Vide M. da C. Andrade, *Op. Cit.*, p. 39.

⁸⁸ <http://imprensaMaior.blogspot.com/2009/03/importancia-e-valorizacao-dos-meios-de.html>

⁸⁹ Vide Ilídio Sacarrão Martins, “Juiz e Comunicação Social”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, N.ºs 15/16, Jun/Dez, 1999, p. 189.

Assim, devemos ter bem presentes que quanto maior, forem os poderes da liberdade de imprensa, maior responsabilidade se deve ter perante o seu uso, uma vez tratar-se de um poder forte e eficaz que deve ser exercido a favor das comunidades. Não são poucas as vezes em que a comunicação social tenta justificar a sua atividade evocando o direito à informação e o direito à liberdade de expressão, fazendo valer esses direitos numa liberdade fundamental específica da comunicação social, a chamada liberdade de imprensa. Porém, ao evocarmos a liberdade de imprensa, não podemos deixar de referir os seus corolários – a liberdade de expressão e de informação. Pois cabe ao próprio Estado assegurar a liberdade de expressão e informação, tendo bem presente os limites impostos a estas liberdades.⁹⁰

Na verdade o importante é que todo o esforço exercido por quem tem a responsabilidade de informar, seja no sentido de difundir notícias verídicas nas mentes dos cidadãos, evitando o mal-estar na sociedade. Dessa forma contribuiremos para uma comunidade sadia, para a edificação de uma sociedade nova, mais livre, mais consciente, mais responsável, mais fraterna e sobretudo, mais digna.

No dizer do Prof. Miguel Faria, “os agentes da comunicação social desempenham um papel primordial na contextura das sociedades democráticas. Fala-se até na sua representação da «*consciência cívica da comunidade*» em que se integram”⁹¹. Neste sentido, podemos afirmar que os órgãos de comunicação social podem “ter um papel insubstituível na denúncia da discriminação, atentados e maus-tratos contra grupos menos protegidos ou na descoberta e prevenção de fenómenos sociais negativos como a corrupção”⁹². Por exemplo. Para tal é imprescindível haver “*uma liberdade de expressão pública* não controlada nem condicionada pelo próprio Estado”⁹³,

Aliás é a própria lei que assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comu-

⁹⁰ Vide art 40.º da C.R.A

⁹¹ Vide Miguel Faria, *Direitos Fundamentais e Direitos Homem*, Escola Superior de Polícia, 1992, Vol. I, p.162.

⁹² Vide M. da C. Andrade, *Op. Cit*, p. 53.

⁹³ Idem, p. 42.

nicação social⁹⁴. Até porque cabe ao Estado assegurar “o pluralismo de expressão e garante a diferença de propriedade e a diversidade editorial dos meios de comunicação”⁹⁵. O Prof. Manuel da Costa Andrade vai mais longe ao afirmar que “a participação livre e esclarecida no debate público de ideias e de valores e na formação da opinião pública vale também como uma exigência directamente decorrente da dignidade humana”⁹⁶.

A Liberdade de Imprensa em Angola

A República de Angola, começa a dar os primeiros passos de uma jovem democracia que se quer sadia⁹⁷. Com a liberalização da economia de mercado em meados dos anos 1992, criaram-se as bases objectivas para o início da liberalização da comunicação social, na sequência da revisão da Constitucional, operada nesse mesmo ano, que introduziu a liberdade de imprensa, admitiu a possibilidade de criação de empresas de rádio e televisão, assegurou a liberdade de expressão e o confronto de diferentes correntes de opinião e garantiu também aos partidos políticos o direito a tempos de antena na rádio e na televisão.

Assim os sinais apontam para um melhoramento substancial na forma de o Estado lidar com a comunicação social, aliás temos exemplos palpáveis dessa vontade política se efectivar, senão vejamos: do ponto de vista da Legislação verificamos revisões constitucionais de 1990 (Multi-partidarismo) e 1992; em Setembro de 1992, realizaram-se as primeiras eleições livres e justas, considerando-se o fim do monopólio da rádio estatal e o surgimento de rádios comerciais em FM, nomeadamente: LAC – Luanda Antena Comercial; Rádio Cabinda;

⁹⁴ Vide C.R.A. art. 44.º n.º 2

⁹⁵ Vide C.R.A. art. 44.º n.º 3

⁹⁶ Vide M. da C. Andrade, *op. Cit.*, p. 43.

⁹⁷ As formas de publicidade mais utilizadas no país são anúncios, *outdoors*, propaganda em transportes públicos (*busdoor*), marketing directo, patrocínios e merchandising. Nos últimos anos temos vindo a registar muita publicidade por internet, tendo em conta a expansão deste meio de comunicação a larga escala em Angola. O sector que mais investe em publicidade é o do comércio

Rádio 200 Rádio Lubango, Rádio Morena_na província de Benguela), a Emissora Católica, a Rádio Despertar ligada à um partido da oposição governamental (fruto da transformação da rádio VORGAN em Comercial à luz dos acordos de Lusaka), entre outras rádios.

No período de 1997-2003, surgem os primeiros jornais semanários independentes como o Imparcial Fax. Reabre a Emissora Católica de Angola. Surgem vários títulos independentes. E finalmente em 2010 é aprovada a Constituição da República de Angola que por sinal dedica um capítulo inteiro aos Direitos, Liberdades e Garantias Fundamentais. A aprovação da Lei de imprensa, constitui, sem dúvidas, um bom instrumento de trabalho para os OCS.

Por conseguinte, não nos esqueçamos que apesar dos 40 anos, de independência de Angola, temos apenas 13 anos de paz efectiva, e como é óbvio toda essa panóplia de situações do passado tem reflexos graves no presente e no futuro. Ainda assim, julgamos que a liberdade de Imprensa em Angola é um processo em curso e não uma etapa, pelo que não nos devemos precipitar em querer atingir altos patamares de estados independentes a mais de uma década, em pouco tempo. Julgamos que tudo deve ser feito ao seu tempo, pois o importante é haver vontade política para tal e termos bem patente nas nossas mentes, sobretudo na dos governantes, que devem fazê-lo para o bem-estar de todos⁹⁸.

Como atrás afirmamos, a liberdade de imprensa em Angola é um processo que deve ser devidamente estudado pelas autoridades Angolanas. Não adianta comparar os países ou os Continentes, embora se possa reconhecer a necessidade de se acolher as chamadas boas práticas.

⁹⁸ Apesar de haver muito a fazer, a média angolana já possui um espaço aceitável para expressar as suas ideias, conforme os órgãos aqui descritos –TV: Dois canais públicos sistema aberto.-Agências de notícias: Uma pública e Representações de agências e jornais estrangeiros como: Chinhua, EFE, LUSA, REUTERS, BBC, RTP/África, RDP/África, TSF, etc. Rádios: Uma pública com Cinco canais e 20 emissoras locais Cinco privadas em FM. Jornais: Um diário (jornal de Angola) público. Uma dezena de títulos independentes regulares. Revistas: Meia dúzia de publicações mensais, bimestrais, etc.

A Liberdade de Expressão e de Informação

Constante do art. 40.º da CRA, predispõe que, “todos têm o direito de exprimir, divulgar e compartilhar livremente os seus pensamentos, as suas ideias e opiniões, pela palavra, imagem ou qualquer outro meio, bem como o direito e a liberdade de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações”. Por conseguinte consideram-se proibidas as escutas de conversas privadas sem o devido conhecimento dos intervenientes, salvo naqueles casos em que a própria lei preveja. Pois como refere o art. 34.º da nossa constituição “é inviolável o sigilo da correspondência e dos demais meios de comunicação privada, nomeadamente das comunicações postais, telegráficas, telefónicas e telemáticas. Por outro lado, de acordo a Constituição, todos têm direito à palavra, a reserva de intimidade da vida privada e familiar, à imagem ou qualquer outro meio”⁹⁹.

Não existe, portanto, qualquer forma de censura prévia que vise restringir a liberdade de expressão, embora como em todos os aspectos da vida social, existam regras que têm de ser respeitadas, nomeadamente porque existem outros direitos, de igual dignidade, que têm de ser tidos em conta. Tomemos como exemplo, os casos de espetáculos públicos, a lei estabelece determinadas regras que têm por objetivo, entre outros, a Segurança dos cidadãos, pelo que só deverão ter lugar em recintos previamente licenciados pelas autoridades competentes¹⁰⁰, com vista a assegurar as indispensáveis condições de conforto e segurança.

Quanto aos cinemas, além de só poderem ter lugar em locais previamente licenciados, foi considerado necessário criar um sistema de classificação dos filmes, para o qual existe uma comissão especial. Assim, foi estabelecida uma classificação etária, impedindo-se que menores ou crianças possam ver filmes cujo conteúdo poderia representar um choque. É o caso, por exemplo, dos filmes pornográficos, só acessíveis a maiores de 18 anos¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. art. 32.º, n.º 1, da CRA

¹⁰⁰ A propósito desta questão, veja-se por exemplo o Decreto Legislativo sobre Espetáculos e divertimentos públicos em Angola.

¹⁰¹ Idem.

Em matéria de afixação de publicidade ou propaganda, cujo licenciamento compete às Administrações Municipais da área onde os painéis, cartazes ou suportes sejam fixados, são estabelecidas determinadas regras visando disciplinar a atividade. Especificamente durante as campanhas eleitorais, as Administrações Municipais estão obrigadas a assegurar às forças políticas concorrentes, os espaços destinados à afixação de propaganda política, de forma equitativa. De qualquer modo, a afixação de uma mensagem não pode:

- Provocar obstrução de perspectivas panorâmicas ou afectar a estética ou ambiente dos lugares ou paisagem;
- Prejudicar a beleza ou enquadramento de monumentos nacionais, de edifícios de interesse público ou outros susceptíveis de classificação;
- Causar prejuízo a terceiros;
- Afectar a segurança de pessoas e bens, nomeadamente da circulação rodoviária ou ferroviária e de peões, em especial dos deficientes;
- Apresentar disposições, formatos ou cores que possam confundir-se com os da sinalização de tráfego, etc.

Por outro lado importa realçar que é proibida a realização de inscrições ou pinturas em monumentos nacionais, edifícios religiosos, sedes de órgãos de soberania, regiões autónomas ou autarquias locais, bem como em sinais de trânsito, placas de sinalização rodoviária, interior de edifícios ou repartições públicas, estabelecimentos comerciais e centros históricos.

Quanto a liberdade de informação, ela é consequência lógica da liberdade de expressão, trata-se do direito de informar, de se informar e de ser informado. Também aqui se aplica o princípio de não censura prévia, os jornalistas que são independentes, estão protegidos pelo sigilo profissional em relação às fontes, de forma a assegurar a sua autonomia. No entanto, as publicações informativas têm de ser registadas, para que seja possível determinar quem são os seus proprietários e responsáveis editoriais.

Em matéria de liberdade de expressão e de informação, existem outros direitos e liberdades pessoais que podem ser violados em virtude

do seu uso menos próprio: designadamente, o *bom-nome e a reputação, a imagem e a reserva da intimidade da vida privada e familiar*, aliás, é a própria Constituição que considera a necessidade do estabelecimento de garantias contra utilização abusiva ou contrária à vida humana da informação relativa às pessoas e famílias. A concretização de tal necessidade é a definição como crime, entre outros, dos seguintes comportamentos:

- Difamação: crime praticado por quem impute a outra pessoa um facto (mesmo sob forma de suspeita) formule sobre ela um juízo ofensivo da sua honra ou consideração ou reproduza tal imputação ou juízo;
- Injúria: imputação directa a outra pessoa da prática de determinados factos (mesmo sob forma de suspeita), através da emissão de palavras ofensivas da sua honra ou consideração;
- Devassa da vida privada: intercepção, gravação, registo, utilização, transmissão ou divulgação de conversa ou comunicação telefónica, a captação, a fotografia, filme, registo ou divulgação de imagem das pessoas, objectos ou espaços íntimos, a observação ou escuta às ocultas de pessoas em local privado, a divulgação de factos relativos à vida privada ou doença grave de outras pessoas, sem o consentimento destas e com a intenção de devassar a sua vida privada;
- Gravações e fotografias ilícitas: a gravação de palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que dirigidas ao autor, a utilização ou permissão para utilização das gravações tomadas naquelas condições, sem consentimento dos intervenientes, bem como a fotografia ou filme de outra pessoa, mesmo em eventos em que esta tenha participado, ou utilização ou permissão de utilização de fotografias ou filmes nestas condições, ainda que ilicitamente obtidos;
- Denúncia caluniosa: denúncia ou lançamento de suspeita da prática de crime por outra pessoa, feita publicamente ou perante autoridade, com consciência da falsidade da imputação e a intenção de que contra aquela se instaure procedimento.

Contudo, existe a possibilidade de o visado por estas práticas exigir a reparação dos danos patrimoniais e não patrimoniais que tenha sofrido em virtude de tais atos. Podendo a mesma ser realizada independentemente da responsabilidade criminal ou em conjunto com ela.

Considerações Finais

Nos nossos dias vai se notando cada vez mais um interesse muito dos grandes dos órgãos de comunicação social sobre a justiça, nomeadamente pelo interesse do desfecho de certos processos mediáticos. A questão que muitas vezes se coloca é a de saber se este interesse prende-se essencialmente pelo interesse em ver resolvidos os casos de forma justa ou haverá outros interesses por trás? Na verdade “Os *média* justificam a sua imiscuição na vida democrática com um novo direito que não está consagrado em parte alguma: o direito à transparência”¹⁰². Podemos assim entender que a tarefa primordial das médias visa mostrar a verdade e criar as condições para que seja atribuído a cada um o seu próprio direito.

Em Angola, a problemática da resolução de casos complicados, pode levar muitos anos a resolver, tendo em conta uma serie de dificuldade que podem surgir ao longo do processo, mas sobretudo porque, os “Tribunais não têm capacidade para gerir um volume de solicitações tão significativo e diversificado como o que lhes é actualmente dirigido”¹⁰³. Essa situação tem provocado um clima de suspeições que leva muitas vezes os meios de comunicação social a efectuarem os chamados julgamentos em praça publica, ou seja, ao veicularem determinadas noticiais, pode levar a população a retirar determinadas ilações que podem acabar por influenciar negativamente o andamento do processo.

Está situação acaba, quase sempre por provocar danos irreversíveis aos acusados, tal como atrás nos referimos. Porém, é bem sabido que nem todos os casos interessam a comunicação social, pois ela se

¹⁰² Cfr. Antoine Garapon, *Op. Cit*, 1997, p. 273.

¹⁰³ Cfr. Cunha Rodrigues, *Op. Cit*, in *RPCC*, p. 534.

preocupa essencialmente com aqueles casos mediatizados, no sentido de criar algumas expectativas junto dos cidadãos e nesse sentido a comunicação social se preocupa mais com os casos ligados “a justiça criminal *a* que é fundamentalmente tratada pelos órgãos de comunicação social: tanto do ponto de vista do espaço e do tempo que ocupa nos meios de comunicação social, como do destaque que lhe é dado”¹⁰⁴.

No fundo o que as médias pretendem é mostrar ou publicitar para o público aqueles casos que podem suscitar interesses dos cidadãos, até porque é notório que “Quando a imprensa se debruça sobre um processo, não se limita a explicar o trabalho da justiça ou a denunciar o seu mau funcionamento: alimenta o desejo de se substituir ao juiz e julgar no seu lugar”¹⁰⁵, criando as premissas para que os cidadãos possam efetuar juízos de valor acerca dos casos que esteja a acontecer e como já nos referimos acaba por atrapalhar ou criar dificuldades tremendas naqueles que a trabalham para o esclarecimento da verdade dos factos, neste sentido Martine Madoux refere que “as testemunhas não reservam as suas declarações para o juiz de instrução ou para o tribunal mas para os microfones que lhes são estendidos”¹⁰⁶. Essa situação pode levar a divulgação de factos no processo que estejam a coberto do segredo de justiça, e naturalmente prejudicar o curso do processo.

Em muitos casos, os órgãos de comunicação social acabam por violar certos direitos e liberdades fundamentais ao publicarem determinadas matérias protegidas pelo direito interno dos Estados e até mesmo protegidas pelo direito internacional. “A verdade é que não se pode escamotear a responsabilidade, maior ou menor, dos próprios jornalistas a tal situação...faz-se entre nós com excessiva frequência – e talvez com excessiva impunidade – um tipo de jornalismo atentatório de alguns direitos fundamentais de cidadania: o direito ao bom nome, o

¹⁰⁴ Cfr. Rui do Carmo Moreiro Fernando, “*Ministério Público e Comunicação Social*”, in *Sub Judge*, N.º 15/16, p. 190.

¹⁰⁵ Cfr. Antoine Garapon, *op. Cit*, p. 276.

¹⁰⁶ Cfr. Martine Ract Madoux, “*Criminalidade, Processo Penal e Meios de Comunicação*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, Fasc. 2, Coimbra Editora, Abr/Jun, 1999, p. 225.

direito à reserva de vida privada, o direito à presunção de inocência, até o direito (absolutamente básico) ao respeito pela dignidade pessoal”¹⁰⁷,

O art. 32.º da CRA refere que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à nacionalidade, ao bom-nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar”. Isso significa que todos esses direitos devem ser protegidos pelo Estado, uma vez que se encontram “diretamente ao serviço da proteção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, (...) direitos de personalidade (...) que gozam de proteção penal”¹⁰⁸.

Cesare Beccaria, ao referir-se a questão da honra, afirmava: “há uma contradição notável entre as leis civis, zelosas guardiãs, mais que qualquer outra coisa, do corpo e dos bens de cada cidadão, e as leis daquilo a que se chama *honra*, que coloca a opinião acima de tudo”¹⁰⁹.

Na verdade, o que nós somos não é sempre aquilo que os outros pensam de nós, embora se possa reconhecer que a nossa honra tem a ver com a imagem que os outros têm de nós, porém essa imagem pode ser mudada a qualquer momento, através de um acontecimento novo, “a sua determinação concreta é influenciada pelo ambiente político, cultural e, em geral, histórico-social, entre outros fatores”¹¹⁰.

A identidade pessoal e o bom-nome¹¹¹, estão intimamente ligados com a questão da honra, ou seja, o reconhecimento que uma pessoa possa ter por parte da sociedade tem a ver com os atos que ele pratica e a sociedade aceita. Por conseguinte, se essa pessoa fazer algo reprovável na sociedade em que vive, a sua reputação ficará manchada e logo a ideia que as outras pessoas tinham muda drasticamente, ou seja, uma pessoa pode passar rapidamente de herói à vilão ou vice e versa.

Entende-se então que “a honra implica, pois, uma esfera de respeitabilidade que abrange não só a própria pessoa (...) mas também todos

¹⁰⁷ Cfr. Sara Pina, “Deontologia dos Jornalistas e o Direito à Verdade”, in *Sub Judge*, N.º 15/16, p. 185.

¹⁰⁸ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. Cit.*, p. 179.

¹⁰⁹ Cfr. Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, Tradução de José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, p. 79.

¹¹⁰ Cfr. A. Marinho e Pinto, *Op. Cit.*, p. 75.

¹¹¹ Cfr. art 32.º da CRA.

os domínios da sua atividade (...) profissional, comercial, política”¹¹². No fundo todos os aspetos da vida de uma pessoa passam a ser afetados quando a sua vida se torna de domínio público.

Quanto ao direito à imagem, devemos ter bem presente que cada indivíduo deve ter de se pronunciar sobre a publicação da sua imagem por terceiros, ou seja, como refere o código civil “O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”¹¹³, embora haja uma exceção, “Não é necessário o consentimento de pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça (...) ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente”¹¹⁴, por conseguinte “O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”¹¹⁵. O que normalmente tem acontecido é a Comunicação Social colher imagens ou filmar sem antes solicitar a devida autorização destas pessoas, o que constitui grave violação ao direito de imagem.

Quanto ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar como afirmam os Profs. Gomes Canotilho e Vital Moreira, este “analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”¹¹⁶. Isso muitas vezes colide com o interesse da comunicação social que visa revelar factos nos processos judiciais, acabando por revelar factos da intimidade dos arguidos¹¹⁷, ou até mesmo dos seus familiares. No fundo o que

¹¹² Cfr. A. Marinho e Pinto, *op. Cit.*, p. 76.

¹¹³ Cfr. art. 79.º n.º 1 do Código Civil

¹¹⁴ Cfr. art. 79.º n.º 2 do Código Civil

¹¹⁵ Cfr. art. 79.º n.º 3 do Código Civil

¹¹⁶ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Op. Cit.*, p. 181.

¹¹⁷ Cfr. art. 80.º do Código Civil (*Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*), n.º 1 “*Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem*”.

acontece aqui, é uma violação desse direito, evocando-se o direito à informação, o que é reprovável.

Consagra o art. 31.º n.º 1 da CRA que “a *integridade moral intelectual e física das pessoas é inviolável*”. Não são raras as vezes que os órgãos de comunicação social atentam contra este princípio, consagrado pela constituição e protegido pelo Estado, uma vez que em grande medida, expõem publicamente as pessoas, promovendo assim de acções de descriminação, humilhação, condenações públicas, entre outros¹¹⁸.

A DUDH, no seu art. 12.º, vai mais longe quando refere que “*ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação*”. Embora este preceito exista, a verdade é que vamos assistindo à violações constantes a esses direitos pelos órgãos de comunicação social.

Assim deve-se ter sempre em conta que nenhuma pessoa deve ser tratada de forma arbitrária ou ilegal, sobretudo nos assuntos ligados a sua vida privada, ao seu domicílio, a sua correspondência ou até mesmo a intromissão na vida privada de parentes próximos e muito menos, se coloquem em causa a sua honra e reputação. Até porque todas as pessoas têm o direito ao respeito da vida privada e familiar, não sendo igualmente permitidas violações a sua correspondência.

Porém no hodierno da sua atuação não são poucas as vezes em que os OCS violam determinados direitos e liberdades fundamentais, em nome da necessidade da publicidade, esquecendo-me que a vida íntima das pessoas só deverão ser divulga por estas.

Na verdade, o que normalmente acontece é a deturpação de notícias, culpabilizando esta ou aquela parte do processo, sem que para tal tenha havido qualquer julgamento oficial. Assim, as pessoas correm risco de ser maltratadas ou mal faladas e até mesmo acusadas publicamente de factos que não cometeram e neste sentido muitas vezes são

¹¹⁸ A propósito dessa matéria, convém referir que quando estamos perante a violação da integridade física e moral de uma pessoa, são colocados em causa violação de determinados direitos inalienáveis, cujos danos são irreversíveis, sendo que o infrator ou infratores incorrem numa infração criminal”.

chamadas de “«monstro» encarnando a alteridade absoluta ou, pelo contrário, de vitima, isto é, de um outro eu com que nos identificamos e cujos sofrimentos partilhamos”¹¹⁹, e como temos vindo a dizer, isso provoca danos irreparáveis.

Os casos que envolvem grandes figuras públicas ou assuntos polémicos “denominados *casos de tribunais* forneceram desde sempre boas matérias para divulgação jornalística, em especial quando reportáveis a grandes acontecimentos de natureza criminal”¹²⁰. Tal como sabemos os órgãos de comunicação social prestam maior atenção e destacam nas suas notícias os casos relacionados a figuras públicas, porque esse tipo de notícia vende mais, porque todos estamos interessados em saber o que se passa com A e B, como se fossemos tutores ou controladores destes, e como tal essa situação provoca danos graves do fórum psicológicos e físicos irreversíveis. De igual forma a comunicação social destaca crimes de grande monta, como os homicídios por exemplo. E não, são poucas as vezes, os órgãos de comunicação social chegam mesmo a “reconstituir os factos com uma fidelidade que está vedada ao processo: filmam-se os mesmos carros, às mesmas horas e no mesmo bairro (...) A semelhança é tão evidente que se torna necessário indicar (...), que se trata de uma reconstituição”¹²¹.

Na verdade, embora se possa considerar nobre a função da comunicação social no seu compromisso com a verdade, não nos podemos esquecer que o interesse primordial, da comunicação social do ponto de vista pratico não visa a facilitação ou a resolução dos casos, mas sim a obtenção de lucros, tirar proveito da situação, obter mais e melhor audiência, no fundo vender mais notícias, ainda que não sejam verdadeiramente corretas, até porque “a primeira preocupação da imprensa é de ordem económica (...) assiste-se, pois, a uma evolução

¹¹⁹ Cfr. antoine Garapon e Denis Salas, *A Justiça e o Mal*, tradução de Maria Fernanda Oliveira, Instituto Piaget, Coleção Direito e Direitos do Homem, Lisboa, 1997, p. 180. O olhar do povo, como afirma Manuel Valente, é piedoso e misericordioso, como também é viperino e demolidor. Vide Manuel Valente, *Da Publicação da Matéria de Facto nas Condenações nos Processos Disciplinares*, p. 98.

¹²⁰ Cfr. Carlos A. Poiães e M. .^a João L. Crujeira, “A Justiça e Intervenção Mediática – Um Espaço para a Psicologia”, in *Sub Judice*, N.º 15/16, p. 29.

¹²¹ Cfr. Antoine Garapon, *Op. Cit.*, p. 276.

da imprensa no sentido do fornecimento de informações ditas consensuais, que não ferem, que não incomodam (...) estas vendem-se bem, trazem receitas”¹²².

Tal como é do nosso conhecimento “a competição das notícias gera dinheiro, o dinheiro que as audiências cobram na publicidade. Normalmente, fala-se só da «guerra das audiências» em relação às televisões, mas de um modo mais disfarçado, é evidente que ela domina a estratégia de todos os *médios*”¹²³. Na verdade a maneira de os média tirarem lucros da sua atividade é vender ao povo aquilo que eles querem comprar, ou consumir, e normalmente o povo prefere notícias ligadas ao terror, a maldade a situações que coloquem em choque, muitas vezes, a própria sociedade. E isso a imprensa sabe fazer muito bem. Por conseguinte, é bem verdade que o dever de informar aos cidadãos pertence aos órgãos de comunicação social “num Estado democrático e plural, o papel de uma comunicação social, livre e concorrencial, fundamental e insubstituível”¹²⁴. Para tal urge a necessidade de informar com verdade, o que muitas vezes não acontece.

Não pretendemos de maneira alguma, colocar em causa o papel dos órgãos de comunicação social, mas tão-somente afirmar que ao publicar certas notícias, devemos ser ponderados para não conotarmos pessoas que irremediavelmente não voltarão a ser as mesmas, ainda que a posteriori venham a ser ilibadas. No fundo o que acontece, as notícias acabam por incitar a violência e a desordem e até mesmo conotações ela forma ela “é, na maior parte das vezes, dada a conhecer sob uma forma única, crua e absurda”¹²⁵. Convém lembrar que “a justiça não pode ser dirigida senão a partir de faltas desordens, homicídios, catástrofes, em suma, dramas que contribuem para dramatizar um pouco mais. Mas enquanto o crime, que sempre existiu, estava anteriormente localizado nas margens, eis que se encontra propulsionado para o centro das nossas sociedades. Os meios de comunicação põem-no em cena”¹²⁶.

¹²² Cfr. Martine R. Madoux, *Op. Cit.*, pp. 227/28.

¹²³ Cfr. José M. P. de Oliveira, *Op. Cit.*, p. 26.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Cfr. Antoine Garapon, *Op. Cit.*, p. 283.

¹²⁶ Cfr. Antoine Garapon e Denis Salas, *Op. Cit.*, p. 167.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma Perspectiva Jurídico – Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1966.
- BECCARIA, Cesare, *dos Delitos e das Penas*, (tradução de José de Faria Costa), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 1998.
- BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro, “*Processo Civil*”; in *Enciclopédia Polis*, Vol. IV, Lisboa/S. Paulo, 1986, pp. 1525/32.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1983.
- CORREIA, Eduardo Madeira e RODRIGUES, Adriano Duarte, “*Publicidade*”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, N.º 15/16, Jun/Dez, 1999, pp. 57/73.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Ed. Notícias, Lisboa, 1993.
- EIRAS, Agostinho, *O Segredo de Justiça e Controlo de Dados Informatizados*, Coleção “Argumentum/4”, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- FARIA, Jorge Ribeiro de, “*Processo Penal*”, in *Enciclopédia polis*, Vol. IV, Verbo, Lisboa/S. Paulo, 1986, pp. 1546/53.
- GONÇALVES, Manuel Lopes da Maia, *Código de Processo Penal Anotado*; 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 1998.
- , *Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar*; 13.^a ed., Almedina, Coimbra, 1999.
- MANHEIN, Hermann, *Criminologia Comparada*, Vol. I e II, (tradução de Manuel da Costa Andrade), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, s.d.
- MARQUES, Pedro Maia Garcia, “*O Serviço Público de Televisão, Contributo Para Uma Justificação Material Adequada da Sua Imposição Constitucional*”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIV, Universidade Católica Editora, Tomo 2, 2000, pp. 135/213.
- MESQUITA, Paulo Dá, “*O Segredo do Inquérito Penal*”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIV, Universidade Católica Editora, Tomo 2, 2000, pp. 47/133.
- MOREIRA, Vital e CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1983.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo penal*, Vol. I (4.^a ed., 2000), Vol. II (2.^a ed., 1999) e Vol. III (2.^a ed. 2000), Editorial Verbo, Lisboa/S. Paulo.

—; *Curso Direito Penal Português*, Vol. I (1.^a ed., 1997), Vol. II (1.^a ed., 1998) e Vol. III (1999), Editorial Verbo, Lisboa/S. Paulo.

SOUSA, Manuel Teixeira de, “*Processo*”, in *Enciclopédia Polis*, Vol. IV, Verbo, Lisboa/S. Paulo, s.d., pp. 1505/17.

TEIXEIRA, António Braz; *Sentido e Valor do Direito – Introdução à Filosofia Jurídica*, 2.^a ed., revista e ampliada, IN – CM, s. l., 2000.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*A Investigação Criminal Como Motor de Arranque do Processo Penal*”, in *Policia Portuguesa*, Ano LXIII, 2.^a Série, N.º 122, Mar/Abr, 2000, pp. 2/5.

O lugar das vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal: reflexões acerca da aplicação do princípio da legalidade¹

The place of vulnerable or defenseless victims in the Penal Code: reflections on the application of the principle of legality

CARINA QUARESMA²

Resumo: O princípio da legalidade é basilar e orientador de todo o Direito Penal, no entanto a utilização de termos vagos no âmbito da Lei dificultam a sua aplicação. Entre as expressões vagas encontradas no Código Penal (CP) incluem-se algumas como “*pessoa particularmente indefesa em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez*” ou “*situação de especial vulnerabilidade da vítima*”.

O Código Penal português, acompanhando a evolução do conhecimento acerca das vítimas de crime, tem vindo a acomodar de forma gradual uma visão voltada para o agravamento da moldura penal de diversos crimes quando estes envolvem vítimas indefesas ou vulneráveis ou para a inclusão da menção a estes conceitos na própria tipificação de alguns crimes.

Com base em sete acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, procedeu-se a uma análise da jurisprudência em casos de homicídio qualificado (art. 132.º, n.º 2, alínea *c* do CP – situações em que o facto é praticado “*contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez*”).

Ficou evidente a complexidade interpretativa inerente a estes conceitos. Em alguns casos os tribunais superiores confirmaram a interpretação efetuada pela primeira instância noutros tal não se verificou. Em várias situações a interpretação afastou-se da noção de vítima indefesa em resultado de características “físicas”

¹ Trabalho realizado no âmbito da Disciplina de Direito Penal, ministrada pela Professora Doutora Teresa Beleza, no ano letivo de 2013/2014 do Doutoramento em Direito e Segurança, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Entregue: 1.3.2015; aprovado: 8.7.2015.

² Doutoranda em Direito e Segurança da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

(ex.: idade, gravidez...), apontando para uma indefensabilidade resultante da forma como o crime foi praticado.

Palavras chave: Princípio da legalidade, vítima, indefesa, Direito Penal, jurisprudência, homicídio qualificado.

Abstract: The principle of legality is fundamental in the Criminal Law, however the use of inaccurate terms hampers its application. Several examples of inaccurate expressions can be found in the Penal Code (CP) such as: “*defenseless person on grounds of age, disability, illness or pregnancy*” or “*situation of particular vulnerability of the victim*”.

The Portuguese Penal Code, following the increasing knowledge on victims of crime, has been gradually accommodating an aggravation of the criminal frame for several crimes when they involve vulnerable or defenseless victims or has been including these concepts in the prevision of certain crimes.

Seven decisions of the Supreme Court of Justice in cases of qualified murder (article 132, paragraph 2-c of Penal Code – situations where the facts are practiced “*against defenseless person on grounds of age, disability, illness or pregnancy*”) were analyzed.

This analysis showed the complexity of the interpretation within these concepts. In some cases the Supreme Court has confirmed the decision adopted by the first instance court, while in others the decision was different. In many situations the interpretation departed from the notion of a defenseless victim as a result of “physical” characteristics (e.g.: age, pregnancy ...), to a defenseless victim due the way the crime was committed.

Key words: Principle of legality, victim, defenseless, Criminal Law, jurisprudence, qualified murder.

1. O Direito Penal e o Princípio da legalidade

Conforme referido por Beleza (1984), o Direito Penal deve reger-se por um princípio de intervenção mínima, só devendo determinar que certos atos sejam considerados crime quando tal seja eficaz e necessário, afigurando-se de tal forma estritamente essencial à sobrevivência da comunidade. Quando forem suficientes outras medidas de carácter social, administrativo, ou quando a incriminação não obtém os fins a que se destina o Direito Penal não deverá intervir.

Esta avaliação sobre a eficácia e necessidade não é estanque, apresentando diversas variações, nomeadamente em função da época e contexto sociocultural. O leque de crimes incluídos no Código Penal varia assim no espaço e no tempo, existindo diferenças entre estados e em cada estado o que é hoje considerado crime pode não o ter sido anteriormente e vice-versa (ex.: adultério ou homossexualidade já foram considerados crimes no Código Penal português) (Beleza, 1984). Por outro lado, a gravidade com que são punidos os crimes também apresenta variações consideráveis.

Assim, quer a previsão (crime – “facto típico”), quer a estatuição (pena-sanção) possuem formatos influenciados pelo contexto histórico e geográfico.

Segundo a mesma autora, o Direito Penal, e mais concretamente as penas podem ser encaradas como tendo fins mediatos, ou seja, prosseguir os fins do Estado, e fins imediatos, vias pelas quais se atingem os fins do Estado. Os fins do Estado podem consistir precisamente no respeito e garantia dos direitos e liberdades consagrados na Lei Fundamental.

Considerando os fins das penas designados de imediatos, podem diferenciar-se as teorias da retribuição e da prevenção geral (Beleza, 1984). No primeiro caso, o objetivo é punir quem praticou um ato condenável, retribuir o “mal” praticado com um “castigo”, tipicamente a privação da liberdade. No âmbito da teoria da prevenção, as penas têm por finalidade evitar que as pessoas em geral cometam crimes (prevenção geral) e evitar que quem cometeu algum crime volte a reincidir (prevenção especial).

A competência legislativa para “*definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo criminal*” é de reserva relativa da Assembleia da República, salvo sua autorização ao governo (art. 165.º da Constituição da República Portuguesa)³.

Esta reserva da lei à Assembleia da República (AR) justifica-se pelo princípio da separação de poderes, não podendo concentrar-se no mesmo órgão do Estado os poderes de legislar sobre a matéria penal e de conduzir a atividade repressiva do Estado (Costa, 2009).

³ A Assembleia da República pode autorizar o governo a fazer Decretos-Lei neste domínio.

Os bens jurídicos a proteger no âmbito do Direito Penal devem ser os fundamentais, cujo elenco e definição dependem também do contexto social e cultural, variando por isso no tempo e espaço (Beleza, 1984).

Segundo Costa (2009) a função do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos, aqueles que tenham dignidade penal, ou seja que merecem a proteção do Direito Penal, como por exemplo a vida, a integridade física, a honra, o património, a segurança interna e externa do Estado.

Como indicado pelo referido autor, esta função primordial e outras como sejam a garantia, a segurança e a coesão, visam o livre desenvolvimento da personalidade e a normal expansão e concretização dos interesses e valores da comunidade.

Apesar do Direito Penal fazer parte do ordenamento infraconstitucional, Costa (2009) não deixa de sublinhar que *“O Direito Penal – e aquilo que ele de mais profundo representa – é, em si e por si, materialmente constitucional. Daí que os textos da lei fundamental não venham legitimar o direito penal mas antes limitar o âmbito do penalmente relevante e ainda circunscrever as margens da punibilidade”*.

Conforme indicado por Beleza (1984) o princípio da legalidade (*“Nullum crimen sine lege, certa et priori”*) implica que a lei escrita (da Assembleia da República) seja a fonte primordial do Direito Penal, afastando a possibilidade do costume servir como fonte de direito; assim ninguém pode ser condenado por algo que não estando previsto em lei escrita seja alvo de reprovação generalizada pela sociedade.

O Código Penal (CP) português, no seu art. 1.º, relativo ao Princípio da legalidade, determina que:

1 – *Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática.*

2 – *A medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento.*

3 – *Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde.*

No art. 2.º, relativo à “Aplicação no tempo”, estipula que:

1 – As penas e as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem.

2 – O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.

3 – Quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período.

4 – Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.

O princípio da legalidade está também expresso na Constituição da República Portuguesa (CRP) no art. 29.º, sobre a “Aplicação da lei criminal”:

1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.

2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.

3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.

4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.

5. *Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.*

6. *Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.*

Tal como explicado por Beleza (1984), ao contrário do que sucede em outros ramos do Direito, no Direito Penal não é admissível a interpretação extensiva das normas nem a integração por analogia de lacunas detetadas.

Ao Direito Penal está vedada esta “aplicação” das normas, uma vez que se trata do ramo do direito que visa precisamente proteger os bens jurídicos fundamentais, e uma interpretação extensiva ou através da integração de lacunas por analogia poderia colocar em causa essa proteção desses mesmos bens.

Na prática, a lei penal não se pode aplicar retroativamente, exceto se tal beneficiar o arguido e não é possível qualificar um ato como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança por analogia com situações anteriores, num ato de interpretação extensiva das normas; e é necessário que tal esteja previsto em lei anterior ao momento da prática do crime.

O princípio da legalidade implica que as leis penais sejam precisas, que o seu sentido seja facilmente delimitado ou delimitável (Beleza, 1984). Leis penais vagas ou imprecisas, habitualmente designadas de “*leis penais em branco*”⁴, podem ser até consideradas inconstitucionais tendo em conta a violação do princípio em causa.

Segundo esta autora existe uma discussão em torno da questão de definir a que leis penais se aplica o princípio da legalidade: se apenas às normas que definem crimes, se também às que definem penas ou circunstâncias agravantes.

Não obstante este facto, e conforme declarado por Beleza (1984) existem vários exemplos de disposições penais que contêm conceitos

⁴ Em sentido mais técnico referem-se às normas penais que remetem para outra fonte normativa de carácter inferior para preencher os seus próprios pressupostos (Beleza, 1984).

imprecisos (ex.: art. 132.º do Código Penal, relativo ao crime de homicídio qualificado, onde consta a menção a circunstâncias reveladoras de “*especial censurabilidade ou perversidade*” do agente).

Têm existido e existem diversas expressões vagas utilizadas no Código Penal, citando-se alguns outros exemplos: “lugar ermo” (art. 190.º)⁵, “atentado ao pudor” (art. 205.º do CP de 1982)⁶ ou “abusando da sua inexperiência” (art. 173.º)⁷.

O princípio da legalidade garante às pessoas que elas podem saber, à data da prática de um determinado ato, qual a pena a que se sujeitam, pelo que a utilização de termos vagos e imprecisos nas leis penais limitam a referida garantia (Beleza, 1984).

Compreende-se que por vezes é muito difícil a utilização de termos ou expressões cujo sentido e interpretação sejam inequívocos, no entanto algumas das alterações introduzidas ao Código Penal têm procurado diminuir esta subjetividade (ex.: furto de valor elevado – art. 204.º – sendo que a definição de valor elevado foi operacionalizada no art. 202.º – operacionalização que era inexistente no CP de 1982).

Conforme refere Brito (cit. por Beleza, 1984): “*a indeterminação das precisões legais é o calcanhar de Aquiles do princípio da legalidade*”.

Uma vez que o sentido das disposições legais é muitas vezes difícil de determinar, os tribunais acabam por ter um papel importante na determinação concreta do sentido das expressões imprecisas (Beleza, 1984).

Assim, é comum consultar a jurisprudência para determinar que sentido é habitual e provavelmente aceite para um dado termo, expressão. Apesar do sistema português ser de “lei escrita”, não sendo portanto um sistema de precedente jurisprudencial (como nos sistemas de *Common law*), o costume jurisprudencial acaba por ser uma fonte do direito, uma vez que é ele que vai dar o sentido real, preciso e delimitado às normas incriminadoras (Beleza, 1984).

Conforme refere Brito (cit. por Beleza, 1984), dado este papel fundamental dos tribunais na delimitação da interpretação das nor-

⁵ Crime: Violação de domicílio ou perturbação da vida privada.

⁶ Crime: Atentado ao pudor com violência.

⁷ Crime: Atos sexuais com adolescentes.

mas incriminadoras, e porque a CRP garante o direito à igualdade na aplicação da justiça, os tribunais serão obrigados a fundamentar uma eventual alteração radical no sentido tradicional usado no costume jurisprudencial de interpretação da norma.

Por outro lado, tal como indicado por Beleza (1984), a necessidade de interpretação surge mesmo perante normas que aparentemente são claras e simples: para se poder aplicar a lei é preciso interpretar, descobrir o seu sentido.

Segundo esta autora, essa interpretação tem como limite extremo o sentido possível das palavras que constam na lei, este limite não pode ser assim ultrapassado, sob pena de violar o princípio da legalidade. Assim, a CRP admite uma interpretação extensiva no Direito Penal desde que esta não ultrapasse o limite do sentido literal possível.

De qualquer modo e conjugando o n.º 3 do art. 29.º da CRP, o n.º 3 do art. 1.º do CP e o art. 9.º (n.ºs 1 e 2) do Código Civil (considerado a regra básica da interpretação no sistema jurídico português), resulta que a interpretação das leis penais não deve exceder o limite do sentido literal possível, no entanto esse exercício interpretativo deve ser realizado tendo em conta o contexto (ou sucessão de contextos) em que as palavras circulam (Beleza, 1984). Esta autora acrescenta também que as significações devem ser buscadas não apenas no dicionário (“letra morta”), mas também no contexto e no uso linguístico (“letra viva”).

Adicionalmente e como refere Costa (2009), o costume não é uma fonte do Direito Penal, no entanto é relevante quando se trata de densificar o conteúdo de conceitos normativos – a lei serve-se do mesmo para descrever os tipos legais dos crimes (ex.: noção de “pudor”, “ato sexual de relevo” – art. 165.º).

Por outro lado, importa ter em conta que a interpretação de um determinado elemento do tipo legal de crime serve apenas exclusivamente para esse tipo legal de crime e não para qualquer outro (Costa, 2009). Por exemplo a noção de valor elevado nos crimes patrimoniais (definido no art. 202.º do CP), a sua interpretação só tem significado dentro da área destes crimes (aos quais se aplica o previsto no art. 202.º).

Segundo este autor, o “texto-norma” é a palavra do legislador – o que consta literalmente no texto da lei e, por outro lado, a “norma-

-texto” corresponde à assimilação do significado do teor literal da norma acrescido da sua valoração axiológica e integração sistemática, ou seja o significado intrínseco da norma. Uma interpretação respeitando o princípio da legalidade viabiliza o alcance do verdadeiro significado e sentido da norma penal historicamente situada, alcançável através da norma-texto.

Entre as expressões vagas encontradas hoje em dia no Código Penal incluem-se algumas como “*pessoa particularmente indefesa em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez*” ou “*situação de especial vulnerabilidade da vítima*”, geralmente no âmbito da qualificação de diversos crimes ou na descrição dos factos típicos (previsão do crime).

No próximo ponto a análise recairá sobre este tipo de conceitos e a sua presença no Código Penal.

2. Contributos para os conceitos de indefensibilidade/vulnerabilidade das vítimas

Importa salientar que o papel da vítima no âmbito do sistema de justiça penal passou por diversas fases ao longo dos tempos. Até finais do século XIX a vítima assumia um papel central no âmbito do processo-crime no sentido em que a prossecução criminal em crimes comuns contra as pessoas e contra propriedade dependia dela (o Estado focava apenas a sua atenção nos crimes que lesavam a paz, o monarca ou a sociedade em geral) (Kearon & Godfrey, 2008).

Segundo Kearon e Godfrey (2008), posteriormente e até finais do século XX, o Estado assumiu uma postura mais “paternalista”, sendo mais intervencionista e proativo no domínio da prossecução criminal, adotando um papel crescente na deteção, detenção e acusação dos ofensores. Estes autores indicam que as vítimas começaram cada vez mais a ser chamadas a tribunal, não como quem acusava, mas sim como testemunhas, contribuindo para a conceptualização do conceito de “vítima”. Depois da Segunda Guerra Mundial o poder e construção simbólica em torno das vítimas aprofundou-se e o surgimento do Estado social teve um papel fundamental nas intenções e ações do sistema de justiça criminal relativas à proteção dos mais vulneráveis.

Nesta fase proliferava a visão da vítima “inocente” atormentada por “vorazes e furiosos” criminosos (visão atualmente contestada pelos estudiosos da vitimologia, e em certa medida pelas próprias vítimas de crime) (Kearon & Godfrey, 2008).

Os mesmos autores indicam que na terceira fase, desde os finais do século XX, a vítima começou paralelamente a assumir um papel de crescente complexidade, algo fragmentado e contraditório nos debates em torno do sistema de justiça penal. O estudo em torno de diversas “tipologias” de vítimas (ofensas sexuais, violência doméstica, vitimização em minorias étnicas, vítimas de crimes económicos e financeiros) conduziu à identificação de formas até então ignoradas de vitimização criminal. Estes desenvolvimentos estão também espelhados no surgimento de grupos de defesa dos direitos destes grupos específicos de vítimas, geralmente ligados a críticas explícitas à atuação das entidades responsáveis pela aplicação da lei e da justiça (Kearon & Godfrey, 2008).

Nesta fase, importa ainda sublinhar os contributos de alguns vitimologistas ao criticarem a muitas vezes falsa distinção entre vítimas e ofensores, considerando que existe uma sobreposição entre estes dois grupos (Newburn & Stanko, *cit. por* Kearon & Godfrey, 2008).

Neste período começaram assim a emergir desafios à visão “típica” da vítima acerca da sua passividade e do papel do sistema de justiça penal, em que moldes este sistema pode lidar como e envolver estes atores.

Apesar dos referidos autores traçarem este processo evolutivo tendo em conta a realidade anglo-saxónica, este parece ter algum paralelo com a realidade portuguesa. No Código Penal de 1852 – o elenco de crimes aí previstos e a sua forma de apresentação parecem revelar a especial importância dada aos delitos cometidos contra a religião do reino, a segurança do estado, contra a ordem e tranquilidade públicas, violência contra figuras do estado, de falsificação, relegando para segundo plano por exemplo os crimes contra as pessoas.

O Código Penal de 1982 e as reformas seguintes parecem acompanhar *grosso modo* esta visão que a sociedade foi tendo da vítima.

A título de exemplo, refira-se que já em 1982 a parte especial do Código passou a iniciar-se com os crimes contra as pessoas, no ano

2000 o crime de “Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge” passou a crime público; sendo progressivamente introduzidas *a posteriori* afinações que parecem destinadas a captar a diversidade de situações vitimológicas (ex.: autonomização do crime de violência doméstica e aumento do detalhe associado à previsão do crime de tráfico de pessoas). Por outro lado, e como veremos mais adiante, em diversas alterações ao Código Penal ocorridas nos anos noventa e meados do século XXI, deteta-se uma tendência para inclusão do agravamento da moldura penal em diversos crimes quando praticados sobre vítimas indefesas ou em situação de especial vulnerabilidade.

Antes de analisarmos em detalhe como surgem estes conceitos no Código Penal, o ponto seguinte inicia-se com uma alusão a algumas fontes internacionais e nacionais que surgem como relevantes, uma vez que comportam definições específicas ou apontam o possível sentido interpretativo destes conceitos.

2.1. Normativos internacionais e nacionais

Foi realizado um levantamento sobre normativos e orientações internacionais e nacionais que contenham contributos para a definição dos conceitos de vulnerabilidade ou indefensabilidade no âmbito das vítimas de crime.

No âmbito dos normativos internacionais, destaca-se desde logo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), datada de 1948, onde se proclamou e acordou que toda a pessoa humana pode invocar os direitos e liberdades ali enunciados, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação (art. 2.º). Por outro lado, reconhece-se que a infância tem direito a uma ajuda e assistência especiais (art. 25.º).

Da análise realizada aos normativos internacionais salienta-se também a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) (1979) da ONU e a Recomendação

Geral n.º 19 do Comité CEDAW, de 1992, sobre a violência contra as mulheres, onde se especifica que a definição de discriminação prevista no artigo 1.º da CEDAW inclui a violência baseada no género, ou seja, *“a violência que é dirigida à mulher porque é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionadamente”* (incluindo atos em que infligem danos ou sofrimento físico, mental ou sexual, as ameaças de cometer esses atos, a coação e outras formas de privações da liberdade)⁸.

Esta Convenção foi ratificada por Portugal em 1980, um dos primeiros países a fazê-lo, entrou em vigor em 1981 e inclui um protocolo opcional (ONU, 1999), ratificado por Portugal em 2002.

Neste normativo internacional, o seu art. 6.º estipula ainda que os Estados-membro devem adotar todas as medidas apropriadas, incluindo legislação, para eliminar todas as formas de tráfico de mulheres e a exploração da prostituição de mulheres.

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (1989), que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1990, apresenta uma definição clara de criança ou de menor: todo o ser humano menor de 18 anos, exceto se a lei aplicável ditar o atingimento da maioridade mais cedo (*o que não sucede em Portugal*).

A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), também da ONU, refere que o conceito de deficiência é evolutivo, sendo que a deficiência resulta *“da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efectiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas”*. São feitas menções específicas a crianças com deficiência e às raparigas e mulheres com deficiência, que muitas vezes são alvo de múltiplas discriminações.

No Programa de Estocolmo (2010-2014), que definiu orientações e prioridades em termos das políticas de segurança para os Estados-membro da União Europeia, aborda-se os *ciganos* como um grupo vulnerável relativamente ao qual se deve promover a integração na

⁸ Salienta-se que a Recomendação n.º 12 do Comité CEDAW de 1989 abordara já as questões da violência sobre mulheres, declarando que os Estados parte devem agir no sentido de proteger as mulheres contra quaisquer formas de violência que ocorram na família, no local de trabalho ou em outra área da vida social.

sociedade; refere também grupos vulneráveis em situações particularmente expostas como sejam as mulheres vítimas de violência ou de mutilação genital ou as pessoas que sofrem danos corporais num Estado-Membro de que não são nacionais nem residentes. Num outro ponto do Programa, são feitas referências às pessoas mais vulneráveis no âmbito das vítimas de crimes, deixando de se mencionar explicitamente as mulheres passando a indicar-se “*as pessoas sujeitas a repetidas violências em relações íntimas, as pessoas vítimas de violência com base no sexo, ou as pessoas vítimas de outros tipos de crimes num Estado-Membro de que não são nacionais nem residentes*”. Uma chamada de atenção é realizada para as vítimas de terrorismo e para os menores não acompanhados que chegam aos Estados-Membros oriundos de países terceiros e que representam um grupo particularmente vulnerável.

A Convenção do Conselho da Europa (CoE) para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (2011), também conhecida por Convenção de Istambul, salienta as necessidades específicas das pessoas que se tornaram vulneráveis devido a circunstâncias particulares, nomeadamente crianças vítimas. Portugal foi um dos primeiros países a ratificar esta Convenção, a qual entrou em vigor em agosto de 2014.

No âmbito da Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu (PE) e do Conselho, de 5 de abril, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, refere-se que “*entre as pessoas particularmente vulneráveis devem incluir-se, pelo menos, todas as crianças. Outros factores que poderão ser tidos em conta na apreciação da vulnerabilidade da vítima incluem, por exemplo, o sexo, a gravidez, o estado de saúde e a deficiência*”. Quanto às infrações relativas ao tráfico de seres humanos (art. 2.º) refere-se que “*Por posição de vulnerabilidade entende-se uma situação em que a pessoa não tem outra alternativa, real ou aceitável, que não seja submeter-se ao abuso em causa*”, ou seja, um tipo de vulnerabilidade que extravasa os fatores antes elencados (sexo, gravidez...).

Em 2012, uma outra diretiva surgiu, a 2012/29/UE do PE e do Conselho, de 25 de outubro, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade, onde também se utiliza o conceito de vítimas vulneráveis a vitimiza-

ção secundária e repetida, a intimidação e retaliação. Assim, deve ser dada especial atenção à avaliação das necessidades das vítimas cuja relação e dependência face ao autor do crime as tornem particularmente vulneráveis, aqui incluindo-se as vítimas de terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de seres humanos, violência baseada no género, violência em relações de intimidade, violência sexual, exploração ou crimes de ódio, as vítimas com deficiências e as crianças. A data limite fixada para a transposição desta diretiva foi novembro de 2015.

Relativamente aos normativos nacionais que se destacam e que surgem como relevantes no âmbito da definição e proteção de grupos mais vulneráveis nomeadamente em termos de vitimação criminal, a análise contempla desde logo o estipulado na Constituição da República Portuguesa.

Tal como previsto no princípio da Igualdade (art. 13.º), todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei e ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Por outro lado, a CRP nos seus artigos 69.º, 70.º, 71.º e 72.º identifica alguns grupos que carecem de atenção especial como sejam os infantes, os jovens, os cidadãos portadores de deficiência e as pessoas idosas, respetivamente.

A Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, indica que “*pessoa com deficiência é aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas*”.

A Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, (primeira alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional),

estipula nomeadamente que no âmbito do direito das vítimas de tráfico de pessoas ou auxílio à imigração ilegal à concessão de autorização de residência, a quem é assegurado sempre que necessário, a sua subsistência e o acesso a tratamento médico urgente e adequado, são tidas em conta as necessidades específicas das pessoas mais vulneráveis, incluindo o recurso, se necessário, a assistência psicológica (art. 112.º).

Mais adiante nesta Lei, nos artigos 146.º-A e 160.º é especificado que no âmbito da detenção de estrangeiro e das decisões de afastamento coercivo ou de expulsão judicial serão tidas em consideração as necessidades especiais das pessoas vulneráveis, em especial dos menores, pessoas com deficiência, idosos, grávidas, famílias monoparentais com filhos menores e pessoas que tenham sido vítimas de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual.

Algumas referências são também encontradas na Lei do Asilo (Lei n.º 27/2008, de 30 de junho). No âmbito das definições utilizadas neste normativo, encontra-se a relativa a “*pessoas particularmente vulneráveis*”, ou seja, “*pessoas com necessidades especiais, designadamente os menores, os menores não acompanhados, os deficientes, os idosos, as grávidas, os membros de famílias monoparentais com filhos menores e as pessoas que tenham sido sujeitas a actos de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual*” (art. 2.º, al. r).

A Lei n.º 38/2009, de 20 de julho, que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio de 2009-2011, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, que aprovou a Lei-quadro da Política Criminal, também faz referência a vítimas especialmente vulneráveis. Assim, entre os objetivos específicos da Política Criminal para o biênio em questão incluía-se: “*promover a protecção de vítimas especialmente vulneráveis, incluindo crianças e adolescentes, mulheres grávidas e pessoas idosas, doentes, deficientes e imigrantes*” (art. 2.º, al. b).

Em consonância com esta orientação estipulou-se que entre os crimes de prevenção e investigação prioritária (art. 3.º e 4.º) promove-se, em particular, a proteção de vítimas especialmente vulneráveis (art. 5.º) e nessa sequência a Forças e Serviços de Segurança desenvolvem programas de segurança comunitária e planos de policiamento de

proximidade destinados a proteger vítimas especialmente vulneráveis (art. 7.º).

Interessante notar que na Lei anterior, que definia as prioridades no âmbito da política criminal para o biênio 2007-2009 (Lei n.º 51/2007, de 31 de agosto), a terminologia utilizada era outra. No seu art. 2.º, que define os objetivos específicos da política criminal, incluía-se: “*Promover a protecção de vítimas especialmente indefesas, incluindo crianças e adolescentes, mulheres grávidas e pessoas idosas, doentes e deficientes*”. Por outro lado, a este elenco de vítimas indefesas o art. 5.º acrescentava ainda os imigrantes, como fazendo parte das vítimas especialmente indefesas, devendo promover-se em particular a proteção de todas estas vítimas no âmbito dos crimes contra as pessoas elencados entre os de prevenção e investigação prioritárias.

Assim, os grupos alvo de atenção prioritária são os mesmos na Lei de 2007 e na Lei de 2009, no entanto em 2007 eram considerados como “vítimas especialmente indefesas” e em 2009 como “vítimas especialmente vulneráveis”.

Deste modo, a legislação no âmbito da definição das prioridades da política criminal terá acompanhado a evolução dos conceitos e termos usados na comunidade científica em geral. O termo “indefesa” terá dado lugar ao termo vulnerável, um termo mais atual e que diminui um pouco a carga de “passividade” e de fragilidade associadas ao termo “indefesa”, e por outro lado, o termo vulnerabilidade consegue abarcar outras realidades para além das estritamente ligadas às condições “físicas” das vítimas.

A lei da violência doméstica, Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, indica no seu art. 2.º (relativo às definições) que uma vítima especialmente vulnerável é a “*vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social*”.

Também ao nível da estratégia nacional contra a violência doméstica, nomeadamente o IV Plano Nacional contra violência doméstica (2011-2013), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros (RCM) n.º 100/2010, de 17 de dezembro menciona “*as situações de*

particular vulnerabilidade, como aquelas em que se encontram as pessoas jovens, imigrantes, idosas, com deficiência e LGBT⁹ vítimas de violência doméstica, requerem uma intervenção específica e inovadora.”

No atual V Plano de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género (V PCVDG) (2014-2017), aprovado pela RCM n.º 102/2013, de 31 de dezembro não consta nenhuma definição de vítimas ou situações de particular vulnerabilidade, no entanto indica que a criação de respostas especializadas junto de tais vítimas é uma das vertentes importantes da estratégia, e inclui numa das medidas previstas exemplos dessas vítimas: “*designadamente pessoas idosas e pessoas com deficiência*”.

Por último, refira-se que III Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos (III PNCTSH) (2014-2017), aprovado pela RCM n.º 101/2013, de 31 de dezembro, salienta que a vulnerabilidade das vítimas está associada, na maioria dos casos, a situações de pobreza e de desigualdade de oportunidades, assumindo um grau maior de severidade nas mulheres e raparigas, dado que outras causas de discriminação atingem estes grupos, como são os casos, entre outros, da violência de género, dos reduzidos níveis de escolaridade ou da exclusão social.

Em síntese, são múltiplas as fontes internacionais e nacionais que contribuem para as definições de vítimas “indefesas” ou “vulneráveis”, salientando-se no entanto que a tendência generalizada é de utilização de termos relativos a vulnerável/vulnerabilidade, em função de uma diversidade de situações/condições, que podem ir desde a idade (criança/pessoa idosa), ao sexo (mulher), à gravidez, deficiência, à doença, à condição de imigrante/pertencente a minoria étnica (ex.: cigana), à situação de família monoparental com filhos menores, à pertença à população LGBT, ou situações de conjugação de vulnerabilidades diversas (ex.: mulheres idosas).

Por outro lado, vítimas que tenham uma relação especial de dependência face ao agressor são também consideradas como particularmente vulneráveis (ex.: vítimas de terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de seres humanos, violência baseada no género, violência em relações de intimidade, violência sexual, exploração ou crimes de

⁹ Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgénero.

ódio, as vítimas com deficiências e as crianças). No âmbito do tráfico de seres humanos, a vulnerabilidade reflete também situações descritas como “*a pessoa não ter outra alternativa, real ou aceitável, que não seja submeter-se ao abuso em causa*”.

Interessante notar que a vulnerabilidade das vítimas também pode ser entendida não apenas no sentido a “montante” da prática do crime, mas também a “jusante” dessa prática (vulnerabilidade decorrente da sujeição a atos de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual; e vulnerabilidade a vitimização secundária e repetida, a intimidação e retaliação).

2.2. Código Penal português

Segundo Costa (2009), o Direito Penal português passou por três grandes fases: desde a criação da nação até às Ordenações, das Ordenações até 1852; e do Código de 1852 até aos dias de hoje.

D. Afonso IV (que reinou no século XIV) foi o primeiro monarca português a mandar compilar as leis penais, nascendo assim as Ordenações Afonsinas e decretou que o exercício da justiça deveria ser realizado exclusivamente através de recurso a tribunal, afastando assim cada vez mais a vingança e justiça privadas, comuns antes da fundação de Portugal e nos primeiros anos da nação portuguesa. Originou-se assim um verdadeiro monopólio do poder de punir, que ainda hoje é a regra (Beleza, 1984).

Nesta fase as penas eram desiguais, variando consoante a classe social do agente do crime, eram arbitrárias no sentido em que era deixado ao juiz a maneira como se deveria punir e eram transmissíveis¹⁰ (Beleza, 1984).

O primeiro Código Penal português foi aprovado em 1852, materializando uma rutura com o direito anterior e inspirando-se no direito estrangeiro (nomeadamente no Código napoleónico de 1810, no Código espanhol de 1848 e no Código brasileiro de 1831), introduzindo na sua sistemática uma parte geral e uma especial (Costa, 2009).

¹⁰ O que deixou de ser possível a partir da Constituição de 1822.

Em 1867 foi decretada em Portugal uma lei muito relevante que veio abolir a pena de morte para os crimes comuns (para os crimes políticos já havia sido abolida em 1852), sendo que a abolição de facto ocorrera já em 1846 (data desde a qual mais ninguém foi executado) (Beleza, 1984).

Depois de um processo longo e demorado de revisão do Código Penal de 1852, em 1982 o Código Penal então vigente foi substituído, por aprovação do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro.

Em 1995 ocorreu uma significativa alteração ao Código Penal (mantendo-se no entanto o essencial dos traços principais do Código de 1982), procurando-se harmonizar as molduras penais abstratas entre os crimes contra as pessoas e os crimes contra o património, dar primazia à pena de multa, favorecendo a aplicação de sanções alternativas às penas curtas de prisão (Costa, 2009).

As alterações ao Código Penal de 1982, mesmo depois da reforma de 1995 foram inúmeras e frequentes, sendo de destacar a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que constitui a menos pontual das modificações, introduzindo diversas alterações substanciais à parte geral e especial do Código (Costa, 2009).

Em 2007 foi concluída uma nova reforma do Código Penal, e desde então e até à data já foram introduzidas diversas alterações (uma em 2008, duas em 2010, duas em 2011, duas em 2013 e quatro em 2014)¹¹.

Muitas destas alterações que foram sendo introduzidas desde 1995 em diante, com especial destaque para as alterações ocorridas em 1998 e 2007, prenderam-se, entre inúmeros outros aspetos, com a tipificação de alguns crimes tendo em conta a circunstância de indefensabilidade ou vulnerabilidade da vítima ou com o agravamento da moldura penal quando se verificam estas circunstâncias.

Assim, e também a par dos normativos internacionais a que Portugal se foi vinculando no âmbito da proteção de diversos tipos de vítimas de crime, o Código Penal parece ter incorporado progressivamente uma

¹¹ A segunda alteração verificada em 2013 e as registadas em 2014 não serão aqui comentadas, uma vez que focam aspetos não diretamente relacionados com o presente tema.

tendência para considerar como mais graves diversos crimes quando cometidos sobre este tipo de vítimas.

Conforme se pode visualizar nos quadros 1 e 2 a presença dos conceitos de indefensabilidade ou vulnerabilidade da vítima surgem essencialmente na qualificação de diversos crimes, a maioria dos quais contra as pessoas, ou na descrição dos factos típicos (previsão) de crimes (violência doméstica, maus tratos, tráfico de pessoas e usura).

No Código Penal de 1852, tal não sucedia, no entanto o artigo 19.º previa um elenco de circunstâncias agravantes, entre as quais *“Commetter o crime acompanhado de outras pessoas, ou ter manifesta vantagem sobre o offendido, em razão da idade ou do sexo”* (n.º 5). A formulação deste número parece apontar circunstâncias que podiam refletir uma menor capacidade de defesa por parte do ofendido, o que, a confirmar-se, constitui um dado muito interessante, pois seria assim uma espécie de raiz ou origem para o que mais tarde viria a ficar consagrado claramente no Código Penal no âmbito de circunstâncias agravantes ou qualificativo de determinados crimes quando estes são praticados por exemplo contra pessoas particularmente indefesas em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez.

No Código Penal de 1982 introduz-se pela primeira vez a criminalização dos Maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges (art. 153.º), onde é feita referência de que também será punido *“quem tiver como seu subordinado, por relação de trabalho, mulher grávida, pessoa fraca de saúde ou menor”*.

A proteção dos menores no âmbito do CP de 1982 estava já prevista em diversos crimes como o rapto de menores (163.º), subtração de menores (196.º), homossexualidade com menores (207.º), lenocínio (215.º), incitamento ou ajuda ao suicídio (135.º).

No incitamento ou ajuda ao suicídio (135.º) se a pessoa incitada ou ajudada fosse menor, inimputável, ou tivesse sensivelmente diminuída, por qualquer motivo, a resistência moral, a pena era agravada. No mesmo sentido o crime de rapto de menores apresentava uma moldura penal superior ao crime de rapto (art. 162.º).

No caso de outras circunstâncias como a “anomalia psíquica” da vítima ou incapacidade desta de resistir fisicamente estavam igualmente previstas em crimes como Violação de mulher inconsciente (202.º) e

Atentado ao pudor com pessoa inconsciente (206.º). No caso do Lenocínio (215.º) as vítimas elencadas consistiam em menores, pessoas portadoras de anomalia psíquica ou quaisquer outras pessoas exploradas devido a situação de abandono ou de extrema necessidade económica.

No crime de usura (previsto no art. 320.º – Usura; art. 321.º – Usura relativa a menor ou incapazes; e art. 322.º – Usura habitual), encontrava-se prevista a circunstância do crime ser praticado explorando situação de necessidade, dependência, fraqueza de carácter, anomalia mental/estado mental/pessoas incapazes.

Na reforma do Código Penal de 1995 assistiu-se a um agravamento das molduras penais no âmbito da tutela dos bens jurídicos pessoais; os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual foram objeto de particular atenção, especialmente quando praticados contra menor (Decreto-Lei 48/95, de 15 de março).

Passou a existir um crime autónomo relativo ao Lenocínio de menores (art. 175.º), sendo que a moldura penal deste e do crime de lenocínio eram iguais, no entanto para ambos os casos se o crime fosse praticado com aproveitamento de incapacidade psíquica da vítima a moldura penal era agravada.

Em 1995 foi também introduzido pela primeira vez no âmbito do Furtos qualificados (art. 204.º) a circunstância do facto ser cometido explorando situação de especial debilidade da vítima (al. d).

No caso da Usura passou a existir apenas um tipo legal (art. 226.º), mantendo-se a previsão das circunstâncias anteriormente inscritas na versão de 1982.

Na revisão de 1998 foi introduzida a expressão “*For praticada contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez*” como elemento qualificativo de diversos crimes: Homicídio qualificado (132.º) (e por esta via também a ofensa à integridade física qualificada – art. 146.º), Coação grave (art. 155.º) e Sequestro (158.º).

Esta expressão foi também inserida no crime de Maus tratos e infração de regras de segurança (art. 152.º) no âmbito da sua previsão e não como forma de agravamento. Nesta reforma a moldura penal prevista para este crime foi aumentada para pena de prisão de 1 a 5 anos (em 1982 era de 6 meses a 3 anos).

Mais tarde, em 2001, foram introduzidas alterações aos crime de Lenocínio (art. 169.º) e Lenocínio de menores (art. 176.º), introduzindo nas circunstâncias agravantes da pena a seguinte redação “(...) *ou aproveitando qualquer situação de especial vulnerabilidade*” ou “(...) *ou de qualquer outra situação de especial vulnerabilidade*”, respetivamente.

Em 2007 com a nova reforma do Código Penal, o anterior crime de Maus tratos e infração de regras de segurança deu origem a três novos crimes tipificados: Violência doméstica (art. 152.º), Maus tratos (art. 152.º-A) e Violação de regras de segurança (art. 152.º-B). Nos dois primeiros novos crimes autonomizados foi incluída na tipificação do crime a indicação relativa à indefensabilidade da vítima “*em razão de idade, deficiência, doença, gravidez*”, sendo que no caso do primeiro (art. 152.º) a indefensabilidade, conforme especificado, também pode decorrer de dependência económica, em qualquer dos casos implicando a coabitação entre vítima e agente do crime.

Assim, em 1995 a tipificação do crime (art. 152.º) incluía “*pessoa menor, incapaz, ou diminuída por razão de idade, doença, deficiência física ou psíquica*”, dando lugar em 2007 à descrição acima indicada no crime de violência doméstica, e a “*pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez*” no crime de maus tratos (art. 152.º-A).

Na reforma penal de 2007, ficou igualmente prevista a agravação da pena para o crime de ameaça (em 1998 a agravação aplicava-se apenas à coação) nomeadamente quando o crime é praticado “*contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez*”.

Do mesmo modo, o crime de Burla qualificada (art. 218.º) passou a abranger situações em que o agente se aproveita “*de situação de especial vulnerabilidade da vítima, em razão de idade, deficiência ou doença*”.

No caso dos artigos 169.º e 176.º, Lenocínio e Lenocínio de menores, respetivamente, a redação da circunstância agravante em causa, muito semelhante à anteriormente existente, passou a ser igual nos dois casos e com a seguinte formulação: “*Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima*”.

No caso do crime de Tráfico de pessoas (art. 160.º), já aliás previsto no Código Penal de 1982/1995, a sua tipificação passou a incluir a mesma redação incluída nos crimes de lenocínio: “*Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima*”. Em 1982 a pena prevista neste crime era de 2 a 8 anos e em 2007 a moldura penal foi aumentada nos seus limites inferior e superior para 3 a 10 anos, respectivamente.

Por último, em 2013, foram introduzidas ligeiras alterações no art. 152.º passando por exemplo a alínea d) relativa às vítimas “indefesas” a ter a seguinte redação: “*A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite*”.

Nos quadros 1 e 2, estão elencados os treze¹² crimes do atual Código Penal que fazem uma referência explícita à indefensabilidade/vulnerabilidade das vítimas, dez dos quais pertencem à tipologia de crimes contra as pessoas (quadro 1) e três são crimes contra o património (quadro 2).

Neste domínio, foi feita uma compilação de interpretações doutrinárias, podendo constatar-se que parecem existir três tipos de interpretação consoante os crimes em causa.

Na maioria dos crimes a indefensabilidade da vítima (homicídio qualificado, ofensa à integridade física qualificada, maus tratos, ameaça qualificada, coação qualificada, sequestro qualificado), a sua “vulnerabilidade” (burla qualificada), “debilidade” (furto qualificado) ou “incapacidade” (usura) parecem estar ligadas a uma menor capacidade da vítima defender a sua vida/integridade... ou de proteger os seus bens.

Assim, e segundo mencionado por vários autores, a especial debilidade da vítima determinará uma maior censura da ação, conduzindo em diversos casos ao agravamento da pena. Conforme referido por alguns autores a qualificação e condenação baseadas nesta indefensabilidade/vulnerabilidade da vítima implicam a existência de dolo por parte do agente, ou seja, que tenha sido seu objetivo explorar/aproveitar esta especial debilidade.

¹² Tendo em conta que o art. 155.º (Agravação) diz respeito à qualificação de dois crimes: Ameaça e Coação.

Nos dois crimes de lenocínio e no crime tráfico de pessoas quando se refere ao aproveitamento da incapacidade psíquica da vítima para a prática do crime, a interpretação da norma parece igualmente estar relacionada a uma menor capacidade da vítima para se defender. Diferentemente, surge a interpretação relativa à “situação de especial vulnerabilidade da vítima” prevista nestes três crimes, em que segundo os autores analisados esta se pode dever à inexistência de uma *“alternativa real e aceitável” senão submeter-se ao que lhe é proposto (ex.: expulsão do país, pobreza extrema, sobrevivência pessoal ou familiar em risco)*. Logo neste caso, surge aqui um segundo tipo de interpretação, em que a vulnerabilidade, e consequentemente a censura relativa à prática destes crimes, pode nada ter que ver com as capacidades físicas ou psíquicas da vítima para se poder defender ou não sujeitar a determinadas práticas.

No caso da violência doméstica, a censurabilidade da ação praticada contra pessoa indefesa tem um desvalor acrescido em face das relações especiais “afetivas”, mesmo que passadas, entre agente e vítima (nomeadamente por via da coabitação), constituindo-se assim como uma terceira via interpretativa neste domínio.

Os crimes contra crianças/menores não foram aqui objeto de especial análise, apesar da idade constituir também muitas vezes um fator de especial indefensabilidade, debilidade ou vulnerabilidade. Nesses crimes aqui não referidos, a idade não surge como um conceito impreciso, pois, ou a idade do menor está especificada na previsão desses crimes, ou por via legal entende-se que menores são todos aqueles que têm menos de dezoito anos. Assim, nestes casos o fator idade surge de forma objetiva, pelo que, e tendo em conta os objetivos do presente trabalho, não foi alvo de análise específica.

Refira-se adicionalmente que o art. 165.º do Código Penal prevê o crime de Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (1 – *Quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, é punido com pena de prisão de seis meses a oito anos.* 2 – *Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos.*). Este artigo tem como

anterior o crime previsto no art. 202.º do CP de 1982: “Violação de mulher inconsciente”, tendo sido alterado em 1995 para a atual designação, mantendo-se desde então o previsto no n.º 1 deste artigo.

Por outro lado, refira-se que no Código Penal de 1982/1995 o crime de Exposição ou abandono (art. 138.º) previa que “*Quem colocar em perigo a vida de outra pessoa: a) Expondo-a em lugar que a sujeite a uma situação de que ela, só por si, não possa defender-se; ou b) Abandonando-a sem defesa, em razão de idade, deficiência física ou doença, sempre que ao agente coubesse o dever de a guardar, vigiar ou assistir; é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.*”

Aquando da alteração legislativa de 1998 a alínea *b* foi simplificada passando a ter a seguinte descrição: “*Abandonando-a sem defesa, sempre que ao agente coubesse o dever de a guardar, vigiar ou assistir*”. Este caso parece ser o único em que a alteração foi no sentido de retirar na previsão este tipo de circunstâncias, o que não parece contudo invalidar que a interpretação desta norma possa ter tais circunstâncias em conta.

A análise realizada às várias versões do Código Penal português e às alterações que foi sofrendo, desde 1852 até 2013, indica, grosso modo, que foram sendo gradualmente introduzidas alterações que denotam uma preocupação crescente com as questões relativas às vítimas indefesas/vulneráveis. Não só o número de crimes onde esta menção é feita (no âmbito da previsão ou das circunstâncias agravantes) foi aumentando, como o próprio conceito de vítima indefesa/vulnerável se foi densificando.

Esta atenção crescente resultará por um lado dos avanços em termos do conhecimento especialmente na área da vitimologia, e em paralelo, dos normativos internacionais a que Portugal se foi vinculando no âmbito da proteção de diversos tipos de vítimas de crime.

Quadro 1: Referências às vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal atual, seus antecedentes e interpretações doutrinárias – crimes contra as pessoas

Art.	Descritivo	Doutrina Interpretação da circunstância agravante ou do qualificativo relativo à pessoa indefesa/ vulnerável	Data de inclusão do art. no CP	Data de inclusão desta circunstância no art. ou no CP
Artigo 132.º Homicídio qualificado	1 – Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos. 2 – É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente: (...) c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez; (...)	“Situação de desamparo da vítima em razão de idade, deficiência (física ou/ou psíquica), doença ou gravidez. (...) Menor capacidade da vítima para enfrentar o ataque à sua vida / indefesa. (...) Circunstância da pessoa ser idosa, portadora de doença ou estar grávida não implica, sem mais, o preenchimento do exemplo padrão, designadamente se essas condições não aumentam as possibilidades de êxito da conduta homicida. A morte infligida por razões de misericórdia a uma criança, ancião moribundo e em sofrimento não terá a força qualificadora.” (Dias, J.F. & Brandão, N., 2012)	DL 400/82, de 23-9 (art. 132.º)	Lei 65/98, de 2-9 (art. 132.º)
Artigo 145.º Ofensa à integridade física qualificada	1 – Se as ofensas à integridade física forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido: a) Com pena de prisão até quatro anos no caso do artigo 143.º; b) Com pena de prisão de três a doze anos no caso do artigo 144.º 2 – São susceptíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade do agente, entre outras, as circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 132.º	“Não supõe esta alínea [c] do n.º 2 do art. 132.º], diferentemente do art. 152.º-A, quaisquer vínculos de natureza especial entre o agente e a sua vítima.” Faria, P. (2012)	DL 48/95, de 15-3 (art. 146.º)	Por via da Lei 65/98, de 2-9 (art. 132.º)

Quadro 1: Referências às vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal atual, seus antecedentes e interpretações doutrinárias – crimes contra as pessoas (cont.)

Art.	Descritivo	Doutrina Interpretação da circunstância agravante ou do qualificativo relativo à pessoa indefesa/ vulnerável	Data de inclusão do art. no CP	Data de inclusão desta circunstância no art. ou no CP
Artigo 152.º Violência doméstica	1 – Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 2 – No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos. (...)	“O bem jurídico diretamente protegido por este tipo de crime é a saúde (...) abrange a saúde física, psíquica e mental (...) pode ser afetado por toda uma multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente, agravem as deficiências destes, afetem a dignidade pessoal do cônjuge (ex-cônjuge, ou pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges), ou prejudiquem o possível bem-estar dos idosos ou doentes que, mesmo que não sejam familiares do agente, com este coabitem. (...)” O crime de violência doméstica reveste-se de maior gravidade e censura [face ao art. 152.º-A], por força da maior intensidade das relações entre o agente a vítima exigidas pelo art. 152.º (...) Estas relações especiais, pressupostas pelo tipo legal, têm também que ver, diretamente, com uma especial censurabilidade e, portanto culpabilidade do agente, pois que tais relações se reconduzem a relações afetivas (de conjugalidade ou análoga, de coparentalidade ou de coabitação), mesmo que já passadas. (...) as relações subjacentes ao crime de violência doméstica (...) também revelam diretamente e por si mesmas no plano da culpabilidade; logo algo semelhante ao que se afirma, maioritariamente, em relação às circunstâncias previstas no n.º 2 do art. 132.º (...).” Carvalho, A. T. (2012a)	DL 400/82, de 23-9 (art. 153.º- Maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges) DL 48/95, de 15-3 (art. 152.º- Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge) Lei 65/98, de 2-9 (art. 152.º- Maus tratos e infração de regras de segurança) Lei 59/2007, de 4-9 (art. 152.º- Violência doméstica) Lei n.º 19/2013, de 21-2 (art. 152.º Violência doméstica)	

Quadro 1: Referências às vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal atual, seus antecedentes e interpretações doutrinárias – crimes contra as pessoas (cont.)

Art.	Descritivo	Doutrina Interpretação da circunstância agravante ou do qualificativo relativo à pessoa indefesa/ vulnerável	Data de inclusão do art. no CP	Data de inclusão desta circunstância no art. ou no CP
Artigo 152.º-A Maus tratos	1 – Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e: a) Lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, ou a tratar cruelmente; b) A empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. (...) é punido com pena de prisão de um a cinco anos (...)	“(...) este artigo pressupõe relações de subordinação da vítima face ao agente, seja no plano assistencial, educativo ou laboral. (...) a distinção entre o art. 152.º e o 152.º-A está no diferente tipo de relações existentes entre o agente e a vítima. (...) A vítima só pode ser a pessoa que preencha simultaneamente três requisitos: (...) se encontre numa relação de subordinação ‘existencial’ ou laboral, (...) a pessoa maltratada seja menor (de dezoito anos) ou particularmente indefesa (...) que não exista entre o agente e a vítima uma relação de coabitação.(...) Parece evidente que este artigo tem por objeto os maus tratos praticados em escolas, hospitais, nas creches ou infantários, em lares de idosos ou instituições ou famílias de acolhimento de crianças, bem como os maus tratos cometidos na própria casa de habitação (ex.: contra a empregada doméstica, ou a ‘baby-sitter’) ou na empresa, não deixando de fora (...) pessoas que assumam, espontânea e gratuitamente, o encargo de tomar conta de ‘pessoas particularmente indefesas’, nomeadamente crianças, idosos, doentes ou pessoas com deficiência.” Carvalho, A. T. (2012b)	Ver antecedentes do art. 152.º Lei 59/2007, de 4-9 (art. 152.º- A)	

Quadro 1: Referências às vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal atual, seus antecedentes e interpretações doutrinárias – crimes contra as pessoas (cont.)

Art.	Descritivo	Doutrina Interpretação da circunstância agravante ou do qualificativo relativo à pessoa indefesa/ vulnerável	Data de inclusão do art. no CP	Data de inclusão desta circunstância no art. ou no CP
Artigo 155.º Agravação	1 – Quando os factos previstos nos artigos 153.º [Ameaça] e 154.º [Coação] forem realizados [Ameaça/Coação qualificada]: a) Por meio de ameaça com a prática de crime punível com pena de prisão superior a três anos; ou b) Contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez; (...) o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, no caso do artigo 153.º, e com pena de prisão de um a cinco anos, no caso do n.º 1 do artigo 154.º (...)	“O disposto na alínea b) seguiu o princípio norteador da revisão de 1998, segundo o qual a especial debilidade (física, psíquica, mental ou derivada do estado de gravidez) da vítima determina um maior, isto é, um qualificado desvalor de ação e, portanto, deve levar à agravação legal da pena. Esta especial debilidade (nas palavras da al. b): “pessoa particularmente indefesa”) pode resultar da idade (criança, adolescente ou pessoas idosa), da deficiência (física, psíquica ou mental), da doença ou da gravidez.” Carvalho, A. T. (2012c)	Crimes de ameaça, coação e coação grave: DL 400/82, de 23-9 (art. 133, 154.º e 155.º) Art. referente à Agravação: Lei 59/2007, de 4-9 (art. 155.º)	Lei 65/98, de 2-9 (art. 155.º- Coação grave) Lei 59/2007, de 4-9 (art. 155.º- Agravação)
Artigo 158.º Sequestro	1 – Quem detiver, prender, mantiver presa ou detida outra pessoa ou de qualquer forma a privar da liberdade é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2 – O agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos se a privação da liberdade [Sequestro qualificado]: (...) e) For praticada contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;	“A condenação do agente pressupõe o dolo relativamente à circunstância qualificadora. Havendo erro sobre a particular indefesa ou vulnerabilidade da vítima ficará excluído o dolo respetivo.” Carvalho, A. T. (2012d)	DL 400/82, de 23-9 (art. 160.º)	Lei 65/98, de 2-9 (art. 158.º)

Quadro 1: Referências às vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal atual, seus antecedentes e interpretações doutrinárias – crimes contra as pessoas (cont.)

Art.	Descritivo	Doutrina Interpretação da circunstância agravante ou do qualificativo relativo à pessoa indefesa/ vulnerável	Data de inclusão do art. no CP	Data de inclusão desta circunstância no art. ou no CP
Artigo 160.º Tráfico de pessoas	1 – Quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicância, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas: (...) c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica, de trabalho ou familiar; d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou (...) é punido com pena de prisão de três a dez anos.	“Incapacidade psíquica- vítima tenha uma incapacidade ou capacidade diminuída para avaliar o sentido e as consequências da “proposta” que lhe é feita. Talvez se possa dizer que esta incapacidade psíquica é análoga à inimputabilidade ou imputabilidade diminuída (n.º 1 e 2 do art. 20.º). A vulnerabilidade a que se refere a al. d) não se confunde com a vulnerabilidade subjacente à al. c). [Trata-se de uma vulnerabilidade absoluta al. d)], ou seja decorre da situação em que a vítima se encontra, e que por isso pode ser aproveitada por qualquer pessoa. “Segundo Pedro Vaz Patta importa atender “a ideia evocada nos trabalhos preparatórios do protocolo de Palermo e retomada pela Decisão-Quadro do Conselho de 19 de julho de 2002”- Verifica-se uma situação de especial vulnerabilidade quando à pessoa em questão não resta uma “alternativa real e aceitável” senão submeter-se ao que lhe é proposto. Exemplos de alternativas que não são “humanamente aceitáveis”: expulsão do país, pobreza extrema, sobrevivência pessoal ou familiar em risco. (...) O conceito e alcance de particular indefesa nos crimes de coação e sequestro nada (ou pouco) terão que ver com o conceito e alcance do conceito de “especial vulnerabilidade”. Podem existir circunstâncias que nada têm que ver com deficiência (física), doença e a gravidez mas que configuram situações de especial vulnerabilidade, do mesmo modo que a verificação dessas circunstâncias não significa per se uma situação de especial vulnerabilidade para o crime de tráfico de pessoas (ou mesmo do crime de lenocínio qualificado- art. 169.º – 2 d).” Carvalho, A. T. (2012a)	DL 400/82, de 23-9 (art. 217.º –Tráfico de pessoas)	Lei 59/2007, de 4-9 (art. 160.º)

Quadro 1: Referências às vítimas “indefesas”/”vulneráveis” no Código Penal atual, seus antecedentes e interpretações doutrinárias – crimes contra as pessoas (cont.)

Art.	Descritivo	Doutrina Interpretação da circunstância agravante ou do qualificativo relativo à pessoa indefesa/ vulnerável	Data de inclusão do art. no CP	Data de inclusão desta circunstância no art. ou no CP
Artigo 169.º Lenocínio	1 – Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos. 2 – Se o agente cometer o crime previsto no número anterior <u>[Lenocínio qualificado]</u>: (...) d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de um a oito anos.	“Vulnerabilidade absoluta-acompanha a interpretação de Tapia de Carvalho (art. 160.º) Especial vulnerabilidade da vítima- pode ser interpretado no sentido de que a vítima não tem outra alternativa possível – ex.: situações de desamparo social (situação de pobreza extrema e sem possibilidade de prover ao seu sustento e da sua família que dela dependa consente dedicar-se à prostituição. Discordamos assim de Pinto de Albuquerque quando afirma que a especial vulnerabilidade da vítima só inclui a vulnerabilidade em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez, por identidade de razão com o art. 155.º, n.º 1, al. b), o art. 158.º, n.2, al. e), e até com o art. 218.º, n.º 2, al. c).” Antunes, M.J. e Santos, C. (2012)	DL 400/82, de 23-9 (art. 215.º)	DL 48/95, de 15-3 (art. 170.º) Lei 99/2001, de 25-8 (art. 169.º) Lei 59/2007, de 4-9 (art. 169.º)
Artigo 175.º Lenocínio de menores	1 – Quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 2 – Se o agente cometer o crime previsto no número anterior <u>[Lenocínio de menores qualificado]</u>: (...) e) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de dois a dez anos.	“Considerando expressamente as condições da vítima, o lenocínio de menores é qualificado quando o agente se aproveita da incapacidade psíquica do menor ou de situação de especial vulnerabilidade deste (sobre o conteúdo destes dois elementos cf. supra art. 169.º)” Antunes, M.J. (2012b)	DL 400/82, de 23-9 (art. 215.º- Lenocínio- que incluía menores) DL 48/95, de 15-3 (art. 176.º- Lenocínio de menor) Lei 59/2007, de 4-9 (art. 175.º)	DL 48/95, de 15-3 (art. 176.º) Lei 99/2001, de 25-8 (art. 176.º)

Quadro 2: Referências às vítimas “indefesas”/”vulneráveis” no Código Penal atual, seus antecedentes e interpretações doutrinárias – crimes contra o patrimônio

Art.	Descritivo	Doutrina Interpretação da circunstância agravante ou do qualificativo relativo à pessoa indefesa ou vulnerável	Data de inclusão do art. no CP	Data de inclusão desta circunstância no art. ou no CP
Artigo 204.º Furto qualificado	1 – Quem furtar coisa móvel alheia: (...) d) Explorando situação de especial debilidade da vítima, de desastre, acidente, calamidade pública ou perigo comum; (...) é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias. (...) 4 – Não há lugar à qualificação se a coisa furtada for de diminuto valor.	“(…) não basta uma qualquer debilidade. Assim, alguém apresentando um manifesto atraso mental é sem dúvida alguma, uma vítima com especial debilidade. (...) se o agente, aproveitando-se ou explorando essa particular fragilidade de entendimento e compreensão, lhe furta a mochila está a cometer um crime de furto qualificado. (...) A especial debilidade pode também estar ligada à acentuada diminuição dos níveis normais de mobilidade (a vítima precisa de uma cadeira de rodas para se movimentar, a vítima tem uma prótese em uma perna que lhe dificulta extraordinariamente o andar), da visão ou mesmo da audição. (...) não basta verificar-se a situação, importa ainda que o agente da infração realize o furto, explorando-a. (...) quer se trate da especial debilidade da vítima, quer estejamos perante uma situação de desastre, acidente, calamidade pública ou ainda situações desencadeadas por crimes de perigo comum, o que temos, (...), é uma circunstância que se caracteriza pela manifesta diminuição de uma normal proteção dos bens ou objetos patrimonialmente relevantes. (...) em todas aquelas situações o comum dos cidadãos vê os seus bens patrimoniais (...) menos seguros. Ora o aproveitamento dessa indesejável e objetiva situação de fragilidade justifica, sem dúvida alguma, a qualificação de que estamos a curar.” Costa, J. (1999)	DL 400/82, de 23-9 (art. 297.º)	DL 48/95, de 15-3 (art. 204.º)

Quadro 2: Referências às vítimas “indefesas”/“vulneráveis” no Código Penal atual, seus antecedentes e interpretações doutrinárias – crimes contra o património (cont.)

Art.	Descritivo	Doutrina Interpretação da circunstância agravante ou do qualificativo relativo à pessoa indefesa ou vulnerável	Data de inclusão do art. no CP	Data de inclusão desta circunstância no art. ou no CP
Artigo 218.º Burla qualificada	1 – Quem praticar o facto previsto no n.º 1 do artigo anterior é punido, se o prejuízo patrimonial for de valor elevado, com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – A pena é a de prisão de dois a oito anos se: (...) c) O agente se aproveitar de situação de especial vulnerabilidade da vítima, em razão de idade, deficiência ou doença; (...)	“Quanto à natureza das ‘circunstâncias qualificadoras’ enunciadas no art. 218.º (...) por razões que se prendem com a manutenção da unidade do presente comentário, dado que tais circunstâncias coincidem com algumas das que se encontram consagradas no art. 204.º, deverá conferir-se-lhes a mesma índole que assumem no âmbito do furto qualificado. A autonomia dos dois delitos não justifica qualquer diferença no tocante ao enquadramento dogmático da questão.” Costa, A. M. (1999)	DL 400/82, de 23-9 (art. 314.º – Burla agravada) DL 48/95, de 15-3 (art. 218.º – Burla qualificada)	Lei 59/2007, de 4-9 (art. 218.º – Burla qualificada)
Artigo 226.º Usura	1 – Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial, para si ou para outra pessoa, explorando situação de necessidade, anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter do devedor, ou relação de dependência deste , fizer com que ele se obrigue a conceder ou prometa, sob qualquer forma, a seu favor ou a favor de outra pessoa, vantagem pecuniária que for, segundo as circunstâncias do caso, manifestamente desproporcionada com a contraprestação é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.	“As outras situações, cuja exploração patrimonial pode constituir crime de usura, dizem respeito (...) às características do próprio contraente que aceita um negócio de que sai manifestamente prejudicado (...). relativamente às características pessoais de que o credor se aproveita para obter vantagem usurária, elas reconduzem-se, como lei descreve, aos casos de “anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter do devedor” (desde claro que manifestas). (...)” Carvalho, A. T. (1999)	DL 400/82, de 23-9 (art. 321.º – Usura relativa de menores ou incapazes) DL 400/82, de 23-9 (art. 322.º – Usura habitual) DL 48/95, de 15-3 (art. 218.º – Usura –226.º)	

Em síntese, neste segundo ponto, os diversos contributos revisitados no âmbito dos normativos nacionais e internacionais e em termos do Código Penal apontam para uma grande diversidade de situações que podem contribuir para a indefensabilidade ou vulnerabilidade das vítimas. Uma tentativa de sistematização é apresentada no quadro seguinte.

Tipologia de fatores contribuintes para a indefensabilidade/vulnerabilidade das vítimas

Fatores que podem tornar vítima “indefesa”/“vulnerável” (ao crime)		
À priori (antes do crime) – fatores “físicos”	À priori (antes do crime) – fatores psicológicos/sociais	À posteriori (depois de determinados crimes)
Menor de idade	Estado de saúde/doença (psíquica)	Atos de tortura
Idade avançada	Relação de dependência face ao agressor	Violação
Estado de saúde/doença	LGBT	Terrorismo
Deficiência	Imigrante / Minoria étnica	Crime organizado
Gravidez	Sem alternativa possível/situação de necessidade	Violência psicológica, física e/ou sexual grave
	Membro de família monoparental com filho(s) menor(es) não nacional nem residente	Tráfico de seres humanos
	Inépcia / Inexperiência	Violência doméstica
	Fraqueza de carácter	Violência com base no sexo
		Crimes de ódio
		Violência reiterada – relações íntimas
		Mutilação genital feminina
		Lesões/consequências (a nível psicológico e de integração social) resultantes do grau e duração da violência sofrida

Diversos fatores podem contribuir para diminuir a capacidade de prevenção ou de defesa face a determinados crimes, constituindo-se como fatores à priori que podem existir antes de uma determinada situação criminal. Trata-se fatores que remetem para aspetos essencialmente “físicos” (embora se possa considerar que existe uma

componente psicológica associada a cada um deles) ou para aspetos essencialmente psicológicos/contexto social ou cultural.

Por outro lado, existem fatores que podem surgir a posteriori, depois da ocorrência de uma situação de vitimação cuja gravidade teve efeitos especialmente negativos na vítima. Neste último caso, o facto de uma pessoa ter sido vítima de alguns crimes como os elencados acima, cuja gravidade é sobejamente reconhecida, pode contribuir para diminuir a capacidade de prevenção/defesa face a novos episódios de vitimação (quaisquer que sejam eles).

Este esquema pretende assim ilustrar a possível relação existente entre fatores *à priori* e fatores *à posteriori* que contribuem para aumentar a indefensabilidade/vulnerabilidade da vítima ao crime.

3. Homicídio qualificado (art. 132.º, n.º 2, al. c) – Análise de jurisprudência

Antes de se avançar com o estudo no âmbito do crime de homicídio qualificado, e sobre a análise da jurisprudência relativa a alguns destes casos, importa esclarecer que após identificados os crimes, que no atual Código Penal incluíam referências às vítimas indefesas/vulneráveis, foi realizada uma pesquisa nas bases de dados de jurisprudência do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Esta pesquisa teve por objetivo identificar casos em que as sentenças recorridas e/ou as decisões relativas a esses recursos abordassem especificamente circunstâncias relativas à indefensabilidade ou vulnerabilidade da(s) vítima(s). Foram utilizados diversos descritores para efetuar a pesquisa (essencialmente os constantes no articulado dos crimes onde estas situações estão previstas), sendo a maioria, e a quase totalidade dos poucos acórdãos encontrados com tais referências, relativa a crimes de homicídio qualificado. No todo foram encontrados 7 acórdãos de homicídio qualificado, e cuja análise é apresentada mais à frente neste ponto.

Assim sendo, e tendo em conta que se trata do crime mais grave de entre os previstos no Código Penal e que se tornava pertinente delimitar o alcance do presente trabalho, a análise da jurisprudência recaiu sobre sete casos de homicídio qualificado que continham menção expressa

ao n.º 2 alínea c do art. 132.º, onde é referida a circunstância do crime ser “*praticado contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez*”.

De forma a contextualizar a prática deste crime na realidade portuguesa mencionam-se em seguida alguns dados enquadradores. Em termos de criminalidade registada pelos órgãos de polícia criminal os dados estatísticos disponíveis fazem menção apenas ao crime de homicídio voluntário consumado, sendo a eventual qualificação posteriormente atribuída em sede de inquérito criminal, confirmada ou não em sede de julgamento (1.ª instância), e em eventuais recursos judiciais que se tenham seguido até à situação de trânsito em julgado.

Conforme referido no Estudo global sobre homicídios, do Departamento das Nações Unidas para a Droga e Crime (UNODC), datado de 2013, este crime é um dos indicadores mais precisos e comparáveis para medir a violência nos vários países.

No ano de 2013 foram registados em Portugal 121 homicídios voluntários em Portugal, um quantitativo que, conforme se observa no gráfico 1, tem vindo a decrescer nos últimos vinte anos¹³. Neste período tem-se verificado uma diminuição gradual no número de homicídios registados na Europa e Oceânia (UNODC, 2013).

Em Portugal, a taxa de homicídios por 100.000 habitantes, em 2012, foi de 1,2, enquanto a média global a nível mundial foi de 6,2 e na Europa foi de 3 por 100.000 habitantes (UNODC, 2013). Se se considerar apenas os países da Europa ocidental ou do Sul a taxa desce dos 3 para cerca de 1 homicídio por 100.000 habitantes¹⁴ (UNODC, 2013).

De acordo com o mesmo relatório, importa também sublinhar que os homicídios voluntários consumados atingem de forma diferente homens e mulheres, sendo de forma global mais os homens as suas vítimas (79%) e os seus autores (95%), não podendo no entanto ignorar-se que no âmbito dos homicídios que ocorrem na esfera conjugal/familiar o sentido das proporções inverte-se sendo a maioria das vítimas mulheres (66% vs. 33% de vítimas homens).

¹³ Refira-se que em 2014 o seu número foi ainda menor: 103.

¹⁴ Salienta-se no entanto que como referido neste Relatório da UNODC, existem algumas sub-regiões europeias onde a taxa de homicídio é superior à média, encontram-se entre estas regiões o Algarve com 2,5 homicídios por 100.000 habitantes.

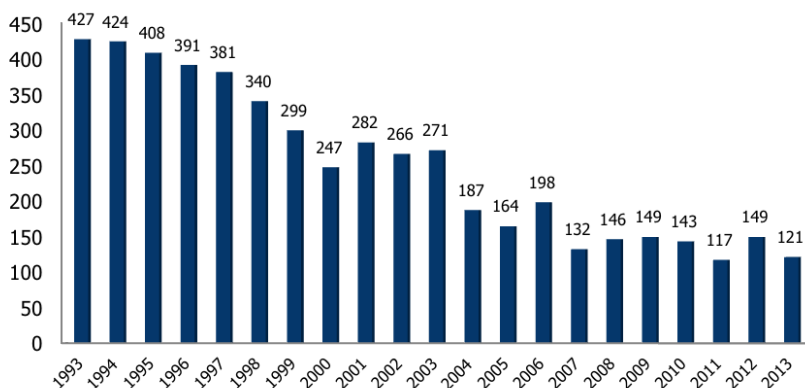


Gráfico 1: Número de homicídios voluntários consumados registados em Portugal (1993-2013)

Fonte: Sistema de estatísticas da Justiça. Direção-Geral de Política de Justiça

Dados sobre quantos destes crimes de homicídio registados em Portugal foram efetivamente considerados qualificados, no final do inquérito e posteriormente em sede de julgamento de 1.^a instância, não estão disponíveis. De qualquer modo esse quantitativo será certamente inferior ao total de homicídios voluntários consumados registados pelos órgãos de polícia criminal (OPC). Nesse quantitativo estarão incluídas situações que posteriormente podem não ter gerado acusações por homicídio e entre as que geraram tal tipo de acusação apenas algumas terão configurado o crime de homicídio qualificado.

Conforme apresentado anteriormente o art. 132.º do Código Penal prevê o crime de homicídio qualificado. Este artigo contempla no número um o preceito geral e no número dois constam diversos exemplos-tipo.

Tendo em conta o indicado por Serra (2009), para determinar da existência deste tipo de crime importa conjugar o estipulado nestes dois números do artigo.

Assim, o número um prevê que a morte tenha sido produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade e o número dois contempla diversos exemplos, entre os quais a cir-

cunstância de o agente praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez (alínea c).

Conforme consta do Acórdão 7P1-1583 do Supremo Tribunal de Justiça de 07/11/2007, “*Os exemplos-padrão recolhem em si um tipo de culpa agravada (alguns autores conexionam-nos também com a ilicitude, caso das Profs. Teresa Beleza e Fernanda Palma), de que resulta uma imagem global do facto agravada, não sendo de funcionamento automático, pois se se verificar um daqueles exemplos-padrão, tipo orientador da incriminação, mas se não registar uma especial censurabilidade ou perversidade, que conformam o tipo, a agravação é inteiramente de excluir*”.

Tal como mencionado por Dias e Brandão (2012), esta circunstância agravante do crime de homicídio deve-se ao facto de existir uma situação de desamparo da vítima em razão de idade, deficiência (física ou/e psíquica), doença ou gravidez e consequentemente uma menor capacidade da vítima para enfrentar o ataque à sua vida /indefesa. No entanto estes autores referem igualmente que a circunstância da pessoa ser idosa, portadora de doença ou estar grávida não implica, sem mais, o preenchimento do exemplo padrão, designadamente se essas condições não aumentam as possibilidades de êxito da conduta homicida. Por outro lado, segundo os mesmos autores, a morte infligida, por razões de misericórdia, ainda que a uma criança, ancião moribundo e em sofrimento não terá a força qualificadora.

No quadro 3 encontra-se um resumo dos sete casos de homicídio qualificado analisados, onde consta para cada um uma breve identificação, a decisão da 1.^a instância, a decisão da 2.^a instância, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), e ainda a respetiva interpretação efetuada/utilizada no âmbito da alínea c do n.º 2 do art. 132.º do Código Penal.

Os setes acórdãos analisados dizem respeito a decisões do STJ proferidas entre 2007 e 2013.

No primeiro caso mencionado no quadro 3, relativo a uma arguida (alcoolizada) que matou uma pessoa de 83 anos de idade utilizando automóvel para o efeito (abandonando o local), a condenação em 1.^a instância por homicídio qualificado envolveu a menção expressa a várias alíneas do n.º 2 do art. 132.º do CP, entre elas a c, tendo a

pena sido ligeiramente atenuada pelo STJ, mantendo-se no entanto a menção expressa à indefensabilidade da vítima.

Neste caso, a vítima foi considerada como indefesa pelas circunstâncias em que o crime foi praticado, com recurso a um automóvel (que comporta uma perigosidade muito superior aos demais meios de agressão letal normalmente usados, sendo que o atropelamento intencional dificulta em grau muito elevado a defesa da vítima) e não pelas suas “características”, que neste caso poderia ter sido a sua idade avançada.

Deste modo, e na sequência da interpretação doutrinária avançada por Dias e Brandão (2012), foi valorizada a circunstância da vítima se encontrar com menor capacidade para enfrentar o ataque à sua vida, estando pois indefesa, independentemente de estar efetivamente preenchido algum dos exemplos de fatores que podem conduzir à tal menor capacidade de defesa.

No segundo caso, a situação relativa a um arguido que rega a ex-amante com gasolina, abandonando o local quando aquela tinha as roupas a arder, foi determinada uma sentença pelo crime de homicídio qualificado (art. 132.º) especificando algumas das alíneas do n.º 2, entre elas a *c*. A condenação e a pena foram confirmadas na 2.ª instância e também no STJ. Foi aplicada a alínea *c* do n.º 2 do art. 132.º do CP uma vez que foi entendido que o arguido, ao abandonar a vítima após lhe pegar fogo, deixou-a indefesa e impossibilitada de evitar a combustão rápida das roupas. Interessante notar que a indefensabilidade da vítima aqui entendida, também não se deveu a nenhuma das circunstâncias expressamente previstas nesta alínea: em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, mas sim em virtude da vítima ser abandonada após ter sido regada com gasolina, ter-lhe pegado fogo e ter já as roupas a arder.

Quanto ao terceiro caso, respeitante a dois arguidos que matam à facada um homem embriagado, após desentendimentos prévios, a sentença inicial incluía o art. 132.º (n.º 2 alíneas *c* e *j*) foi confirmada pela 2.ª instância, mas em sede de recurso o STJ atenuou a pena passando a constar apenas a condenação relativa ao art. 131.º.

Na 1.ª e 2.ª instâncias concluiu-se pela verificação de circunstância substancialmente análoga à da alínea *c*: a vítima estava alcoolizada, o que aliado ao facto de ter ficado caída no solo depois de confronto

físico com o arguido, a tornou particularmente indefesa perante os arguidos que, ainda para mais, eram dois. Foi assim, entendido que mesmo nestas circunstâncias, os arguidos não se coibiram de executar o que haviam decidido, o que foi considerado manifestamente revelador de especial censurabilidade.

No entanto, tal não foi o entendimento do STJ, que refere no seu acórdão que *“Não se pode concluir, sem mais (e mais não se provou), que o estado de embriaguez, ainda que com um valor de alcoolemia muito elevado, a colocou numa situação de especial fragilidade ou desamparo com o alcance previsto no exemplo-padrão da alínea c, tornando-a particularmente indefesa. Deve, porém, notar-se que a vítima ficou caída em resultado da luta física com um dos agressores, e não por apresentar qualquer fragilidade anterior que a tornasse particularmente indefesa”*.

Esta interpretação do STJ, remete o alcance da interpretação da alínea c, para alguma circunstância mais “estrutural” do que conjuntural da vítima (veja-se a última parte da frase acima transcrita: *“a vítima ficou caída em resultado da luta física com um dos agressores, e não por apresentar qualquer fragilidade anterior que a tornasse particularmente indefesa”*).

Relativamente à quarta situação identificada, arguido que mata jovem de 19 anos com uma pedra com 30 cm de comprimento, atingindo-a quando esta já estava inanimada, a condenação inicial fazia menção expressa à alínea c do n.º 2 do art. 132.º, tendo sido em sede do STJ confirmado este entendimento. A indefensabilidade da vítima foi interpretada no sentido em que ao estar inanimada quando o arguido lhe vibrou os violentos golpes na face e no crânio com uma pedra, assim lhe provocando a morte, esta encontrava-se particularmente indefesa.

No âmbito da quinta situação, relativa a arguida que mata recém-nascida, tendo previamente ocultado a gravidez e tendo sofrido dores intensas aquando do parto, inicialmente a condenação incluía o art. 132.º, tendo no entanto em sede da 2.ª instância e do STJ sido atenuada a pena, tendo-se afastado o art. 132.º, ficando apenas a condenação por homicídio simples (art. 131.º).

Nesta situação, a idade da vítima (recém-nascido) não foi considerada um fator facilitador do homicídio, uma vez que a fragilidade da

recém-nascida não pesou na decisão de a matar (assente essencialmente na rejeição da gravidez e de algum modo influenciada pelas dores sentidas aquando do parto).

O sexto caso apresentado, refere-se a um arguido que mata o pai e a madrasta, a qual não possuía um antebraço. A condenação inicial foi relativa a dois crimes de homicídio qualificado, sendo que no caso da madrasta, se aplicou a alínea *c* do n.º 2 do art. 132.º. Quer em segunda instância quer no STJ foi mantida a condenação e a pena conjunta (25 anos de prisão).

No âmbito da defesa apresentada pelo Ministério Público, quando ouvido em sede do recuso, foi claramente defendida a circunstância de especial censurabilidade da prática deste crime, nomeadamente por um deles ter sido realizado contra uma pessoa que tinha uma deficiência num braço.

Neste caso a interpretação da alínea *c* não careceu de especial interpretação uma vez que a referida deficiência constituía uma circunstância que dificultava uma eventual defesa da vítima face aos ataques (com uma machada) do agressor.

O sétimo e último caso analisado, referente a um arguido que mata a namorada por estrangulamento, estando esta grávida (8 semanas) e sendo ele o progenitor, a condenação e pena iniciais por homicídio qualificado (nomeadamente pelo n.º 2 alínea *c*), foram mantidas pelo STJ.

Apesar do STJ considerar que o facto da vítima se encontrar grávida, mas não ter ficado demonstrado que no estado de evolução daquela gravidez (8 semanas) implicasse uma particular indefensabilidade da vítima, não invalidou que este facto fosse considerado para determinar uma especial censurabilidade no ato cometido, como se vê pela transcrição que segue:

“Em nosso entender revela uma especial censurabilidade a conduta daquele que pratica o crime de homicídio tendo perfeito conhecimento da gravidez da vítima. Assim, no caso vertente, ao actuar por tal forma o recorrente sabia que a sua conduta era adequada a retirar ao nascituro a possibilidade de nascer e concretizar o seu direito à vida. Tudo isto é potenciado pela circunstância de o nascituro ser o seu próprio filho o que conduz, necessariamente, a uma qualificação do crime de homicídio.”

Quadro 3: Resumo de sete Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça relativos ao crime de homicídio qualificado (art. 132.º, n.º 2 al. c do CP)

Descrição	Decisão de 1.ª instância	Decisão de 2.ª instância	Decisão do STJ	Aplicação da alínea c do n.º 2 do art. 132.º
1.º Arguida (alcoolizada) mata pessoa de 83 anos de idade utilizando automóvel para o efeito, abandonando o local. P.: 114/06.3PAAABT	Condenação pela prática do crime de homicídio qualificado, p. e p. pelos arts. 131.º e 132.º n.ºs 1 e 2, als. c) e g), do CP, na pena de 18 anos de prisão.	- Não é mencionado qualquer recurso para a 2.ª instância	Ligeira atenuação da pena: dezasete (17) anos de prisão. Data: 17/10/2007	STJ: O automóvel, usado na prática da agressão, agrega, objetivamente, a si uma perigosidade muito superior aos demais meios de agressão letal normalmente usados, pela indefesa que causa a um péso, defesa maior quando olhada a aceleração previamente imprimida ao automóvel por forma a que o processo letal em curso não falhasse (...). A arguida serviu-se, pois, para matar de um método, o atropelamento intencional, que, por tais razões, dificulta em grau muito elevado a defesa da vítima, merecendo especial censurabilidade.
2.º Arguido rega ex-amante com gasolina, abandonando o local quando aquela tinha as roupas a arder. P.:459/05.0GAFLG. G1.S1	Condenação pela prática de um crime de homicídio qualificado p. e p. pelos arts.131.º e 132.º n.º1 e n.º 2 alíneas c), g) e i) do CP, na pena de 20 anos de prisão.	Manteve a condenação e pena	Manteve a condenação e pena Data: 19/05/2010	Vítima indefesa: lançou sobre ela gasolina, pegando-lhe fogo, abandonando o local quando aquela tinha as roupas a arder, deixando-a indefesa e impossibilitada de evitar a combustão rápida das roupas que vestia e de evitar a queimaduras que daí lhe advinham.
3.º Dois arguidos matam à facada homem embriagado, após desentendimentos prévios P.:494/09.9GDTV.D. L1.S1	Condenação a 15 anos de prisão, pela prática de um crime de homicídio qualificado p. e p. pelos arts.º 131.º e 132.º, n.º 2, alíneas c) e j), do CP, em cúmulo, a 15 anos e 6 meses de prisão.	Confirma a decisão anterior.	Condenação a 13 anos pelo crime de homicídio , p. e p. pelo art. 131.º do CP... na pena única de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de prisão. Data: 19/05/2010	Tribunal da Relação: Concluiu pela verificação de circunstância substancialmente análoga à da alínea c): Vítima alcoolizada aliada ao facto de ter ficado caída no solo depois de confronto físico com o arguido tornaram-na particularmente indefesa perante os arguidos que, ainda para mais, eram dois. Mesmo assim, os arguidos não se coibiram de executar o que haviam decidido, o que é manifestamente revelador de especial censurabilidade. STJ: <u>Não se pode concluir, sem mais (e mais não se provou), que o estado de embriaguez, ainda que com um valor de alcoolemia muito elevado, a colocou numa situação de especial fragilidade ou desamparo com o alcance previsto no exemplo-padrão da alínea c), tornando-a particularmente indefesa.</u> Deve, porém, notar-se que a vítima ficou caída em resultado da luta física com um dos agressores, e não por apresentar qualquer fragilidade anterior que a tornasse particularmente indefesa.
4.º Arguido mata jovem de 19 anos, com uma pedra com 30cm de comprimento, atingindo-a quando já estava inanimada. P.: 30/08.4PEHRT.S1	Condenação por crime de homicídio qualificado , previsto e punido pelos artigos 131.º e 132.º, n.º 1 e 2, alínea c) do CP, e não pela alínea e) porque também havia sido acusado, na pena de 19 anos prisão.	Recurso interposto pelo MP.	Confirma a decisão: crime de homicídio qualificado –art. 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, alínea c) do CP. Data: 09/09/2010	A vítima encontrava-se particularmente indefesa, dado estar inanimada quando o arguido lhe vibrou os violentos golpes na face e no crânio com uma pedra, assim lhe provocando a morte.

Quadro 3: Resumo de sete Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça relativos ao crime de homicídio qualificado (Cont.)

Descrição	Decisão de 1.ª instância	Decisão de 2.ª instância	Decisão do STJ	Aplicação da alínea c do n.º 2 do art. 132.º
5.º Arguida mata recém-nascida, tendo previamente ocultado a gravidez e tendo sofrido dores intensas aquando do parto. P.: 1795/07.6GISNT.L1	Condenação pela prática de um crime de homicídio qualificado, p. e p. pelos artigos 131.º e 132.º, n.º 1 do CP, na pena de 12 anos e 3 meses de prisão... na pena única de 12 anos e 6 meses de prisão.	Condenação por homicídio simples (art. 131.º do CP) – 9 anos de prisão... pena única de 9 anos e 3 meses de prisão.	Aplica a pena única, conjunta, de 9 anos de prisão Data: 09/09/2010	STJ afirma da sua não aplicabilidade. <u>A idade não foi considerada um fator facilitador do homicídio. A fragilidade da recém-nascida não pesou na decisão de a matar.</u>
6.º Arguido mata pai e madrastra (que não possuía antebraço). P.: 416/10.4JACBR. C1.S1	Condenação por 2 crimes de homicídio qualificado: um previsto e punido pelos artigos 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do CP, 21 anos de prisão; e o outro previsto e punido pelos artigos 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, alínea c), do CP, 23 anos de prisão... pena conjunta de 25 anos de prisão	Reduziu a pena aplicada a um dos crimes de homicídio – 21 anos de prisão, mantendo a pena conjunta de 25 anos de prisão.	Manteve a condenação e pena. Data: 20/06/2012	MP: Se uma pessoa mata voluntariamente, no quadro e contexto descritos no acórdão em análise, o seu próprio pai e a mulher deste, que, além do mais, tinha uma deficiência num braço, com os quais coabitava, e não é suscetível de revelar especial censurabilidade ou perversidade, então não sabemos quando, e em que hipóteses, se poderá entender que um agente atua com especial censurabilidade ou perversidade! (...)
7.º Arguido mata namorada por estrangulamento, estando esta grávida (8 semanas), sendo este o progenitor. P.: 154/12.3JDLBS. L1.S1	Condenação do arguido por homicídio qualificado, p. e p. pelos art.º 131.º e 132.º n.ºs 1 e 2, als. b) e c) do CP, a uma pena de 19 (dezanove) anos de prisão.	Competência para apreciar o recurso (baseado em matéria de direito) cabe ao STJ	Manteve a condenação e pena. Data: 15/05/2013	STJ: No caso vertente encontra-se demonstrado que a vítima se encontrava grávida, mas não se demonstrou que no estado de evolução daquela estivesse inscrita tal particular indefensabilidade. Porém, se é certo que afastamos a circunstância de a vítima se encontrar particularmente indefesa, de tal óbice não decorre a inocuidade da circunstância de a mesma se encontrar grávida, e grávida do arguido, o que é, quanto a nós, suficiente para indicar uma especial censurabilidade no acto cometido.

Fonte: Acórdãos do STJ consultados.

Salienta-se que segundo a informação disponível, apenas um dos recursos interpostos pelo(s) arguido(s), envolveu a contestação da menção à alínea c do n.º 2 do art.1 32.º. Tratou-se do terceiro caso mencionado, em que dois arguidos mataram à facada homem embriagado, após desentendimentos prévios. Neste caso, e conforme já mencionado, a decisão do STJ acompanhou neste ponto o referido recurso, uma vez que concluiu que não se encontrava demonstrada a circunstância

agravante prevista na alínea *c* do n.º 2 do art. 132.º, tendo atenuado a respetiva condenação e pena.

No caso dos restantes recursos interpostos pelos arguidos, a maioria deles refletia uma tentativa de alterar a condenação e a pena sentenciada, alegando que se deveria aplicar outra classificação (ex.: infanticídio no terceiro caso; ou homicídio privilegiado no sexto caso), que não existia intenção de matar a vítima, que a autora do crime se encontrava em estado de imputabilidade reduzida em função do estado de embriaguez ou ainda que o arguido demonstrava arrependimento.

Assim, no âmbito destes casos analisados e tendo em conta a informação disponível, em um deles (o sexto caso) o entendimento da 1.ª instância (Tribunal Judicial de Tondela), da 2.ª instância (Tribunal da Relação de Coimbra) e do STJ não parecem gerar quaisquer dúvidas quanto à aplicação do princípio da legalidade. A circunstância da madrasta do arguido apresentar uma deficiência num dos membros superiores culminou na configuração da presença da alínea *c*, n.º 2 do art. 132.º, apresentando-se assim a vítima com menor capacidade de defesa.

Em outros três casos (o primeiro, o segundo e o quarto), não houve qualquer incongruência entre a interpretação da 1.ª instância, a da 2.ª instância e a do STJ. Salienta-se no entanto que a interpretação da norma prevista na alínea *c* do n.º 2 do art. 132.º terá sido mais extensiva, uma vez que as vítimas foram consideradas indefesas não em virtude de idade, deficiência, doença ou gravidez, mas sim por outras circunstâncias que possam de algum modo ser análogas (ex.: vítima regada com gasolina e abandonada com roupas a arder, atropelamento intencional e vítima morta com pedrada após estar inanimada). Salienta-se que estes três casos foram analisados por tribunais de 1.ª e 2.ª instâncias diferentes (trata-se de situações cuja sentença inicial foi proferida pelo Tribunal Judicial de Abrantes, de Guimarães ou da Horta).

Assim, a circunstância prevista na referida alínea *c* terá funcionado, à semelhança do n.º 1 do art. 132.º, como uma espécie de preceito geral, sobre a indefensabilidade da vítima, ao qual as circunstâncias destes três crimes foram subsumidas. Nestes casos, a aplicação do princípio da legalidade parece poder suscitar algumas dúvidas. Conforme é referido pela doutrina, não basta que a vítima seja idosa, esteja doente,

seja deficiente ou esteja grávida para se poder concluir do preenchimento deste exemplo-padrão, nomeadamente se essas condições não aumentam as possibilidades de êxito da conduta homicida. Nestes três casos, a circunstâncias e meios de realização do crime aumentaram as possibilidades de êxito, no entanto não correspondem aos exemplos especificamente previstos pela Lei. Nas várias decisões é reiterado que estes crimes revelaram especial censurabilidade ou perversidade, remetendo-se no entanto a especificação dessas circunstâncias nomeadamente para alínea *c*. Parece assim existir a tendência para tentar encontrar nos exemplos-tipo a justificação para a censurabilidade ou perversidade, no entanto ao realizar-se deste modo parece estar a recorrer-se a uma certa analogia (implícita), algo que não é admissível tendo em conta o princípio da legalidade.

Assim, poderia gerar menor dúvida neste domínio, se a argumentação apresentada não remetesse para a alínea *c*, mas simplesmente para o n.º 1 e n.º 2 do art. 132.º (este n.º 2 remete para outras circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade ao recorrer à expressão “entre outras”). Por outro lado, se nesta alínea *c* constasse “*pessoa particularmente indefesa nomeadamente em razão de...*” poderia ser mais compreensível o tipo de interpretação encontrada nestes três casos.

Um caso que não gerou igual consenso foi o terceiro, relativo a dois arguidos que mataram um homem embriagado. A 1.ª e 2.ª instâncias consideraram que o facto de a vítima estar embriagada e caída no solo depois dos confrontos físicos a tornava particularmente indefesa. Tal não foi o entendimento do STJ, uma vez que do facto da vítima estar embriagada não se pode concluir, sem mais, que estava particularmente indefesa com o alcance previsto na alínea *c* do n.º 2 do art. 132.º

Uma outra circunstância, a morte de um recém-nascido, presente no quinto caso mencionado, também não gerou consenso entre as várias instâncias, uma vez que a decisão de 1.ª instância foi alterada pela 2.ª e confirmada pelo STJ. Neste caso, e apesar do recém-nascido poder ser considerado uma vítima indefesa em razão da idade, tal não foi suficiente para preencher a alínea *c*) do n.º 2 do art. 132.º, uma vez que ficou demonstrado que para quem praticou o crime tal facto foi irrelevante na decisão de matar (assente essencialmente na rejeição da

gravidez). Assim, neste caso e tendo em conta as suas circunstâncias foi afastado o qualificativo do crime, sendo a arguida condenada por homicídio simples.

Os terceiro e quinto casos foram analisados pelo Tribunal da Relação de Lisboa, sendo que no primeiro (morte de homem embriagado) a decisão foi apenas alterada pelo STJ e no segundo (morte de recém-nascido) a decisão da 1.^a instância foi alterada logo na 2.^a instância.

Nestes dois casos, não parecem surgir dúvidas, ao nível do STJ, quanto ao respeito pelo princípio da legalidade, uma vez que a aplicação do exemplo previsto na alínea *c* foi ponderado tendo em conta o seu alcance “previsto”.

No sétimo caso analisado (morte de namorada grávida de 8 semanas), também da área do Tribunal da Relação de Lisboa (embora tendo em conta o teor do recurso este tenha sido apreciado apenas pelo STJ), ficou evidenciado que ficou afastada a circunstância específica prevista na alínea *c*.

No entanto, o facto de a vítima estar grávida e o filho ser do arguido foram considerados como sendo aspetos indiciadores de especial censurabilidade do ato cometido.

Este caso, revela a ponderação efetiva sobre se estava presente ou não alguma das circunstâncias previstas pela alínea *c*, não se concluindo pela sua aplicação direta apenas porque a vítima estava grávida, o que é importante para o cumprimento do princípio da legalidade. Por outro lado, a inclusão da morte da vítima grávida (de 8 semanas) do arguido, entre as circunstâncias que revelam censurabilidade, corresponde a um exercício interpretativo, que partirá da redação deste art. 132.º.

Os exemplos padrão não esgotam tudo o que o legislador pretendia incluir para demonstrar especial censurabilidade e/ou perversidade, termos eles próprios vagos e imprecisos, pelo que existe uma margem considerável para o aplicador interpretar.

Estes casos revelam efetivamente as implicações que interpretações mais ou menos extensivas das normas podem acarretar na prática. Podem, desde logo, contribuir para fazer a diferença entre um homicídio simples e um qualificado, e para agravar ou atenuar a pena prevista.

4. Reflexões finais

O princípio da legalidade é um princípio basilar e orientador de todo o Direito Penal, no entanto nem sempre será fácil o seu estrito cumprimento. A existência de normas imprecisas e a utilização de termos vagos no âmbito da Lei conduzem muitas vezes à necessidade de interpretar a norma, o que requer uma reflexão sobre o seu “real” alcance.

Neste trabalho, procurou-se analisar o conceito de vítima indefesa ou em situação de especial vulnerabilidade, presente em doze crimes contra as pessoas e em três crimes contra o património previstos no Código Penal português.

Antes de se analisar a exata configuração da inclusão destes conceitos no CP procurou-se analisar como algumas fontes de direito penal secundário apresentam estas questões e quais as definições utilizadas para estas circunstâncias de indefensabilidade/vulnerabilidade.

Verificou-se que a nível internacional e nacional as fontes são múltiplas e que ao longo dos tempos têm-se acrescentado “complexidade” às vítimas de crime, as quais já não são hoje em dia um grupo homogéneo, mas sim um conjunto que comporta diversas especificidades. O leque de vítimas vulneráveis foi-se alargando, desde as “tradicionais” (em função da idade, doença, deficiência ou gravidez) até muitas outras tipologias de vítimas (ex.: imigrantes, população LGBT, vítimas de crime organizado...).

Assim, passámos de um conceito de vítima vulnerável, mais ligado às condições “físicas” da mesma para um conceito mais ligado a aspetos psicológicos/sociais, de contexto e circunstâncias nomeadamente culturais, e atendendo à relação de dependência face ao agressor.

Para além disso, essa vulnerabilidade pode ser entendida a “montante” do crime e/ou jusante (ficar vulnerável em função dessa vitimação).

O Código Penal português, nas suas sucessivas revisões e alterações parece ter ido acomodando progressivamente uma visão voltada para o agravamento da moldura penal de diversos crimes quando estes envolvem vítimas indefesas ou vulneráveis.

Interessante notar que a expressão mais utilizada no CP português diz respeito às vítimas “indefesas”, mas em alguns crimes surge já a expressão “especialmente vulnerável”, denotando em alguns casos

(ex.: tráfico de seres humanos e lenocínio) que esta última expressão abarcará também realidades que nada têm que ver com condições mais “estruturais” das vítimas (ex.: idade, deficiência), mas mais “conjunturais” (ex.: não ter alternativa possível se não submeter-se ao abuso).

Em outros casos, surge ainda uma combinação entre as duas expressões (ex.: na burla qualificada) ou recorre-se a outros termos “especial debilidade” (crime de furto qualificado).

Estas diferenças terão resultado da sensibilidade do legislador aos diferentes bens jurídicos que se pretendem proteger com cada um dos crimes e ao contexto científico/cultural/linguístico existente aquando de cada revisão.

No futuro e tendo em conta a crescente complexificação das vítimas, advinda dos estudos vitimológicos, poderá continuar-se a assistir a uma amplificação destes conceitos, nomeadamente de vulnerabilidade (ex.: uma pessoa que se encontre num estado depressivo, sem que lhe tenha sido diagnosticada depressão, pode estar mais facilmente sujeita a diversos crimes, e o aproveitamento desse facto por parte do agressor poderá constituir uma circunstância agravante de diversos crimes).

A terminologia utilizada em diversos crimes parece, por vezes, deixar de lado as vulnerabilidades mais de foro psíquico/psicológico, uma vez que indicam apenas “em razão de idade, doença, deficiência ou gravidez”. Certamente muitas dessas vulnerabilidades podem ser subsumidas em “doença”, mas outras dificilmente o podem ser. Trata-se efetivamente de um campo onde é necessário adotar várias cautelas para evitar aumentar as subjetividades inerentes às normas, mas cuja complexidade implica ter em conta.

Por outro lado, a vulnerabilidade ou indefensabilidade pode apresentar vários graus, podendo não ser apenas uma questão de estar “presente” ou “ausente”, mas sim em que medida aquela vítima se encontrava indefesa/vulnerável (e em que medida esse grau era do conhecimento do agressor).

Assim, poderemos assistir à densificação do conceito por via da doutrina e da jurisprudência, à adaptação da terminologia e exemplos usados no CP neste domínio (por exemplo através da sua harmonização) ou ainda à inclusão de uma norma geral, à semelhança do sucedido no CP de 1852, que indicaria circunstâncias agravantes de

forma genérica para todos os crimes onde seria feita a menção à tal vulnerabilidade/indefensabilidade.

De modo a possibilitar alguma reflexão sobre a jurisprudência neste domínio foi realizada uma análise de sete acórdãos do STJ relativos a casos de homicídio qualificado (art.º 132.º do CP) onde a circunstância prevista na alínea *c* do n.º 2 (crime praticado contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez) era de algum modo contemplada na sentença inicial.

Dessa análise verificou-se efetivamente que se trata de uma área geradora de posições jurisprudenciais algo diversas, em alguns casos os tribunais superiores confirmaram a interpretação efetuada pela 1.ª instância noutros tal não se verificou. Num dos casos esta diferente interpretação contribuiu até para a desqualificação do crime (passando a condenação a ser apenas pelo art. 131.º) (homicídio).

De qualquer modo, pela informação possível de apurar, apenas num dos recursos apresentados foi contestada especificamente a verificação da referida alínea (o caso acima referido), e não pareceu existir a preocupação em fortalecer a aplicação do princípio da legalidade neste domínio com recurso a ‘precedentes’ jurisprudenciais e/ou a discursos dogmáticos.

A propósito de discursos dogmáticos, procurou-se identificar qual o sentido atribuído a estes conceitos (indefensabilidade ou vulnerabilidade), no âmbito dos vários crimes do CP onde os mesmos se encontram especificamente previstos.

Assim, foram essencialmente identificadas três tipologias de interpretação. Uma mais ligada à menor capacidade da vítima para defender a sua vida/integridade... ou de proteger os seus bens (ex.: homicídio qualificado, ofensa à integridade física qualificada, maus tratos, ameaça qualificada, coação qualificada, sequestro qualificado, burla qualificada, furto qualificado e usura). Uma outra linha interpretativa, inerente aos crimes de lenocínio e ao crime de tráfico de pessoas, alarga o sentido da vulnerabilidade da vítima a situações de inexistência de *uma “alternativa real e aceitável”* senão submeter-se ao que lhe é proposto (ex.: expulsão do país, pobreza extrema, sobrevivência pessoal ou familiar em risco). E uma terceira linha de interpretação, no caso da violência doméstica, em que a censurabilidade da ação praticada

contra pessoa indefesa tem um desvalor acrescido, não apenas pela menor capacidade de resistir, mas em face das relações especiais “afetivas”, mesmo que passadas, entre agente e vítima (nomeadamente por via da coabitação).

No âmbito da pesquisa sobre a jurisprudência, os casos encontrados, ao nível dos tribunais superiores, foram muito reduzidos, cingindo-se apenas a situações de homicídio qualificado. Assim, não foi possível comparar se na prática estas três linhas interpretativas têm efetivamente eco, de forma diferenciada tal como exposto.

Futuramente seria interessante analisar e comparar a jurisprudência neste domínio das vítimas indefesas/vulneráveis, para os vários tipos de crime, contra as pessoas e contra o património, onde a sua menção na previsão ou nas circunstâncias agravantes destes crimes foi identificada. Para o efeito será necessário alargar a pesquisa efetuada aos tribunais de 1.^a instância.

Por outro lado, atendendo à “densificação” e alargamento do conceito de vítima vulnerável será pertinente analisar como a jurisprudência gere situações em que a vítima estava indefesa/vulnerável mas não preenchia as circunstâncias expressamente previstas (ex.: pessoa idosa, menor, grávida...).

Em vários dos casos analisados a jurisprudência afastou-se da noção “típica” de vítima indefesa (em razão de idade, gravidez...) para considerar que a vítima estava indefesa em virtude da circunstância/meio em que fora praticado o crime. Num destes casos a idade avançada da vítima não foi o elemento que conduziu à qualificação por via da alínea *c* do n.º 2 do art. 132.º, em detrimento do modo como foi praticado o crime (atropelamento intencional).

Nestas situações, a jurisprudência, foi no sentido de ter em conta a indefensabilidade/vulnerabilidade resultante, não de “características” da vítima, mas da forma como foi praticado o crime, forma essa que pode ter conduzido a um efeito de vulnerabilidade semelhante ao que seria produzido por alguma “característica da vítima”.

Estes casos parecem indicar uma tendência para que a jurisprudência considere uma espécie de “terceira via” que conduz à indefensabilidade da vítima, não à priori, nem à posteriori da ocorrência criminal, mas sim durante a mesma.

Assim, e apesar de nos acórdãos consultados não surgir qualquer menção neste domínio à doutrina, as interpretações estarão em linha com as posições doutrinárias que remetem o entendimento neste domínio para uma menor capacidade da vítima para enfrentar o ataque à sua vida/indefesa (Dias & Brandão, 2012).

Conforme é mencionado num outro acórdão do STJ (de 29 de março de 2009), citado por Dias, Caires e Sol (2009), o recurso à figura do homicídio qualificado “atípico” implica alguma parcimónia e um grau especialmente elevado de ilicitude ou de culpa, sendo este critério fundamental quando se decide sobre a moldura penal: homicídio simples ou qualificado.

Os vários casos analisados evidenciam claramente a complexidade interpretativa que pode estar inerente a estes conceitos de indefensabilidade/vulnerabilidade.

Salienta-se ainda que no atual CP existem alguns crimes para os quais as circunstâncias de especial vulnerabilidade da vítima não estão contemplados (ex.: art. 138.º Exposição ou abandono; 159.º Escravidão) ou explicitamente elencados (art. 165.º Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência – neste caso só indica “*aproveitando-se do seu estado ou incapacidade*”), o que pode ser relevante para efeitos de futuras alterações ao CP.

Um aspeto sublinhado pela doutrina refere-se ao facto de que o conhecimento do agressor face à “debilidade” da vítima é essencial para que se lhe possa ser atribuído o aproveitamento de tal vulnerabilidade/indefensabilidade e assim devidamente ponderada a questão do dolo.

Uma outra reflexão suscitada por este estudo prende-se com o facto de que vários destes crimes em que a sua previsão ou sua qualificação inclui a circunstância de indefensabilidade/vulnerabilidade da vítima são crimes que dependem de queixa (crimes particulares). Exemplo disso são os crimes de abuso sexual de pessoa incapaz (art. 165.º) e sequestro (art. 168.º), onde talvez fosse importante, atendendo às circunstâncias de determinadas vítimas mais vulneráveis, que tal não fosse necessário.

Assim, parece relevante que eventualmente numa futura revisão/alteração do CP se pudesse avaliar com mais rigor a coerência (e even-

tual harmonização) existente entre estes conceitos usados nos vários crimes e se pudesse efetuar uma reflexão sobre as suas implicações no regime de procedibilidade respetivo.

Poderemos estar perante uma das únicas características que perpassam diversos crimes do CP, a inclusão da menção a vítimas indefesas/vulneráveis, sendo importante que a respetiva coerência e entendimento face aos conhecimentos atuais no domínio da vitimologia sejam tidos em conta.

Estas questões podem e devem ser vistas também à luz do princípio da igualdade, o qual segundo Gouveia (2013) assume duas dimensões distintas mas complementares, ou seja, uma dimensão igualizadora: tratar igualmente o que é igual; e uma dimensão diferenciadora: tratar diferenciadamente o que é desigual.

No mesmo sentido, Miranda (2012) refere que *“toda dificuldade de aplicação do princípio reside em definir o que é igual ou desigual, semelhante ou dissemelhante, comparável ou não comparável. Para lá dos fatores objetivos, manifestam-se aqui as transformações socio-culturais e as precompreensões.”*

Assim, o CP ao mencionar expressamente as circunstâncias das vítimas indefesas/vulneráveis necessita de acompanhar o contexto sociocultural, o qual vai sofrendo modificações, quer pela alteração dos termos utilizados quer pelo alargamento do conceito de vulnerabilidade, de modo a poder aplicar o princípio da igualdade.

Em conjugação com esta questão importa ter sempre em mente o princípio da legalidade, de modo a que as normas sejam aplicadas tendo em conta o sentido pretendido pelo legislador, mas também pelo contexto onde se encontra o aplicador. Ninguém pode ser punido por algo que não esteja explicitamente previsto em Lei anterior à prática do crime; a grande questão é pois saber o que está realmente previsto na Lei? Aquilo que está efetivamente redigido (e qual o seu sentido?)? Ou aquilo que corresponde à interpretação que cada juiz (aplicador da Lei) realiza com base no que está escrito na Lei?

Por mais objetiva que a letra da Lei o seja, a sua aplicação a casos reais requer muitas vezes uma interpretação e busca de sentido. Para que o Direito Penal seja aplicado com todo o rigor que lhe está inerente e obedecendo ao princípio da legalidade e da igualdade, ambos

previstos na CRP, esse esforço interpretativo deveria obedecer a critérios comuns, podendo também talvez incrementar-se um esforço de fixação da jurisprudência em alguns domínios (como aquele que foi aqui debatido).

Para finalizar, refira-se que as questões aqui suscitadas poderão fornecer eventuais contributos para os debates em torno da criação de um estatuto da vítima no âmbito do Código do Processo Penal (proposto no âmbito da transposição da Diretiva que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade) e em torno da definição dos objetivos, prioridades e orientações de política criminal.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, M. J. (2012a). Artigo 160.º (Tráfico de pessoas). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.
- ANTUNES, M. J. (2012b). Artigo 175.º (Lenocínio de menores). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial. Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.
- ANTUNES, M. J. & Santos, C. (2012). Artigo 169.º (Lenocínio). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.
- BELEZA, T. P. (1984). *Direito Penal*. Vol. I. 2.^a Edição. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa [AAFDL].
- CARVALHO, A.T. (1999). Artigo 226.º (Usura). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo II (arts. 202.º a 307.º). Coimbra: Coimbra editora.
- CARVALHO, A.T. (2012a). Artigo 152.º (Violência doméstica). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.
- CARVALHO, A.T. (2012b). Artigo 152.º - A (Maus tratos). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.

- CARVALHO, A.T. (2012c). Artigo 155.º (Agravação). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.
- CARVALHO, A.T. (2012d). Artigo 158.º (Sequestro qualificado). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial. Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.
- COSTA, A. M. (1999). Artigo 218.º (Burla qualificada). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo II (arts. 202.º a 307.º). Coimbra: Coimbra editora.
- COSTA, J. F. (1999). Artigo 204.º (Furto qualificado). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo II (arts. 202.º a 307.º). Coimbra: Coimbra editora.
- COSTA, J. F. (2009). *Noções fundamentais de direito penal (fragmentia iuris poenalis)*. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- Departamento das Nações Unidas sobre Droga e Crime Organizado [UNODC] (2013). *Global study on homicide 2013. Trends, contexts, data*. Viena: United Nations Publications.
- DIAS, A. S., Caires, A. G. & Sol, A. A. (2009). *Coletânea de jurisprudência: crimes contra a vida e a integridade física*. 7. Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal. Lisboa: AAFDL.
- DIAS, J. F. & Brandão, N. (2012). Artigo 132.º (Homicídio qualificado). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.
- FARIA, P. R. (2012). Artigo 145.º (Ofensa à integridade física qualificada). In Dias, J. F (Ed.) *Comentário conimbricense do Código Penal*. Parte Especial Tomo I (arts. 131.º a 201.º). Coimbra: Coimbra editora.
- GOUVEIA, J. B. (2013). *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- KEARON, T. & Godfrey, B. (2008). Setting the scene: a question of history. In S. Walklate (Ed.) *Handbook of Victims and Victimology* (p. 17-36). Londres: William Publishing.
- SERRA, T. (2000). *Homicídio qualificado: Tipo de culpa e medida da pena*. Coimbra: Almedina.

Legislação

Constituição da República Portuguesa 2005. Coimbra: Almedina.

Código Penal e alterações

Decreto-Lei 400/82, de 23 de setembro

Decreto-Lei 48/95, de 15 de março

Lei n.º 65/98, de 2 de setembro

Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto

Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro

Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro

Lei-Quadro da Política Criminal

Lei n.º 17/2006, de 23 de maio – Lei-Quadro da Política Criminal

Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho – Define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2009-2011

Planos Nacionais

Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2010, de 17 de dezembro
– IV Plano Nacional contra a Violência Doméstica

Resolução do Conselho de Ministros n.º 101/2013, de 31 de dezembro –
III Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos

Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2013, de 31 de dezembro
– V PNVCVD Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género

Outra

Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto – Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência

Lei n.º 27/2008, de 30 de junho – Lei do Asilo

Acórdãos

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 07/11/2007 (7P1-1583)

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 17/10/2007 (114/06.3PAAABT)

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 19/05/2010 (459/05.0GAFLG. G1.S1)

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 19/05/2010 (494/09.9GDTV.D. L1.S1)

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 09/09/2010 (30/08.4PEHRT.S1)

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 09/09/2010 (1795/07.6GISNT.L1)

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 20/06/2012 (416/10.4JACBR. C1.S1)

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 15/05/2013 (154/12.3JDLSB. L1.S1)

Instrumentos normativos europeus e internacionais

Conselho da Europa

- Conselho da Europa [Coe] (2011). Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica. 11 de maio. <http://www.coe.int/t/dghl/standards-setting/convention-violence/convention/Convention%20210%20Portuguese.pdf>

Organização das Nações Unidas

- Organização das Nações Unidas [ONU] (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>
- ONU (1979). Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW). <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>
- ONU (1989a). Recomendação geral n.º 12 – 8.ª Sessão. Gabinete do Alto Comissário para os Direitos Humanos das Nações Unidas Comité para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW). <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>.

- ONU (1989b). Convenção sobre os Direitos da Criança. https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf
- ONU (1992). Recomendação geral n.º 19 (parágrafos 6 e 7) – 11.^a Sessão. Gabinete do Alto Comissário para os Direitos Humanos das Nações Unidas Comité para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW). <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>
- ONU (1999). Protocolo Opcional à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW). <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/text.htm>
- ONU (2007). Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=15&pid=150>.

União Europeia

- Conselho da União Europeia (2009). Programa de Estocolmo. 17024/09. Bruxelas. http://www.se2009.eu/polopoly_fs/1.26419!menu/standard/file/Klar_Stockholmsprogram.pdf.
- Parlamento e Conselho Europeu (2011). Diretiva relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho. Diretiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011.
- Parlamento e Conselho Europeu (2012). Diretiva que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. Diretiva 2012/29/UE de 25 de outubro de 2012.

Informações na União Europeia¹

Intelligence in the European Union

JOSÉ PEDRO PARRA²

Resumo: A União Europeia cada vez mais se afirma como um actor autónomo nas relações internacionais e por isso necessita de informações que permitam a tomada de decisão informada. Assim, este trabalho de investigação pretende perceber qual a pertinência de produção de informações ao nível da União Europeia, para a sua segurança e defesa, a cooperação existente entre os Estados-Membros nesta matéria, e qual a capacidade de produção de informações nas estruturas da União Europeia.

Ir-se-á proceder à análise das políticas europeias no âmbito da segurança e da defesa, tal como das estruturas da União Europeia com competências na matéria. A análise será enquadrada por doutrina no âmbito das informações e por legislação europeia que permita perceber a importância das informações para a tomada de decisão europeia.

Palavras chave: *Informações; União Europeia; Estado; Segurança; Política Externa; Cooperação.*

Abstract: The European Union increasingly assert itself as an independent actor in international relations and therefore need intelligence to enable informed decision making. Thus, this research work aims to find out the relevance of producing intelligence in the European Union, for its security, defence and projection in the world, the cooperation between Member States in this area, and what the production capacity of intelligence into EU structures.

¹ Entregue: 13.5.2015; aprovado: 15.7.2015.

² Mestre em Direito e Segurança da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Will be analysed the European policies on security and defence, as the European Union's projection policies in the world, and the EU structures with the necessary powers. The analysis will be framed by doctrine in the context of intelligence and by European legislation that allow understanding the importance of intelligence for European Union decision making.

Keywords: Intelligence; European Union; State; Security; Foreign Policy; Cooperation.

1. Introdução

As informações, enquanto actividade de cariz científico e desenvolvidas por instituições especializadas, apresentam para os Estados um importante instrumento de apoio para o processo de tomada de decisão e para definição de políticas do Estado, principalmente nas áreas da segurança, defesa e política externa. Permitem genericamente que o decisor seja esclarecido sobre matérias de interesse nacional, com base em estudos de informações rigorosos que apresentam cenários prospectivos sobre a evolução esperada dessas matérias (Marrin, 2007).

A organização política do pós-Vestefália, o Estado Soberano, permitiu à data uma simplificação das relações entre os actores internacionais pela relativa clareza das regras do sistema internacional, relativamente anárquico e certamente conflitual. No âmbito da segurança e defesa do Estado, as relações são assim pautadas por uma oposição generalista entre os actores, com maior ou menor grau de conflitualidade. As informações entram nesta vertente pela tentativa de conhecimento da ameaça pois, conforme Sun Tzu, “conhece o inimigo e conhece-te a ti próprio; numa centena de batalhas nunca estarás em perigo” (Tzu, 1974, p. 178).

A premissa anterior é atenuada entre os Estados-membros (EM) da União Europeia (UE). A organização é o resultado da atribuição voluntária do exercício de competências por parte dos Estados-Membros que a compõem, assentando nos interesses comuns dos mesmos e dirimindo assim a sua conflitualidade. “Podemos afirmar que o objectivo foi alcançado, na medida em que nestes cinquenta anos de integração comunitária tem existido uma paz duradoura” (Soares, 2005, p. 103).

Desde a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), em 1952, até chegar ao que hoje se conhece como a União Europeia, verifica-se uma enorme evolução na integração e alargamento deste actor internacional, quer ao nível económico-social, com a criação de um espaço de livre circulação, quer ao nível político-militar, com a criação de uma Política Externa e de Segurança Comum (PESC).

Contudo, a dificuldade de classificação política da UE, resultante de uma estrutura única no mundo, que mistura processos de decisão comunitários com intergovernamentais, estrutura *sui generis* como refere Andreia Soares (Soares, 2005, p. 28), levanta dúvidas de como se deve processar ao nível da União Europeia, ou mesmo se se deve, a área da segurança e da defesa, uma vez que estas áreas estão, normalmente, reservadas ao núcleo mais restrito do poder soberano, onde se inclui a produção de informações.

No entanto, certo é que a UE se complexificou e apresenta actualmente diversas características de uma organização supranacional. Esta exerce diversas atribuições nas áreas da segurança, defesa e política externa, que foram inclusivamente reforçadas pelo preceituado no Título V do Tratado da União Europeia de 2007.

A abolição das fronteiras internas da UE e a implementação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, veio trazer no âmbito interno novos desafios à segurança da UE. As actuais ameaças, como a criminalidade organizada e o terrorismo, apresentam um elevado grau de difusão e imprevisibilidade, e não reconhecem fronteiras para a sua actuação. O seu combate deve ser levado a cabo numa perspectiva holística dos meios da UE e dos EM, tendo em mente que o processo de globalização fez esbater a fronteira entre segurança interna e externa.

A relevância da UE como actor autónomo tem sido traduzida, no âmbito da PESC, com diversas missões de cariz civil e militar em países terceiros com especial enfoque naqueles que dizem respeito à segurança dos europeus, como a missão contra a pirataria no Golfo de Áden ou as relações com os países do Norte de África. Verifica-se ainda que no âmbito das missões de cariz militar existe uma parceria com as estruturas da Organização do Tratado do Atlântico Norte (NATO) (Lima, 2009).

Surge assim que a UE, pela sua qualidade de actor internacional independente dos EM, parece necessitar que os seus órgãos de decisão sejam alimentados com informações rigorosas e que estejam alinhados com os seus objectivos.

É neste contexto que, reconhecendo a importância dos serviços de informações para o processo de tomada de decisão de qualquer entidade política, principalmente no âmbito da segurança e defesa, se pretende com este trabalho identificar a estrutura de informações na EU e a cooperação existente entre os serviços de informações dos EM. A investigação será conduzida através da consulta de legislação, documentos oficiais e bibliografia da especialidade, procurando sempre dar resposta às seguintes questões:

- Qual a pertinência de produção de informações ao nível da União Europeia?
- Qual a capacidade da UE para produzir informações?

Para alcançar os objectivos acima aborda-se, por esta ordem, a partilha de informações entre os EM, a produção de informações na UE e, por fim, as relações da UE com a NATO.

2. Introdução aos Conceitos de Informações

O presente capítulo pretende enquadrar os conceitos de informações no sentido de facilitar a compreensão deste trabalho de investigação. O domínio restrito de actuação dos serviços de informações e a dificuldade de acesso a informação por parte dos investigadores académicos aumenta também a dificuldade de teorização nesta matéria (RAND Corporation, 2006).

Importa antes de mais esclarecer que “em Portugal existe o mesmo entendimento do que é a *intelligence*, mas a sua tradução literal para a língua portuguesa como inteligência não tem conseguido sobrepôr-se à tradicional utilização do termo informações” (Graça, 2011, p. 20). Neste sentido, utiliza-se no presente trabalho os termos *intelligence* e informações com o mesmo conteúdo.

A primeira distinção conceptual a referir é entre informação e informações. Apesar da abrangência do termo informação, nesta sede utilizar-se-á a definição constante do glossário de termos e definição da Organização do Tratado do Atlântico Norte (NATO), NATO AAP-6, que define informação como “*Unprocessed data of every description which may be used in the production of intelligence*” (NATO, 2014, pp. 2-I-4), referindo-se assim a dados em bruto.

No âmbito da definição de informações, e por ser o centro de gravidade deste trabalho, elabora-se mais profundamente a sua problemática. Esta não é consensual e tem sido objecto de alguma discussão entre os académicos e os profissionais do sector. Michael Warner, no seu artigo *Wanted: A definition of “Intelligence”*, realiza uma compilação entre diversos conceitos de informações desde 1946 a 2002 na tentativa de elaborar a sua própria definição. Verifica-se pelas diversas definições compiladas que existe uma adequação do conceito às alterações na realidade internacional. O autor conclui definindo que “*intelligence is secret, state activity to understand or influence foreign entities*” (Warner, 2002, p. 21).

Durante o período da Guerra Fria a abordagem constituía-se maioritariamente estado-cêntrica. No entanto, as definições foram-se adequando progressivamente à ascensão de outros actores nas relações internacionais, à erosão do conceito de soberania, ao esbatimento entre segurança interna e externa, e à alteração na natureza das principais ameaças, crescendo as assimétricas e refreando as estatais (Graça, 2011; RAND Corporation, 2006).

Ainda, a publicação NATO AAP-6 define *intelligence* como “*The product resulting from the processing of information concerning foreign nations, hostile or potentially hostile forces or elements, or areas of actual or potential operations. The term is also applied to the activity which results in the product and to the organizations engaged in such activity*” (NATO, 2014, pp. 2-I-6).

Apesar das diferentes perspectivas e definições, é comumente aceite entre a comunidade de informações que o termo *intelligence* pode ser entendido como processo, como produto e como organização (RAND Corporation, 2006). É “definível, enquanto **processo**, como a metodologia de obtenção e tratamento de informação, secreta

e não secreta, para servir os Estados na formulação das suas políticas externas e no confronto com as ameaças às suas respectivas seguranças internas e externas, e também cada vez mais para servir entidades não-estatais, como empresas, organizações não-governamentais ou mesmo movimentos terroristas” (Graça, 2011, p. 20). É entendido enquanto **produto**, como o resultado do processo anterior, traduzindo-se normalmente em estudos de informações para apoio a processos de decisão; e é ainda entendido enquanto **organização**, como as entidades responsáveis pelo processo e produto anteriores. (Marrin, 2007; RAND Corporation, 2006).

É importante reter que as informações surgem integradas num processo de tomada de decisão política, militar ou de outra natureza no sentido de reduzir as incertezas do decisor (Cardoso, 2004).

No concernente à categorização das informações, da bibliografia consultada resulta que existem diversas formas e critérios destas serem organizadas em função das suas características. *“In fact, it is this ability of intelligence practice to shape itself to fit the changing and particular needs of organizations and parts of organizations that, if properly used and flexibly applied, make it an extremely useful tool”* (McDowell, 2009, p. 13).

A NATO, sendo uma organização política de segurança colectiva por excelência, que não apresenta aspirações formais de projecção semelhantes às dos Estados ou à da União Europeia, nem preocupações de segurança interna, de acordo com a AJP 2 *Allied Joint Intelligence, Counter Intelligence and Security Doctrine* (NATO, 2003) classifica as informações da seguinte forma:

Quanto ao seu nível como:

Estratégicas, sendo aquelas *“required for the formation of policy, military planning, and the provision of indications and warning, at the national and/or international level. This is the highest level of intelligence derived from information gathered over the widest possible area in response to requirements placed by national governments across the complete spectrum of national and international military, diplomatic, political and economic matters”* (NATO, 2003, pp. 1-2-3)

Operacionais, sendo aquelas “*required for the planning and conduct of campaigns at the operational level. More specifically, it is the intelligence required for the planning, execution and support of campaigns and operations within a Joint Operations Area (JOA) by a Joint Headquarters. It is intelligence which is produced within the Joint Force Commander’s Area of Intelligence*” (NATO, 2003, pp. 1-2-3).

Táticas, sendo aquelas “*required for the planning and execution of operations at the tactical level. Intelligence used from the level of formation headquarters downwards which is produced within the formation’s area*” (NATO, 2003, pp. 1-2-4).

Quanto ao seu tipo:

Básica, como sendo “*the background intelligence about a subject which is maintained in databases and continually updated in peace and in the course of operations. The principal use of basic intelligence is to set the scene at the outset of operations and to meet intelligence requirements dealing with unchanging facts such as battlespace terrain and weather which may be raised in answer to new requirements in the course of an operation. It is defined as: Intelligence, on any subject, which may be used as reference material for planning and as a basis for processing subsequent information or intelligence*” (NATO, 2003, pp. 1-2-4).

Correntes, como sendo “*intelligence which is produced in response to intelligence requirements linked to a current operations and which refers to events at the time of the operation. It is defined as: Intelligence which reflects the current situation at either strategic or tactical level*” (NATO, 2003, pp. 1-2-4).

Sobre Alvos, como sendo “*intelligence which portrays and locates the components of a target or target complex and indicates its vulnerability and relative importance. Target intelligence provides the targeting data for the targeting process. This process ensures that the most effective use is made of offensive fire support systems*” (NATO, 2003, pp. 1-2-4).

Esta classificação permite à NATO satisfazer as suas necessidades de informações, maioritariamente de cariz político-militar, para desempenhar as suas funções. Assim as informações estratégicas serão de especial relevância para a vertente política da NATO, as informações operacionais para os quartéis gerais encarregues de tutelar as operações em curso ou planejar para futuras, e as informações táticas para as unidades que estão a executar as operações.

Já um Estado, que “nasce em função dos fins que a doutrina classicamente lhe atribui, a saber: segurança, justiça e bem-estar económico e social” (Lara, 2011, p. 280) e com o intuito de perseguir esses fins, apresenta agencialidade em todas as competências tradicionais, *Ius bellum*, *Ius legationes* e *Ius tractum*, necessita de um entendimento abrangente de organizar e conduzir a produção de informações. Heitor Romana começa por distinguir duas componentes operacionais das informações de acordo com a sua finalidade: a componente estratégica e componente securitária (Romana, 2008).

Tendo em conta que estas são ainda debate de delimitação conceptual, podemos considerar que as **informações estratégicas** são:

De acordo com Júlio Pereira,

“As informações produzidas para efeitos de definição e condução da política e das estratégias do Estado (ou de outros grandes atores da cena internacional e do âmbito interno). Neste sentido, destaca-se o facto de o destinatário final da informação estratégica ser quase sempre uma unidade política e não um comando operacional” (Pereira, 2012).

Acresce Jorge Silva Carvalho que,

“Destinam-se a determinar o poder nacional dos adversários, as suas possibilidades e probabilidades de actuação e as suas vulnerabilidades. Caracterizam-se, também, por se projectarem no futuro numa perspectiva de médio e de longo prazo e abordam todos os factores que permitem definir o poder nacional de um país, da capacidade militar à capacidade energética, do poder económico à estrutura do seu tecido sócio-político” (Carvalho J. S., 2009, p. 9).

E como menciona Heitor Romana,

“São identificadas a partir do interesse político para o “décideur” de determinados assuntos considerados sensíveis para os interesses políticos, económicos, diplomáticos, culturais e militares do estado.”

As informações são estratégicas na medida em que resultam de um processo “proactivo” e não “reactivo” do Estado, ou, por outras palavras, as informações são estratégicas devido ao seu carácter projectivo/ofensivo, porque se situam na esfera do jogo dos decisores do Estado.” (Romana, 2008, p. 99).

“De uma forma sinóptica, podemos então afirmar que as informações estratégicas são aquelas informações necessárias à concepção e execução de uma “grande estratégia” considerada assim pelo alcance dos seus efeitos mas também pela sua permanência no tempo” (Romana, 2008, p. 99).

As **informações de segurança**, conforme Heitor Romana, são produzidas dentro de “um quadro conceptual dirigido para a identificação e contextualização de ameaças ao Estado e à sociedade. Elas estão vocacionadas para o estudo de cenários de ameaças e para a avaliação de vulnerabilidades próprias, com origem interna ou externa” (Romana, 2008, p. 99), através de análise e avaliações de risco, “antecipando a emergência de novos fenómenos, monitorizando o devir das ameaças e identificando os seus principais agentes, constituindo-se como um elemento estruturante da tomada de decisão política” (Cruz, 2014).

Como refere Michael Herman, a natureza das informações de segurança pode ser identificada a partir do *British Security Service Act* de 1989, que refere como principal função “*the protection of national security and, in particular, its protections against threats from espionage, terrorism and sabotage, from the activities of agentes of foreign powers and from actions intended to overthrow or undermine parliamentary democracy by political, industrial or violent means*”. Reforça a sua ideia de ameaças à segurança interna referindo que “*the essence of these threats is that they operate internally rather than externally*” (Herman, 2006, p. 47).

Apesar desta distinção, não se deverá cair na tentação de conformismo conceptual considerando-se que estas duas categorias estão separadas por fronteiras rígidas. Estas categorias foram forjadas em contexto de relativa facilidade em separar a segurança interna da segurança externa. Contudo hoje, o processo de globalização que dá origem à revisão do conceito de soberania e a uma progressiva permeabilidade das fronteiras, leva ao esbatimento da separação entre segurança interna e externa. Quanto ao anterior Michael Herman refere que *“in practice foreign and security intelligence targets overlap. External threats have internal components and vice versa; espionage is foreign but is an internal threat, while few terrorists organizations are without overseas connections”* (Herman, 2006, p. 47); *“foreign intelligence is often collected on home territory, and security intelligence overseas”* (Herman, 2006, p. 48).

Em suma, as informações estratégicas têm a finalidade de apoiar a definição e condução da “grande estratégia nacional”, e as informações de segurança de prevenir ameaças ao Estado e à sociedade, existindo, contudo, esferas de sobreposição.

Dentro da distinção anterior, as informações podem ser classificadas em diferentes tipos de acordo com a sua funcionalidade. Jorge Silva Carvalho sugere:

- **Informações tácticas** como “aquelas que ajudam a definir e perceber os contornos das ameaças. Estão intimamente ligadas ao planeamento da actividade operacional em sentido estrito; à condução de operações técnicas ou humanas no terreno. São normalmente mais concentradas no espaço e no tempo, visando questões concretas” (Carvalho J. S., 2009, p. 9);
- **Informações situacionais** que providenciam a interpretação de facto sobre ameaças concretas;
- **“Informações preventivas** analisam as implicações presentes e futuras de uma ameaça à segurança externa e interna” (Carvalho J. S., 2009, p. 9);
- **“Informações preemptivas** definem cenários de antecipação e de neutralização de ameaças, cruzando-se com informações estratégicas de segurança” (Carvalho J. S., 2009, p. 9)

A classificação assente num critério temporal é também sugerida por Jorge Silva Carvalho da seguinte forma:

- “As **informações de base** correspondem maioritariamente às de carácter estratégico e são produzidas a partir de fontes abertas ou de informação/notícias não classificadas, referindo-se a elementos estruturantes razoavelmente estáveis e relativos a situações passadas e actuais”;
- “As **informações correntes** projectam-se por períodos mais curtos de tempo, permitindo definir a situação presente, e tratam os acontecimentos que vão ocorrendo continuamente”;
- “As **informações prospectivas** (...) permitem, através do conhecimento do que se está a passar e do que já aconteceu, projectar acontecimentos futuros eliminando o factor-surpresa. Determina-se, assim, o que o adversário pode fazer e não tanto o que vai fazer. Elaboram-se, portanto, cenários ou situações hipotéticas e determinam-se as possibilidades e as probabilidades de ocorrência de determinado acontecimento” (Carvalho J. S., 2009, p. 10).

Diversos autores classificam ainda as informações quanto ao método utilizado para a sua obtenção. Contudo, considera-se nesta sede que este critério deverá ser ultrapassado uma vez que poderá não se ajustar à classificação das informações como um produto. Sendo que as informações são o resultado de um método de produção (ciclo de produção de informações), que inclui uma fase de recolha de informação por diversos métodos (ex. Humint, Sigint, etc...), não deverá confundir-se a recolha de informação com a produção e classificação das informações. Não significa que a informação recolhida não deva ser classificada quanto ao método pelo qual foi recolhida, mas apenas que as informações a que a informação recolhida dá origem, não o devam ser. Neste sentido abordar-se-á os métodos de recolha, não na classificação das informações, mas na fase de recolha de informação do ciclo de produção de informações.

A utilização de informações no apoio à tomada de decisão sofreu uma grande evolução em termos de rigor científico no processo de produção. A crescente exigência das sociedades, que cada vez menos

admitem erros aos decisores, leva a que essa produção seja realizada através de métodos com o menor grau de subjectividade possível. Neste sentido o método mais utilizado para a produção de informações designa-se por ciclo de produção de informações.

O ciclo de produção de informações consiste num processo desenvolvido no sentido da utilização de informação (dados em brutos) para transformação em informações, que seja útil para reduzir a incerteza do decisor acerca de determinada matéria. Existem diversos autores que apresentam modelos de ciclos de informações, sendo que neste trabalho se utilizará o proposto por Jorge Silva Carvalho.

O modelo proposto é composto por quatro fases conforme seguinte:

- **Orientação da pesquisa** é o momento no qual são definidas as prioridades das informações;
- **Pesquisa** é a fase em que se recolhem notícias através da utilização de diferentes tipos de fontes e por diferentes métodos (humanas ou técnicas); Quanto aos métodos de pesquisa ou recolha de informação, esta pode incidir, em maior ou menor grau, em fontes humanas, designada de HUMINT (Human Intelligence); em fontes que têm por base recursos técnicos, como SIGINT (Signals Intelligence), que abarca técnicas como COMINT (Communications Intelligence), ELINT (Electronics Intelligence), MASINT (Measurement and Signature Intelligence), ou como IMINT (Imagery Intelligence); ainda, por fontes abertas, designadas por OSINT (Open Source Intelligence), sendo que há autores que consideram esta última como principal fonte de informação (Carvalho J. S., 2009).
- **“Processamento**, fase em que se transformam as notícias em informações através de um processo, também ele dinâmico, de registo, de estudo, integração e interpretação analítica de todas as notícias disponíveis” (Carvalho J. S., 2009, p. 8); e
- **Exploração**, fase em que se procede à difusão das informações e a estudos subsequentes no sentido de aumentar o conhecimento sobre o adversário e a possibilidade de realização de ameaças (Carvalho J. S., 2009).

Existe a necessidade de notar que o ciclo de produção de informações, apesar de se designar ciclo, poderá factualmente ser interrompido no sentido em que pode ser conveniente aos seus intervenientes, em princípio, assente em critério de utilidade. Por exemplo, durante o processamento o analista poderá requisitar novas pesquisas para melhor análise, ou situações em que a veracidade de certa notícia e urgência no seu conhecimento por parte do decisor o obrigue, levando à necessidade de retorno a fases anteriores ou à ultrapassagem de fases.



Figura 1 – Ciclo de Produção de Informações
(Adaptado de NATO, 2003, p.25)

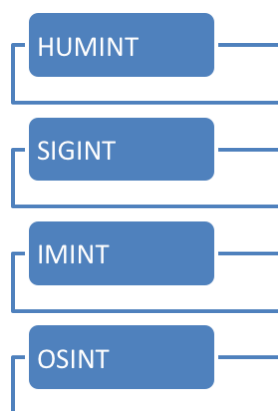


Figura 2 – Métodos de recolha de informação

Decorre assim do anterior o enquadramento conceptual da matéria de informações. Desta resulta com especial importância a distinção entre informação e informações; o seu objectivo de reduzir a incerteza no âmbito do processo decisório; o tipo de informações e qual é a sua função, tal como, a condução do processo de produção de informações e quais os métodos de recolha.

3. Partilha de Informações na União Europeia

Neste capítulo pretende-se identificar e compreender de onde surge a necessidade de partilha de informações, quais os mecanismos de partilha entre os Estados Membros, e qual é a posição dos Estados na cedência de informações a outros Estados ou à União Europeia.

Torna-se importante nesta sede referir que a partilha de informações aqui prevista opera a cedência de informações produzidas pelo ciclo de informações de um Estado a outro Estado, ou à UE, e vice-versa. Também, as relações privilegiadas são importantes nesta matéria pela relevância que os critérios de confidencialidade e confiança apresentam no domínio das informações.

A realidade europeia da actualidade é bastante diferente de há meio século atrás, tanto por questões internas como externas. No âmbito interno, considerando o espaço geográfico do que é hoje a UE, pode referir-se que as relações entre os EM se pautavam em larga medida pelos princípios vestefalianos anárquicos. Neste sentido as ameaças e os riscos eram maioritariamente de modelo tradicional internacional, ou seja a guerra entre soberanos. No âmbito externo assistia-se à existência de duas superpotências, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Estados Unidos da América, que disputavam entre si a liderança da ordem mundial.

A realidade Europeia actual é fruto de uma evolução na sua própria natureza enquanto organização e, em simultâneo, fruto de uma evolução na realidade internacional. No âmbito interno, os EM foram hábeis o suficiente para encontrar interesses comuns entre eles e perceber que os mesmos seriam melhor alcançados em termos sinérgicos do que em isolamento. Aprofundaram as suas relações de tal forma que suspenderam o controlo das fronteiras internas, elemento nuclear de qualquer Estado rigorosamente soberano, permitindo a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, num espaço que se designa de Liberdade, Segurança e Justiça. No plano externo a UE assiste e adequa-se à emergência de novos actores nas relações internacionais, como organizações não-governamentais, e à proliferação de centros de decisão importantes que condicionam a soberania dos Estados. As ameaças e os riscos passam da tradicional conflitualidade entre

Estados para uma realidade de ameaças que se caracteriza pela sua globalidade, complexa organização, difusão e interdependência. A UE assume algumas características de organização supranacional, inclusive assumindo uma política externa relativamente autónoma da dos EM tendo assento em vários fóruns e organizações (Wouters, Coppens, & Meester, 2008).

Existem assim alterações fulcrais no quadro securitário actual. Os Estados eram considerados como único actor que providenciava segurança e que ameaçava a paz, existindo uma clara separação de segurança interna e segurança externa. Com a proliferação de actores nas relações internacionais deu-se uma permeabilidade de fronteiras e, também, o esbatimento da separação interna e externa das ameaças pela ascensão de actores não estatais e novas formas de ameaças à segurança. Assim, no “âmbito da União Europeia reforçar a segurança tem sido uma condição *sine qua non* do aprofundamento da liberdade. Essa circunstância permitiu já a adopção de medidas que se destinaram ao fortalecimento da cooperação policial e das agências de informações dos Estados-membros” (Feiteira, 2014, p. 157), no pressuposto de que os Estados-membros se devem preocupar com a segurança de toda a UE e não apenas com a sua.

A estratégia europeia de segurança reconhece que “uma análise comum das ameaças é a melhor base para uma actuação comum, o que exige uma melhor partilha de informações entre Estados-Membros e com os nossos parceiros” (Concelho da União Europeia, 2003, p. 12). É assim reconhecida a necessidade de partilha de informações e é no contexto dos actuais desafios securitários e suas características “que a partilha de informações estratégica e de segurança tem assumido um crescente protagonismo, em domínios como a prevenção e combate à ameaça terrorista, de origem islâmica, nacionalista, ou outra, ao crime organizado e às ciberameaças” (Feiteira, 2014, p. 159).

Apesar do anterior, o Tratado da União Europeia no seu artigo 24.º refere que “A política externa e de segurança comum está sujeita a regras e procedimentos específicos. É definida e executada pelo Conselho Europeu e pelo Conselho, que deliberam por unanimidade, salvo disposição em contrário dos Tratados”. Mantém-se assim o método intergovernamental na tomada de decisão, frisando desta forma o

primado do Estado perante a União Europeia. Contudo, o Tratado da União Europeia prevê a possibilidade de, no domínio da segurança comum e no seio da União Europeia, serem realizados acordos multilaterais de cooperação que permitam a continuação de um trabalho de integração na justa medida em que seja difícil alcançar o consenso entre todos os Estado-membros.

Para a prossecução dos objectivos da UE no âmbito securitário e de condução da política externa é criado um Comité Permanente de Segurança Interna sob a alçada do Conselho, conforme artigo 71.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e o Serviço Europeu de Acção Externa (SEAE) na directa dependência do cargo de Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança (ARUNEPS), de acordo com artigo 27.º do Tratado da União Europeia. O Comité Permanente de Segurança Interna tem como principais funções “facilitar, promover e reforçar a coordenação da acção operacional dos Estados-Membros no domínio da segurança interna. Esta função de coordenação será exercida, nomeadamente, nas áreas da cooperação policial e aduaneira, da protecção das fronteiras externas e da cooperação judiciária em matéria penal relevantes para a cooperação operacional no domínio da segurança interna” (Secretariado-Geral do Conselho da UE, 2009, p. 3). Já “nos termos do Tratado da União Europeia a partilha de informações estratégicas, no sentido de intelligence, é mediada pelo Serviço Europeu de Acção Externa” (SEAE) organismo que assiste a Alta Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança” (Feiteira, 2014, p. 159), sendo que a abrangência das funções deste organismo coincidem em boa medida com a abrangência das funções do ARUNEPS pois, de acordo com o n.º 3 do artigo 27.º do TUE, “no desempenho das suas funções, o Alto Representante é apoiado por um serviço europeu para a acção externa”.

No entanto, quanto à partilha de informações, como refere Alice Feiteira, “observa-se que a eficiência e eficácia das agências de informações se baseiam, em larga medida, no recurso à cooperação com outras entidades” (Feiteira, 2014, p. 162). Apesar do primado do Estado neste âmbito, as entidades pertencentes aos EM responsáveis

pela segurança reconhecem o interesse e necessidade de colaboração, sendo referido pela mesma autora a existência no seio da UE de um contexto de “*inteligência cooperativa*”, onde se desenvolve a cooperação entre serviços de informações no sentido de compreender os desafios à segurança dos Estados (Feiteira, 2014).

Apesar da existência de mecanismos de partilha de informações, a operacionalização da cooperação entre estes serviços está bastante dependente da verificação dos princípios da confiança e voluntariedade. É o carácter de interesse estratégico nacional, que envolve a produção de informações, que justifica a possibilidade de o EM não querer disponibilizar as informações a outros. Assim, os EM são completamente autónomos quanto à disponibilização de informações e “é pois no quadro de parâmetros de voluntariedade, reciprocidade e cooperação que se verifica o exercício de partilha de *intelligence* no âmbito da União Europeia” (Feiteira, 2014, p. 161) sendo que não estão sujeitos a qualquer penalização formal se não partilharem.

Face ao anterior importa referir que se está a operar num domínio complexo da soberania dos Estados. Existe assim a necessidade de equilibrar os interesses estratégicos nacionais e os interesses estratégicos da UE, tal como o contexto e evolução das ameaças a que a Europa está exposta no sentido de aferir até que ponto se pretende partilhar informações com a comunidade, ou se se pretende cooperar ao nível bilateral e multilateral.

No entanto há a considerar que, ainda que não referindo a projecção externa dos interesses da UE e tendo apenas em vista as características das ameaças à UE, é reconhecido que as estratégias para o seu combate devem ser conceptualizadas e conduzidas de forma sinérgica.

4. Produção de Informações na União Europeia

Tendo em consideração a relevância que a UE assumiu no mundo, apresentando-se como referência global em vertentes como a defesa de valores democráticos ou direitos humanos, conduzindo uma agenda própria de política externa e de segurança, pretende-se compreender

qual a pertinência da produção de informações, ao nível da EU e de forma independente dos Estados-membros, e quais as estruturas existentes para a produção de informações.

Como referido anteriormente, as informações constituem-se como um instrumento que permite adquirir um conhecimento sobre matérias de interesse político, sejam estratégicas ou de segurança, no sentido de apoiar a decisão no momento da formulação das políticas e na sua condução. O facto de a sua concepção ter sido forjada em contexto de realismo internacional poderá originar a ideia de que este é um serviço exclusivo dos Estados e para servir este modelo de organização política. Numa perspectiva realista das relações internacionais, apenas ao Estado, como único actor neste quadro, é admissível a persecução de interesses estratégicos, e apenas a este é imputada a responsabilidade de providenciar segurança (Graça, 2011; Santos & Ferreira, 2012; Brandão, 2010).

Surge que as alterações no sistema e na ordem internacional, em conjunto com as características transnacionais das novas ameaças originam uma maior coesão na UE, levando à idealização de um combate às novas ameaças ao nível desta organização e não apenas ao nível dos Estados-membros de forma isolada. Como refere Ana Paula Brandão “o paradigma realista consagrou a segurança como um domínio reservado Estado e a separação entre segurança interna e segurança externa, institucionalizada na separação de competências desde o mais alto nível político até ao plano operacional. A mutação do ambiente de segurança evidenciou os limites do paradigma e do institucionalismo centrados no Estado” (Brandão, 2010, p. 9).

Pelo lado da política externa a União Europeia, de acordo com o n.º 1 do artigo 21.º do TUE, tem como “objetivo promover em todo o mundo: democracia, Estado de direito, universalidade e indivisibilidade dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, respeito pela dignidade humana, princípios da igualdade e solidariedade e respeito pelos princípios da Carta das Nações Unidas e do direito internacional. A União procura desenvolver relações e constituir parcerias com os países terceiros e com as organizações internacionais, regionais ou mundiais que partilhem dos princípios enunciados no primeiro pará-

grafo. Promove soluções multilaterais para os problemas comuns, particularmente no âmbito das Nações Unidas”.

A cláusula de atribuição de competências, artigo 5.º do Tratado da União Europeia (TUE), prevê que as competências da UE estejam delimitadas aquelas que lhe forem atribuídas pelos EM, sendo que o seu exercício é regido pelo princípio da subsidiariedade e proporcionalidade. O primeiro princípio operacionaliza-se pela possibilidade de a UE apresentar competências caso os objectivos a alcançar sejam melhor cumpridos pela acção desta. (Soares, 2005). Neste sentido os Estados-membros, seguindo as regras de decisão da UE, acordaram no Tratado de Lisboa que, conforme consta do n.º 1 do artigo 26.º do TUE, “O Conselho Europeu identifica os interesses estratégicos da União, estabelece os objetivos e define as orientações gerais da política externa e de segurança comum, incluindo em matérias com implicações no domínio da defesa”; o n.º 2 do mesmo artigo refere que “O Conselho elabora a política externa e de segurança comum e adota as decisões necessárias à definição e execução dessa política”; e o n.º 3 que “A política externa e de segurança comum é executada pelo Alto Representante e pelos Estados-Membros, utilizando os meios nacionais e os da União”.

Tem-se, desta forma, que o Conselho Europeu Identifica os interesses estratégicos da União, o Conselho elabora a Política Externa e de Segurança Comum e o ARUNEPS executa, sendo que esta tem carácter genericamente global, conforme decorre do TUE. A agencialidade estratégica relativamente autónoma indica a necessidade de observar a UE para além dos conceitos vestefalianos no âmbito da sua acção externa. Mesmo que tenham sido os Estados-membros a potenciar este facto, distingue-se dos Estados “tendo uma capacidade de actuar individual e colectivamente, participando e influenciando relações internacionais e gerando, ela própria, relações internacionais” (Brandão, 2010, p. 13). É notório que a presença da UE no mundo, como pode verificar-se pelo número e dispersão das missões e pela natureza das mesmas, indica alguma capacidade material de acção. Contudo a sua capacidade de acção externa não deve ser confundida com a eficácia dessa acção, a qual não cabe ser avaliada nesta sede.

Contudo há a considerar que também os Estado-membros têm responsabilidade no âmbito da acção externa da UE, e que a sua “principal finalidade, anteriormente sublinhada, resulta da garantia de defesa dos interesses nacionais. Ora, da conciliação desse objectivo com as finalidades de cooperação europeia é inegável que possam existir relações antinómicas e de que a prossecução de uma finalidade possa implicar a atrofia da outra” (Feiteira, 2014, p. 166).

Assim, a necessidade de segurança e a intenção de projecção da UE no mundo; as estratégias de segurança que incluem a projecção dos meios UE através de missões de diversas naturezas; o reconhecimento dos EM de que a UE apresenta interesses estratégicos autónomos e que são identificados pelas instituições destas; ou o reconhecimento por parte dos Estados terceiros da presença e capacidade da UE para actuar nas relações internacionais com propriedade, levam a considerar que pode existir pertinência na produção de informações autónomas ao nível da UE. Contudo, tendo em conta o ainda primado dos Estados nesta relação, a produção e integração de informações será tão extensa quanto maior o número de exercício de competências forem atribuídas ao método de decisão comunitário.

De seguida introduz-se as entidades da União Europeia que apresentam competências na área das informações, focando a sua função, o seu enquadramento institucional e a sua capacidade neste domínio.

4.1. European Union Intelligence Analysis Centre

O Centro de Análise de Informações da União Europeia (INTCEN) é a estrutura sucessora do EU Situation Centre (EU SITCEN), sendo que esta alteração de nomenclatura ocorreu em Março de 2012. O EU SITCEN encontra-se por sua vez estabelecido no artigo 4.º da Decisão do Conselho 2010/427/EU de 26 de julho de 2010.

A criação do INTCEN encontra-se directamente relacionada com a implementação da política europeia de segurança e defesa (PESD), da criação do cargo de Alto Representante, da implementação da capacidade de gestão de crises sob a égide da PESD e dos eventos do 11 de

Setembro de 2001, fazendo perceber a necessidade de uma estrutura de informações que permitisse a análise de informação rigorosa e em tempo útil para a formulação política europeia.

Encontra-se na dependência do ARUNEPS e compete-lhe providenciar análise estratégica, alerta precoce e pontos de situação para o ARUNEPS e para o SEAE. As suas fontes constituem-se maioritariamente pelas informações cedidas voluntariamente pelos Estados-membros sendo que não é uma agência operacional nem apresenta qualquer capacidade de recolha. Contudo pode também recorrer a fontes abertas, relatórios diplomáticos, missões da UE no âmbito da PESD e ainda do EU Satellite Centre (European External Action Service, 2015).

Este centro, face ao ciclo de produção de informações descrito na fase inicial deste trabalho, apresenta notórias limitações face à fase da pesquisa. Está assim vocacionado de momento para a gestão da partilha de informações providenciadas pelos serviços dos Estados-membros e para a análise de informações estratégicas dentro das limitações já reconhecidas (European External Action Service, 2015).

4.2. *European Union Military Staff (EUMS)*

A UE contempla também, sob a autoridade do ARUNEPS, o Estado-Maior da União Europeia que *“is the source of collective (multi-disciplinary) military expertise within the European External Action Service (...) output includes: early warning (via the Single Intelligence Analysis Capacity – SIAC), situation assessment, strategic planning”* (EUMS, 2014).

É a Direção de Informações do Estado-Maior da União Europeia (EUMS) que tem a missão de *“to provide intelligence input to early warning and situation assessment. To contribute to the EUMS planning through the provision of intelligence and intelligence planning expertise. To provide the intelligence input to crisis response planning and assessment for operations and exercises”* (EUMS, 2015). Ocupa-se em grande medida das informações correntes de situações pertinentes e de planeamento de missões da UE.

No âmbito dos acordos Berlim Mais, é possível a utilização dos meios de planeamento da Organização do Tratado do Atlântico Norte (NATO). De acordo com Bernardo Pires de Lima “Estes acordos (...) assegurava à UE o acesso ao planeamento da NATO para as operações de gestão de crises lideradas pela União. Terceiro, a NATO disponibilizaria, entre outros aspectos, unidades de comunicação e infra-estruturas para operações lideradas pela UE. Quarto, o Deputy Supreme Allied Commander Europe (DSACEUR, NATO) é o comandante operacional e utiliza as capacidades de planeamento e de geração de forças no Supreme Headquarters Allied Powers Europe (SHAPE, NATO), enquanto o controlo político da operação continuaria com a UE” (Lima, 2009, p. 5).

Ainda que não seja uma estrutura de informações de cariz puramente estratégica ou de segurança, mas sim de cariz militar, a sua capacidade e método de análise existe. À semelhança do INTCEN estará também dependente das capacidades e voluntariedade das estruturas dos Estados-membros ou da NATO, que por sua vez também está dependente dos primeiros para alimentação da sua estrutura de informações.

4.3. Serviço Europeu de Polícia (EUROPOL)

O Serviço Europeu de Polícia (EUROPOL) é criado pela Decisão do Conselho 2009/371/JAI de 06 de Abril de 2009, que atribui a este serviço o objectivo de, conforme artigo 3.º da mesma decisão, “apoiar e reforçar a acção das autoridades competentes dos Estados-Membros e a sua cooperação mútua em matéria de prevenção e combate à criminalidade organizada, ao terrorismo e a outras formas graves de criminalidade que afectem dois ou mais Estados-Membros”.

Decorre do artigo 4.º da decisão acima, no âmbito das competências deste serviço que “Por recomendação do Conselho de Administração, o Conselho estabelece as prioridades para a Europol, tendo especialmente em conta as análises estratégicas e as avaliações da ameaça elaboradas pela Europol”; que é função deste serviço, de acordo com o artigo 5.º, n.º 1, alínea a), “to collect, store, process, analyse and

exchange information and intelligence” e, de acordo com a alínea d), “to provide intelligence and analytical support to Member States in connection with major international events”³.

Assim, sendo que as prioridades da EUROPOL são estabelecidas pelo Conselho mas tendo em conta as análises estratégicas deste serviço, estamos pois perante uma situação de apoio à decisão; nos artigos seguintes verifica-se a atribuição de competências de informações. Neste sentido poderemos estar perante a análise de informações de segurança.

Contudo, a EUROPOL é um serviço de polícia e está por natureza direccionada de facto para o âmbito criminal e judiciário, apresentando estreita colaboração com as polícias e órgãos judiciais e menos com órgãos de decisão. Assim, ainda que apresente competências expressas no domínio das informações considera-se que a EUROPOL poderá não ser reconhecida como um serviço de produção de informações da UE.

5. Conclusões

O desenvolvimento do estudo académico das informações encontra-se de certa forma condicionado pela natureza restrita da realidade factual pois as suas actividades são por regra do domínio do segredo de Estado. Neste sentido, existe alguma dificuldade na sua teorização que tende a ser ultrapassada tanto com a crescente descrição por parte dos profissionais da área, como da desclassificação de diversos documentos tornando-se assim acessíveis aos investigadores. No concernente à classificação das informações verifica-se a existência de diversas propostas em critérios que têm por base a funcionalidade das estruturas que assim as classificam.

O valor das informações é traduzido à partida no âmbito dos processos de tomada de decisão, conferindo vantagens competitivas

³ A transcrição feita na língua inglesa tem a função de não permitir dúvidas que pudessem resultar da utilização do termo “informações”. A legislação em língua inglesa refere especificamente “intelligence”.

ao seu detentor. Assim, as informações são consideradas como um instrumento de domínio reservado dos decisores de uma organização política, tradicionalmente Estado.

Quanto à partilha de informações na União Europeia e entre os Estados-membros verifica-se uma crescente integração nesta área, decorrente da evolução dos princípios e da ordem que regulam o sistema internacional. Também a natureza das ameaças, as suas características e capacidade levam os Estados a considerar que o seu combate será melhor atingido de forma sinérgica do que em isolamento. É assim este reconhecimento de interesses comuns que origina uma maior cooperação entre Estados. Também o interesse de projecção da União Europeia, que decorre do Tratado da União Europeia, leva a que os Estados estejam lentamente mais disponíveis para a partilha de informações. Ainda, o aumento das missões da União Europeia no âmbito da Política Externa e de Segurança Comum obriga a esta partilha para efeitos de planeamento.

A partilha de informações é assim realizada tanto em quadros de cooperação, bilaterais ou multilaterais entre os Estados-membros, como no quadro das instituições da própria União Europeia, estando assim a cargo do INTCEN a gestão dessa partilha no âmbito das informações estratégicas.

Há a reconhecer que a partilha de informações é vertida ao nível dos principais documentos de Política Externa e de Segurança Comum, tal como nas principais estratégias relacionadas com a segurança da União Europeia, sendo criadas estruturas para esse efeito como o Comité Permanente de Segurança Interna e o Serviço Europeu de Acção Externa.

Verifica-se no entanto que, uma vez que as informações são um instrumento considerado imprescindível na decisão política que pode providenciar vantagens competitivas aos Estados, e que apesar dos interesses comuns os Estados têm entre si interesses antagónicos, não existe disponibilidade destes para atribuir à União Europeia o exercício de competências nesta área, mantendo-se assim na esfera intergovernamental. Assim, a partilha de informações está dependente do critério de cooperação e voluntariedade dos Estados-membros em ceder os seus produtos.

Contudo, a crescente importância da União Europeia no mundo, reconhecida pelos Estados-membros, por Estados terceiros e por organizações internacionais, tal como pela sua capacidade relativamente autónoma para definir e conduzir a sua Política Externa e de Segurança Comum, e pela capacidade factual de ser actor nas relações internacionais, não se coaduna com o critério de voluntariedade dos Estados para fornecer informações uma vez que poderá existir conflito de interesses entre os Estados e a União Europeia. Ainda que exista uma capacidade instalada de produção de informações com o INTCEN, o EUMS, e, em certa medida, a EUROPOL, essa produção de informações está condicionada pela impossibilidade de recolha destas entidades, ficando sujeitas de alguma forma à informação e às informações que os Estados-membros pretendem ceder à União Europeia dentro dos seus interesses.

Tendo sido os Estados-Membros que, voluntariamente, atribuíram certa autonomia à União Europeia, incluindo definição de objectivos estratégicos próprios, considera-se pertinente que, para ser competente na prossecução dos objectivos, não deva estar dependente dos interesses dos Estados. Parece existir assim uma política de produção e partilha de informações, mas que contudo se encontra bastante dependente dos Estados-membros.

BIBLIOGRAFIA

- BRANDÃO, A. P. (2010). Security Actorness Europeia e Terrorismo Transnacional. In A. P. Brandão, *A União Europeia e o Terrorismo Transnacional* (pp. 9-42). Coimbra: Almedina.
- CARDOSO, P. (2004). *A Informação em Portugal*. Lisboa: Gradiva/Instituto de Defesa Nacional.
- CARVALHO, J. S. (2006). Segurança Nacional e Informações. *Segurança e Defesa*, 98-101.
- CARVALHO, J. S. (2009). *Segurança Nacional, Serviços de Informações e as Forças Armadas*. Obtido em 03 de Abril de 2015, de Segurança e Defesa: http://www.segurancaedefesa.pt/noticias/009/intervencao_jorge_silva_carvalho_20090528.pdf

- Concelho da União Europeia. (2003). *Estratégia Europeia em Matéria de Segurança*. Obtido em 2015 de Fevereiro de 19, de <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/031208ESSIIP.pdf>
- CRUZ, A. N. (2014). *Mensagem de Boas Vindas do Director do SIS*. Obtido em 04 de Abril de 2015, de Serviço de Informações de Segurança: <http://www.sis.pt/index-2.html>
- EUMS. (2014). *European Union Military Staff, An integral element of the EU comprehensive approach*. Obtido em 16 de Abril de 2015, de European External Action Service: http://eeas.europa.eu/csdp/structures-instruments-agencies/eu-military-staff/documents/final_brochure_27_may_14.pdf
- EUMS. (2015). *European Union Military Staff*. Obtido em 16 de Abril de 2015, de European External Action Service: http://eeas.europa.eu/csdp/structures-instruments-agencies/eu-military-staff/organization/index_en.htm
- European External Action Service. (2015). *EU Intelligence Analysis Centre*. Obtido em 16 de Abril de 2015, de European External Action Service: http://eeas.europa.eu/factsheets/docs/20150206_factsheet_eu_intcen_en.pdf
- FEITEIRA, A. M. (2014). A cooperação na União Europeia – Partilha de Informações. In C. U. SOUSA, *O espaço de liberdade, segurança e justiça da UE: desenvolvimentos recentes* (pp. 157-175). Lisboa : Edial.
- GRAÇA, P. B. (2011). Os Intelligence Studies nas Relações Internacionais. In P. B. Graça, *Estudos de Intelligence* (pp. 17-25). Lisboa: ISCSP.
- HERMAN, M. (2006). *Intelligence Power in Peace and War*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LARA, A. d. (2011). *Ciência Política Estudo da Ordem e da Subversão*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- LIMA, B. P. (2009). *As Relações entre a NATO e a União Europeia Pós-11 de Setembro*. Obtido em 27 de Março de 2015, de Bernardo Pires de Lima: http://bernardopiresdelima.com/wp-content/uploads/2013/03/RI21_artg6_BPL.pdf
- MARRIN, S. (2007). *Intelligence Analysis Theory: Explaining and Predicting Analytic Responsibilities*. Obtido em 23 de Março de 2015, de Taylor & Francis online: <http://dx.doi.org/10.1080/02684520701770634>
- MCDOWELL, D. (2009). *Strategic Intelligence – a Handbook for Practitioners, Managers and Users (revised edition)*. Lanham, Maryland: The Scare Crow Press, Inc.

- MENDES, N. C. (2008). *História e Conjuntura nas Relações Internacionais*. Lisboa: ISCSP.
- NATO. (2003). *AJP 2 – Intelligence*. Bruxelas: NATO Standardization Agency.
- NATO. (2014). *AAP- 06*. Bruxelas: NATO Standardization Agency.
- PEREIRA, J. (2012). *Informações Estratégicas e Segurança. Intervenção proferida a 28 de Março*. Obtido em 03 de Abril de 2015, de Instituto de Defesa Nacional: <http://www.sirp.pt/cms/view/id/92/>
- RAND Corporation. (2006). *Toward a Theory of Intelligence*. Santa Monica / Arlington: RAND Corporation.
- ROMANA, H. (2008). Informações: uma reflexão teórica. *Segurança & Defesa*, 98-101.
- SANTOS, V. M., & FERREIRA, M. J. (2012). *Teoria das Relações Internacionais*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- Secretariado-Geral do Conselho da UE. (2009). *Incidência do Tratado de Lisboa sobre o Conselho Justiça e Assuntos Internos (JAI): Mais co-decisão e novas estruturas de trabalho*. Obtido em 14 de Abril de 2015, de Conselho da União Europeia: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/111622.pdf
- SOARES, A. (2005). *A União Europeia: que modelo político?* Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- TZU, S. (1974). *A Arte da Guerra*. Lisboa: Editorial Futura.
- WARMER, M. (2002). Wanted: a Definition of “Intelligence”. *Studies in Intelligence, Journal of the American Intelligence Professional*, 15-22.
- WOUTERS, J., Coppens, D., & MEESTER, B. D. (2008). The European Union’s External Relations after the Lisbon Treaty. In S. Griller, & J. Ziller, *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (pp. 142-203). Austria: Springer WienNew York.

A prisão cautelar para fins de deportação de estrangeiros na legislação brasileira¹

Preventive detention of foreigners in Brazil's legislation for deportation purposes

JULIANO VIEIRA ZAPPIA²

Resumo: este texto apresenta o contexto jurídico e reflexões sobre o tema da prisão cautelar de estrangeiros, no Brasil, especificamente em situações de deportação de pessoas cuja entrada ou permanência no território nacional seja irregular.

Palavras chave: estrangeiros, imigração, prisão cautelar, processo penal, deportação.

Abstract: this paper presents the legal framework and some insights on the topic of preventive detention of foreigners, in Brazil, specifically in cases of deportation of those considered irregular migrants.

Key words: foreigners, immigration, preventive detention, criminal procedure, deportation.

¹ Entregue: 1.10.2015; aprovado: 22.12.2015.

² Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; Advogado; Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da UNIFEOB; juliano.zappia@unifeob.edu.br; <http://lattes.cnpq.br/3887973704490724>

1. Introdução

Existem cerca de 2,5 milhões de imigrantes brasileiros vivendo ao redor do globo³. É fato amplamente conhecido que o Brasil foi durante as últimas décadas um país de emigração, que recentemente tem vivido um momento de crescimento econômico considerável e poderá vir a conviver com um aumento do fluxo de pessoas⁴ que pretendem estabelecer-se em território nacional por uma série de razões, o que já ocorre legalmente em casos como o do programa *mais médicos* do Governo Federal, o qual gerou a entrada de profissionais de origem cubana para viver e trabalhar em determinadas regiões do país, além da constante admissão de professores estrangeiros pelas universidades para integrar seu corpo docente e centros de investigação científica (art. 207, §1.º e §2.º da Constituição Federal), vistos temporários concedidos para estrangeiros que venham a trabalhar, exclusivamente, na preparação, organização, planejamento e execução da Copa das Confederações FIFA 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016 (Resolução Normativa n.º 98/12, do Conselho Nacional de Imigração). Isto, para ilustrar apenas uma pequena parte do contexto em que se insere o presente trabalho, que não busca explicar as causas ou razões da imigração irregular, mas reconhecer que todos os estrangeiros podem, eventualmente, vivenciar uma situação de irregularidade e um processo de deportação, acompanhado ou não de uma prisão.

Ao redor do mundo, os países usam cada vez mais a detenção como uma ferramenta de controle de migrações⁵.

³ Dados do Ministério das Relações Exteriores (2012), disponível em: <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/a-comunidade/estimativas-populacionais-das-comunidades/>

⁴ Na América do Sul, Brasil, Argentina e Equador foram os países com o maior fluxo de imigrantes/refugiados nas últimas décadas, de acordo com dados da International Organization for Migration in Diego Acosta Arcarazo, Feline L. Freier, “Turning the Immigration Policy Paradox Upside Down? Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America” in *International Migration Review*. No prelo, 2014, 38 pg.

⁵ Michael Fordham QC, Justine N. Stefanelli, Sophie Eser, *Immigration Detention and the Rule of Law. Safeguarding Principles*. Londres: BIICL, 2013, pg. 2.

Ao tratar do tema da custódia de pessoas com base na atual legislação brasileira sobre imigrantes, o presente trabalho se preocupa em enquadrar juridicamente a questão na sua forma atualmente em vigor, sem olvidar de uma perspectiva, ainda que limitada, para o futuro, já que se vislumbra a aprovação de uma nova lei de imigração.

Neste trabalho, faz-se referência ao Direito da União Europeia, no qual o tema da imigração é objeto de constante debate, de onde é possível extrair valiosas lições para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro.

Também tendo em consideração que o mundo vive hoje em um sistema onde o termo Estado Soberano precisa estar intimamente ligado ao Estado Cooperativo⁶, é do melhor interesse do Estado brasileiro que seus cidadãos sejam recebidos, tratados com respeito e que tenham uma vida digna onde quer que estejam. Como um país de emigração, é natural que o Estado brasileiro cobre o respeito aos Direitos Humanos dos seus nacionais que estão fora do território⁷. Mas, em uma lógica de reciprocidade, não se pode exigir que outros façam aquilo que o próprio Estado brasileiro não faz⁸. Disto também resulta a importância em refletir sobre os eventuais problemas do quadro jurídico nacional. Não se quer que a palavra imigrante tenha um peso pejorativo, nem aqui, nem em qualquer outro lugar do mundo.

Ora, é preciso, antes de tudo, refletir sobre como o Brasil trata os imigrantes, este mesmo Brasil, cujo povo se diz ser acolhedor e integrador, cujo Estado adota como princípio das relações internacionais a cooperação entre os povos, a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4.º da CF), tem como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a marginalização e as desigualdades e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, cor,

⁶ Ver Peter Häberle, *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Cidade do México: UNAM, 2003.

⁷ Por exemplo, em outubro de 2012, solicitando aos EUA melhores condições das detenções, por ocasião da XIV Reunião de Cooperação Consular e Jurídica Brasil-EUA.

⁸ Há um descompasso entre o discurso político de tônica liberal em relação aos direitos dos migrantes e o que está positivado na legislação nacional. Em outras palavras, na prática não se verifica a dita tolerância e abertura pregada pelo Governo. Sobre o assunto ver: Diego Acosta Arcarazo, *Turning the Immigration...*, *cit.*

sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º da CF). Regiões como a Europa, da qual seria de se esperar maior rigidez com relação à imigração irregular, tem um regime jurídico, na verdade, mais flexível e mais preocupado com a proteção dos Direitos Fundamentais do que o atual sistema brasileiro, principalmente, e este é o ponto central deste trabalho, no que diz respeito à medida de detenção dos imigrantes em situação irregular. Portanto, este artigo propõe uma análise crítica ao regramento da matéria de acordo com as leis e a jurisprudência brasileiras, fazendo uma alusão ao modo como o Direito da União Europeia trata o tema na Diretiva 2008/115/CE⁹.

2. Quadro jurídico-normativo

A matéria é regulada essencialmente pela Lei n.º 6.815/80 (conhecida como Estatuto do Estrangeiro) e seu Regulamento, o Decreto n.º 86.715/81. Como o objeto do presente trabalho é a detenção, também haverá a incidência de disposições do Código de Processo Penal devido ao vazio legislativo do Estatuto do Estrangeiro e do Regulamento.

Cumpre, inicialmente, relembrar a evolução legislativa sobre o tema para que se possa perceber que aquele contexto histórico, onde porventura se justificasse aquela abordagem legislativa, já não subsiste.

O marco inicial em termos de legislação sobre imigração só ocorre em 1938, com o Decreto-Lei n.º 406 do mesmo ano. Fruto da Ditadura de Getúlio Vargas, pós Constituição de 1937, a *Polaca*. Este Decreto-Lei reconhecia o Brasil como um país essencialmente agrícola e seu texto voltava-se para a preocupação com a mão-de-obra destinada ao campo (e ainda de colonização de partes do território), com previsão de quotas de entrada, de forma a limitar o número de imigrantes que poderiam ingressar no país. A penalidade para a estada irregular era a imediata expulsão, sem qualquer previsão de detenção para estes

⁹ A respeito, ver: Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, pg. 572-594. Também, Diego Acosta Arcarazo, “The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/115: The Returns Directive)” in *European Journal of Migration and Law*. v. 11, n.1, 2009, pg. 19-39.

casos. Mas isso somente caso conseguissem entrar, porque não deixa de ser curioso que uma legislação voltada para a imigração comece logo em seu art. 1.º com uma lista de *estrangeiros indesejáveis*. Assim, por exemplo, seria negada a entrada do estrangeiro que fosse aleijado ou mutilado, cego, surdo-mudo, *cigano*, *alcoolistas*, toxicômanos, maiores de 60 anos que viajassem sozinhos ou ainda estrangeiros com *costumes manifestamente imorais*. Era um rol exemplificativo.

Já com o fim da Segunda Guerra, ainda com Getúlio Vargas na Presidência da República, é publicado o Decreto-Lei n.º 7.967 de 27 de Agosto de 1945, o qual procurava imprimir uma nova orientação à política imigratória do Brasil com o fim de proteger os interesses do trabalhador nacional e o progresso do país. Temia-se que o fluxo massivo de imigrantes (principalmente de europeus desamparados pela destruição causada na Segunda Guerra), significasse desemprego para os brasileiros. De outro lado, havia um oportuno interesse na tecnologia criada pela Guerra e o Brasil não desejava impedir que, eventualmente, algum cientista alemão trouxesse valiosos conhecimentos para o tal progresso nacional.

O Decreto-Lei n.º 7.967/45 foi substituído pela atual Lei n.º 6.815, de 19 de Agosto de 1980, regulamentada pelo Decreto n.º 86.715, de 10 de Dezembro de 1981.

Esta legislação, editada no período de transição entre o final da década de 70 e início dos anos 80, coincide com aquele que seria o último governo da ditadura militar no Brasil, com o Presidente João Figueiredo, um período conturbado da história do país, com o registro de vários atentados promovidos pela ala radical do exército brasileiro que se opunha às promessas do Presidente de maior abertura do governo de uma suposta transição para a democracia, o que ocorreria em 1985. Portanto, as Leis de 1980 e 1981, apesar de representarem um avanço em relação às suas antecessoras, ainda foram editadas sob a lógica da segurança nacional, do nacionalismo exacerbado, do medo de que estrangeiros pudessem vir ao país para praticar atos de terrorismo ou subversão da ordem política¹⁰.

¹⁰ “Afora as hipóteses previstas na Lei 9.474/1997, a imigração não é um direito do estrangeiro, mas uma concessão do Estado, que, verificando a inconveniência

É também com Lei n.º 6.815/80 que é criado o Conselho Nacional de Imigração, com características interessantes, como sua vinculação ao Ministério do Trabalho (art. 128 na redação originária) e a presença de um observador da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional (art. 128, §2.º, redação originária), o que confirma a prevalência do binômio trabalho/segurança nacional como os principais alicerces da política imigratória daquela época.

Antes de adentrarmos nas previsões específicas desta que é a legislação atualmente em vigor, vale mencionar que já existe Projeto de Lei para sua revisão, o PL n.º 5.655/2009, proposto pelo Poder Executivo, em trâmite na Câmara dos Deputados¹¹, onde o Ministro de Estado da Justiça destaca a necessidade de adequação da legislação ao fenômeno da globalização, ao tratamento da migração como um direito do homem e a regularização como o *caminho mais viável para a inserção do imigrante na sociedade*¹² em contraponto à detenção e deportação.

Voltando à Lei vigente, o estrangeiro que entrar no território nacional sem estar autorizado, ou, demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada, não comete infração penal¹³ nos termos da Lei n.º 6.815/80, para dar dois exemplos de condutas que caracterizam a situação do *imigrante ilegal*. A conduta não é considerada crime, ressalvada a hipótese do art. 338 do Código Penal Brasileiro. A natureza administrativa da infração é infirmada pelo

do adventício em seu território, pode, inclusive, exigir-lhe a retirada compulsória, caso considere nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais (art. 7.º c/c art. 26 da Lei 6.815/1980)” – trecho extraído do julgamento do Agravo Regimental n.º 0009420-44.2012.4.01.0000, do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, publicado em 11/01/2013 no e-DJF1, p. 532.

¹¹ Para acompanhar o andamento da proposição: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>

¹² Brasil, Ministério da Justiça, *Apresentação em Plenário da Câmara dos Deputados do Projeto de Lei n.º 5.655/2009*.

¹³ O Código Penal Brasileiro prevê, desde sua redação originária (1940), como fato típico o *reingresso* ao território nacional do estrangeiro que fora expulso, com pena de reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena (art. 338). Este crime não se perfaz, portanto, sem que tenha havido expulsão anterior.

texto legal, constante do Título XII – “Das Infrações, Penalidades e seu Procedimento” – art. 125:

Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:

I – entrar no território nacional sem estar autorizado (clandestino):

Pena: deportação.

II – demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada:

Pena: multa de um décimo do Maior Valor de Referência, por dia de excesso, até o máximo de 10 (dez) vezes o Maior Valor de Referência, e deportação, caso não saia no prazo fixado.

Como se vê, a pena prevista é a deportação. Só este fator já retira estes casos de imigração irregular do âmbito do Código Penal, cujo art. 32, do Título V “Das penas”, Capítulo I “Das espécies de penas”, diz que “as penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa”. Além disso, o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal decreta que: “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. Assim, a deportação não é uma pena prevista pelo Código Penal, cujo rol é taxativo, e a Lei não comina pena de reclusão ou detenção para estes casos. Ainda, o Código Penal, quando quis tratar dos crimes relacionados à imigração, o fez apenas quanto à conduta de reingressar ao território nacional o estrangeiro que já tenha sido expulso anteriormente. Portanto, é clara a escolha no campo da política-criminal em não criminalizar o estrangeiro pela mera estada ou ingresso irregular no território nacional.

Alie-se a isso a disposição do art. 128 do citado Estatuto do Estrangeiro, onde lê-se:

Art. 128. No caso do artigo 125, itens XI a XIII, observar-se-á o Código de Processo Penal e, nos casos de deportação e expulsão, o disposto nos Títulos VII e VIII desta Lei, respectivamente.

A própria Lei que define a infração a exclui expressamente de ser processada segundo o Código de Processo Penal, ao contrário, submete-a ao procedimento administrativo disposto nos Títulos VII e VIII da mesma Lei.

Formalmente, não resta dúvidas de que a infração prevista é de natureza administrativa e não criminal. Caso houvesse controvérsia quanto a este ponto, o PL 5.655/2009 traz em seu novo texto (art. 149 da proposição original; art. 150 do texto substitutivo) a expressão “infração administrativa” para referir-se às mesmas condutas do atual art. 125, I e II do Estatuto do Estrangeiro. O Brasil, portanto, se insere na lista de países onde a chamada “imigração irregular” não é criminalizada.

Em relação aos países onde a imigração irregular é criminalizada ou não, é importante saber que a União Europeia permite a cada Estado-Membro manter sua respectiva competência legislativa para definir se a imigração irregular consistirá ou não em crime¹⁴, embora a legislação nacional não possa por em causa o efeito útil da norma do Direito da União Europeia¹⁵, como no caso da Diretiva 2008/115/CE, que trata de

¹⁴ De acordo com o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no acórdão *Achughbabian* (processo C-329/11): “Antes de mais, deve observar-se que a Directiva 2008/115 apenas se aplica ao regresso de nacionais de países terceiros que se encontrem em situação irregular num Estado-Membro, não tendo, portanto, por objecto harmonizar completamente as regras nacionais relativas à permanência de estrangeiros. Consequentemente, esta directiva não se opõe a que o direito de um Estado-Membro qualifique a permanência irregular de delito e preveja sanções penais para dissuadir e reprimir a prática dessa infracção às regras nacionais em matéria de permanência”.

¹⁵ Conforme o TJUE, no considerando n.º 33 do referido acórdão *Achughbabian*: “A este respeito, o Tribunal de Justiça já afirmou que, embora, em princípio, a legislação penal e as regras do processo penal sejam da competência dos Estados-Membros, este domínio do direito pode, não obstante, ser afectado pelo direito da União. Consequentemente, apesar de nem o artigo 63.º, primeiro parágrafo, n.º 3, alínea b), CE, disposição reproduzida no artigo 79.º, n.º 2, alínea c), TFUE, nem a Directiva 2008/115, adoptada nomeadamente com fundamento nessa disposição do Tratado CE, excluírem a competência penal dos Estados-Membros no domínio da imigração clandestina e da permanência ilegal, estes últimos devem adaptar a sua legislação nesse domínio, de modo a garantir a observância do direito da União. Os referidos Estados não podem aplicar uma legislação penal susceptível de pôr em causa a realização dos objectivos prosseguidos pela referida directiva e, por isso, privá-la do seu efeito útil (acórdão *El Dridi*, já referido, n.os 53 a 55 e jurisprudência referida)”.

normas e procedimentos comuns em matéria de regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Este é um ponto relevante, pois demonstra que mesmo nos países onde a imigração irregular é criminalizada, ainda assim as condições de detenção previstas na Diretiva devem ser observadas. Sobre estas condições, trataremos adiante. Por hora, basta o registro de que, no âmbito da União Europeia, o fato de um país criminalizar a conduta do “imigrante irregular” não lhe dá o direito de desrespeitar os limites impostos pela União.

Retornando à Lei brasileira, esta prevê que a pena aplicada será a deportação sempre que o estrangeiro violar as regras sobre a entrada e permanência em território nacional. É verdade que o art. 125, II diz que a deportação só ocorrerá caso o estrangeiro *não saia no prazo fixado*. O fato é que o Estatuto do Estrangeiro não estabelece nenhum mecanismo intermediário, não permite ao imigrante regularizar sua situação e não ser obrigado a sair do território. Neste ponto, a legislação nacional é inflexível¹⁶.

A Lei brasileira chega a proibir expressamente a legalização da estada do estrangeiro clandestino ou irregular (art. 38 da Lei n.º 6.815/80):

Art. 38. É vedada a legalização da estada de clandestino e de irregular, e a transformação em permanente, dos vistos de trânsito, de turista, temporário (artigo 13, itens I a IV e VI) e de cortesia.

Mesmo quando há pedido de prorrogação de visto temporário, feito tempestivamente e de forma adequada, ainda assim a *apresentação do pedido não impede, necessariamente, as medidas a cargo do Departamento de Polícia Federal destinadas a promover a retirada do*

¹⁶ É importante mencionar as Leis n.º 6.964/81, 7.685/88, 9.675/98 e 11.961/09, contendo planos de regularização massiva de estrangeiros, além de ampliar o prazo para o registro provisório do estrangeiro em situação ilegal até a respectiva data de publicação de cada lei. Vê-se que em períodos de cerca de dez anos, o Estado brasileiro procura contornar o problema e concede registros provisórios gerais, com validade de 2 (dois) anos, bastando apresentar o pagamento das taxas e apresentar ficha criminal limpa (uma declaração de que *não responde a processo criminal ou foi condenado criminalmente, no Brasil e no exterior*, no caso da redação de 2009).

estrangeiro que exceder o prazo de estada (art. 66, §2.º do Decreto 86.715/81, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro). Em razão da redação legal inflexível e claramente omissa em relação a vários temas, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) acaba se tornando um ator importante na defesa (ainda que limitada pela legislação federal) dos direitos dos imigrantes. O CNIg edita Resoluções Normativas que revelam uma política imigratória diametralmente oposta àquela que gerou a legislação atualmente em vigor, como, por exemplo, a Resolução Normativa n.º 77, de 29 de janeiro de 2008, que dispõe sobre a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável¹⁷. Isto decorre do poder do CNIg de regulamentar os casos omissos na legislação (art. 1.º, VII, do Decreto n.º 840/93), o que ainda é muito pouco.

Uma vez aplicada ao estrangeiro irregular a pena de deportação, este ainda poderá ser submetido à prisão, pelo prazo de 60 (sessenta dias), prorrogável por igual período, conforme determina o art. 61 e seu parágrafo único, da Lei n.º 6.815/80.

Esta prisão, de natureza cautelar, na forma originariamente prevista no Estatuto do Estrangeiro, não era ordenada nem fundamentada por Juiz competente, mas pelo Poder Executivo, *por ordem do Ministro da Justiça*. Este procedimento já não é mais possível, por expressa vedação Constitucional (art. 5.º, inciso LXI da CF), sendo indispensável que a ordem provenha de autoridade judicial. Como solução, tem-se adotado com fundamento no art. 98 do Decreto 86.715/81, um procedimento de representação da autoridade policial a um Juiz Federal para que este decrete a prisão.

Esta medida extrema, muito embora possa levantar inúmeras questões, é tratada simplesmente por 1 (um) artigo da referida Lei, apenas para prever a possibilidade de prisão, mas sem se preocupar em regulamentar ou indicar quais as suas características e requisitos, de forma que o aplicador do Direito pudesse ao menos saber se esta prisão é a mesma prevista no Código de Processo Penal: uma prisão

¹⁷ Ver o julgamento do *Habeas Corpus* Preventivo n.º 0088566-54.2010.4.01.3800/MG, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, publicado em 25/03/2011 no e-DJF1, p. 270.

preventiva, de natureza provisória, a ser cumprida em estabelecimento prisional; ou de outro tipo, *sui generis*, em estabelecimento próprio.

É possível afirmar que o estrangeiro que permanecer em território nacional após esgotado o prazo legal de estada poderá estar sujeito a uma prisão administrativa por um período de 120 (cento e vinte dias), em caso de prorrogação. A competência do Ministro da Justiça para ordenar a prisão ainda está prevista na versão em vigor da Lei, mas com o advento da Constituição Federal de 1988, somente é admitida ordem de prisão que seja emanada de autoridade judiciária, o que levou os Tribunais e autoridades policiais a ignorarem este trecho da Lei, flagrantemente não recepcionado pela Ordem Constitucional vigente.

Na prática, o procedimento é normalmente executado pela Polícia Federal, sem a intervenção do Ministério, uma vez que este se manifestaria *somente em casos específicos, quando adquirem contornos de política governamental*, conforme se extrai do acórdão do STJ no julgamento do *Habeas Corpus* n.º. 37.616-RJ, de 13 de Dezembro de 2004.

Isto porque o Decreto 86.715/81 prevê em seu art. 98 que no caso de entrada ou estada irregular, o estrangeiro será notificado pelo Departamento de Polícia Federal devendo se retirar do território nacional nos prazos estabelecidos, sendo que incumbe também à Polícia Federal promover a imediata deportação do estrangeiro (art. 98, §1.º).

Como dito anteriormente, a legislação em comento é anterior à Constituição Federal de 1988, que garante: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5.º, incisos LXI e LXVI da CF). Claramente é imprescindível a intervenção da autoridade judiciária tanto para *decretar* a prisão como para *mantê-la*, somente caso não for cabível a liberdade provisória, com ou sem fiança. A análise destes pressupostos, matéria extremamente sensível quanto aos Direitos Fundamentais, não pode realmente ficar a cargo da autoridade administrativa e excluída do Poder Judiciário.

Portanto, a Constituição não admite que haja prisão por ordem do Ministro da Justiça, sendo este trecho da Lei evidentemente inconstitucional (não recepcionado pela CF de 1988). O texto constitucional também remete aos institutos da liberdade provisória e da fiança, regulados pelo Código de Processo Penal, o que alimenta a dúvida a respeito da lei aplicável, mesmo porque não existe nenhuma outra referência legal para fundamentar tal prisão, já que o próprio Estatuto do Estrangeiro que a prevê não dispõe absolutamente nada sobre a matéria.

Em contraposição, pode-se citar que do outro lado do Atlântico, o Direito da União Europeia estabelece condições mínimas para a execução da detenção de imigrantes em processo de deportação. A começar pelo considerando 17 da Diretiva 2008/115/CE onde se exige que a detenção seja *executada em centros de detenção especializados*. Desta forma assegura-se que o imigrante em situação irregular não será detido em uma unidade prisional comum, onde poderia estar sujeito ao contato com indivíduos de alta periculosidade. O art. 16.º, n.º 1 da Diretiva faz uma ressalva, permitindo ao Estado-Membro que não tiver condições para implementar um centro de detenção especializado possa recorrer a um estabelecimento prisional comum, mas ainda assim deve garantir que os estrangeiros fiquem separados dos presos comuns.

Também não há correspondência na legislação brasileira para as demais disposições do art. 16.º da Diretiva, como o direito de contato com representantes legais, familiares e autoridades consulares (n.º 2), a atenção especial à situação de vulnerabilidade de determinadas pessoas para serem prestados cuidados de saúde urgentes e tratamento básico de doenças (n.º 3) e a informação sobre direitos e deveres (n.º 5), além de permitir expressamente que organizações, órgãos internacionais e nacionais, governamentais e não-governamentais, visitem os centros de detenção (n.º 4).

A Diretiva 2008/115/CE não exclui a possibilidade da detenção ser ordenada por autoridade administrativa (art. 15.º, n.º 2), contudo, exige a fundamentação, de fato e de direito, da decisão e o controle jurisdicional célere da legalidade da detenção, bem como a sua reapreciação a intervalos razoáveis (art. 15.º, n. 3). A detenção se insere como uma parte (não obrigatória) do procedimento de regresso (a retirada

do estrangeiro do território nacional), portanto ainda condicionada à decisão de regresso (art. 6.º). Contra esta decisão, o imigrante irregular deve possuir vias de recurso efetivo (art. 13.º).

Adicionalmente, a Diretiva 2008/115/CE contém provisões sobre a detenção de menores e famílias (art. 17.º), procurando garantir-lhes, ao menos, que a detenção se dará somente em último recurso e com o prazo mais curto possível (n.º 1), em locais separados que garantam a devida privacidade para as famílias (n.º 2), com acesso a atividades de lazer e ensino (n.º 3), alojamento em instituições dotadas de pessoal habilitado a lidar com pessoas dessas idades (n.º 4), tudo isso com foco no interesse superior da criança (n.º 5).

Na prática, pode ser difícil conciliar uma detenção com o melhor interesse da criança. Também, por melhores que sejam as condições, uma detenção sempre será uma limitação grave de Direitos Fundamentais, especialmente para aquele que não cometeu crime algum. Inobstante, parece válido o argumento de que ainda é melhor existir alguma regulamentação, com padrões mínimos, do que nada¹⁸.

O vácuo legislativo das disposições do Direito brasileiro, principalmente quanto às condições da detenção e procedimentos, levam aos aplicadores, na prática, a buscar fundamentos no Código de Processo Penal, e consequentemente tratar a detenção do imigrante irregular como uma prisão comum.

Portanto, este é o quadro jurídico-normativo em que a questão se apresenta. Há uma previsão de prisão de natureza político-administrativa no art. 61 do Estatuto do Estrangeiro, regulamentada pelo Decreto 86.715/81, com base no qual a Polícia Federal autua e notifica o indivíduo em situação irregular, remetendo à autoridade judiciária (Juiz Federal) o pedido de prisão para fins de deportação/expulsão, a qual será decretada com fundamento nos requisitos do art. 312 do CPP, já que não existe qualquer outro dispositivo legal que possa servir de base jurídica para a fundamentação da prisão.

¹⁸ Diego Acosta Arcarazo, *The Good, the Bad...*, cit. pg. 37.

3. A jurisprudência e a aplicação do Código de Processo Penal – a questão da inexistência de crime

É importante lembrar que no Brasil o *imigrante ilegal* não comete crime, mas infração de cunho administrativo. Recorde-se, também, que o Estatuto do Estrangeiro, em seu art. 128, diz expressamente que para os casos de deportação deve ser observado o Título VII da própria Lei e não o CPP. A aplicação do CPP fica reservada para as infrações do art. 125, incisos XI a XIII, cujas condutas são apenadas com detenção e reclusão.

Mas, apesar do texto legal separar os procedimentos de forma expressa (Título VII para uns casos, CPP para outros) e, sendo a estada irregular um dos casos para os quais o procedimento previsto é o do Título VII e não o CPP, alguns julgamentos, em sede de *Habeas Corpus*¹⁹, têm analisado a validade da custódia administrativa do estrangeiro à luz dos requisitos da prisão preventiva do art. 312 do CPP, cuja redação é, *ipses literis*:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, *quando houver prova da existência do crime* e indício suficiente de autoria.

Como a Constituição Federal também impõe que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX), a consequência é que, tendo a prática judiciária optado por aplicar à prisão do estrangeiro para fins de deportação o disposto no art. 312 do CPP, não poderá fazê-lo sem a devida fundamentação, o que significa demonstrar não só os requisitos de ameaça à ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou o risco de frustração da aplicação da lei penal, mas também demonstrar a existência do crime que justifica a prisão preventiva.

¹⁹ No Tribunal Regional Federal da 3.^a Região: *Habeas Corpus* N.º 2003.03.00.070278-9, julgado em 23/03/2004; *Habeas Corpus* N.º 0023099-23.2013.4.03.0000/SP, 29/10/2013; *Habeas Corpus* N.º 0071342-13.2004.4.03.0000/SP, 15/02/2005, dentre outros.

É fato que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê como crime as condutas aqui referidas de entrada/estada irregular de estrangeiro em território nacional. Portanto, aquele que permanece no país após a expiração de seu visto, qualquer que seja o tipo, comete uma infração de natureza meramente administrativa.

Como visto, após a Constituição Federal de 1988, não é mais possível que a prisão para estes casos se dê por ordem Ministerial ou somente da autoridade policial. É preciso decisão judicial fundamentada.

Contudo, com a leitura do art. 312 do CPP percebe-se que um dos requisitos para a prisão cautelar preventiva é evidentemente a prova da existência de *crime*, cumulativamente ao indício suficiente de autoria. Ora, se *não há crime*, como sustentar que os requisitos do art. 312 do CPP estão preenchidos?

Não é possível ao intérprete dispensar requisito legal da prisão cautelar por mero juízo de conveniência. Nestes casos pesquisados, tem-se ignorado o requisito essencial que é a existência de crime e feito uma leitura por analogia (*in malam partem*) do objetivo de *assegurar a aplicação da lei penal*²⁰ para estender seu significado a algo como: *assegurar a aplicação da pena de deportação*, hipótese claramente não prevista e não abrangida pela norma. É o caso do *Habeas Corpus* n.º 200604000000154²¹, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região em 2006, onde o paciente buscava a liberdade sob o fundamento da ilegalidade da sua prisão para fins de deportação, dentre outras razões. Ao final, seu pedido foi negado pelo Tribunal porque “[aquela] prisão foi embasada na garantia de efetivação da deportação”.

Também não é preciso dizer que a mesma objeção pode ser levantada quanto à hipótese da *conveniência da instrução criminal*, pela razão que, frise-se, não se trata de conduta tipificada como crime, inexistindo instrução criminal em andamento.

²⁰ No já citado *Habeas Corpus* N.º 0023099-23.2013.4.03.0000/SP, julgado em 29/10/2013.

²¹ *Habeas Corpus* N.º 200604000000154, Tribunal Regional Federal da 4.ª Região – Sétima Turma, DJ 26/07/2006.

4. A alteração do Código de Processo Penal pela Lei n.º 12.403/11

O posicionamento adotado nos julgados acima referidos fica ainda mais problemático após a edição da Lei n.º 12.403/11, que dentre as alterações do CPP, pode-se destacar a nova redação dada ao art. 313, que limitou os casos de prisão preventiva apenas aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos (inciso I).

A reforma legislativa reforça a característica de intervenção mínima do Direito Penal, uma vez que a prisão preventiva, com seu caráter provisório, anterior à sentença condenatória transitada em julgado, deve ser uma medida de exceção, dado à gravidade da situação de limitação significativa de Direitos Fundamentais de pessoa ainda não considerada culpada juridicamente.

Portanto, a prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro ficou reservada para os crimes mais graves, com pena máxima de 5 (cinco) anos ou mais, como ocorre, por exemplo, em Portugal (artigo 202.º, n.º 1 do Código de Processo Penal Português).

Para os outros crimes, a Lei n.º 12.403/11 instituiu outras medidas cautelares, diversas da prisão preventiva, como a proibição de se ausentar da comarca, proibição de contato, fiança, monitorização eletrônica, dentre outras. A aplicação destas medidas de coação sempre obedecerá aos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação.

Como medida restritiva de direitos fundamentais que é, a prisão provisória, aplicada cautelarmente, além de atender aos princípios *supra* deve também obedecer o guião da legalidade, em outras palavras, cumpre relembrar que as hipóteses de aplicação de medidas de coação devem estar taxativamente previstas em lei. É o princípio da legalidade em sua função limitadora do poder estatal de interferência nos direitos fundamentais. E, pelo exposto, vimos que não há tal previsão no direito brasileiro.

À luz dos princípios e da limitação em função da pena, fica evidente que a prisão do estrangeiro para fins de deportação, se analisada sob o prisma do CPP, não se enquadra no permissivo legal para a sua decretação, não sendo igualmente cabível qualquer aplicação

de medida cautelar diversa da prisão preventiva (art. 319 CPP), nem mesmo a hipótese de monitorização eletrônica (art. 319, IX do CPP)²², mesmo que o objetivo seja tão somente concluir o procedimento de deportação.

²² Como no citado *Habeas Corpus* n.º 0023099-23.2013.4.03.0000: “No que diz respeito ao pedido de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, conforme o art. 319 do Código de Processo Penal, atente-se ao fato de que tais provisões não se aplicam a situações de expulsão de estrangeiro”.

Breves reflexões sobre Poder e Ciberespaço¹

Brief Thoughts on Power and Cyberspace

LINO SANTOS²

ARMANDO MARQUES GUEDES³

Resumo: Num Estado de Direito, a luta política entre os vários grupos, que defendem ou atacam interesses de classe, económicos, profissionais, geracionais, de género, ou outros, embora regulada, é uma constante. Governos, empresas e cidadãos, individualmente ou em grupo, lutam pelos seus objectivos estabelecendo relações de poder. Os media sempre tiveram um papel instrumental neste contexto e o novo media do séc. XXI – o ciberespaço – não é excepção. As características estruturais e funcionais deste instrumento criaram novas condições para a mobilização e participação políticas, reavivando a crença na acção libertadora da técnica. Por outro lado, nenhuma outra tecnologia promoveu tanta concentração de poder nas grandes empresas da indústria digital, ou criou semelhantes condições para a vigilância activa dos cidadãos por parte dos Estados. Este artigo reúne algumas reflexões sobre a importância do ciberespaço como dimensão de poder.

Palavras chave: Ciberespaço, Media, Ciberutopia, Poder

Abstract: The political struggle among groups defending or attacking class, economic, professional, generational, gender or any other interests, although regulated, is a constant. Governments, businesses and citizens, individually or as a group, fight for their purposes by establishing relations of power between them, the media had always played an instrumental role with this regard and the new media of the 21st century – the cyberspace – is no exception. The structural and

¹ Entregue: 2.3.2015; aprovado: 30.5.2015.

² Doutorando em Direito e Segurança da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

³ Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

functional features of this new media fosters the conditions for the mobilisation and political action, bringing to life the strong belief on the liberating role of the technique. On the other hand, no other technology has promoted so much concentration of power in large companies, namely the digital industry, or created similar conditions for State surveillance of their citizens. This article gives us some reflections on the meaning of cyberspace as a dimension of power.

Key words: Cyberspace, Media, Cyberutopia, Power

Introdução

Em Junho de 2012 a internet contava com cerca de dois mil e quatrocentos milhões de utilizadores em todo o mundo,⁴ dos quais 90% eram seus utilizadores, numa base diária, para comunicação nas redes sociais.⁵ Usada inicialmente como meio seguro, rápido e económico de transmissão de informação, em poucos anos esta rede passou a suportar um mercado de serviços e aplicações de todo o tipo, tornando-se ainda num importante meio, tanto para a comunicação de massas, como para a comunicação interpessoal.

É neste contexto que ganha força o termo ciberespaço, um daqueles conceitos de que se dispõe sem grande preocupação de exactidão e relativamente ao qual poucos dos que o usam saberia definir o sentido, senão de forma vaga. Na realidade, mesmo entre os especialistas, não existe um consenso em relação à sua abrangência. Tal como noutros termos afins como sejam cibernauta, ciberguerra ou ciberarma, o prefixo “ciber-” apela ao imaginário do virtual e transporta o receptor para o contexto das tecnologias da informação e da comunicação (TIC). Diferentes sectores da sociedade usam o termo ciberespaço para se referirem a coisas tão distintas como a rede planetária de computadores, a possibilidade de realizar actividades através da Internet, ou o

⁴ Ver *Internet World Stats*, disponível em <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>, consultado em Maio de 2014.

⁵ Ver *Global Internet User Survey – 2012 Key Findings*, disponível em <https://www.internetsociety.org/sites/default/files/GUIS-2012-Infographic.pdf>, consultado em Maio de 2014.

armazenamento de informação na *cloud*, pelo que, numa perspectiva abrangente, podemos definir ciberespaço como o conjunto “[d]as diferentes vivências do espaço associado às tecnologias e à computação” (Strate, 1999, p. 383).

Não obstante a sua existência virtual, este meio configura um espaço de visibilidade e presença, onde indivíduos, grupos e Estados interagem, comunicam, simbolizam, lutam e exercem o poder. Se entendermos por poder, acompanhando o conceito das “três faces” de Lukes (1974), como a capacidade de vergar a vontade do outro pela argumentação, a capacidade de definir a agenda, ou seja, pré-definir o que é ou não discutido, e a capacidade de induzir vontades através das ideias e crenças, podemos questionar em que medida, e em que sentido, é que o ciberespaço permite reconfigurar as relações de poder entre os indivíduos, entre os indivíduos e o Estado, e mesmo entre Estados. Qual a sua capacidade para alterar os sempre precários equilíbrios existentes?

Genericamente falando, o ciberespaço é um novo meio – ou um conjunto de novos meios – que configura um novo contexto nas relações institucionais, grupais ou individuais, com o potencial e a capacidade para alterar os equilíbrios existentes. No âmbito das relações internacionais, e tendo em conta as suas características estruturais e funcionais, o ciberespaço representa uma oportunidade para alguns Estados reduzirem assimetrias relativamente a outros, para favorecer o surgimento de novos actores não Estatais ou, ainda, para reforçar o poder de actores não Estatais existentes, junto dos primeiros. Se, para actores Estatais, este espaço virtual representa um complexo campo de acção, onde confluem relações económicas, securitárias e de direitos humanos, onde a topologia transnacional dificulta o seu controlo e a acção, para os restantes significa um espaço de liberdade e a esperança na “difusão” das relações de poder estabelecidas.

O ciberespaço tem-se revelado uma espécie de “canivete suíço” da acção colectiva. As suas ferramentas, ainda que tragam novos temas para a agenda política, são principalmente catalizadoras da mobilização para a acção política e amplificadoras do discurso político – uma espécie de megafone planetário (Martins & Garcia, 2013). Por outro lado também os estados tiram proveito destas ferramentas. As fragili-

dades existentes nas TIC⁶ e o baixo custo associado à sua exploração – pelo menos quando comparado com o investimento envolvido nos sectores tradicionais de armamento – permite a pequenos Estados, e mesmo a actores não Estatais, aspirar a reduzir assimetrias com as principais potências mundiais e a ver melhoradas as suas relações de poder na cena internacional. Paradoxalmente, os países mais industrializados e militarmente mais capazes são também os mais dependentes das TIC e, por conseguinte, os mais expostos a consequências de ciberrataques. Esta dicotomia tem promovido uma corrida ao ciberarmamento de grande escala e o estabelecimento de relações difusas entre Estados e o cibercrime organizado – este bem mais experiente neste território.⁷

Como refere Joseph Nye, “o ciberespaço não irá substituir o espaço físico geográfico e não acabará com a soberania dos Estados, mas a difusão de poder no ciberespaço coexistirá e complicará, em grande medida, o que significa exercício de poder nestes domínios” (2010, p. 3).

Este artigo aborda a intercepção entre os conceitos de poder e de ciberespaço e, dentro desta, analisa a importância e o impacto das redes como dimensão de poder no século XXI. Numa primeira parte abordaremos o mito do ciberespaço como utopia libertadora e a importância das redes como instrumento de mobilização para a acção colectiva; numa segunda parte exploraremos o fim da privacidade e a concentração de poder nas grandes empresas de tecnologia digital; finalmente, numa terceira parte, será abordada a luta pelo controlo

⁶ Todos os dias são descobertas e tornadas públicas dezenas de vulnerabilidades que, quando exploradas, permitem ao atacante afectar a disponibilidade, confidencialidade e integridade do(s) sistema(s) atacado(s). Um estudo bem conhecido da IBM estima que exista pelo menos um erro por cada mil linhas de código num programa de computador. Para ter uma ideia de dimensão do problema, um sistema operativo como o Windows tem mais de 50 milhões de linhas de código. Muitos erros ainda por descobrir.

⁷ Alexander Klimburg defende que as fronteiras entre diferentes tipos de cyberconflitualidade, tais como o cibercrime organizado, o ciberterrorismo ou a ciberguerra são muito estreitas: “para a perspectiva de um ciber guerreiro, o cibercrime pode fornecer as bases técnicas (as ferramentas de software e o suporte logístico), o ciberterrorismo a base social (as redes de indivíduos e a motivação) com as quais executar ataques a redes de computadores de grupos ou nações inimigas” (2001, p.41).

do ciberespaço. O artigo termina com um conjunto de tópicos para futura exploração.

Ciberutopismo

Numa das suas últimas campanhas publicitárias, a empresa de telecomunicações portuguesa Optimus (agora fundida com outra empresa do mesmo ramo, a Zon, na NOS) apresentou uma série de anúncios tendo como pano de fundo uma curiosa aldeia, aparentemente remota e rústica, onde se juntavam as tribos urbanas mais díspares para cantar o famoso refrão dos Beatles, “All together now”. A ironia da mensagem repousa na referência implícita ao conceito de “aldeia global” de Marshall McLuhan, que na década de 1960 profetizou a reunificação da humanidade numa comunidade à escala global graças ao advento da electrónica, constituindo a aldeia do anúncio uma metáfora para o mundo contemporâneo, a nova aldeia, unificado graças às tecnologias da informação e da comunicação. Pode dizer-se então que o anúncio retrata, numa versão da cultura popular, a visão do conhecido teórico canadiano, segundo a qual estaríamos na presença de nada menos que um novo Pentecostes, no qual as novas tecnologias, em especial o computador e a electricidade, substituiriam eficazmente o Espírito Santo – “o computador, em suma, promete, através da tecnologia, o advento duma condição pentecostal de compreensão e união universais” (McLuhan, 2008, p. 94).

Este entendimento da Internet como meio de reunificação universal não é surpreendente quando visto em perspectiva. Tendo em conta a história do Ocidente, pode mesmo dizer-se que ao surgimento e disseminação de cada novo *media* corresponde uma onda de esperança nas potencialidades do mesmo para transcender as barreiras comunicacionais entre os povos. De algum modo, cada *media* reaviva o sonho de reunião da *oikumene*, que habita de forma latente o imaginário da civilização judaico-cristã. Armand Mattelart (2000) na sua *História da Utopia Planetária* elenca exemplos históricos em que esta esperança, ao mesmo tempo ecuménica e libertadora, se baseou no desenvolvimento de novas tecnologias de *media*, desde a imprensa escrita ao telégrafo,

da navegação aérea à rádiofonía e ao cinema. Cada um destes *media* gerou ondas de entusiasmo, sendo entendidos nas suas épocas como veículos de transmissão de ideias e liberdades públicas, e até como instrumentos da paz universal.

Os computadores e a Internet não foram excepção, e a crença na sua acção libertadora pode ser observada em vários grupos com várias formas. Provavelmente os primeiros a incorporar estes valores foram os *hackers*.⁸ Num manifesto atribuído a *The Mentor* pode ler-se: “(...) E então aconteceu... uma porta abriu-se para o mundo... correndo depressa pela linha telefonica como heroína pelas veias de um viciado, um pulso electrónico é enviado, um refúgio para a incompetência do dia-a-dia, encontramos um quadro.”⁹ Marginalizado na vida real, o aluno narrador deste manifesto encontra uma válvula de escape e uma sensação de liberdade nesse mundo digital, bem como uma satisfação individual de conseguir aceder ao proibido e ultrapassar as barreiras de protecção edificadas pelas entidades mais poderosas do mundo e com isso motivar a admiração dos pares. A subcultura *hacker* permite explicar como uma acção virtual pode ser considerada gratificante, na medida em que os *hackers* experimentam sensações de controlo e poder nem sempre encontrados no mundo real e difíceis de compreender, como tal, por indivíduos externos a esta subcultura.

Na década de 1980 o jornalista Steven Levy elencou um conjunto de valores que veio a ser designado como ética *hacker*, onde se incluem o acesso livre e gratuito a tudo aquilo que pode ensinar algo sobre a forma como o mundo funciona; a desconfiança na autoridade e a crença na descentralização; a não discriminação e a igualdade de oportunidades; e a crença de que os computadores podem criar arte e beleza, bem com alterar a vida para melhor (Levy, 1984). Se as duas últimas afirmações revelam um predomínio da crença nas possibili-

⁸ A origem do termo *hacker* tem origem ainda na década de 1950 com o advento dos primeiros computadores. O jargão técnico *hack* dizia respeito, nessa altura, a uma solução não óbvia e de certa forma elegante para um problema complexo e num contexto de escassos recursos computacionais (Taylor et al., 2006).

⁹ Excerto traduzido do texto *The conscience of a hacker*, também conhecido por *Manifesto hacker*, escrito por *the mentor* em Janeiro de 1986, disponível em <http://www.phrack.org/archives/7/P07-03>, consultado em Fevereiro de 2014.

dades emancipatórias da tecnologia no seio da comunidade *hacker*, as restantes são respostas muito pragmáticas a problemas colocados pelo contexto em que se desenvolveram as ciências da computação, nomeadamente a escassez de meios computacionais e a consequente racionalização no acesso a estes, bem como a necessidade de partilhar os programas de computador (entendidos, não o esqueçamos, como criações artísticas) entre *hackers*. De salientar, igualmente, a ideia de desconfiança em relação à autoridade e ao poder instituído que, no contexto, se referia à burocracia exigida para o tão desejado acesso aos recursos de computação, mas que evoluiu no sentido de uma forte simpatia pelos ideais anarquistas (Denning, 1996).

Esta ideia de que o acesso aos recursos computacionais de hardware e de software deve ser livre, tal como o acesso a todo o tipo de conteúdos digitais, está na génese do movimento que defende o software livre¹⁰ – que criou produtos de sucesso como o sistema operativo *Linux*, o cliente web *Firefox* ou as ferramentas de escritório *Open Office* – tendo sido incorporada também pelos grupos apologistas da *commons-based peer production*,¹¹ cuja maior realização terá sido a *Wikipedia*. Numa versão institucionalizada, a mesma ideia está na base dos vários partidos “Pirata” criados na Europa do norte ou em influentes movimentos, tais como o *Electronic Frontier Foundation*,¹² que pretende defender os direitos dos consumidores digitais, e a *Internet Society*,¹³ que preconiza o desenvolvimento da “sociedade da informação”. Todos estes grupos mimetizam a estrutura e a “ordem espontânea” que o ciberespaço lhes confere e em todos grassa a crença segundo a qual “o povo, armado de uma poderosa tecnologia, triunfaria sobre os mais brutais inimigos” (Morozov, 2012, p. 7).

¹⁰ Ver *Free Software Foundation* em <http://www.fsf.org/>, consultado em Maio de 2014. Um estudo revela que 79% dos membros da comunidade de software livre (free software) e 33% dos membros da comunidade software livre comungam dos valores preconizados pelos *hackers* (Escher, 2004).

¹¹ Benkler e Nissenbaum referem-se à *commons-based peer production* como “um esforço colectivo de indivíduos que contribuem para um objectivo comum de forma mais ou menos informal e pouco estruturada” (Benkler & Nissenbaum, 2006, p.395).

¹² Ver <https://www.eff.org/about>, consultado em Maio de 2014.

¹³ Ver <http://www.internetsociety.org/who-we-are/mission>, consultado em Maio de 2014.

Participação e acção colectiva

Utopias aparte, é inegável que o ciberespaço tem uma presença assídua no dia-a-dia de uma grande parte da sociedade e configura um meio comunicacional privilegiado. Não será assim exagerado afirmar que, tal como quando surgiram os jornais, a rádio e a televisão, também o aparecimento deste novo *media* veio alargar a chamada arena pública, idealizada por Hannah Arendt como o espaço onde os vários actores competem pelo protagonismo e pelo controlo. De facto as características estruturais e funcionais do ciberespaço, das quais destacamos aqui a arquitectura fim-a-fim – por oposição ao modelo de *broadcast* da imprensa tradicional, da rádio e da televisão –, ou a pressuposta anonimidade na utilização – ilustrada na célebre frase “on the internet nobody knows you’re a dog” –, facilitam as várias dimensões da acção política colectiva.

Se atentarmos ao modelo preconizado por Charles Tilly, a arquitectura do ciberespaço afecta, de forma significativa, os cinco vectores que caracterizam a mobilização para a acção colectiva.¹⁴ Por um lado, cataliza a associação em torno de interesses comuns. As *tags* em blogs, as *hashtags* no *twitter* e os metadados furtivamente colocados nas páginas *web* são parte integrante da funcionalidade destas ferramentas, e têm por objectivo precisamente orientar (ou mesmo afunilar, num processo de radicalização) o utilizador para os conteúdos da sua preferência, formando comunidades virtuais em torno de interesses comuns. Por outro, permite a participação anónima ou com recurso a múltiplas identidades digitais em redes de interesses tão diversas

¹⁴ Tilly defende que a mobilização para a acção colectiva pode ser caracterizada através de cinco características comuns: (1) o *interesse* – como unidade de medida entre as vantagens e as desvantagens partilhadas por um grupo em relação às interacções com outro grupo; (2) A *organização* – como estrutura unificadora dos indivíduos e identidade de um grupo que prossegue um mesmo interesse; (3) a *mobilização* – que se refere ao conjunto dos recursos disponíveis e sob o controlo de um grupo ou do comando de um grupo; (4) a *oportunidade* – que representa a relação entre o interesse e o *staus quo* das relações de poder entre um grupo e outros grupos ou instituições; e, finalmente, a *acção colectiva*, propriamente dita – como acção conjunto de um grupo na prossecução dos seus interesses (1978, p. 75).

como a paixão por um *hobby* particular, uma qualquer causa política ou outra actividade mais obscura ou mesmo ilícita.

Estas comunidades, que reúnem simpatizantes espalhados pelos quatro cantos do planeta, operam em estruturas mais ou menos complexa e de forma mais ou menos organizada – por oposição às tradicionais estruturas hierárquicas (Denning, 2001). A estrutura destas redes pode variar desde a simples configuração em estrela, muito centrada na figura do fazedor de opinião, que espelha perfeitamente o palco onde “pessoas comuns se mostram como pseudo-celebridades” (Boyd, 2008, p. 113), até complexos grafos, de geometria variável, representando relações multi-dimensionais, tais como os interesses individuais, as suas profissões ou as suas relações de afinidade, que proporcionam alianças tácticas entre grupos existentes ou a rápida cooptação e associação de indivíduos em torno de uma nova causa. No que se refere ao controlo, como é sugerido por Armando Marques Guedes (2010), diferentes ferramentas adaptam-se a diferentes fins. Os blogues e as redes sociais tradicionais – se é que as podemos designar desta forma – adaptam-se à acção estratégica e ao discurso político, enquanto as mesmas redes sociais, o *twitter* ou os SMS servem um propósito mais táctico e operacional dentro da própria acção colectiva. Todas estas ferramentas permitem o exercício de comando dentro da estrutura, onde o número de seguidores ou amigos representa o capital social do líder ou do tema.

Lembre-mos, por exemplo, das reacções de protesto contra as propostas legislativas norte-americanas que pretendiam conter a pirataria informática ou a venda de produtos contrafeitos na Internet,¹⁵ ou as

¹⁵ O *Stop Online Piracy Act* (SOPA) visava dotar as forças de segurança norte americanas de instrumentos para combater a violação de direitos de autor e a contrafacção na Internet. Os mecanismos previstos no diploma incluíam, a pedido de um tribunal, o bloqueio de domínios Internet ou a imposição aos motores de busca para ocultarem resultados. Esta proposta de lei foi bastante criticada, quer por associações de consumidores por ser uma forte limitação dos seus direitos de livre expressão, quer pela indústria de conteúdos on-line norte-americana por representar uma forte distorção concorrencial relativamente a empresas estrangeiras. Em ambos os casos seria uma contradição com o princípio da neutralidade da Internet. O *PROTECT IP Act* (*Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act*), ou PIPA tinha como objectivo dotar os titulares de direitos de autor e

violentas reações por parte de hacktivistas quando alguns Estados europeus tentaram aprovar nos seus parlamentos legislação semelhante.¹⁶

Estes exemplos são particularmente interessantes pois retratam o exercício de poder dentro e pelo ciberespaço, ou seja uma dimensão instrumental e uma dimensão estrutural. Tendo presente as concepções de Nye sobre *soft power* e de *hard power* aplicadas a este contexto (2010, pp. 5-8), representam manifestações da primeira, as acções pacíficas por parte de comunidades virtuais¹⁷ como a *Wikipedia* que desligou temporariamente os seus serviços, ou a tomada de posição de grandes corporações como a *google*, cujo logótipo principal foi, durante o protesto, tapado por uma “barra de censura”; e exemplos da segunda, os ataques de negação de serviço (DDoS) a sítios governamentais na web da Polónia e da Eslovénia, realizados por hacktivistas.¹⁸

Estes grupos de indivíduos apresentam as mais diversas motivações, incluindo temas que são caros a uma esquerda pós-moderna, tais como os movimentos anti-globalização, os movimentos anti-guerra e a luta contra as grandes empresas multinacionais, bom como causas próximas de grupos de anarquistas como, por exemplo, o acesso livre à informação ou o repúdio a todo e qualquer tipo de autoridade. Na sua génese, estes grupos seguiam um modelo de movimento social não violento – ou desobediência civil electrónica – e transportavam as tácticas do activismo convencional *off-line* para o ciberespaço, numa tentativa de chamar a atenção da opinião pública e da classe política,

o governo norte-americano de mecanismos para bloquear o acesso a sítios web fora do território nacional.

¹⁶ O *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA) é um tratado comercial internacional que visa combater o aumento da circulação global de bens falsificados e de pirataria de obras protegidas por direitos autorais. Também aqui os críticos contestam a redução dos direitos e liberdades na Internet introduzidos por este acordo.

¹⁷ Ver “Anonymous Goes After World Governments in Wake of Anti-SOPA Protests”, *Wired*, 25 de Janeiro de 2012, disponível em <http://www.wired.com/2012/01/anonymous-internationalist/>, “A Political Coming of Age for the Tech Industry”, *New York Times*, 18 de Janeiro de 2012, consultados em Maio de 2014.

¹⁸ Ver “Anonymous kicks off anti-SOPA DDoS rampage”, *Computerworld*, disponível em http://www.computerworld.com.au/article/412926/anonymous_kicks_off_anti-sopa_ddos_rampage_--_updated/, “Anonymous shuts down Polish PM’s web site”, *The News*, disponível em <http://www.thenews.pl/1/9/Artykul/83910,Anonymous-shuts-down-Polish-PMs-web-site>, consultados em Maio de 2014.

para a sua causa (Samuel, 2004, p. 24). A natureza destas acções era muitas vezes performativa, tirando partido da cobertura mediática que a excentricidade e a espectacularidade dos seus métodos proporcionam. No entanto, o crescimento em tamanho e no número destes grupos, bem como o enfraquecimento das suas estruturas organizativas e índices de afinidade, tem resultado na radicalização e no aumento da violência das suas acções. Veja-se como exemplo, as várias dissidências do corpo principal do grupo *Anonymous* e a criação de grupos que ultrapassaram a linha performativa para o domínio do crime informático – que nada têm em comum com o activismo –, como os *Lulzsec*. Este facto reflete uma nova dinâmica social de violência e um movimento de deslocação do *soft* para o *hard power*.

As mega.dot.com

Numa perspectiva pós-estruturalista, Foucault defende que o poder não reside nas estruturas da sociedade – não é propriedade nem reside em ninguém—, mas antes no discurso. Neste sentido, quem quer que controle o discurso detém também o poder, ou seja, é capaz de impôr a sua vontade. Esta ideia interessa-nos, no sentido em que parte importante do pensamento utópico sobre o ciberespaço se desenvolve em torno da ideia de que este seria um espaço não regulado, onde todos teriam idênticas condições de uso da palavra e da imagem. Novos *media*, como o *facebook*, o *twitter* ou o *youtube*, seriam como outros tantos palcos onde qualquer indivíduo teria, quer a oportunidade, quer os meios, quer a audiência, para tornar pública qualquer notícia, crítica ou pensamento. Desta liberdade de discurso decorreria uma nova distribuição de poder – na medida em que o discurso dominante determina o centro do poder, qualquer um poderia ocupar esse centro, estando para tal apenas dependente do reconhecimento dos pares.

Analisando o funcionamento de motores de busca, de plataformas de partilha de informação e de redes sociais, surge porém a interrogação sobre se os novos *media* terão porventura o suposto efeito democratizador, assegurando a pluralidade necessária para funcionarem como agentes de mudança nas relações de poder, ou se, pelo contrário,

controlam o discurso, assumindo eles próprios o poder. Como referem Hermínio Martins e José Luís Garcia, “a regra da neutralidade da rede diz que esta estaria acessível a todos, sem discriminação de conteúdos, com excepções que se teriam de justificar caso a caso. No entanto, os filtros sucedem-se, em regimes democráticos, mas sobretudo em regimes autoritários” (2013, p. 289). No caso de regimes autoritários, como o chinês, a colocação de filtros que impedem certas pesquisas e o acesso e partilha de temas considerados contra-revolucionários, deixa poucas dúvidas quanto à vontade de controlo político, através da manipulação da opinião pública. Porém, também nos regimes democráticos se levantam questões. É importante lembrar que a mediação tecnológica dos processos de troca de informação no ciberespaço recorre a empresas comerciais, que têm como objectivo gerar lucro. Nas palavras de Ronald Deibert e Rafal Rohozinski, “a vida diária das pessoas é mediada não apenas através do Estado *per se*, mas dispersada nas núvens de comunicações electrónicas digitais detidas e operadas por entidades privadas” (2010, p. 11). E o valor bolsista de empresas como a *Google*, a *Amazon* ou o *Facebook*, depende da sua capacidade de recolher e concentrar informação, decorrente da passagem dos seus utilizadores pela rede, ou seja, depende da sua capacidade de seguir o rasto digital dos seus utilizadores. Porque um dos poucos modelos de negócio comprovadamente rentáveis no ciberespaço é a publicidade, o valor comercial destas empresas reside precisamente na informação que são capazes de recolher, e não nos produtos que vendem, até porque algumas delas não vendem produtos aos utilizadores, mas apenas informação sobre os seus utilizadores a terceiros.

Assim, o poder das empresas da indústria digital e dos *internet enablers* cresce exponencialmente com o número de utilizadores e com a quantidade de informação que é recolhida sobre estes. Quanto a esta informação, compreende desde dados pessoais (nome, morada, idade, educação, situação profissional e financeira, relacionamentos familiares, amorosos e de amizade) até interesses, gostos, *hobbys*, tendências políticas, religiosas e sexuais, passando pelos padrões de consumo de todo o tipo de bens e serviços. Curiosamente, esse poder é colocado nas mãos das empresas pelos próprios cibercidadãos. Ou seja, se de algum modo vivemos monitorizados por um “big brother”, este

não foi, como na visão de Orwell, criado por um Estado totalitário, tendo antes sido contruído por todos os utilizadores da rede, que cedem informação sobre si próprios para usufruir das múltiplas vantagens do digital (Bauman & Lyon 2013). A imediatividade das interações dentro das redes sociais e de outros serviços, associada a uma crescente capacidade de processamento e a uma “memória” sem limites dos serviços no ciberespaço, coloca estas empresas numa posição privilegiada de poder – como a de um psicólogo relativamente ao seu paciente. A relação entre o conhecimento acumulado sobre o indivíduo e a informação de contexto em tempo real – localização geográfica, sites visitados, palavras usadas – permite à empresa direccionar o indivíduo para produtos adaptados aos seus gostos e interesses, e mesmo ao seu estado de espírito. Esta capacidade pode ser usada para os mais diversos fins, desde os mais prosaicos – vender produtos e serviços – até aos mais sofisticados, como a realização de experiências de engenharia social ou psicológicas, a mediação da acção política ou, no limite, o “controlo remoto” do indivíduo.¹⁹

O papel central que no ciberespaço assumem corporações que, como se disse, retiram os seus proveitos da publicidade, tem ainda consequências no acesso aos conteúdos que são produzidos. Se por um lado existe liberdade de produzir e difundir conteúdos (de texto, som e imagem), isto não significa o retrocesso das chamadas “indústrias da cultura”, para usar a terminologia dos autores da Escola de Frankfurt. Na verdade, observa-se uma ocupação destes espaços comunicacionais pelos tradicionais produtores de conteúdos, que difundem versões aparentemente distintas do mesmo discurso dominante. Suportado no sucesso de plataformas como a wikipedia ou do fenómeno de criação de software livre, Yochai Benkler (2002) avançou com a ideia de que esta comunidade em rede viria a substituir, como fontes de informação, as

¹⁹ Ver o recente caso de um estudo académico do comportamento humano, publicado pela *New Scientist*, realizado sobre o facebook num conjunto de cerca de setecentos mil utilizadores desta plataforma, e que consistiu na avaliação das alterações no estado de espírito provocadas pela manipulação dos conteúdos apresentados. Ver “Facebook Manipulated 689,003 Users’ Emotions For Science”, *Forbes*, disponível em <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2014/06/28/facebook-manipulated-689003-users-emotions-for-science/>, consultado em Junho de 2014.

empresas de produção de conteúdos. No entanto verificamos que, apesar do sucesso da produção em grupo, as principais megaplataformas são hoje dominadas por produtores profissionais que criaram os seus canais de difusão para legiões de seguidores. Citando Morozov, “as tecnologias que, supostamente, viriam conferir poder aos indivíduos, acabaram por reforçar o domínio das grandes corporações, enquanto as tecnologias que, supostamente, viriam estimular a participação democrática, produziram uma população de espectadores passivos” (Morozov, 2012, p. 276).

Por outro lado, os governos já perceberam que para um melhor controlo do ciberespaço – o seu e o dos outros na acepção de Martin Libicki – as *mega dot.com* podem desempenhar um papel fundamental, seja na topologia dos fluxos de informação, seja no desenho das próprias funcionalidades do serviço. É geopoliticamente relevante, para dar apenas um exemplo, a localização física do motor de busca planetário google. Este problema adensa-se quando passamos a falar de armazenamento de informação. Por exemplo na disputa entre a google e o governo da República Popular da China, em 2010, a última via a primeira como uma componente do poder norte-americano (Klimburg, 2011, p. 52).

The one domain to rule them all

A frase que serve de título a esta secção surge num trabalho recente de Martin Libicki (2012, p. 332), no qual defende que o ciberespaço é instrumental para a guerra nos vários domínios da acção militar clássicos (ar, mar, terra e espaço), mas não possui as características para ser elevado a domínio independente com uma doutrina própria na condução da guerra. O objectivo do autor foi o de relevar a transversalidade do ciberespaço relativamente aos restantes domínios “da natureza”. No entanto, a alusão à fantasia de Tolkien e a referência ao poder do “anel” como instrumento de controlo de todas as criaturas da “Terra Média” – que encerra em si uma metáfora do poder (destrutivo) da técnica e da industrialização do início do século XX –, permite dar um outro sentido ao jogo de palavras de Libicki: o ciberespaço como domínio para o exercício de poder do Estado sobre os

seus cidadãos, empresas e adversários (e aliados). Recorrendo novamente a Arendt, o ciberespaço deixa de ser um espaço de presença e de visibilidade, e passa a ser um espaço de violência (Below, 2014, p. 108) – um espaço onde se destrói poder pela negação das condições para a discussão pública, que se quer “livre do uso da força e da coerção, dentro de um ‘estádio’ adequado para a expressão da pluralidade humana e igualdade cívica” (Villa, 1998, p. 148). Esta destruição de poder materializa-se nas várias formas de ocupação e controlo do ciberespaço pelos Estados.

Se, por um lado, este novo *media* transforma a acção política e dá poder a outros actores, por outro vem criar um conjunto de oportunidades – como nenhuma outra tecnologia o fez – para o controlo e a vigilância da sociedade. Talvez o caso mais evidente deste controlo seja o aparato tecnológico designado de *Great Firewall of China*,²⁰ uma infra-estrutura técnica, alegadamente capaz de monitorizar e de bloquear selectivamente comunicações e conteúdos dentro do ciberespaço chinês e entre este e o resto do mundo, numa espécie de “lápiz azul” virtual e em tempo real. Contando que este exercício de censura não tem lugar num Estado de Direito, esta configuração tecnológica apresenta algumas vantagens, já que permite mapear conceitos tradicionais, por vezes de difícil aplicação neste contexto, tais como fronteira ou jurisdição. A criação de fronteiras digitais – ou “vestfaliarização” do ciberespaço – é desejado tanto por Estados totalitários, como por operadores de mercado e classes profissionais, que vêm exigindo aos Estados uma melhor eficiência na aplicação da lei e na protecção dos seus direitos. Como refere Evgeny Morozov, “[n]ão são só os militares que estão preocupados com o controlo da *web*. As associações de pais querem que seja mais fácil restrear actividades pedófilas e proteger os seus filhos. Hollywood, a indústria musical e a editoras querem melhores formas de rastrear e eliminar a partilha não autorizada de conteúdos protegidos por direitos autorais. Os bancos querem melhores controlos de identidade para minimizar a fraude” (2012, p. 222).

²⁰ Numa tradução literal “grande corta-fogo da china”, a designação alude, ao mesmo tempo, à ancestral fortificação militar chinesa que teve como objectivo proteger o território de invasões vindas do norte, e ao nome dado aos equipamentos de protecção de perímetro para redes locais ou empresariais – a *firewall*.

A rede não é neutra. As topologias global da internet e, agora, de cada uma das suas aplicações, encerram vantagens para os Estados que vão desde a vigilância passiva à espionagem. O facto de os Estados Unidos terem sido os primeiros a converter a rede académica global em internet comercial planetária, bem como a alojar a maior parte das *mega.dot.com* permite-lhes ser o centro geodésico do ciberespaço.²¹ Este estatuto assegura que uma grande parte das comunicações mundiais fluem por território norte-americano, independentemente da origem ou do destino, e que a maior parte dos conteúdos e metadados de utilização – dados de passagem – se encontram guardados em servidores de empresas norte-americanas. Este facto facilitou o desenvolvimento de programas de espionagem de grande intensidade, tais como o *echelon* ou o recentemente revelado *XKeyscore*, destinados a recolher e tratar grandes volumes de informação.²²

Mas não é preciso ser-se o “centro da rede”, basta parecer. Os Estados sem esse estatuto têm ao seu dispor um conjunto de técnicas que lhes permite explorar o ciberespaço para acções de espionagem. Este conjunto de técnicas, genericamente designado como *Advanced Persistent Threat* (APT), permite a construção de várias camadas de redes virtuais de alvos seleccionados (*botnets*), dos quais é extraída informação de forma furtiva. São vários os exemplos conhecidos deste tipo de redes, atribuídos alegada e maioritariamente à Federação Russa e à República Popular da China.²³ Considerando, no entanto, que uma

²¹ Ver J. Markoff, “Internet Traffic Begins to Bypass the U.S.” *New York Times*, Agosto de 2008, disponível em <http://www.nytimes.com/2008/08/30/business/30pipes.html>, consultado em Maio de 2014.

²² Sobre ambos estes casos ver “The US surveillance programmes and their impact on EU citizens’ fundamental rights”, disponível em http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/briefingnote/_briefingnote_en.pdf, consultado em Maio de 2014. Ver igualmente o relatório Gerhard Schmid, “sobre a existência de um sistema global de interceptação de comunicações privadas e económicas (sistema de interceptação “ECHELON”)” ao Parlamento Europeu, 2001, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//PT>, consultado em Janeiro de 2007.

²³ Ver Deibert, R. and R. Rohozinski (2009). *Tracking Ghostnet: Investigating a Cyber Espionage Network*. Technical report, University of Toronto. Disponível em <http://www.f-secure.com/weblog/archives/ghostnet.pdf>, consultado em Setembro de 2010; Kaspersky Labs (2013). *Kaspersky Lab Identifies ‘MiniDuke’, a New Malicious*

vez conhecida a *botnet*, qualquer actor – Estatal o outro – pode reaproveitar e desenvolver o seu código para outros fins, a vantagem deste tipo de operações é essencialmente tática, com a agravante de poder voltar-se contra o criador. Por outro lado, estas ciberarmas encerram uma dualidade funcional: servem tanto para exploração e espionagem, como para realizar ataques disruptivos e destrutivos.

Estranha-se, assim, que os Estados Unidos tenham, muito cedo, adoptado como estratégia para a superioridade no ciberespaço, a velha doutrina da dissuasão pela ameaça do uso da força que tanto sucesso teve durante a Guerra-Fria. Mathew Waxman sugere que “a estratégia norte-americana pode envolver um modelo clássico de dissuasão e de defesa militar, no qual [...] podem considerar o uso de ciberataques inovadores, geralmente fora do limite [da lei] excepto na legítima defesa, e podem considerar respostas militares a alguns tipos de ciberataques sofridos” (2011, p. 432). Esta doutrina foi construída durante a década de 1990 do século passado, por vários académicos e *think tanks* como forma de melhor proteger melhor o ciberespaço e as infra-estruturas críticas nacionais de ataques disruptivos e, por outro lado, como oportunidade de explorá-lo para projecção dos seus interesses (Denning, 1999; Libicki, 2007; Clarke & Knake, 2011). Ao mesmo tempo os coronéis Qiao Liang e Wang Xiangsui do Exército de Libertação do Povo Chinês, o livro “Unrestricted Warfare” (1999), defendem que a forma de equiparar o poder bélico norte-americano só é possível com uma abordagem de guerra assimétrica por todos os meios, nomeadamente por meios electrónicos. Estas duas visões têm levado vários Estados à afectação de significativos recursos ao desenvolvimento de capacidades defensivas e ofensivas, no que se pode designar como uma crescente militarização do ciberespaço (O’Connell,

Program Designed for Spying on Multiple Government Entities and Institutions Across the World. Technical report, Kaspersky Labs. Disponível em http://www.kaspersky.com/about/news/virus/2013/Kaspersky_Lab_Identifies_MiniDuke_a_New_Malicious_Program_Designed_for_Spying_on_Multiple_Government_Entities_and_Institutions_Across_the_World, consultado em Maio de 2014; Mandiant (2013). *APT1 Exposing One of China’s Cyber Espionage Units.* Technical report. Disponível em http://intelreport.mandiant.com/Mandiant_APT1_Report.pdf, consultado em Maio de 2014.

2012). Como resultado, acredita-se que, nos últimos anos, países como a China, os Estados Unidos, a Alemanha, a Itália e o Reino Unido, mas também a Coreia do Norte e ou o Irão,²⁴ tenham criado unidades de *hackers* dentro das suas estruturas de defesa militar (Roscini, 2010), bem como relações perigosas como o mundo do crime informático para suporte destas capacidades ofensivas. Neste contexto é importante questionar se essa militarização resultou num ciberespaço mais livre e mais seguro ou, se pelo contrário, e como observa O’Connell, “a Internet é agora bem menos segura do que era antes da existência de um Cibercomando [norte-americano] ou de um Centro de Excelência de Ciberdefesa da NATO” (2012, p. 209).

Exemplos de controlo e de violência como estes destroem um dos principais mitos dos ciberutópicos – o princípio da neutralidade da rede –, dando razão a Morozov, quando diz que “[m]uitas vezes o desenho das tecnologias simplesmente esconde as ideologias e as agendas políticas dos seus criadores” (2012, p. 222).

Conclusões

Os adventos do computador e da internet geraram, em vários grupos da sociedade, ondas de entusiasmo sobre as capacidades deste novo *media* – o ciberespaço – como veículo de transmissão de ideias e liberdade públicas, e até como instrumento da paz universal. Neste contexto nasceram movimentos, mais ou menos organizados, que defendem ideais de acesso livre a recursos computacionais e a conteúdos digitais, alguns deles institucionalizados em partidos políticos, revelando as potencialidades do ciberespaço como instrumento de mobilização e ação política. Esta potencialidade parte do pressuposto de que a rede é neutra – é um espaço livre de interferência, onde os cidadãos expressam os seus argumentos de forma igual.

²⁴ Os Estados Unidos e o Reino Unido foram primeiros em incluir, nas respectivas estratégias de cibersegurança, a componente ofensiva e a exploração do ciberespaço como meios de obtenção de vantagem competitiva.

O princípio da neutralidade da rede, defendido também por agentes políticos como factor de desenvolvimento, é um elemento chave na distribuição de poder pelos vários actores. Será que a defesa do princípio da neutralidade da rede é sustentável ou este é compatível com os perigos que vivemos? Este princípio beneficia os Estados mais desenvolvidos e a actual concentração de poder nas *mega.dot.com*, dificultando a aplicação de princípios de um Estado de Direito, como o da segurança dos seus cidadãos. O balanço entre este benefício e a crescente dificuldade em proteger as próprias infra-estruturas, deverá justificar uma tendência de “vestfaliarização” do ciberespaço: “Num futuro próximo, os Estados delinearão um acordo formal para por cobro ao actual ingovernável e caótico ciberespaço” do qual resultará um novo mapa com fronteiras e limites. Definidas as fronteiras, serão erigidos muros e criadas leis internas para assegurar o governo da rede e reestabelecer a ordem natural das coisas (Demchak & Dombrowski, 2011, p. 57).

Em suma, sendo claro que o poder absoluto dos indivíduos cresceu, não é líquido afirmar o mesmo relativamente ao seu poder relativo. O ciberespaço e as novas tecnologias trouxeram poder a todos os agentes: indivíduos, empresas e Estados.

BIBLIOGRAFIA

- Bauman, Z. & Lyon, D. (2013). *Liquid Surveillance*. Cambridge, UK: Polity Press.
- Below, K. C. (2014). The utility of timeless thoughts: Hannah arendt’s conceptions of power and violence in the age of cyberization. In J.-F. Kremer & B. Müller (Eds.), *Cyberspace and International Relations* (pp. 95-114). Springer.
- Benkler, Y. (2002). Coase’s penguin, or, linux and “the nature of the firm”. *Yale Law Journal*, (pp. 369-446).
- Benkler, Y. & Nissenbaum, H. (2006). Commons-based peer production and virtue*. *Journal of Political Philosophy*, 14(4), 394-419.
- Boyd, D. (2008). Can social network sites enable political action? In A. Fine, M. Sifra, A. Rasiej, & J. Levy (Eds.), *rebooting america* (pp. 112-116). Creative Commons.

- Clarke, R. A. & Knake, R. K. (2011). *Cyber war*. HarperCollins.
- Deibert, R. & Rohozinski, R. (2010). Beyond denial: introducing next-generation information access controls. In R. Deibert, J. Palfrey, R. Rohozinski, & J. Zittrain (Eds.), *Access controlled: The Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace* (pp. 3-14). MIT Press.
- Demchak, C. C. & Dombrowski, P. (2011). Rise of a cybered westphalian age. *Strategic Studies*, 5(1), 32-61.
- Denning, D. (2001). Activism, Hacktivism, and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy In Arquilla, J. & Ronfeldt, D. (Eds.), *Networks and netwars: The future of terror, crime, and militancy* (pp. 239-288). Santa Monica, CA: RAND Corporation. Disponível em http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR1382/MR1382.ch8.pdf, consultado em Maio de 2007.
- Denning, D. E. (1996). Concerning hackers who break into computer systems. *High noon on the electronic frontier: Conceptual issues in cyberspace*, (pp. 137-164).
- Denning, D. E. R. (1999). *Information warfare and security*. Addison-Wesley.
- Escher, T. (2004). Political Motives of Developers for Collaboration in GNU/Linux. PhD thesis, Universidade de Leicester. Disponível em <http://open-source.mit.edu/papers/escher.pdf>, consultado em 12 de Fevereiro de 2007.
- Klimburg, A. (2011). Mobilising cyber power. *Survival*, 53(1), 41-60.
- Levy, S. (1984). *Hackers: Heroes of the computer revolution*. Doubleday.
- Liang, Q. & Xiangsui, W. (1999). *Unrestricted Warfare*. Pequim: PLA Literature and Arts Publishing House.
- Libicki, M. C. (2007). *Conquest in cyberspace: National Security and Information Warfare*. Cambridge University Press.
- Libicki, M. C. (2012). Cyberspace is not a warfighting domain. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 8(2), 321-336.
- Lukes, S. (1974). *Power: A radical view*. London: Macmillan.
- Marques Guedes, A. (2010). The new geopolitical coordinates of cyberspace. *Revista Militar*, (2503/2504), 823-847.
- Martins, H. & Garcia, J. L. (2013). WEB. In J. L. Cardoso, P. Magalhães, & J. Machado Pais (Eds.), *Portugal Social de A a Z*. Lisboa: Expresso.
- Mattelart, A. (2000). *História da Utopia Planetária*. Bizâncio.
- McLuhan, M. (2008). *Compreender os Meios de Comunicação. Extensões do Homem*. Lisboa: Relógio d'Água.

- Morozov, E. (2012). *The net delusion: The dark side of Internet freedom*. PublicAffairs.
- Nye Jr, J. S. (2010). *Cyber power*. Technical report, Belfer Center for Science and International Affairs, Harvard Kennedy School.
- O'Connell, M. E. (2012). Cyber security without cyber war. *Journal of Conflict and Security Law*, 17(2), 187-209.
- Roscini, M. (2010). World wide warfare-'jus ad bellum' and the use of cyber force. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 14, 85-130.
- Samuel, A. (2004). *Hactivism and the Future of Political Participation*. PhD thesis, Oxford University. Disponível em <http://www.alexandrasamuel.com/dissertation/pdfs/Samuel-Hactivism-entire.pdf>, consultado em Setembro de 2008.
- Strate, L. (1999). The varieties of cyberspace: Problems in definition and delimitation. *Western Journal of Communication*, 63(3), 382-412.
- Taylor, R. W., Fritsch, E. J., Holt, T. J., & Liederbach, J. (2006). *Digital crime and digital terrorism*. Pearson/Prentice Hall.
- Tilly, C. (1978). *From mobilization to revolution*. Nova Iorque: McGraw-Hill.
- Villa, D. R. (1998). The philosopher versus the citizen: Arendt, strauss, and socrates. *Political theory*, 26(2), 147-172.
- Waxman, M. C. (2011). Cyber-attacks and the use of force: Back to the future of article 2 (4). *Yale Journal of International Law*, 36, 421-459.

O «Estado Islâmico» Nos Limites da Estadualidade: Um Obstáculo ao Constitucionalismo Global?¹

The «Islamic State» within the statecraft limits: An obstacle to the global Constitutionalism

LUÍS ANTÓNIO CUCO DE JESUS

Resumo: As seculares democracias pluralistas ocidentais são o resultado lógico da filosofia liberal, sendo-lhes reconhecido o esforço na edificação de modelos de sociedade constituídos por um poder político democrático, com uma ordem jurídica axiologicamente justa e vinculados internacionalmente à tutela dos direitos fundamentais. A dignidade humana é hoje entendida como um dogma da confluência jurídica universal, identificando-se como sentido único de um Direito justo. Os movimentos islâmicos radicais, não só rejeitam a validade dos valores fundamentais, como consideram moralmente superior a sua cultura, acusando os estados ocidentais de imperialismo ideológico.

Como argumento central deste ensaio, analisaram-se os limites à estadualidade impostos pelo Estado Islâmico, e o obstáculo provocado ao constitucionalismo global, dissecando a morfologia da ameaça, o Pan-islamismo e o terrorismo internacional contra os princípios fundamentais. Concluindo-se, que a subtileza da ameaça traçada ao estado de direitos humanos, resulta do recurso à rejeição do princípio “*ius in bello*” e da “*psychological warfare*”, utilizando táticas de guerrilha e guerra assimétrica com recurso a crime organizado e uso de meios terroristas contra a população civil e alvos não militares, publicitando um rasto de terror como forma dissuasora de fações opositoras. Atendendo ao facto de o Estado Islâmico se caracterizar como um movimento radical de pan-islamismo, congregando em suas fileiras cidadãos de múltiplas nacionalidades, a ameaça ganha especial preocupação para os países ocidentais, uma vez que a livre circulação de pessoas e bens é bastante facilitada. A segurança interna fica debilitada com o paradigma entre a liberdade e a segurança, e os estados são obrigados a

¹ Entregue: 3.1.2015; aprovado: 4.4.2015.

tomas medidas restritivas de liberdades e garantias, havendo mesmo um retrocesso em matéria de direitos já alcançados.

Palavras-chave: Primavera Árabe; Estado Islâmico; Terrorismo teológico; Constitucionalismo global; Direitos fundamentais.

Abstract: Secular Western pluralistic democracies are the logical result of liberal philosophy, with them recognized the effort in building models of society consisting of a democratic political power, with a axiologically fair legal system and internationally linked to the protection of fundamental rights. Human dignity is today understood as a dogma of universal legal confluence, identifying himself as one way of a fair law. The radical Islamic movements not only reject the validity of the fundamental values, as considered morally superior to their culture, accusing Western states of ideological imperialism.

The central argument of this paper, we analyzed the limits imposed by the Islamic state to statehood, and the obstacle caused the global constitutionalism, dissecting the morphology of the threat, the Pan-Islamism and international terrorism against the fundamental principles. Concluding that the subtlety of the threat traced to the state of human rights, resulting from the use of rejection of the “*ius in bello*” and “*psychological warfare*” using guerrilla tactics and asymmetric warfare using organized crime and use of means terrorists against civilians and non-military targets, publicizing a horror track, as form the deterrent of opposing factions. Given that the Islamic state is characterized as a radical movement of pan-Islamism, bringing in their ranks people of multiple nationalities, the threat is of particular concern to western countries, since the free movement of people and goods is greatly facilitated. Internal security is weak with the paradigm between freedom and security, and states are obliged to restrictive measures doses of freedoms and guarantees, with even a setback on the rights already achieved.

Key words: Arab Spring; Islamic State; Theological terrorism; Global constitutionalism; Fundamental rights.

A dicotomia existente entre o mundo ocidental e as nações islâmicas reside sobretudo nos princípios e valores liberais, que assumiram o papel de ideologia legitimadora da ordem internacional, após o término da Guerra Fria².

² Almeida, J. M. (2002). O Pan-Islamismo Radical e a Ordem Internacional Liberal. Disponível em: <http://www.ipri.pt/investigadores/artigo.php?idi=5&ida=32>

Como defensor de um pensamento político pré-liberal, merece especial destaque Bartolomeu de Las Casas, afirmando nos seus escritos, que todos os seres humanos nascem por natureza livres. A liberdade do homem fá-lo dono de si próprio, podendo dispor da sua pessoa e das suas coisas, segundo a sua própria vontade.

A democracia pluralista ocidental é um resultado lógico da filosofia liberal. O liberalismo envolve o respeito pelos direitos individuais, pelas liberdades pessoais e pelos procedimentos constitucionais. Compreende-se neste sentido, que a liberdade política envolve a participação dos cidadãos nos assuntos públicos e, deste modo, influencia o destino da coletividade³.

No virar do século, a Humanidade foi defrontada com o maior paradigma de todos os tempos, a edificação de uma sociedade global.

A Era da informação digital aglutinou as nações numa sociedade de rede, alicerçada no poder da informação. Vivemos hoje num mundo desterritorializado, onde não existem barreiras de tempo e de espaço para que as pessoas comuniquem.

A disseminação quase instantânea, de uma onda revolucionária de manifestações e protestos contra o regime ditatorial de Zine El Abidini Ben Ali, na Tunísia em dezembro de 2010, onde o povo se insurgiu reivindicando valores liberais, foi o ponto de partida um fenómeno político-social, que se apelidou por «Primavera Árabe»⁴.

³ Otero, Paulo. (2009). Instituições Políticas e Constitucionais Volume I, (pp. 123). Coimbra: Almedina, SA

⁴ Ações de insurreição contra regimes ditatoriais, as origens do fenómeno remontam a janeiro de 2011, onde a intensificação da revolta popular na Tunísia levou à queda do regime liderado por Zine EL Abdine Bem Ali, provocando um efeito mimético que inspirou ações de insurreição em diversos países magrebino-árabes, num momento da história que ficou batizado por “Primavera Árabe”. ALEXANDRE GRERREIRO, a resistência dos estados africanos à jurisdição do tribunal penal internacional, Coimbra, Almedina, 2012, p.128;

The rise of ISIS

O regime liderado por Bashar al-Assad, não ficou imune à expressão da Primavera Árabe por diversos países do Magreb e do Médio Oriente. A 15 de março de 2011, uma insurreição liderada por grupos rebeldes, dissidentes e militares desertores sírios, contra o poder político em exercício no país, instaurou um clima de guerra civil⁵ em todo o território Sírio. A incapacidade dos militares sírios para deterem eficientemente as contestações, permitiu que os rebeldes lograssem a congregar apoios (sobretudo externos) com vista à queda do regime “ditatorial” liderado pelo presidente Sírio⁶.

É a partir desta efeméride que se destaca na imprensa internacional a expressão «ad-Dawlah al-`Islāmiyyah», designada pelos média como Islamic State of Iraq and Levant (ISIL) ou Islamic State of Iraq and Syria (ISIS). A história deste grupo jihadista⁷ está relacionada com o processo de crise política desencadeado no Iraque, após a guerra iniciada em 2003. O grupo emergi-o como uma dissidência da fração da Al-qaeda no Iraque e Síria, e é liderado por Abu Bakr al-Baghdadi, um iraquiano sunita⁸, nascido Samarra, norte de Bagdá.

⁵ Ou bellum civile, conceito utilizado para designar as inúmeras guerras civis da República Romana e que se caracteriza por conflito armado entre grupos organizados dentro do mesmo estado-nação ou república, ou, mais raramente, entre dois países criados a partir de um Estado-nação que antes era unido. O objetivo, de um lado, pode ser o de assumir o controlo do país ou uma região, para conseguir a sua independência, ou para mudar as políticas do governo;

⁶ ALEXANDRE GRERREIRO, *Intervenção Militar na Síria e o Conselho de Segurança da Nações Unidas: Obligatio Erga Omnes ou a Descredibilização das Instituições Internacionais?*, 2014;

⁷ É um conceito da religião islâmica, e significa “empenho” e “esforço”. Metaforicamente, pode dizer-se que significa uma luta, entre a vontade pessoal e a busca e conquista da fé perfeita. Uma, “Jihad Maior”, é descrita como uma luta do indivíduo consigo mesmo, pelo domínio da alma; enquanto a “Jihad Menor”, é descrita como um esforço que os muçulmanos fazem para levar a teoria do Islão a outras pessoas;

⁸ Maior corrente do Islamismo, representam quase 90% da população muçulmana. No Iraque a sua representatividade não passa de 20%. Para os Sunitas não é necessário descender de Maomé para ser um bom Califa.

Logo após a invasão dos EUA ao Iraque em 2003, al-Baghdadi juntou-se aos jihadistas que passaram a combater a invasão e posteriormente o governo Xiita⁹, do primeiro-ministro Al-Maliki¹⁰.

Abu Bakr al-Baghdadi tornou-se líder da fração Al-Qaeda no Iraque em 2010, afirmando a sua força e “*modus operandi*”, essencialmente na região norte do país. Com necessidade de financiamento¹¹, o então líder da fração da al-Queda iraquiana, expandiu a sua atuação para território sírio, permanecendo-se numa fase inicial, fiel à Al-Qaeda.

Durante a guerra civil síria, na qual se envolveu intensamente, as suas habilidades táticas e militares destacaram a sua liderança, tornando-a mais apelativa que a liderança de Ayman al-Zawahiri teólogo islâmico apontado como atual líder da Al-Qaeda, mas de quem não se conhecem semelhantes habilidades militares. Em março de 2013, al-Baghdadi conseguiu tomar a capital provincial Raqqa, uma importante cidade Síria e a primeira capital provincial que caiu na mão dos rebeldes sírios. Esse notável êxito militar catapultou-o entre os jihadistas¹², tornando-o numa referência e dando-lhe a legitimidade necessária para passar a fazer o seu “*voou solo*” independente da Al-Qaeda. al-Baghdadi autoproclamou-se líder do Islamic State of

⁹ Representam cerca de 10% dos Muçulmanos, mas no Iraque são 60% da população, concentrada essencialmente no sul do território. Seguem os princípios mais rígidos da fé Islâmica, e acreditam que só os descendentes de Maomé são aprovados por Alá, sendo estes quem tem maior capacidade para tomar decisões.

¹⁰ Depois da deposição de Saddam Hussein, as primeiras eleições democráticas em território iraquiano deram a vitória ao governo Xiita liderado pelo primeiro-ministro Nuri Al-Maliki. A sua liderança sempre despertou antipatias de Curdos e Sunitas, não sendo Al-Maliki, capaz de unificar o território e, desta forma, deixando erodir a legitimidade democrática de que disponha.

¹¹ Com a sua atuação na Síria, o Estado Islâmico, capturou bancos e poços de petróleo no leste do país. Estima-se que antes de iniciarem a sua campanha no Iraque já possuíam ativos de cerca de 900 milhões de US Dólares. Entretanto, depois de capturar Fllujah, Ramadi e Principalmente Mosul, os ativos que financiam as suas atividades, rondam os 2 biliões de US Dólares. Possuem o controlo de diversos poços de petróleo e ainda o a da maior hidroelétrica do Iraque, controlando o fornecimento de água a uma vasta porção dos países.

¹² Adam, W. (2014, junho), the Independent.

Iraq and Levant, tendo como objetivo inicial estabelecer um califado¹³, regido por uma sharia¹⁴ fundamentalista estrita, nas regiões de maioria sunita no Iraque e Síria. Em 29 de junho de 2014, ao proclamar o califado, o ISIS dá lugar ao Estado Islâmico (EI), e Abu Bakr al-Baghdadi afirma perante a comunidade internacional, ser líder do Estado Islâmico (EI), invocando autoridade religiosa sobre todos os muçulmanos do mundo¹⁵ e aspirando tomar o controlo de muitas outras regiões de maioria islâmica, a começar pelo território da região do levante, que inclui países como a Jordânia, Israel, Palestina, Líbano, Chipre e Hatay, uma província no sul da Turquia.

À data, o grupo consolidou o seu domínio num terço do território Sírio e num quarto do território iraquiano.

Morfologia da ameaça

A atuação do EI é pautada por uma ideologia de pan-islamismo, orientando-se por uma interpretação extremista da religião islâmica. Usam slogans como “o islão é a solução”, conceitos como a “soberania divina” e defendem projetos políticos que se resumem à aplicação da sharia. O fundamento desta atitude arrogante é o desprezo pelo mundo moderno e a restrição do conceito de liberdade, apresentada não como um princípio universal, mas como uma especificidade da cultura ocidental¹⁶. A intolerância vigora no “modus operandi” do grupo, mas é sobretudo nas violações dos vários corolários retirados do princípio da dignidade da pessoa humana, que substanciam a agressividade de atuação deste grupo extremista.

¹³ É a forma islâmica de governo. A posição do seu chefe de Estado, o Califa, é baseada na noção de um sucessor à autoridade política do profeta islâmico Maomé. *Encyclopedia of Islam and the Muslim World*, (2004) v.1, p.116-123.

¹⁴ Direito Islâmico. Em várias sociedades islâmicas não existe separação entre religião e legislação (direito positivo vs Direito Canónico), dessa forma as leis são baseadas nas escrituras sagradas e nas interpretações dos líderes religiosos.

¹⁵ ISIL renames itself 'Islamic State' and declares Caliphate in captured territory (30 de junho de 2014).

¹⁶ Peter, S. (2014, agosto). *Iraque: Um país dilacerado*. The Independent, n.º 22, Londres.

Após as conquistas territoriais, os jihadistas do EI, impõem a conversão ao islamismo segundo uma interpretação sunita da religião, substituindo todas as formas de Direito vigentes por uma Sharia fundamentalista. A oposição ou a simples contestação às imposições dos jihadistas tem como consequência a tortura, a mutilação ou mesmo a pena de morte. O grupo promove desta forma, uma autêntica “limpeza étnica” nas regiões sobre seu domínio¹⁷.

São inúmeras as atrocidades relacionadas a atos praticados pelo grupo, conhecendo-se crimes contra a própria fração muçulmana sunita, numa tentativa de silenciar vozes mais moderadas. Exemplo do exposto é o assassinato de 13 clérigos, em junho de 2014 na província de Mossul¹⁸, em que a autoria dos crimes foi atribuída a membros do EI.

Navi Pillay, alta comissaria das Nações Unidas para os Direitos do Homem, apelou à comunidade internacional, para os crimes de guerra que aconteceram e continuam a acontecer em território iraquiano, divulgando num relatório a confirmação das suspeitas já existentes. A alta comissaria das Nações Unidas para os Direitos do Homem, menciona também falta de proteção às mulheres e crianças, que estão a sofrer de maus tratos e abusos por parte dos jihadistas do EI. Afirmando, que os mesmos podem ser adicionados a uma lista de suspeitos de crimes de guerra em território Sírio¹⁹.

Fontes das Nações Unidas divulgaram ainda que durante os combates entre os dias 5 e 22 de junho de 2014, nas províncias de Nínive, Diyala e Salah al-Din, o EI foi responsável pela morte de pelo menos 757 civis, ferindo ainda outros 599. Mencionando nos mesmos relatórios, que estes crimes incluem uma serie de execuções sumarias

¹⁷ Jeremy, B. (2014). *Syria conflict: Islamic State “committed war crimes”*. Disponível em: www.bbc.com/news/world-middle-east-2894555;

¹⁸ John, z. (2014). *U.N. Islamic State executed imamo f mosque where Baghdadi preached*. Disponível em: www.miamiherald.com/incoming/article1974485.html;

¹⁹ Stephanie, N. (2014). *New U.N. rights boss warns of “house of blood” in Iraq, Syria*. Disponível em: www.reuters.com/article/2014/09/08/us-un-rights-iduskbnoh30kb20140908;

²⁰ Hania, M. (2013). *Qeada Group in Iraq Says It Killed Syrian Soldiers*. Disponível em: www.nytimes.com/2013/03/12/world/middleeast/islamic-state-of-iraq-says-it-killed-syrian-soldiers.html?_r=0;

extrajudiciais a civis, policias e soldados iraquianos, devendo os valores serem encarados como um número mínimo. Pelo menos mais 318 pessoas foram mortas e 590 ficaram feridas durante o mesmo período, em Bagdá e províncias do sul, muitos deles em resultado de explosões provocadas por veículos armadilhados²¹²².

Em agosto, as Nações Unidas acusaram o EI de atrocidades e crimes de Guerra onde se incluem torturas, amputações e execuções públicas, por vezes na presença de crianças.²³²⁴

Relatos de sequestros a civis continuam a ser rotina, sendo que à data julga-se que o EI seja responsável pelo sequestro de 48 cidadãos turcos, 40 cidadãos indianos, 16 georgianos e ainda 44 trabalhadores estrangeiros de diversas nacionalidades, conhecendo-se apenas a libertação de parte dos sequestrados, com recurso a ajuda de líderes tribais locais que ajudaram nas negociações entre o exército iraquiano e o EI²⁵.

De acordo com o relatório das nações unidas, a incursão em território iraquiano, pelos jihadistas do IE, foi acompanhada por um aumento de crimes contra mulheres, incluindo sequestros e violações²⁶. Segundo um relatório da amnistia internacional, o EI tem vindo a capturar mulheres e crianças, mantendo-as sob seu controlo, improvisando verdadeiros mercados de escravos para tentar vende-las. As mulheres mais jovens são violadas ou forçadas a casar temporaria-

²¹ Unknown, (2014) *ISIL Militants Killed More Than 1000 Civilians In Recent Onslaught In Iraq*: UN. Disponível em: www.rttnews.com/2340932/isil-militants-killed-more-than-1000-civilians-in-recent-onhadistas.slaught-in-iraq-un.aspx;

²² Unknown, (2014). *Iraq violence: UN confirms more than 2,000 killed, injured since early june*. Disponível em: www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=48117#. VlhppDSsXiQ;

²³ Unknown, (2014). *UN “may include” ISIS on Syrian war crimes*. Disponível em: www.bbc.com/news/world-middle-east-28498661.

²⁴ Unknown, (2014). *UN accuses Islamic State group of war crimes*. Disponível em: www.aljazeera.com/news/middleeast/2014/08/un-accuses-islamic-state-group-war-crimes-2014827153541710630.html;

²⁵ Unknown, (2014). *Iraq crisis: Islamic State accused of ethnic cleansing*. Disponível em: www.bbc.com/news/world-middle-east-29026491;

²⁶ Zarhra, R. (2014). *OP-ED: Surging Violence Against Women in Iraq*. Disponível em: www.ipsnews.net/2014/06/op-ed-surging-violence-against-women-in-iraq/;

mente, e após satisfação dos maridos, a sua propriedade é passada a outros jihadistas²⁷.

Em 2014, durante a sua incursão em território iraquiano, o EI publicou dezenas de vídeos, mostrando um rasto de terror contra alvos civis, numa clara postura intimidatória e dissuasora contra qualquer facção opositora (*psychological warfare*). Nos registos vídeo, é possível observar maus tratos a civis, muitos dos quais, presumivelmente direcionados com base na religião ou etnia. Ao contrário de qualquer outro registo histórico, o EI é o único movimento armado de quem se conhece a publicação sistemática das suas atrocidades. Dos vídeos emitidos pelo EI, incluem-se o assassinato em massa de centenas de soldados xiitas, milícias capturadas em Tikrit, e dezenas de prisioneiros de guerra sírios, capturados após a queda da base aérea de Tabqa. Incluem-se ainda decapitações, crucificações e muitos outros crimes, promovendo desta forma o terror nos adversários.²⁸

Toda a atuação do Estado Islâmico tem sido bastante tática, e antecedida por um planeamento meticuloso. Ao proclamar-se Califa de todos os muçulmanos, é apontado como o único sucessor legítimo do profeta Maomé. O anúncio tem grandes implicações teológicas, ideológicas e políticas para a comunidade internacional e grupos jihadistas opositores.

Na história islâmica, o califado não é visto apenas como uma liderança que facilitava a prática da religião. O califa também era um líder político que comandava um império e era visto como sucessor do profeta Maomé. Historicamente, o califa era como um líder de muçulmanos pelo mundo, de quem a fidelidade e lealdade eram esperados. Este modelo político foi abandonado no início do século XX e substituído pela noção moderna de Estado-nação²⁹.

²⁷ Williams, M. (2014). *Sexual jihad a bit much*. Disponível em: citizen.co.za/52696/sexual-jihad-is-a-bit-much/;

²⁸ Unknown, (2014). *Iraq crisis: Islamic State accused of ethnic cleansing*. Disponível em: www.bbc.com/news/world-middle-east-29026491;

²⁹ Charlie C., (2014). *Califado de grupo islâmico é avanço perigoso*. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/07/140701_iraque_califado_analise_hb;

Ao misturar a fé com a política, Abu Bakr al-Baghdadi, edifica uma consciência global de “*pan-islamismo*”, juntando fações e simpatizantes do islão espalhados por todo o mundo. A maior parte dos jihadistas do EI vêm de nações árabes, entre elas Arabia Saudita, o Marrocos e a Tunísia. Estima-se que cerca de 3 mil cidadãos ocidentais tenham integrado as suas fileiras, e alguns levantamentos de serviços de inteligência indicam que as nacionalidades dos voluntários ascendem a mais de 80 nações.

O EI apresenta-se como um órgão de base territorial, com autonomia técnica, financeira e administrativa. Com a conquista de Mosul, os jihadistas adquiriram meios de financiamento importantes que possibilitaram a sustentação da sua organização administrativa. Tendo um sistema de cobrança de impostos, e vendendo produtos petrolíferos abaixo dos preços praticados pelo mercado internacional. A utilização de armamento moderno e sofisticado proporciona vantagens tático-militares que só são possíveis, devido à incorporação de antigos Oficiais do exército Iraquiano do presidente Saddam Hussein³⁰.

A distinção conceptual entre a Al-qaeda e o EI é evidente: Enquanto a primeira foi pensada em jeito de organização leninista, como sendo uma espécie de vanguarda iluminada que de uma forma estratégica tenta globalizar o jihadismo, o EI apresenta-se como um movimento de massas que não se preocupa em ser aceite pela população e não respeita acordos regionais. Metaforicamente, pode-se dizer perante o flagelo provocado pelo EI, que o movimento representa uma espécie de “*Reservoir Dogs*”, tentando provar ao mundo que são mais violentos e mais capazes que qualquer outra ameaça terrorista já conhecida³¹.

A atuação do EI é um processo que está na encruzilhada de uma jogada geopolítica de primeira grandeza, por um lado alia uma referência sunita criando um enclave do arco xiita e por outro lado provoca rivalidades de disputa de hegemonia entre potências regionais.

³⁰ Tomé, L. (2014). *O Estado Islâmico Morfologia da ameaça*. Em alocução na Conferencia subordinada ao tema “Estado Islâmico”, Universidade Autónoma, 11 de dezembro de 2014;

³¹ Tomé, L. (2014). *O Estado Islâmico Morfologia da ameaça*. Em alocução na Conferencia subordinada ao tema “Estado Islâmico”, Universidade Autónoma, 11 de dezembro de 2014;

A ordem de grandeza do radicalismo dos conceitos defendidos pelo EI e do seu “modus operandi” é tão aterradora, que a própria organização terrorista Al-Qaeda, repudia a barbaré da sua autuação³².

O secretário da defesa dos Estados Unidos da América, Chuck Hagel, mencionou que “o Estado islâmico é uma ameaça ultrapassa tudo o que conhecemos. O Estado islâmico vai mais longe do que um grupo terrorista, alia ideologia e sofisticação com conhecimento militar, tático e estratégico, e é extremamente bem financiado”³³.

Pan-Islamismo do Estado Islâmico e o terrorismo internacional contra os princípios fundamentais

Analisada a morfologia da ameaça, entende-se que estamos perante um movimento radical de pan-islamismo, em nada semelhante a tudo o que conhecemos e que desafia os princípios centrais da ordem política liberal.

Após o fim da guerra fria, com a vitória do liberalismo sobre o socialismo, os princípios e valores liberais assumiram o papel de ideologia legitimadora da ordem internacional, reconhecendo-se hoje o esforço ocidental numa campanha de universalização de valores fundamentais³⁴.

O que se entende nos Estados ocidentais por princípios e valores fundamentais, é encarado como imperialismo ideológico para as sociedades de origem islâmica.

Os movimentos islâmicos radicais, não só rejeitam a validade de valores liberais fundamentais como a democracia e os direitos humanos, como consideram moralmente superior a cultura islâmica.

³² Pathé, F. P. (2014). *O Estado Islâmico no contexto do terrorismo jihadistas*. Em alocução na Conferência subordinada ao tema “Estado Islâmico”, Universidade Autónoma, 11 de dezembro de 2014;

³³ Danilo, M. (2014). *Ascensão do Estado Islâmico*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-08/entenda-ascensao-do-estado-islamico-e-o-conflito-envolvendo-o-grupo-no>;

³⁴ Almeida, J. M. (2002). *O Pan-Islamismo Radical e a Ordem Internacional Liberal*. Disponível em: <http://www.ipri.pt/investigadores/artigo.php?idi=5&ida=32>;

Salienta-se, que a resistência à ordem internacional liberal envolve igualmente um ataque a princípios constitutivos das sociedades ocidentais: Em primeiro lugar, por rejeitarem a concepção secular de Estado, defendendo em alternativa uma concepção teocrática ou clerical da autoridade soberana, substituindo por os critérios religiosos os critérios políticos no tratamento dos conflitos. Em segundo lugar, ao abandonarem a distinção de alvos civis e alvos militares, o que significa igualmente a rejeição do princípio central de um instituto fundamental da sociedade internacional moderna, a guerra justa.

Decorrente da dignidade da pessoa humana, as sociedades com fundamentos liberais retiraram o corolário da humanização dos conflitos armados, encontrando-se vedado, em caso de conflito armado, a escolha ilimitada de métodos e meios de guerra, proibindo-se a utilização de armas projeteis e materiais ou métodos que causem danos supérfluos, tal como se encontra vedada a ordem da execução de sobreviventes³⁵. Na perspetiva ocidental, a existência de conflitos armados pauta-se por regras jurídicas que procuram humanizar as condições dos seres humanos envolvidos, visando desta forma, substituir em cenários de guerra uma proliferação ajurídica em matéria de atentados contra a pessoa humana. O ordenamento jurídico limita assim a arbitrariedade, crueldade e maldade do ser humano contra o seu semelhante³⁶.

Em tempo de guerra, as populações civis tem direito a proteção reforçada, não devendo ser objeto de ataques ou ameaças destinados a espalhar o terror, incluindo a utilização de fome como método de guerra. Também aqui se reconhece, em todas as circunstâncias, o direito ao respeito pela individualidade, pela honra, convicções políticas e religiosas, hábitos e costumes, devendo sempre serem tratadas com humanidade, nunca podendo ser usadas como escudos humanos, nem sobre elas ser exercido coação física ou moral. Encontrando-se também vedada a tomada de reféns ou adoção de qualquer medida que

³⁵ Almeida, J. M. (2002). O Pan-Islamismo Radical e a Ordem Internacional Liberal. Disponível em: <http://www.ipri.pt/investigadores/artigo.php?idi=5&ida=32>;

³⁶ Otero, Paulo. (2009). Instituições Políticas e Constitucionais Volume I, (pp. 437 e ss). Coimbra: Almedina, SA;

possa causar sofrimentos físicos ou extermínio de pessoas protegidas, incluindo aqui, abusos sexuais e demais brutalidades.³⁷

A rejeição princípio “*ius in bello*” enquadra-se no “modus operandi” do EI, que visa quebrar a vontade política, utilizando táticas de guerrilha e guerra assimétrica, com recurso a crime organizado e uso de meios terroristas contra a população civil e alvos não militares³⁸. Esta alteração doutrinária da guerra executada pelo EI revela ainda um conhecimento perfeito das vulnerabilidades das sociedades ocidentais. O que as sociedades ocidentais chamam de alvos civis, para os terroristas é apenas o flanco mais fraco de uma sociedade inimiga e opressora³⁹.

No artigo 7.º do estatuto do Tribunal Penal Internacional, surge tipificado os Crimes contra a Humanidade, onde se mencionam entre outros: o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação ou transferência forçada de uma população civil, a prisão ou forma de privação de liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional, a tortura, a violação, a escravatura sexual, a prostituição forçada, e quaisquer atos de natureza sexual semelhante, ainda, a perseguição política, racial, étnica ou religiosa e também o sequestro de pessoas. Cabe na enumeração anterior, a definição de crimes de guerra, tutelada pelo artigo 8.º do mesmo estatuto. A título comparativo, no rasto de sangue deixado pela atuação do EI, conhecem-se execuções sumárias, torturas, decapitações, crucificações, violência e escravatura sexual, apresamento de reféns, perseguições étnicas, culturais, religiosas e ainda, sem que a enumeração tenha caráter taxativo, extermínios e genocídios.

³⁷ Otero, Paulo. (2009). Instituições Políticas e Constitucionais Volume I, (pp. 465 e ss). Coimbra: Almedina, SA;

³⁸ Silva, F. (2005). *A guerra assimétrica no Iraque*. Disponível em: www.voltai-renet.org;

³⁹ Almeida, J. (2004). *O Pan-islamismo Radical e a Ordem Internacional Liberal*. Disponível em: www.ipri.pt/investigadores/artigo.php?idi=5&ida=32;

Herança liberal no desenvolvimento do Estado de Direitos Humanos nos países ocidentais

A identificação de Estado de Direito com sendo um estado de direitos fundamentais, enquanto modelo político que aposta na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, mereceu especial adesão, enraizando-se praticamente em todos os países do ocidente.

Alicerçado no respeito pela dignidade da pessoa humana, o estado de direitos fundamentais serve de garantia à inviolabilidade da mesma dignidade, que é inerente a cada pessoa individual e concreta. Trata-se de um modelo de sociedade política, vinculada internacionalmente à tutela dos direitos fundamentais, constituída por um poder político democrático, com uma ordem jurídica axiologicamente justa, que possui normas dotadas de eficácia reforçada no que concerne aos direitos fundamentais⁴⁰.

A relevância dada ao sentido conceptual da dignidade da pessoa humana nas nações ocidentais conjuga quatro vertentes: 1.^a. O contributo judaico-cristão, configurando a pessoa humana como um ser criado à imagem e semelhança de Deus, dotado de valor sagrado; 2.^a. A perpectiva renascentista deixada por Pico de Mirandola que, reconhecendo a cada pessoa a capacidade de determinar o seu próprio destino, articula a liberdade e a soberania da vontade; 3.^a. A máxima de que uma pessoa é sempre um fim em si mesma, não podendo ter preço e nunca sendo válida a sua transformação ou degradação em meio, coisa ou objeto, enraizada pelo pensamento kantiano; 4.^a. O movimento existencialista, deixando claro que não se trata de um conceito abstrato ou transpersonalista da pessoa humana, antes a dignidade humana tem sempre como referencial cada ser humano vivo e concreto⁴¹.

Da fusão destas quatro vertentes, entende-se que a dignidade da pessoa humana é lesada sempre que se verifique a degradação humana,

⁴⁰ Otero, Paulo. (2009). Instituições Políticas e Constitucionais Volume I, (pp. 479 e ss). Coimbra: Almedina, SA;

⁴¹ Otero, Paulo. (2009). Instituições Políticas e Constitucionais Volume I, (pp. 550 e ss). Coimbra: Almedina, SA;

tornando o ser humano num mero objeto, instrumento ou simples coisa, sendo descaracterizado de sujeito de direitos ou desconsiderado como pessoa dotada de inteligência e liberdade. Exclui-se do conceito de dignidade da pessoa humana, qualquer admissibilidade de sujeição à servidão, à crueldade ou tortura, à humilhação, estigmatização arbitrária, tratamentos degradantes ou ofensas à honra de qualquer ser humano independentemente da sua condição forte ou débil. Nunca podendo tais violações assumirem relevância jurídica positiva, sob pena de constituir fonte de precedentes vinculativos ou servir de fundamento para a tutela da confiança. Contra a dignidade do ser humano não deverá haver posições jurídicas adquiridas, nem pretensões juridicamente tuteláveis⁴².

A dignidade humana é hoje entendida como um dogma da confluência da consciência jurídica universal, identificando-se como sentido único de um Direito justo, ou seja, servindo com valor absoluto único e inviolável, cada ser humano vivo e concreto. Este princípio consubstancia um valor cimeiro dos ordenamentos jurídicos, sendo a base de toda a ordem constitucional, sendo que é nela que reside o fundamento, o limite e o critério da validade do Direito. Possuindo assim um efeito irradiante sobre todo o restante ordenamento jurídico, ditando normas permissivas ou proibitivas⁴³.

A dignidade da pessoa humana constitui uma fonte de tarefas para o Estado, transformando-se a respetiva garantia num dever fundamental do Estado e pressupondo a adoção de encargos. Entre os mais prementes, evidencia-se de defesa da dignidade da pessoa humana contra agressões ou perigos de agressão provenientes da sua sociedade, ou exteriores à mesma. O ser humano é por natureza intollerante, e por isso a edificação de um estado de direitos humanos é um processo em permanente desenvolvimento, não se podendo assegurar apenas pelo nível de respeito já atingido ou pela garantia alcançada

⁴² Otero, Paulo. (2009). *Instituições Políticas e Constitucionais Volume I*, (pp. 559 e ss). Coimbra: Almedina, SA;

⁴³ Otero, Paulo. (2009). *Instituições Políticas e Constitucionais Volume I*, (pp. 561 e ss). Coimbra: Almedina, SA;

pelos direitos humanos no seu território. Há sempre perigos e novos desafios⁴⁴.

Dos inúmeros obstáculos à dignidade da pessoa humana e consequentemente ao nível de direitos humanos já alcançados, salienta-se a intolerância religiosa, personificada no fundamentalismo religioso, que acarreta ameaças múltiplas à cultura do respeito pelos direitos fundamentais. O fundamentalismo religioso, no caso concreto, o fundamentalismo religioso islâmico, desvaloriza a vida humana segundo uma aposta total e absoluta na felicidade após a morte, fazendo da lei religiosa, fonte da lei civil. Este fundamentalismo pode provocar uma rotura nas bases no modelo de estado de direitos humanos a dois níveis distintos: 1.º. O ser humano, desde a sua própria vida até à liberdade de expressão e de consciência, surge desvalorizado perante a religião, desaparecendo ou relativizando o valor da pessoa como um alicerce do estado. O fundamentalismo religioso próprio dos estados islâmicos rejeita qualquer ideia de estado de direitos fundamentais, ou estado de direitos humanos; 2.º. Visando a concretização dos seus propósitos, o fundamentalismo islâmico utiliza todo um conjunto de meios violentos, substituindo a tolerância pela tortura e execução dos opositores internos e recorrendo a atentados terroristas para contrariar inimigos externos⁴⁵.

Neste ultimo ponto, o fundamentalismo islâmico tem suscitado o repensar das defesas dos Estados ocidentais. Estando a doutrina muito dividida, no que concerne ao tratamento a dar a quem, aproveitando-se da tolerância das sociedades pluralistas e democráticas, visa destruir essa mesma tolerância. O fundamentalismo religioso, veio desmistificar qualquer dogma da universalidade do modelo de estado de direitos humanos. A lógica insusceptibilidade da imposição deste modelo político à escala mundial, deve alertar o poder político para a necessidade de defesa interna contra aqueles que, recorrendo a processo violentos,

⁴⁴ Otero, Paulo. (2009). *Instituições Políticas e Constitucionais Volume I*, (pp. 610 e ss). Coimbra: Almedina, SA;

⁴⁵ Otero, Paulo. (2009). *Instituições Políticas e Constitucionais Volume I*, (pp. 661). Coimbra: Almedina, SA;

pretendam subverter e destruir a ordem axiológica baseada no respeito e garantia da dignidade da pessoa humana viva e concreta⁴⁶.

Ainda em matéria de intolerância, um outro fator de inquietação do estado de direitos humanos é protagonizado a nível político através do terrorismo. Com os atentados de 11 de setembro de 2001, a ameaça terrorista obrigou os estados a tornar presente a conceção de um modelo de “Estado-segurança”, procurando antever, prevenir e controlar potenciais situações de risco para a vida das pessoas e para a sobrevivência do próprio estado. A segurança tem vindo assim a tornar-se um valor prevaiente sobre a liberdade, invertendo-se um dos postulados do Estado de direitos humanos. Existe hoje uma suspeita geral sobre os cidadãos em abstrato, a liberdade debilitou-se perante situações de potencial risco, observando-se em certas ocasiões um retrocesso dos valores já alcançados. Nesta balança de risco, onde a liberdade é jogada com a segurança, o estado de direitos humanos pode estar refém do terrorismo ou, por paradoxal que possa parecer, pode ser refém de certas formas de combate ao terrorismo. Uma prevalência absoluta do valor da segurança pode ser tão nefasta para os direitos fundamentais como o mais bárbaro e cobarde atentado terrorista. Esse é, alias, o trunfo dos movimentos terroristas que, independentemente de qualquer atentado, exercem uma psicologia de terror, instigando a prevalência da segurança sobre a liberdade, fazendo cair os governantes na armadilha programada pelos terroristas contra as instituições democráticas⁴⁷.

A subtileza da ameaça traçada ao estado de direitos humanos resulta da necessidade de segurança provocada pelo perigo de terrorismo. Os terroristas adquirem um poder reconfigurado da relação entre a segurança e liberdade na democracia.

Esta ameaça ganha especial preocupação com o facto de o EI ser um movimento de cariz internacional, e nele combaterem cidadãos estrangeiros de cerca de oitenta nacionalidades, entre as quais, se

⁴⁶ Otero, Paulo. (2009). *Instituições Políticas e Constitucionais Volume I*, (pp. 662 e ss). Coimbra: Almedina, SA;

⁴⁷ Otero, Paulo. (2009). *Instituições Políticas e Constitucionais Volume I*, (pp. 662 e ss). Coimbra: Almedina, SA.

registam cidadãos europeus. A facilidade de deslocação por todo o espaço Schengen é suficiente para aterrorizar os governos e leva-los a tomar medidas restritivas de liberdades e garantias. Apesar do estado islâmico ter uma base territorial restringida a pouco mais que o “crescente fértil”, são conhecidas as suas aspirações em termos territoriais e mesmo que não se venham a verificar, existe sempre o risco de atentados terroristas em território ocidental, por forma a retaliar contra qualquer ato hostil que venha a ocorrer, no intuito de enfraquecer o Ei. Ameaçando desta forma a sustentabilidade do modelo democrático.

Considerações finais

O auto proclamado estado Islâmico, não é comparável a nada que a história nos tenha ensinado. É um inimigo comum da humanidade que nasceu num mundo onde as fronteiras são tão ténues como a linha que separa o aliado do inimigo, deve ser contido, enfraquecido e extinto.

Neste breve ensaio, partiu-se de uma questão central, onde o Estado Islâmico foi confrontado com os limites da estadualidade, interrogando se seria um obstáculo ao constitucionalismo global.

Analizada a sua morfologia, e confrontada com a herança liberal no desenvolvimento do Estado dos Direitos Humanos nos países ocidentais, tem-se como argumento central deste ensaio que o Estado Islâmico representa uma ameaça aos valores seculares e liberais dominantes nas sociedades ocidentais, com contornos ideológicos e políticos bem definidos.

A natureza radical do EI resulta dos meios e objetivos utilizados, ou seja, através do recurso à guerra e ao terrorismo, prosseguiram a instalação de regime político islâmico com base territorial, redeseenhando o mapa do medio oriente, e almejando tomar o controlo de uma território inda maior.

É evidente que tudo isto constitui um desafio aos países ocidentais, e a natureza da resposta será decisiva para o futuro da ordem internacional. Os acontecimentos recentes permitem antecipar algumas conclusões:

Em primeiro lugar, sempre que ocorram ataques às sociedades amantes da paz, ou seja fundadas sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, a resposta terá necessariamente uma natureza militar e decisiva, pois não podemos ser tolerantes perante a intolerância, como refere o Professor Paulo Otero, “a necessidade de salvar uma pluralidade de seres humanos nunca torna lícito sacrificar a vida de um só ser humano, salvo se este representar a fonte de agressão intencional e deliberada de todos aqueles que têm a sua vida em risco”.

Em segundo lugar, os estados pluralistas do ocidente terão provavelmente que reconhecer os limites da universalização de modelos políticos liberais e seculares, como a democracia. Nas sociedades islâmicas, a religião tem um peso muito significativo na vida pública, tornando impossível imaginar reduzir o islão à vida privada dos cidadãos. No entanto isto não significa a radicalização dessas sociedades, como é conhecido existem igualmente versões moderadas do islamismo político.

Em terceiro lugar, pressupondo que as fronteiras do Estado Islâmico se encontram desenhadas e circunscritas à área conhecida, devemos ou não compactuar com a intolerância, arrogância e brutalidade? Compactuando, temos ainda a obrigação de acolher as centenas de milhares de refugiados, proporcionando-lhes bem-estar social, premissa que traduz uma dimensão axiológica da própria dignidade humana, ou seja, mesmo com o Estado Islâmico territorialmente circunscrito, mantêm-se o desafio ao constitucionalismo global.

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DE DIREITO E SEGURANÇA

A ENCICLOPÉDIA DE DIREITO E SEGURANÇA

Lançada no passado dia 27 de abril, no Atrium Almedina

Perante uma sala cheia de interessados e ilustres convidados, que se juntaram para ouvir os coordenadores, a Dr.^a Paula Valente, da Almedina, e os Professores Doutores Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos, explicando o propósito da obra e os desafios na sua coordenação, bem como a pertinência destes temas na época que agora se vive, e a Senhora Procuradora-Geral da República, a Conselheira Joana Marques Vidal, falaram sobre o mais recente do Grupo de Investigação Direito, Segurança e Democracia, que, após os Estudos de Direito e Segurança (I e II), e de uma forma mais sistemática, desenvolve os assuntos onde o Estado de Direito Democrático e os desafios de segurança que aquele enfrenta se cruzam e que são, nos dias de hoje, cada vez mais pertinentes.

Acrescente-se ainda que, para esta obra, colaboraram vários investigadores do CEDIS, nomeadamente as Senhoras Professoras e os Senhores Professores: Teresa Pizarro Beleza, Helena Pereira de Melo, Francisco Proença Garcia e Francisco Pereira Coutinho. Veja o vídeo – <https://www.youtube.com/watch?v=fqMw7ViP1Xo>

UM CONCEITO ESTRATÉGICO DE SEGURANÇA INTERNA PARA UMA NOVA ARQUITECTURA DA SEGURANÇA NACIONAL¹

NELSON LOURENÇO²

Apresentação

Em Março de 2014 apresentei nesta Escola uma Conferência com o título *As Novas Fronteiras da Segurança Interna*.

Afirmei, então, que historicamente a noção de segurança aparece essencialmente associada à ideia de segurança militar e do Estado e que só mais recentemente, no após Guerra Fria, se irá assistir a uma reconceptualização do conceito de segurança e a uma extensão do seu significado e alcance, num processo de reposicionamento da segurança externa, isto é, da Defesa, no quadro amplo da ideia de segurança nacional de que a segurança interna é um dos pilares.

A Conferência de há um ano, constituiu um primeiro ensaio da construção de um conceito estratégico de segurança interna para Portugal, considerado pelo GRESI – Grupo de Reflexão Estratégica sobre Segurança Interna, como uma prioridade perante a escassez da análise e do estudo sistemático, aprofundado e prospectivo das questões relacionadas com a segurança interna, realizado num quadro científico rigoroso e independente.

Prioridade reforçada pela necessidade de conhecimento que suporte recomendações estratégicas determinantes para a segurança interna que

¹ Conferência de Encerramento do Ciclo de Conferências “Segurança e Cidadania”, organizado pela Guarda Nacional Republicana, na Escola da Guarda, em Queluz, a 25 de Março de 2015.

² Presidente do GRESI – Grupo de Reflexão Estratégica sobre Segurança Interna.

tenham presente a complexidade da realidade social, política e económica decorrente das dinâmicas societárias associadas à globalização, à mundialização da economia e às novas tecnologias de comunicação, a nível nacional e a nível internacional.

É neste quadro que surge o estudo *Segurança Interna Horizonte 2025. Um Conceito Estratégico de Segurança Interna*³, apresentado pelo GRESI, no passado dia 4 de Março, na Universidade Nova de Lisboa.

O estudo do GRESI constitui um contributo ao pensamento sobre segurança, ao definir as linhas mestras de um conceito estratégico de segurança interna, pensado como instrumento adequado, teórica e conceptualmente, à elaboração de uma estratégia e de um sistema de Segurança Interna.

Nesta exposição, darei ênfase à relação segurança interna-segurança nacional.

No estudo do GRESI, a segurança nacional é pensada como um sistema de sistemas, ultrapassando o quadro estrito da defesa e alargando a reflexão estratégica a outras dimensões da segurança, como a segurança interna, as informações e outros sectores cujo papel é considerado essencial á prossecução dos fins e objectivos fundamentais e necessários à construção de uma sociedade desenvolvida e democrática.

A emergência de novas ameaças e riscos que apesar da sua origem externa se manifestam e expressam a nível da segurança interna pressupõe e exige a definição de um conceito estratégico de segurança interna que sustente conceptualmente um Sistema de Segurança Interna, considerado como parte integrante do sistema mais amplo e abrangente de Segurança Nacional, num quadro de complementaridade com o Sistema de Defesa Nacional e com o Sistema de Informações.

Esta necessidade de se repensar a arquitectura global da segurança é patente no processo adoptado na maioria dos países ocidentais e no quadro da União Europeia. Em Dezembro de 2003, a União Europeia adoptou a Estratégia Europeia de Segurança, que diz respeito à dimen-

³ Nelson Lourenço, Figueiredo Lopes, Conde Rodrigues, Agostinho Costa, Paulo Silvério, 2015, *Segurança Interna Horizonte 2025. Um Conceito Estratégico de Segurança Interna*, Lisboa, Edições Colibri / GRESI.

são externa da segurança na Europa e, em 2010, completou-a com a adopção da Estratégia Europeia de Segurança Interna.

Conceito Estratégico de Segurança Interna e Segurança Nacional

Referi atrás que, para o GRESI, a segurança nacional é conceptualmente entendida como um sistema de sistemas.

Assim e em jogada de antecipação, recordo que sistema é um conceito heurístico, não devendo por isso ser reificado; recordo ainda, que um sistema é sempre e simultaneamente parte de um sistema mais amplo e integrador de subsistemas, isto é, de sistemas, cujas relações de interdependência, mesmo quando hierarquizada, não impedem, pelo contrário exigem, uma definição conceptual autonomizada nos seus objectivos e funções.

Este o quadro utilizado na conceptualização da relação segurança interna – segurança nacional, tal como formulada no estudo do GRESI e que aqui retomo.

Até muito recentemente, as questões da segurança nacional foram entendidas num prisma eminentemente securitário e de defesa externa, tendo as Forças Armadas o quase exclusivo sobre as matérias de planeamento estratégico.

O contexto da sociedade global pressupõe, no entanto, uma nova leitura da segurança e é neste quadro que se impõe a autonomização de um Conceito Estratégico de Segurança Interna. Um conceito que ultrapasse as clivagens tradicionais entre segurança externa e segurança interior.

Um novo conceito de Segurança Nacional deverá necessariamente abranger uma clara individualização funcional dos seus diferentes pilares, identificando a Defesa Nacional com a segurança militar, associando a segurança do Estado à acção dos Serviços de Informações, a segurança humana aos domínios da Protecção Civil e a Segurança Interna à acção das Forças e Serviços de Segurança.

Assim, a Segurança Nacional deverá manter-se no nível mais alto da acção governamental, mas reunir os esforços coerentes das actividades e capacidades do Estado em matérias de defesa e de segurança interna,

contando ainda com a acção supletiva de áreas fundamentais nos domínios da economia, da educação, da saúde e da justiça, entre outros.

A Segurança Interna deverá também constituir uma tarefa do mais alto nível político, embora de carácter sectorial, pugnando por uma abordagem de governação integrada, flexível e realista, baseada na confiança, com enfoque nas pessoas e na partilha de responsabilidades, visando o bem comum.

Um Conceito Estratégico de Segurança Interna tal como definido no estudo do GRESI, sustenta e permite a consolidação de uma Estratégia Nacional de Segurança Interna, que assuma as experiências e a evolução recente dos sistemas de segurança interna nos vários Estados membros da União Europeia que, tal como Portugal, integram o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça em conformidade com os Acordos de Schengen.

O Conceito Estratégico de Segurança Interna emerge, assim, como componente essencial da definição da arquitectura de um Sistema de Segurança Nacional que integre numa lógica de complementaridade os sistemas de segurança militar, de segurança interna, de informações e de protecção civil, sem descurar outros importantes factores de natureza política, económica e social, que concorrem para a realização dos objectivos estratégicos da segurança nacional.

As novas perspectivas da segurança impõem a necessidade de articular e clarificar conceitos e doutrinas, renovando o conceito de segurança,

Assim e no que diz respeito à reconceptualização da segurança, pode concluir-se que a tese tradicional da separação entre segurança interna e segurança externa cede o passo a um conceito integrado que faz apelo aos princípios da complementaridade e da interdependência entre todas as componentes do sistema nacional de segurança.

Neste contexto complexo, diversos Estados têm vindo a definir ou reformular os seus conceitos e estratégias de segurança interna segundo uma visão integradora dos sistemas de segurança e protecção, onde a segurança interna assume posição relevante e premente na relação diária com os direitos, liberdades e garantias das populações.

Em síntese, o Conceito Estratégico de Segurança Interna assume como pressuposto orientador a constituição de um Sistema de Segurança Interna coerente, equilibrado e articulado segundo um racional

de complementaridade na acção. Um sistema com acrescida capacidade de intervenção e de diálogo com os outros actores intervenientes no quadro da segurança nacional, que se assuma como um dos pilares da segurança nacional.

Pressupostos de um sistema de segurança

Como referi, o conceito estratégico de segurança interna pressupõe a capacidade de informar uma estratégia e de indicação dos pressupostos de um sistema.

Os desafios do actual ambiente de segurança, a que acresce uma realidade estratégica com focos de instabilidade preocupantes, comportam implicações que surtem impacto directo na ordem interna dos Estados. Portugal não é naturalmente excepção, mercê quer da sua localização geográfica, e do seu estatuto de encruzilhada de importante rotas comerciais, quer ainda da sua condição de integrante de espaços geopolíticos que estão no epicentro dos processos de alteração global.

É pois incontornável que na formulação do Conceito Estratégico de Segurança Interna se processe um exercício de reflexão sobre um novo sistema de segurança interna, que na sua concepção tenha em consideração um conjunto de pressupostos, tal como apresentado e desenvolvido no estudo do GRESI, atrás referido.

No contexto desta Conferência sobre uma nova arquitectura da Segurança Nacional e do posicionamento da Segurança Interna destaco como ideias força:

- Estabelecer uma tutela política única para todas as Forças e Serviços de Segurança;
- Manter um modelo dual ou de dupla componente policial;
- Criar um Centro de Comando e Controlo que para além do apoio à decisão do Secretário-geral de Segurança Interna, assegure também a condução das operações de segurança ao nível operacional;
- Considerar a virtuosidade e a necessidade da colaboração entre os vários pilares da segurança nacional, mantendo o carácter

supletivo da acção das componentes do pilar da Defesa Nacional nas missões de segurança interna, conforme aos princípios do Estado de Direito.

- De igual forma, importa reconhecer a dimensão de uma componente externa da segurança interna, consubstanciada na participação das Forças e Serviços de Segurança em missões de gestão civil de crises, ou supletivamente em missões da Defesa Nacional, como contributo relevante para a paz e segurança internacionais;

Considerações Finais

Referi, no início desta Conferência, as razões que justificam a necessidade de se investir na construção de um quadro de pensamento estratégico sobre segurança interna em Portugal. Um pensamento que tenha presente a complexidade da realidade social, política e económica decorrente das dinâmicas societárias associadas à globalização, à mundialização da economia e às novas tecnologias de comunicação, a nível nacional e a nível internacional.

Embora muito brevemente, abordei a questão do alargamento e da densificação do conceito de segurança num processo que justifica que se possa falar estarmos perante um novo paradigma da segurança.

Um novo paradigma que pressupõe uma reconceptualização da segurança e não apenas devido ao seu alargamento a novas áreas. É a alteração da própria natureza da segurança e dos seus actores, no quadro das funções de soberania, isto é, usando uma linguagem muito cara aos historiadores que obriga a uma reflexão das *funções regalianas*.

Como se refere no Livro Branco sobre Segurança Nacional, de França, publicado em 2008, que passo a citar:

“A Segurança Nacional substitui a antiga noção de Defesa Nacional (...) doravante, a Defesa deixa de ser o quadro geral da acção do Estado em matéria de protecção dos interesses nacionais, passando a ser apenas uma das *funções regalianas*, que participa, em conjunto com outras políticas públicas, na Segurança Nacional”.

É neste contexto de um novo paradigma de segurança, emergente nestas últimas duas décadas, que o GRESI equaciona a necessidade de construção de um quadro teórico e conceptual que tenha a capacidade de suportar um conceito e uma estratégia de segurança nacional hierarquicamente superior a todas as outras estratégias de segurança – da defesa à segurança interna e às informações – quer o seu objecto sejam ameaças externas ou internas.

Neste modelo, a segurança nacional assume-se como um sistema de sistemas, assentes em conceitos estratégicos autonomizados mas sistemicamente interdependentes e ancorados numa filosofia de acção em que a complementaridade e a subsidiariedade são elementos essenciais.

Considera o GRESI que o conceito estratégico constitui a base de sustentação necessária à definição de uma estratégia de segurança interna.

Uma Estratégia de Segurança Interna para Portugal que deverá estabelecer não apenas orientações para o modelo e a organização do Sistema de Segurança Interna, mas também estabelecer critérios que orientem os procedimentos ao nível do planeamento estratégico.

Considera o GRESI que um Sistema e uma Estratégia de Segurança Interna consolidados num Conceito Estratégico constitui um passo importante e fundamental para uma nova arquitectura do modelo da Segurança Nacional, concebido como um sistema de sistemas em que os seus pilares seriam o sistema de segurança externa ou defesa, o sistema de segurança interna e o sistema de informações da República.

Espera o GRESI que este contributo possa gerar um amplo debate pela sociedade civil.

Só com esse debate e aplicação estratégica e operacional das respectivas conclusões, Portugal poderá orgulhar-se de associar um Sistema de Segurança Interna ajustado aos mais elevados critérios de excelência, num espaço de liberdade e segurança.

NORMAS TÉCNICAS DA REVISTA DE DIREITO E SEGURANÇA

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o e-mail para secretariado.ides@gmail.com, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um resumo em português e em inglês, além de cinco palavras-chave, em português e em inglês.

A redação aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respectivas áreas temáticas, a designar pelo Diretor, e sem prévia identificação do autor.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.
- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à actualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.

- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A *Revista de Direito e Segurança* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 500 €.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
diz ¹ .	diz ² .
” ³	⁴ ”
diz ⁵ .	diz. ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação. Só excecionalmente será pedida a colaboração dos autores, os quais também só excecionalmente poderão alterar os originais entregues.

7. Redação da Revista de Direito e Segurança

Instituto de Direito e Segurança:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
E-mail: ines.braga@fd.unl.pt
Sítio eletrónico: www.ides.pt

RDeS – REVISTA DE DIREITO E SEGURANÇA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Prof. Doutor Amadeu Recasens i Brunet

Prof. Doutor Armando Marques Guedes

Prof. Doutor Carlos Feijó

Prof.^a Doutora Cristina Montalvão Sarmento

Prof. Doutor Daniel Frazão

Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral

Prof. Doutor Fernando Horta Tavares

Prof. Doutor Francisco Pereira Coutinho

Prof. Doutor Hermenegildo Avelino

Prof. Doutor Joannisval Brito Gonçalves

Prof. Doutor José João Abrantes

General Doutor José Loureiro dos Santos

Prof. Doutor José Manuel Anes

Professor Doutor Luciano Lourenço

Prof. Doutor Raúl Araújo

Prof. Doutor Rosângelo Rodrigues de Miranda

Prof. Doutor Sebastien Roché

Prof.^a Doutora Sofia Santos

I – DOUTRINA

Ana Vaz

Segurança Interna na União Europeia

Aristófares dos Santos

Investigação criminal, processo penal e comunicação social

Carina Quaresma

O lugar das vítimas “indefesas”/”vulneráveis” no Código Penal: reflexões acerca da aplicação do princípio da legalidade

José Pedro Parra

Informações na União Europeia

Juliano Vieira Zappia

A prisão cautelar para fins de deportação de estrangeiros na legislação brasileira

Lino Santos e Armando Marques Guedes

Breves reflexões sobre Poder e Ciberespaço

Luís Cuco de Jesus

O «Estado Islâmico» nos Limites da Estadualidade: Um Obstáculo ao Constitucionalismo Global

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DE DIREITO E SEGURANÇA

Enciclopédia de Direito e Segurança

Cerimónia de lançamento na Livraria Almeida, em Lisboa, em 27 de abril de 2015

Nelson Lourenço

Um Conceito Estratégico de Segurança Interna para uma Nova Arquitectura da Segurança Nacional

FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

CEDIS

CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE