



**EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROVA EM PROCESSO PENAL
DO PENSAMENTO MÁGICO À RAZÃO**

**A INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO
NO ESTADO DE DIREITO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no
Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses (2016/17) por José Alberto
Campos Braz

Orientador: Prof. Doutor José Anes Duarte Nogueira

Co-orientador: Prof. Doutora Teresa Quintela de Brito

Lisboa, 2017

R

AGRADECIMENTOS

Ao senhor professor José Anes Duarte Nogueira e à senhora professora Teresa Quintela de Brito, expesso o meu reconhecido e público agradecimento pela disponibilidade demonstrada, pelo oportuno e sábio conselho que me dispensaram no acompanhamento e orientação da presente dissertação.

Resumo:

A necessidade de enfrentar novas formas e expressões de criminalidade, colocam a ciência criminal perante inauditos desafios e na procura de novos caminhos que, por regra, restringem a sua função garantística e descaracterizam a sua matriz humanista.

A tendência neocriminalizadora e o aumento do efficientismo penal, conferem-lhe uma natureza e um âmbito de ação, em muitos aspetos incompatíveis com princípios estruturante do Estado de Direito de cujos valores é suposto emanar.

Tais tendências estão particularmente presentes no domínio processual, onde se concentram e densificam as soluções e a utensilagem jurídica tida por necessária a alcançar novos objetivos, designadamente os chamados meios *ocultos* ou especiais de prova.

Uma visitação histórica aos sistemas de produção probatória e à sua evolução à luz dos valores civilizacionais, bem como a compreensão sócio criminológica dos atuais paradigmas e novas ameaças criminais, permitem, resistindo ao apelo securitário, formular propostas e soluções de compromisso, possíveis, entre a eficácia desejada e legalidade necessária, através de uma investigação criminal judicializada, no respeito pelo princípio da separação de poderes, próprio dos Estados de Direito.

Palavras-chaves:

Modelos probatórios; meios de prova e “*meios ocultos*” de obtenção de prova; garantismo e efficientismo; segurança, justiça e securitarismo; flexibilização probatória e Estado de Direito; prevenção e investigação; investigação criminal judicializada.

Summary:

“The need to address new forms and expressions of crime place the criminal science before unprecedented challenges and in the search for new paths which, as a rule, limit its protective role and detract it from its humanistic nature.

The neo-criminalizing trend and the increase in the criminal efficiency grant the criminal science with a nature and scope of action, which is in many regards inconsistent with the underlying principles of the Rule of Law, from whose values it is supposed to derive.

Such trends are especially present from a procedural point of view, where the legal solutions and tools necessary to achieve new goals are concentrated and compacted, notably the so-called “concealed means” or special means of proof.

An historic visit to the systems of taking evidence and to the evolution thereof in light of the civilizational values, as well as the social- and criminology-based understanding of the current criminal paradigms and new criminal threats allow (by resisting the call for securitarianism) for possible proposals and compromise solutions to be shaped, between the intended effectiveness and the required lawfulness, through a judicialized criminal investigation, respecting the principle of separation of powers, which is common to the States observing the Rule of Law”

Keywords:

Evidence models; means of proof and “*concealed means*” of taking evidence; excessive protection (guarantism) and efficientism; security, justice and securitarianism; flexibility of the means of proof and the Rule of Law; prevention and investigation; judicialized criminal investigation

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	13
I. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA.....	17
1.1.A prova como espelho do devir civilizacional	17
1.2.0 sistema primitivo. O pensamento mágico e a verdade revelada.....	19
1.3.0 sistema das provas legais. O pensamento teocrático e o poder absoluto.....	24
1.3.1.A prova tarifada.....	26
1.3.2.0 Tribunal da Inquisição.....	27
1.3.3.0 modelo processual inquisitório.....	28
1.3.4.A tortura.....	31
1.4.0 sistema da prova científica. Do Humanitarismo das Luzes aos nossos dias...39	
1.4.1.Criminalística e ciências forenses. A imparável evolução da ciência e da tecnologia.....	42
1.4.2.0 modelo processual acusatório. O primado da liberdade e da dignidade humana.....	46
1.4.3.0 modelo processual misto. Legalidade e eficácia.....	48
II. OS MODELOS PROBATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS.....	50
2.1.0 Processo Penal Português.....	50
2.1.1.0 CPP de 1987. Um modelo exemplar no contexto europeu.....	52
2.1.2.0 sistema probatório.....	55
2.1.3.Princípios fundamentais relativos à prova.....	56
2.1.3.1.Princípio da investigação ou da verdade material.....	57
2.1.3.2.Princípio da legalidade ou da legitimidade da prova.....	58
2.1.3.3.Princípio da livre apreciação da prova.....	63
2.1.3.4.Princípio da presunção de inocência.....	65
2.1.4.Meios de prova e meios de obtenção de prova.....	68
2.1.5..Investigação criminal clássica e <i>cientifização</i> do processo probatório.....	69
2.1.6.0 garantismo penal como expressão matricial do Estado de Direito.....	70
III. NOVOS PARADIGMAS SOCIAIS E NOVAS AMEAÇAS CRIMINAIS.....	72
3.1.Do capitalismo industrial ao capitalismo informacional.....	72
3.2.Novas ameaças, novos desafios. A <i>sociedade de risco</i>	74
3.3.0 conceito de crime organizado.....	77

3.3.1.Uma constante histórica.....	77
3.3.2.A difícil uniformização conceitual.....	80
3.4.As <i>cedências</i> e os riscos de descaraterização do Direito penal humanista.....	86
IV. AS RESPOSTAS DO ESTADO DE DIREITO NO PLANO PROCESSUAL PENAL.....	91
4.1.Novas metodologias de investigação criminal. A falência de um modelo. Uma nova lógica probatória.....	91
4.2.Os “ <i>meios ocultos</i> ” de investigação e a compressão dos direitos e garantias.....	92
4.2.1.Vigilância e controlo eletrónico.....	94
4.2.1.1.O potencial tecnológico e a <i>tentação</i> escópica.....	94
4.2.1.2.Prova documental, tecnológica e eletrónica.....	95
4.2.2. O Direito premial e o reconhecimento da colaboração processual.....	96
4.2.2.1.Afirmção histórica do Direito Premial.....	96
4.2.2.2.A norma premial no Direito comparado. Um novo <i>paradigma</i> probatório na luta contra a máfia.....	99
4.2.2.3.O Direito premial no ordenamento jurídico-penal português.....	102
4.2.2.3.1.As ações encobertas. Agente encoberto vs. agente provocador.....	103
4.2.3.As críticas aos “ <i>meios ocultos</i> ” de investigação criminal.....	108
4.2.4.Prevenção e repressão. Os perigos da (con) fusão conceitual na <i>securitarização</i> da investigação criminal.....	110
PROPOSTAS FINAIS.....	117
A. Criteriosa delimitação dos crimes de catálogo e reafirmação da natureza supletiva dos meios especiais de obtenção de prova.....	118
B. Reafirmação e consolidação de um modelo judiciário de investigação Criminal.....	119
Bibliografia temática e consultada.....	121

SIGLAS UTILIZADAS

AR.....	Assembleia da República
BMJ.....	Boletim do Ministério da Justiça
CE.....	Conselho da Europa
CC.....	Código Civil
CEJ.....	Centro de Estudos Judiciários
CIC.....	Código de Instrução Criminal
CP.....	Código Penal
CPC.....	Código de Processo Civil
CPP.....	Código de Processo Penal
CEDH.....	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CRP.....	Constituição da República Portuguesa
CEJUR.....	Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros
DC.....	Direito Constitucional
DPP.....	Direito Processual Penal
DUDH.....	Declaração Universal dos Direitos do Homem
FBI.....	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
FDUL.....	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
JIC.....	Juiz de Instrução Criminal
LSD.....	Dietilamida do ácido lisérgico (<i>Lysergsäurediethylamid</i>)
LSI.....	--Lei de Segurança Interna
LO.....	Lei Orgânica
LOIC.....	Lei de Organização da Investigação Criminal.
MDMA.....	Metilenedioximetanfetamina
MJ.....	Ministério da Justiça
MP.....	Ministério Público
ONU.....	Organização das Nações Unidas
OPC.....	Órgão de Polícia Criminal
OPJP.....	Observatório Permanente da Justiça Portuguesa

PIDCP.....Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
PJ.....Polícia Judiciária
PR.....Presidente da República
RASI.....Relatório Anual de Segurança Interna
RPCC.....Revista Portuguesa de Ciência Criminal
RIPC.....*Revue Internationale de Policie Criminelle*
TC.....Tribunal Constitucional
THC.....Sigla de *Tetra-hidrocanabinol*
TRC.....Tribunal da Relação de Coimbra
UNCTOC.....Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional

Normas gráficas

Na presente dissertação utiliza-se o tipo de letra Times New Roman e espaçamentos entre linhas 1,15.

As citações e referências bibliográficas observam o Manual norma portuguesa NP 405, harmonizado com a norma internacional ISO 69

INTRODUÇÃO

O Direito Penal de matriz garantística, face a emergência de novos paradigmas criminais que põem em causa o funcionamento das sociedades democráticas e erodem o Estado de Direito, vem sendo, há várias décadas, confrontado com insuperáveis e acrescidas dificuldades.

No último meio século, o crime transfigurou-se, assumindo novas formas e dimensões e ofendendo bens jurídicos, cuja proteção, aparentemente, parece exigir uma incontornável ampliação e/ou antecipação da tutela jurídica. A ameaça de reduzir a dogmática jurídico-penal a um mero instrumento simbólico de política criminal, numa lógica funcionalista, incompatível com a ideia de Estado de Direito, é hoje uma realidade.

No plano substantivo, eleva-se o Direito penal a solução para todas as maleitas e disfuncionalidades económico-sociais, adensando-se os sinais que promovem a sua descaraterização, através de uma imparável sanha neocriminalizadora.

Mas, é, indubitavelmente, no plano processual penal, que encontramos o *olho do furacão* de toda esta problemática, nele se concentrando a maior turbulência e as mais relevantes tensões, particularmente as que se digladiam em torno da produção probatória e dos meios por ela utilizados.

Vários caminhos, - sedutores para uns, perigosos para outros -, se perfilam no horizonte próximo. Desde os securitarismos que cavalgam a amplificação do medo e a insegurança induzida, até, capciosas formas de justicialismo, ambos apostados em desvirtuar e enfraquecer o princípio da tripartição dos poderes de Estado e outros alicerces do legado demo-liberal.

O ordenamento jurídico português não escapa a este sortilégio, não obstante a baixa incidência, entre nós, de algumas formas de criminalidade organizada e violenta, tradicionalmente responsáveis por aqueles efeitos induzidos.

No plano legístico, é cada vez mais frequente a aprovação de diplomas que implementam, num sentido securitário, soluções erráticas e assistémicas, próximas de modelos que colidem com a nossa matriz constitucional.

Em termos práticos, no plano do seu funcionamento concreto, o sistema de Justiça criminal está sujeito a uma permanente pressão, quer por parte de setores sociais e da opinião pública que pugnam, ideologicamente, por um maior efficientismo penal, quer por parte de operadores que, por razões puramente utilitárias, tendem a *desconfigurar* e preverter a *ratio* supletiva e restritiva de determinados meios processuais de obtenção de prova, massificando o seu uso na investigação de um alargado espetro de criminalidade comum

*

Esta discrepância entre aquilo que o legislador *quer* e aquilo que o sistema de aplicação da lei processual penal, designadamente no âmbito do inquérito, tende a fazer no domínio da produção de prova, constitui o *pano de fundo*, e objeto de análise da nossa dissertação.

Reconhecemos a natureza um pouco atípica do objeto de análise escolhido.

Com efeito, não pretendemos abordar e desenvolver nenhum instituto jurídico, meio de prova ou de obtenção de prova em particular, mas sim, proceder a uma leitura histórica e análise crítica do processo probatório na sua globalidade, e das práticas metodológicas que nele ocorrem, com o objetivo de identificar - no atual ordenamento processual penal português - pontos críticos e derivas descaracterizadoras que colocam em crise a natureza humanista do legado histórico.

O objetivo final que nos propomos prosseguir consiste, pois, na apresentação de um conjunto de propostas que contribuam para a (re)afirmação de um modelo probatório processual penal, que garanta, por um lado, relativamente a um núcleo mínimo de matérias e princípios estruturantes, a necessária concordância entre a *law in books* e a *law in action* e, por outro lado, a capacidade de responder com o mínimo de eficácia aos desafios da nova criminalidade, sem a funesta necessidade de generalizar a utilização de meios drásticos de produção de prova a segmentos da criminalidade comum cuja investigação deve ser feita através dos chamados meios clássicos de prova e de obtenção de prova.

Sendo o Direito processual penal, particularmente a nível probatório, um dos ramos de Direito que melhor reflete a evolução histórica em matéria de valores civilizacionais, procuraremos no primeiro capítulo, através de uma narrativa histórica, diacrónica e, necessariamente, sinótica, identificar o sentido e rumo histórico que nos conduz da barbárie e do Direito da força, à Razão e à força do Direito.

No segundo capítulo, tomando por bom exemplo o atual sistema processual penal português, procuraremos caracterizar o denominado modelo acusatório misto, ou seja, o modelo garantístico que, apesar de toda a flexibilização de que tem sido alvo nos últimos tempos, vê a sua eficácia e adequação global, considerada insuficiente, face à natureza das novas ameaças.

No terceiro capítulo, procuraremos identificar essas novas ameaças criminais e os novos paradigmas socio-económicos que estão na sua génese, para, logo no capítulo seguinte, elencarmos e caracterizarmos os meios *especiais* e as novas estratégias metodológicas que têm vindo a ser paulatinamente introduzidas, nas ordens jurídicas ocidentais, com o objetivo de aumentar a eficácia do processo probatório.

No capítulo final, identificados os desvios e as disfuncionalidades que estão na origem das já referidas discrepâncias entre o espírito e letra da lei e a natureza, alcance e consequências da sua aplicação prática através de meios excessivos e desproporcionados, concluiremos a dissertação com a apresentação de um conjunto de propostas, já atrás referidas, tendentes a introduzir equilíbrios e mecanismos compensatórios que, não obstante à eficácia sempre que ela se mostre essencial, impeçam a descaracterização da matriz judiciária do modelo de investigação criminal que decorre da lei processual penal e da Constituição da República.

S. Francisco da Serra, 30 de Julho de 2017

O Mestrando

José Braz

Capítulo I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA

1.1.A prova como espelho do devir civilizacional

O Direito Processual Penal e, particularmente, os modos ou processos de produção probatória refletem, de forma muito nítida, os grandes princípios e os valores ideológicos e civilizacionais dominantes, na organização político-social de uma determinada sociedade. O processo penal, *maxime*, os meios de prova e de obtenção de prova, as medidas de coação e o conjunto de princípios jurídicos, que orientam e limitam a sua aplicação, constituem, na conhecida expressão de Claus Roxin¹, o “*sismógrafo*” da Constituição Política do Estado, verdadeiro Direito Constitucional aplicado que permite perceber, no âmbito da aplicação do direito sancionatório, o grau de observância de um conjunto de garantias e de direitos fundamentais, através das quais o Estado se (re)afirma, política e ideologicamente. No mesmo sentido, o processualista, também alemão, James Goldschmidt, considerou, em 1935, que “os princípios da política processual de uma nação não são mais do que segmentos da sua política estatal em geral. Pode dizer-se que a estrutura do processo penal de uma nação é o termómetro dos elementos corporativos ou autoritários da sua Constituição” (trad. nossa)².

Tal como as condutas que integram o conceito de crime³ e as penas ou reacções de natureza retributiva, restaurativa ou integradora, que a comunidade, de forma mais ou

¹ ROXIN, Claus - **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2003. p.10.

² GOLDSCHMIDT, James - **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Ed. Bosch, 1935. p. 67.

³ Entendido aqui, num sentido sócio-criminológico, como uma conduta anterior à norma, inseparável da própria ideia de sociedade. Um fenómeno social “*normal*”, definido por E. Durkheim, como um comportamento lesivo “dos estados imbuídos de uma forte consciência social”. Tal conceção de normalidade resulta da aplicação ao fenómeno criminal do método proposto por este autor para análise dos factos sociais. E sobre o tema prossegue: “Se há um facto cujo carácter patológico parece incontestável é sem dúvida o crime. Todos os criminólogos estão de acordo sobre esse ponto (...).O crime não se produz só na maior parte

menos organizada, lhes faz corresponder, também os meios de prova, e os procedimentos utilizados na sua de obtenção, evoluíram, significativamente, ao longo da História, refletindo concepções religiosas e filosóficas distintas, patamares de conhecimento científico e tecnológico e estádios de desenvolvimento social, económico e cultural, diferenciados.

Os meios de prova e de obtenção de prova são, por assim dizer, um expressivo *cartão de visita* da matriz civilizacional, da qual emergem, e, a abordagem diacrónica do seu processo histórico permite encontrar um fio condutor (embora interrompido sistematicamente, com surpreendentes e trágicas repristinações, concomitâncias e retrocessos) que, predominantemente, parte do pensamento mágico para a racionalidade, da lei da força e do terror para a força da Lei e da Razão, da vingança privada para a *potestas* e para o *jus imperii* estadual, do arbítrio do poder absoluto para os limites e garantias do Estado de Direito.

O homem enquanto ser pensante - o animal político (*zoon politikon*) de que falava Aristóteles - foi protagonista de um longo e tortuoso caminho, com mais de 25 séculos, feito de avanços e retrocessos, que conduziu as sociedades humanas à dimensão da racionalidade.

Há que reconhecer que, a consciência de si e a razão que distinguem o Homem dos restantes mamíferos, nem sempre se sobrepuseram ao seu lado animal comum, feito de sentimentos e instintos, sendo historicamente evidente que, o predomínio da razão nas sociedades humanas, não resulta de um processo natural e inato à condição humana, mas antes de uma laboriosa e inacabada construção de ordem cultural, que diferencia os homens dos animais e os faz relacionar entre si, de acordo com sucessivos e distintos modelos de interação e confronto.

A Religião e o Direito, instituições humanas que, ao longo da História, assumiram múltiplas dimensões e uma elevada relevância, permitindo leituras e interpretações distintas e polissémicas da realidade, tiveram um papel importantíssimo, no plano real, imaginário e simbólico, sendo, justamente, em torno destas duas instituições, que a natureza da prova se formatou e evoluiu ao longo de séculos, refletindo, naturalmente, as convicções religiosas, filosóficas e culturais dominantes e os estádios de desenvolvimento sócio-económico, científico e tecnológico de cada momento.

Por razões de pura economia descritiva, podemos, - com todos os riscos de hermenêutica que tal acarreta -, sistematizar modelos de produção probatória, com base na identificação de denominadores comuns que lhes conferem características diferenciadoras.

das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades, qualquer que seja o tipo destas. Não há nenhuma em que não haja criminalidade. Muda de forma, os atos assim classificados não são os mesmos em todo o lado; mas em todo o lado e em todos os tempos existiram homens que se conduziram de tal modo que a repressão penal se abateu sobre eles”, in DURKHEIM, Émile **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007. p. 82.

Segundo de perto Imbert e Levasseur⁴, por nos parecerem propor um dos modelos de *processo histórico* probatório que melhor reflete a realidade subjacente, consideraremos 3 grandes sistemas ou paradigmas probatórios fundamentais:

- Sistema primitivo;
- Sistema das provas legais;
- Sistema da prova científica.

1.2. O sistema primitivo. O pensamento mágico e a verdade revelada.

Segundo os já citados Imbert e Levasseur⁵, e também Perelman⁶, as mais remotas referências ou expressões já estruturadas, neste domínio, encontramos numa justiça que tem, por princípio e fim, a vontade divina revelada em textos sagrados.

A *Lex Talionis*, presente na Bíblia Sagrada (*Levítico 24, 17*), no Código de Hamurabi (art. 209º e 210º), no Código de Manu da Índia bramânica (Livro VIII, Parte III), na tradição talmúdica, oral e escrita, na Lei das XII Tábuas (posteriormente entendida como a fonte do *ius romanum*), entre outros documentos históricos ancestrais, constitui um dos primeiros paradigmas de Justiça, mantendo resquícios de maior ou menor presença em muitas civilizações ao longo da História, até nos nossos dias⁷.

Esta tradição jurídica primeva, que tem por fonte o sagrado e a divinização ritualizada de costumes ancestrais, apresenta, como principais características, níveis embrionários de gregarismo e de organização social e ausência de aparelho de Estado e de poder jurisdicional organizado. Tem lugar no contexto de uma justiça privada e retributiva, que recorre, sistematicamente, ao pensamento mágico e à interceção de poderes divinos na procura da verdade, através do exercício de rituais religiosos e da utilização de meios irracionais e simbólicos, desproporcionados.

No sistema dito primitivo vigora, naturalmente, a tradição oral, inexistindo qualquer categoria ou simulacro de investigação, inquérito ou processo e, aquilo que mais tarde se viria a chamar o ónus da prova estava, por regra, a cargo do acusado. De toda uma vasta panóplia de estranhos e absurdos procedimentos, que a História regista, seriam mais frequentes os seguintes *judicii Dei* (juízos de Deus):

-Juramentos e ordálios.

⁴ IMBERT, Jean e George Lavasseur - **O Poder, os Juízes e os Carrascos – 25 séculos de repressão**. 1ª Ed.. Lisboa: Ed. Estúdios Cor, 1975.

⁵ Idem. p. 23 ss.

⁶ PERELMAN, Chaim - **Lógica Jurídica, Nouvelle Rhétorique**. Toulouse: Ed.Dalloz, 1979. p.26 e ss.

⁷ Alguns destes princípios persistiram ao longo da História, de forma pura, imperfeita ou metamorfoseados, em novos contextos. A *Lex Talionis*, por exemplo, está subjacente ao conceito de vingança e à proposta de dividir a evolução histórica do direito Penal em três grandes fases: vingança privada, vingança divina e vingança pública. A sua lógica retributiva pura persiste, atualmente, nos fundamentos da pena capital, da castração de violadores e da *sharia* muçulmana, entre outras soluções e tipologias punitivas que vigoram em distintos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Ao longo de toda a Antiguidade e, com maior frequência, no Direito Franco e Germânico da alta Idade Média, encontramos o juramento purgatório⁸, ou compurgação, que consistia num ritual público de juramento, feito pelo acusado e/ou por um determinado número de co-jurados que, publicamente, garantiam a inocência do acusado, libertando-o (purgando-o) da acusação. O número de co-jurados variava consoante o tipo de crime, a gravidade do mesmo e a origem social do acusado⁹. O juramento purgatório do acusado tinha uma natureza intrinsecamente religiosa. Num ritual de sacralização, realizado num templo, invocava-se uma divindade como testemunha da verdade dos factos alegados e esta teria, pelo menos, idêntico valor ao da acusação desprovida de provas (sem testemunhas) que demonstrasse, diretamente, a autoria do delito (não se tratando de factos notórios¹⁰ ou de flagrante delito).

Os ordálios¹¹, cuja utilização, muito comum na Antiguidade, se prolongou pela Alta e Baixa Idade Média, muito para além dos limites temporais do sistema dito primitivo, como adiante se verá¹², eram designados pelo termo *judicii Dei* (juízos de Deus)¹³. Podiam ter natureza unilateral ou bilateral.

Na falta de provas ou evidências diretas, e na ausência de meios e procedimentos técnicos adequados a provar de forma lógica e racional a inocência ou culpabilidade do acusado, o ordálio unilateral tinha por finalidade interceder junto de uma divindade (politeísta e/ou monoteísta), solicitando-lhe um sinal da inocência ou culpabilidade do acusado. Consistia, objetivamente, num procedimento sacrificial, rudimentar e ritualizado que recorria, predominantemente, a elementos do meio ambiente: água, fogo, substâncias nocivas, calor, frio, etc.

Conhecem-se, no Direito Franco e no Direito Germânico¹⁴, alguns rituais purgatórios elaborados com grande rigor regulamentarista e requintada perversidade. A título

⁸ PINTO, Eduardo Vera Cruz - **As Origens do Direito Português**. Lisboa: AAFDL, 1996, e IMBERT Jean e George Laverseur, *op. cit.* p. 166.

⁹ Apresenta-se, frequentemente, como exemplo histórico, o caso de Fredegunda, rainha consorte de Chilperico, rei franco da dinastia merovíngia, que, em 585 d.C., acusada de adultério, terá feito compurgação, acompanhada de trezentos co-jurados, garantindo, deste modo, a sucessão a seu filho Clotário II. *in*: https://ddd.uab.cat/pub/mirabilia/mirabilia.../mirabilia_a2007m12n7p144.pdf. Consultado em 12/9/17.

¹⁰ Para SANTOS, José Eduardo Marques dos - **O Processo Penal Português no período medieval**. Porto: Ed. Ecopy, 2012. p. 304 e ss., factos notórios “são aqueles factos que uma pessoa de bom senso e média cultura não poderá ignorar”.

¹¹ Termo derivado do vocábulo *uzdailjam*, na língua proto-germânica, e do anglo-saxão *ordæl* que significa “julgamento”, “o que está decidido”.

¹² Alguns ordálios, apesar da sua intrínseca natureza irracional e desumana, perduraram por vários séculos, ao longo de toda a Idade Média, sendo, inclusivamente, recuperados e frequentemente utilizados como meios de obtenção de prova, pela Inquisição, nos primórdios da sua implementação, na perseguição aos cátaros no sudoeste da França no séc. XII (Concílio de Verona 1184).

¹³ IMBERT, Jean e George Laverseur, *op. cit.* p. 167.

¹⁴ FOUCAULT, Michel - **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 2003. p. 56 e ss

meramente ilustrativo, transcreve-se¹⁵, do *Regnum Francorum* carolíngio (740 -900 d.C.), o seguinte texto:

“(...) o acusado mergulha a mão num caldeirão repleto de água a ferver para dela retirar um objeto (...). Um penso era imediatamente feito e selado com o selo do juiz. Se o braço e a mão se curassem no prazo fixado, o acusado provava que estava inocente. Se a ferida tinha mau aspeto e não sarasse em tal prazo, a prova indicava a sua culpa (...). (...) o acusado com o pé direito atado à mão esquerda e o pé esquerdo atado à mão direita, era mergulhado num lago ou num rio. Se boiasse, era sinal que a água o rejeitava porque ele era impuro, e portanto culpado. Se afundasse, presumia-se inocente (...)”.

Muito idêntico ao ordálio da água fervente, supra descrito, utilizava-se, por vezes, um ferro aquecido que o acusado segurava com uma mão, depois coberta com cera e envolvida (selada) com uma ligadura. Se, passado um determinado período de tempo, a mão não apresentasse vestígios de chaga, ou esta tivesse sarado, o réu era considerado inocente. Caso contrário, seria considerado culpado e, conseqüentemente, condenado.

Para além da *aqua fervens* (ou outro fluído) e do ordálio da imersão corporal, durante a Antiguidade e a Idade Média foi, frequentemente, usada uma ampla diversidade de ordálios, dos quais se referem, a título meramente ilustrativo, os seguintes:

- Ingestão de substâncias perigosas.

Eram administradas ao acusado, por ingestão forçada, substâncias suscetíveis de produzirem alterações orgânicas, designadamente venenos, na suposição de que o acusado inocente seria incólume à sua ação;

- Exposição a animais ferozes.

O acusado era lançado às feras ou outros animais perigosos, como serpentes, na suposição que estes atacariam e molestariam somente o culpado;

- Marcação com ferro em brasa.

O acusado era forçado a contactar, fisicamente, com ferros incandescentes (*ferrum candens*) e a neles tocar com a língua ou, ainda, a transportá-los durante determinado período de tempo¹⁶;

- Passagem pelo fogo.

Procedimento muito comum nos países anglo-saxónicos, consistia em percorrer determinado percurso, descalço, sobre brasas ou materiais incandescentes¹⁷;

¹⁵ *Apud* IMBERT, Jean e George Lavoisier, *op. cit.* p. 167 e ss.

¹⁶ SPRENGER, James e Heinrich Kramer - **O Martelo das Feiticeiras - *Malleus Maleficarum***. 5ª.ed. R.Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991., relatam um curioso caso ocorrido no século XV na diocese de Constance, na Floresta Negra, relativo a uma bruxa capturada pelo Conde de Furstenberg que, para provar a sua inocência, pediu para ser submetida ao ordálio da marcação por ferro em brasa, o que conseguiu, com ocultos estratagemas, ultrapassar com êxito, sendo por isso absolvida. A discussão deste caso gerou curiosos ditames jurisprudenciais, no sentido do pedido de um ordálio, por parte de um acusado de bruxaria, constituir, de *per si*, prova da sua culpa, pois o pacto das bruxas com o demónio impede a ocorrência de lesões, sendo tal entendimento extensível a acusados de outros delitos, em que a *aliança* com o demónio pode subverter as leis naturais e *manipular* os resultados.

¹⁷ Este ordálio permitia também utilizar determinados truques e estratagemas no sentido de neutralizar ou minimizar os seus efeitos lesivos. É historicamente conhecido o caso ocorrido no século XI, de Ema da Normandia, mãe do rei saxão, Eduardo o Confessor, que, acusada de adultério, submeteu-se com sucesso a este ordálio, segundo a tradição com a ajuda do bispo anglo-saxão de Winchester mais tarde

- Prova do cadáver.

Este ordálio, designado em latim por *ius cruentationis*, foi bastante utilizado na Germânia, durante toda a Idade Média, para provar a autoria de crimes de homicídio. Consistia, basicamente, no contacto do acusado com o cadáver da vítima. Se, desse contacto, resultasse sangramento ou determinados sinais físicos, eram estes entendidos como sentença divina da sua culpabilidade¹⁸.

Em qualquer dos casos referidos, o juízo de inocência ou de culpabilidade, pressupunha, de forma implícita, o reconhecimento da incapacidade de alcançar a verdade e, de forma expressa, a crença de um sociedade exacerbadamente teocêntrica, na omnisciência e infalibilidade divina. Neste contexto, a Justiça era um sinal, uma emanção de um Deus ou de uma qualquer divindade, limitando-se os homens a *solicitá-la* e *acatá-la*, incondicionalmente.

O ordálio bilateral¹⁹ correspondia ao que, por outras palavras, se poderá chamar, impropriamente, duelo judiciário. Tinha normalmente lugar quando, entre outras situações, a acusação não aceitava o juramento público de inocência do acusado. Nestas circunstâncias, procedia-se a um duelo público entre acusador e acusado, de acordo com regras pré-estabelecidas, que tinham, essencialmente, em consideração três pressupostos: o tipo de crime, a sua gravidade e o estatuto social dos envolvidos. O duelo era realizado a cavalo ou a pé, e utilizavam-se determinadas armas, consoante a classe e o estatuto social dos intervenientes. Podia durar alguns dias, sendo *inocente*, naturalmente, o seu vencedor. Caso não houvesse vencedor, perdia o pleito aquele que propôs a realização do duelo.

Mas nem sempre o ordálio bilateral tinha a natureza de um confronto ou combate. Muitas vezes tratava-se de um jogo de resistência física, sendo muito conhecido o chamado ordálio da cruz (*judicium crucis*), usado com frequência na Alta Idade Média, no império Carolíngio. Este consistia em manter levantados, em forma de cruz, pelo maior período de tempo, os braços do acusado e do acusador. Aquele que os baixasse primeiro seria considerado *abandonado* por Deus e, por conseguinte, culpado²⁰.

canonizado como S. *Swithun*. Como consequência do resultado do ordálio Ema foi declarada inocente e reabilitada pelo Rei. Para uma abordagem detalhada sobre a falibilidade e os procedimentos usados pelos acusados para minimizar os efeitos dos ordálios v.g. TAPPAN, Eva - *When Knights Were Bold*. North Carolina: Yesterday's Classics, 2005 (obra não consultada).

¹⁸ A peça "*Ricardo III*" de Shakespeare, na cena 2 do I ato, imortalizou o ordálio da prova do cadáver (*cruentation*), como forma de provar a culpa de Ricardo III, na morte de Eduardo, príncipe de Gales e de seu pai, Henrique VI de Inglaterra.

¹⁹ Idem, p. 168 e ss..

²⁰ FILHO, Fernando da Costa Tourinha - **Processo Penal**. 21ª.ed. S. Paulo: Ed. Saraiva,1999. p.240, refere, com a mesma designação o seguinte procedimento: "quando alguém fosse morto em rixa, escolhiam-se sete rixadores, que eram levados à frente de um altar. Sobre este se punham duas varinhas, uma das quais, marcada com uma cruz, e ambas envolvidas em pano. Em seguida tirava-se uma delas: se saísse a que não tinha marca, era sinal de que o assassino não estava entre os sete. Se, ao contrário, saísse a assinalada, concluíam-se que o homicida era um dos presentes. Repetia-se a experiência em relação a cada um deles, até sair a vara com a cruz, que se supunha apontar o criminoso".

É conhecida a frequência com que os ordálios em geral e, o duelo judiciário em particular, foram utilizado por toda a Idade Média²¹, sendo contudo interessante notar que em Portugal, nos textos medievais, *maxime* nos forais, as referências, em geral, a provas ordálicas não são frequentes. Apenas em dois ou três forais encontramos referência à prova da água quente e do ferro em brasa. Em documentação avulsa de diferente natureza existem também algumas referências. Já quanto ao duelo judicial, na modalidade de luta com paus, encontram-se descrições relativamente minuciosas nos foros de Riba-Côa.

Este sistema probatório primitivo que haveria de entrar pela Baixa Idade Média, coexistindo com o sistema das provas legais, *maxime* com a atividade do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição²², não constitui, de facto, um processo de procura da verdade, mas antes de uma espécie de jogo de estrutura binária²³ em que o acusado aceita a prova ou renuncia a ela: se renuncia perde a causa; se aceita pode perder ou pode ganhar, sendo que ela conduz, sempre, a uma vitória ou a uma derrota. A sentença não existe como instrumento processual autónomo de encerrar o processo, estando o seu sentido, automaticamente, contido no resultado do próprio ordálio.

Inexistindo um poder judicial tal como hoje o concebemos, a autoridade (local, régia, ou eclesiástica) só intervém, no processo, como testemunha legitimadora da sua regularidade.

Ainda na esteira de Foucault²⁴, neste sistema probatório que só iniciaria o seu derradeiro declínio na segunda metade do século XII, a prova não serve para apurar a verdade e identificar aquele que praticou o crime, mas tão só, e apenas, para estabelecer que o mais forte é aquele que tem razão. O processo probatório constituiria uma simples forma de transposição simbólica da guerra para as relações sociais do quotidiano, não tendo, por objetivo, a justa composição de um litígio, mas apenas a reprodução das relações de poder.

A Igreja Católica do Concílio de Latrão²⁵ acabaria por condenar os ordálios, não tanto por razões humanitárias, mas por razões de eficiência e de ordem prática. A racionalidade probatória mostrava-se mais eficaz no combate à heresia e outras práticas que ameaçavam de forma crescente o poder absoluto e hegemónico da Igreja. Neste contexto, na Europa ocidental, os ordálios acabariam por ser, a partir da segunda metade do

²¹ As formas de duelo que mais tarde encontramos em toda a época Romântica e, praticamente até finais do séc. XIX, não constituem uma continuidade do duelo judiciário antigo, mas sim um meio de assegurar a defesa da honra. Segundo Duarte Nogueira, este duelo tardio, ocorre não no plano da justiça, mas da afirmação de superioridade moral e social, de quem não admite ser objeto de um facto entendível como afetante do seu prestígio e dignidade moral.

²² Não obstante a prática dos ordálios merecer recorrentemente, no plano formal, a rejeição da Igreja Católica (Agobardo, Bispo de Lyon, publicou em 840 o *Liber* contra os *Judicum Dei*; os papas Estevão VI (888), Alexandre II (1063) e, já no século XII, Alexandre III e Celestino III, criticaram os ordálios; o cânone XVIII do IV Concílio de Latrão (1215) impedia os eclesiásticos de participarem em quaisquer formas irracionais de produção de prova, proibindo-os de consagrarem objetos destinados à sua prática) permitindo apenas e em determinadas circunstâncias, o recurso à compurgação.

²³ FOUCAULT, Michel, *op. cit.* 2003. p. 61.

²⁴ *Idem*, p. 58 e ss.

²⁵ Cfr n.r. 17. Em 1215, no mesmo ano do IV Concílio de Latrão, João sem Terra, assinou a Magna Carta em Inglaterra, instituindo no reino, o Tribunal do Júri e a racionalidade probatória com o predomínio da prova testemunhal.

século XIII, progressivamente substituídos pela tortura, na obtenção de confissões e testemunhos, quer na justiça criminal régia, quer na canónica, quantas vezes fundidas e indissociáveis no mesmo aparelho repressivo e na prossecução dos mesmos objetivos.

A prática de um reduzido número de ordálios manteve-se por mais de 3 séculos, na Europa oriental e do norte, sobretudo na repressão ao crime de bruxaria²⁶.

A sua prática sobreviveu até à atualidade, mostrando-nos, a antropologia cultural, o seu uso em vários países africanos, de que são exemplo: a *Tangena* em Madagascar²⁷; a *Bisha'a* na cultura árabe beduína do norte de África e Médio oriente²⁸; o *Calabar bean*, na Nigéria e no Togo²⁹. Tais práticas têm, como denominador comum, a ingestão de substâncias tóxicas.

Resumidamente, em estádios civilizacionais primevos, é esta a natureza e a estrutura das formas mais embrionárias de produção de prova, as quais, através do pensamento mágico, transferem para o teológico e sobrenatural a revelação de uma verdade-resultado que só o é, porque é sinal intangível da infalibilidade divina.

Segundo os autores citados, ao designado sistema primitivo, sucedem-se, o sistema das provas legais e o sistema da prova científica³⁰.

Teremos, contudo, de ter presente que o processo histórico não é linear. Também, neste domínio, é feito de descontinuidades e de sobreposições espaço-temporais. As fases propostas não se sucedem cronologicamente umas às outras com precisão aritmética: antes convivem, entre si, por largos períodos temporais, numa dialética de tensão e de confronto, até uma delas assumir a dominância, passando a confrontar-se com a fase seguinte. Apenas por razões metodológicas, e de sistematização expositiva, faz sentido simplificar o devir histórico.

Nestas circunstâncias, seria uma incompreensível omissão não referir a coexistência com o sistema primitivo, desse tempo e espaço fecundo de racionalidade que foi o Direito Romano, posterior à Lei das XII Tábuas (*Tábua VIII, 11*)³¹, não obstante o Direito processual penal ser, reconhecidamente, o ramo mais imperfeito e menos trabalhado do seu *corpus iuris*.

1.3. O sistema das provas legais. O pensamento teocrático e o poder absoluto

A partir do século XII, inicia-se um longo e complexo percurso no sentido da racionalização do sistema probatório. Refletindo o crescimento imperial da Igreja católica,

²⁶ Práticas descritas no *Malleus Maleficarum*, (n.r.16), onde se listavam práticas de bruxaria que as Igrejas reprimiam energeticamente.

²⁷ SAMUEL, Oliver - *Madagascar: An Historical and Descriptive Account of the Island and its Former Dependencies*. New York: Ed. Macmillan, 1886. Vol. I.

²⁸ GLUBB, John - *A Short History of the Arab Peoples*. London: Ed. Hodder & Stoughton, 1969.

²⁹ Documentário *Taboo Justice*. National Geographic. 2003. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fDAjT6g0wbk> >. Acesso em 26/08/16.

³⁰ IMBERT, Jean e George Lavoisier, *op. cit.* p.163 e ss., propõem a adoção destes 3 grandes períodos ou sistemas históricos, cuja terminologia e principais conteúdos, neste trabalho, seguimos de perto.

³¹ MALTEZ, José Adelino - *História das Instituições (instituições Criminais Antigas)*. Lisboa: Ed. FDL., 1980. p. 13, considera que a Lei das XII Tábuas “assinala a laicização do Direito Penal, desligando-o das suas origens metafísicas”.

e a consolidação do Estado feudal e das suas estruturas de poder, a administração da justiça evoluiu no sentido da consolidação autónoma, nos planos senhorial, régio ou eclesiástico, do que podemos já designar por poder judicial.

O reaparecimento do Direito Romano, a par do emergente Direito Canónico, resultante do crescimento hegemónico da Igreja católica, após o declínio e queda do império romano, viriam a constituir as principais fontes de Direito³² de uma nova fase ou período: o designado sistema das provas legais, cuja predominância, no essencial, se manteria até às Luzes.

Num novo contexto de positivação do Direito e fixação das fontes como limites da sua aplicação, e de jurisdicinalização da justiça penal tendo por base um inquérito, toda a atividade probatória passou a girar em torno de três categorias principais: a prova do corpo de delito, os *notorium ivrium* e a confissão.

A prova do corpo de delito corresponde a uma apreciável evolução, relativamente ao sistema anterior, na medida em que se exige, já, a confirmação da existência de um ato ilícito punível, como pressuposto de aplicação da justiça penal.

Contudo, o princípio da notoriedade, introduzido pelo Direito Canónico, segundo o qual os factos notórios não exigem qualquer tipo de prova (*notoria non eget probatione*)³³, concedeu, na prática jurisdicional, uma ampla dispensa de prova a uma multiplicidade de pleitos, com base em presunções inilidíveis (*jure et de jure*).

No que respeita à confissão, ela tinha, no Direito romano, uma elevada relevância probatória e o Direito canónico densificou essa importância sendo mesmo considerada, como prova principal (*regina probationum*), aquela que, com maior grau de certeza, poderia conduzir à punição do acusado.

Já Domitius Ulpiano (170-223), autor do mais conhecido brocardo do direito romano³⁴, afirmava sobre o valor probatório da confissão: “os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados” (*in juri confessi pro judicatos habetur*)³⁵.

Muitos séculos depois, já na fase final do *Ancien Régime*, Daniel Jousse diria sobre o tema: «(...) quando um réu é acusado de ter cometido um crime, ninguém pode estar mais certo do que ele, se é culpado ou inocente desse crime e por consequência, de todas as provas necessárias para o estabelecimento da verdade, a mais certa e a menos sujeita a erro é a que resulta da confissão do acusado (...)»³⁶.

A tortura e, duma maneira geral, todos os tormentos e meios de coação física e psíquica, utilizados como métodos de obtenção de prova (confissão), foram alvo de sucessivas proibições e rejeições formais, emergentes doutrinariamente, quer do Direito romano, quer do Direito canónico. Porém, na prática, tais interdições sucumbiram, quase sempre, a uma incontrolável lógica eficientista, sendo recorrente e em geral utilizados

³² A par de resquícios do direito germânico e visigótico e do Direito costumeiro das estruturas de poder feudal e municipal da Idade Média.

³³ SANTOS, José Eduardo Marques dos, *op. cit.* (2012) p. 304 e ss.

³⁴ *Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere* (viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence).

³⁵ <http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=401326> consultado em 14/12/15.

³⁶ Jurisconsulto e filósofo francês (1704-1781), citado por IMBERT, Jean e George Llavasseur, *op. cit.* p.174.

como meios de obtenção de prova, designadamente, por essa instituição omnipresente, e marcante, em toda a Idade Média, que foi o Tribunal da Inquisição.

Os meios e as formas, através das quais se consubstanciava a aplicação destas práticas cruéis e degradantes, encontravam-se regulamentados, obedecendo a sua utilização a métodos, intensidades e sequências pré-definidas, num quadro de inimaginável perversidade. Pelo importante papel que tiveram, no desenvolvimento da fase inicial deste denominado sistema das provas legais, o Tribunal da Inquisição e a tortura serão objeto de breve referência nos capítulos seguintes.

No sistema das provas legais, para além da confissão e da prova do corpo de delito, eram ainda admissíveis a prova literal e a prova testemunhal.

O principal e mais comum meio de prova era, como já vimos, a confissão. Seguia-a a prova testemunhal, diferentemente valorizada e regulamentada ao longo dos séculos, sempre num plano de clara supremacia relativamente à prova documental ou literal. Esta, sendo admitida em determinadas situações e para determinados crimes, tinha relevância diminuta e proporcional ao ainda reduzido desenvolvimento da linguagem escrita e aos elevadíssimos níveis de analfabetismo populacional.

Esta relação, por razões óbvias, inverter-se-ia, gradualmente, a partir do século XVII.

1.3.1. A prova tarifada

No sistema das provas legais, a lei, o costume e a jurisprudência fixavam, duma forma demasiado rígida, os meios pelos quais o juiz devia procurar a verdade.

Os meios de prova e os meios de obtenção de prova tendiam a ser taxativamente regulamentados, restando, ao tribunal uma margem de apreciação subjetiva, muito reduzida.

Fora de flagrante delito e na ausência de provas (situação muito frequente), o juiz recorria a um sistema de presunções ou indícios pré-estabelecidos que podemos, sinteticamente, dividir em 3 grupos: as presunções *juris et de jure*, insuscetíveis de prova em contrário; as presunções *juris tantum*, que poderiam ser afastadas por indícios em sentido contrário de idêntico valor, e as presunções *hominis*, que hoje chamaríamos de prova indireta ou de indícios afastados.

Tende-se, assim, para um sistema de produção probatória de excessiva rigidez, retirando-se ao julgador a possibilidade de apreciar livremente a prova e julgar de acordo com a sua íntima convicção, restando-lhe, apenas, o poder de aplicar a lei com base em critérios de mera cumulação e conjugação aritmética de presunções, o sistema de prova tarifada.

Sobre o sistema das provas legais, são expressivas as palavras de *Voltaire*³⁷, um dos seus mais acérrimos opositores: “O Tribunal (...) tem costumes bem curiosos quanto à prova por testemunhas. Admitem-se semi-provas que não são mais do que dúvidas, pois toda a gente sabe que meias verdades são coisa que não existe (...) admitem-se

³⁷Citado por IMBERT, Jean e George Lavasseur, *op. cit.* p. 185. Sobre o mesmo tema e do mesmo autor v.g. VOLTAIRE, F. - *Comentaire sur l'esprit des lois*. Paris: OEuvres complètes de. Ed.L.Moland. Tomo 25. p. 535 ss.

quartos e oitavos de prova. Um ouvir dizer, por exemplo, é um quarto. Um ouvir dizer vagamente é um oitavo. Oito rumores, eco de uma maldicência sem fundamento, transformam-se numa prova completa”.

1.3.2.O Tribunal da Inquisição

Encontramos, em 1215, as primeiras referências à necessidade do chamado Tribunal da Inquisição³⁸, em vários cânones aprovados no IV Concílio de Latrão. Vários decretos papais e conciliares anteriores (1139, 1179, 1184 e 1199) são testemunho do esforço desenvolvido, durante décadas, pelas estruturas da Igreja, no sentido de criar tribunais de inquisição, a nível episcopal, na maioria das situações, com o apoio ativo do poder temporal, como foi o caso do Papa Lúcio III, o qual conseguiu, em 1184, criar tribunais de inquisição, episcopais regulares, com a ajuda do imperador do Sacro Império Romano-Germânico, Frederico Barba-Ruiva.

A criação do Tribunal do Santo Ofício³⁹ decorre das bulas do Papa Gregório IX: *Excommunicamus*, publicada em 1231, onde se definem desígnios e objetivos centrados na necessidade de reprimir os movimentos heréticos que ameaçavam a autoridade e coesão da Igreja e *Licet ad Capiendo*, publicada em 1233, que institui a Inquisição, em termos organizacionais, entregando o seu funcionamento às ordens mendicantes e a sua direção e liderança aos dominicanos.

A Inquisição era, originariamente, um tribunal eclesiástico. Porém, a Inquisição Ibérica, do século XV, acabaria por ter uma natureza e uma jurisdição mista. O inquisidor-geral era nomeado por proposta régia e toda a máquina processual garantida pela Coroa.

A criação do Tribunal do Santo Ofício e, sobretudo, dos tribunais da Inquisição episcopais, era desejada e apoiada pelos poderes régios. Permanentemente ameaçados pela tendência descentralizadora do feudalismo senhorial, no caso de Portugal⁴⁰, do

³⁸ A Inquisição, historicamente, teve duas *versões*. Uma primeira, vulgarmente designada por medieval, que se prolongou do século XII ao século XIV, tinha por principal objetivo combater heresias e seitas religiosas, em França, Alemanha e Itália (particularmente os cátaros, os albigenses e os valdenses) que no dealbar do primeiro milénio desafiavam a dogmática doutrinária e a autoridade papal, questionando o crescente enriquecimento e apego aos valores temporais da Igreja católica constantiniana. Uma segunda versão, vulgarmente designada por Inquisição moderna ou espanhola, ressurgiu, no século XVI já no Renascimento e no âmbito da Contrarreforma, com uma dinâmica de resposta reforçada à ameaça do cisma Protestante e ao antipapismo da Igreja Anglicana. Teve um papel muito ativo em Espanha e em Portugal na conversão forçada e no extermínio de judeus e muçulmanos. A inquisição manteve-se ativa na Europa e respetivos territórios ultramarinos, até o início do século XIX, com níveis de atividade reduzida e métodos de atuação, naturalmente, reformados. Em Portugal foi extinta em 1821. Nos Estados Pontifícios sobrevive como a mais antiga das congregações da Cúria Romana, tomando em 1904, o nome de Suprema Sagrada Congregação do Santo Ofício, que se tornaria em 1965, a atual Congregação para a Doutrina da Fé.

³⁹ Definido pela própria Igreja Católica Romana, como o grupo de instituições dentro do seu sistema jurídico que têm por objetivo preservar a fé católica e combater a heresia. Na definição atual, de acordo com o artigo 48º da Constituição Apostólica sobre a Cúria Romana, Pastor Bonus, de 1988: "*a tarefa da Congregação para a Doutrina da Fé é promover e salvaguardar a doutrina sobre a fé e a moral católica em todo o mundo*".

⁴⁰ Mantém-se em aberto a recorrente discussão da existência de verdadeiro feudalismo na Península Ibérica e, muito particularmente, em Portugal, já que, por um lado, a Reconquista Cristã, confere ao poder

municipalismo emergente da Reconquista, os monarcas viam na Inquisição, não obstante as aparentes diferenças concetuais e distintos planos de intervenção, uma forma de centralização dos poderes de Estado que muito haveria de contribuir, já nos séculos XIV e XV, para a consolidação do poder absoluto nas monarquias europeias. Neste contexto, segundo Oliveira Marques⁴¹ “(...)A Inquisição surge como uma instituição muito complexa, com objetivos ideológicos, económicos e sociais, consciente e inconscientemente expressos. A sua atividade, rigor e coerência variavam consoante a época.”

1.3.3. O modelo processual inquisitório

O processo inquisitorial, onde se confundem as matérias, os interesses e as estratégias políticas, do aparelho de Estado feudal e da Igreja Católica, desenvolvem-se em torno de duas realidades, às quais foi concedida uma importância central: a figura hegemónica do inquisidor e a denúncia ou queixa.

O modelo inquisitório dominou a generalidade dos ordenamentos jurídicos continentais, até ao séc. XIX, tendo, por base, o princípio de que a repressão criminal era fundamental no plano do interesse comum, da defesa de determinados valores fundamentais, e o seu exercício da exclusiva competência do Estado⁴².

O inquérito policial, que conhecemos do Direito Processual Penal contemporâneo, é, do ponto de vista da sua natureza e estrutura, uma instituição tipicamente canónica, que não comporta o contributo do pleno contraditório. A figura ampla do inquisidor, integra, simultânea ou complementarmente, três funções: de inquiridor (aquele que inquire ou investiga), de acusador e de juiz, sendo esta, segundo Sampel⁴³, a principal característica da *inquisitio* canónica.

No processo inquisitório, a figura omnipresente do juiz tem o domínio discricionário do processo, onde inquire, acusa e julga, sem qualquer tipo de equidistância ou imparcialidade⁴⁴.

Por outro lado, o processo canónico tem, por base, uma lógica inquisitorial ou investigatória, estruturalmente distinta da lógica adversarial⁴⁵ em que os mecanismos

real e ao clero uma presença e uma força muito maior aquém-Pirenéus do que em França ou na Alemanha. Por outro lado, uma distinta realidade - o municipalismo -, nascido da Reconquista assume uma presença e uma força muito significativas, na defesa da autonomia local, com especial incidência na administração direta da Justiça e aplicação do Direito costumeiro. Nesta discussão ponteiavam historiadores e juristas como Alexandre Herculano, Gama Barros, Armando de Castro e muito particularmente no plano histórico-jurídico, MERÊA, Paulo - **Introdução ao Estudo do Feudalismo em Portugal: Origens deste regime e caracterização do Feudalismo**” in MARQUES, A.H. Oliveira - **História de Portugal – das Origens ao Renascimento**”. (vol.I). Lisboa: Ed. Presença, 2010. p. 73-178. e, COSTA, Bruno M. - **O conceito de Feudalismo em Portugal – Uma discussão historiográfica**. Ata da IX Semana de Estudos Medievais (16/18 Nov.2011). R. Janeiro: 2011. p. 155-165., apresentam as diversas perspetivas e teses formuladas.

⁴¹ *Op. cit.*, nota anterior, p. 393.

⁴² DIAS, Jorge Figueiredo - **Direito Processual Penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1981.1º Vol.. p. 61.

⁴³ SAMPEL, Luiz - **Introdução ao Direito Canónico**. S. Paulo: Ed. LTR. 2001. p. 64.

⁴⁴ DIAS, Jorge Figueiredo *Op. cit.* p. 62.

processuais são desencadeados, quando existem partes em conflito. Nesta nova perspectiva investigatória, a ação penal tem lugar, não só quando há um conflito entre adversários (partes), mas sempre que há infração da norma vigente, independentemente de ter havido vítimas diretas, ou terem sido infligidos prejuízos ou danos a quem quer que seja. Ganham consistência e legitimidade os conceitos de poder judicial e de administração da justiça, a ideia de foro e de recurso, ressurgindo o tribunal como estrutura de repressão e controlo formal, ao serviço do poder religioso e secular.

Na organização do processo canónico e no contexto do seu *corpus iuris*, a queixa, petição ou libelo inicial, assume uma grande importância como mecanismo impulsionador da marcha do processo. Compete ao inquisidor, por denúncia⁴⁶ ou *ex officio*, promover o início da ação penal, ao qual se seguirão as restantes fases: dedução de exceções, contestação, audição de testemunhas e apresentação de outros elementos de provas, alegações finais e julgamento. O processo canónico pressupõe níveis de organização e coordenação elevados, divisão de trabalho e especialização. É nele que se inicia a transição da oralidade para a escrita, requisito essencial para a positivação do Direito.

Com todas estas características, o processo canónico permite a uniformização, centralização e concentração do poder, requisitos essenciais para a permanente reafirmação da autoridade teocrática da Igreja e para a consolidação do absolutismo monárquico europeu.

O direito canónico medieval exerceu uma grande influência no desenvolvimento do direito processual⁴⁷ e o sistema processual inquisitório foi amplamente utilizado, não só pela Igreja, no Tribunal da Inquisição, mas também pelos Estados absolutistas em quase todos os ordenamentos europeus continentais, como já vimos, dos séculos XIII ao XIX.

Cavaleiro Ferreira, refere que: “a denominação de processo inquisitório, provém do poder de o juiz realizar officiosamente a investigação dos crimes (...) o processo podia iniciar-se sem acusador *ex-officio*, a investigação tinha o nome de inquisição, a qual terminava pela pronúncia ou não pronúncia do arguido, e só depois podia ser e era apresentada a contestação do réu e se seguia o julgamento para o qual eram válidas as provas carreadas officiosamente, embora pudessem em julgamento ser completadas ou contrariadas, ainda que com manifesta dificuldade. Para evitar o arbítrio do julgador, só as

⁴⁵ A clássica relação jurídico-processual contida no brocardo latino: *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*, do glosador do séc. XIII, *Bulgaro*, que garante a dialética adversarial, não está presente no processo inquisitório.

⁴⁶ O tribunal da inquisição, encorajava os crentes a denunciarem às autoridades eclesiásticas, de forma anónima, particularmente no contexto da confissão religiosa dos fiéis, práticas heréticas e outras condutas ilícitas que fossem do seu conhecimento, promovendo assim, a criação e o fortalecimento de uma temível *máquina* de recolha de informação e de controlo social, com base na delação, na vingança e no medo.

⁴⁷ Documentos jurídicos de referência como o Decreto de Graciano (compilação de textos legislativos de séculos anteriores, publicada em 1142, constituindo uma das seis obras jurídicas que integram o *Corpus Juris Canonici*) e as posteriores Decretais do papa Gregório IX (1227-1241) que também integram esta coletânea de Direito canónico, não só contribuíram para a uniformização, garantia e segurança, do Direito Canónico como influenciaram significativamente as legislações laicas medievais.

provas legais consentiam a condenação e por conseguinte a investigação tinha em vista a verdade real”⁴⁸.

O processo inquisitório tem, assim, como principal característica estrutural, a concentração dos poderes de investigar, acusar e julgar, nas mãos da mesma entidade: o inquisidor que é o *dominus* e gestor da prova em todas as fases do processo.

O processo inquisitorial, à partida e em tese, não conhece imposições nem observa ou limites de qualquer natureza (idênticos ao que modernamente podíamos designar de garantias constitucionais ou normas de natureza supra nacional).

O acusado não tem estatuto de sujeito processual titular de direitos e de deveres sendo um mero objeto processual, alvo de investigação⁴⁹.

A defesa e aquilo que, dificilmente, se pode chamar de contraditório, concentram-se na fase final do julgamento, de forma muito limitada⁵⁰. O seu papel é quase inútil, e vigora em todo o processo, o princípio de presunção de culpa, sendo o acusado culpado até prova em contrário.

O segredo dos atos processuais é a regra e, a sua publicidade, a exceção.

Observando o princípio da prova legal ou tarifada, o principal meio de prova utilizado é, como já vimos, a confissão, admitindo-se, ainda, num plano de importância e frequência secundário, a prova documental e testemunhal.

Considerando o princípio da verdade material, o principal legado do sistema inquisitório no processo penal moderno, diz Cavaleiro Ferreira: “o princípio da verdade material, como objeto da investigação e apreciação das provas, que o processo inquisitório introduziu, veio a constituir também um princípio fundamental do processo moderno, substituindo-se a limitação das provas para condenação, mediante o sistema das provas legais, pelo princípio da livre convicção do juiz”. Considera, ainda que: “o processo posterior ao liberalismo procurou, no velho processo de querela e no processo inquisitório, misturando-os, as bases de um processo misto que, com diferentes modalidades, dominou as reformas liberais do processo penal em toda a Europa”⁵¹.

Do ponto de vista da imparcialidade e da procura da verdade material, no sistema inquisitório, todo o processo probatório está metodologicamente viciado. O inquisidor procura, na prova, de cuja produção é gestor absoluto, a confirmação de um pré-juízo subjetivo de suspeição. A prova servirá apenas para confirmar ou dar robustez a uma convicção aprioristicamente já formada, adaptando-se à satisfação desse objetivo. À luz desta lógica *compreende-se* a utilização massiva da confissão, por parte do acusado - mero objeto da relação processual - de factos que lhe são imputados, obtida, se necessário, mediante a utilização de meios cruéis e tormentosos.

Como já vimos, o modelo inquisitório não se circunscreve, nem no tempo nem no espaço, ao Tribunal da Inquisição, sendo este, porém, historicamente, a sua base matricial.

⁴⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Ed. Danúbio. 1986, Vol. II. p.22.

⁴⁹ DIAS, Jorge Figueiredo *Op.cit.* ob. p. 62.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem, p.24.

Com efeito, a Inquisição tornou-se uma poderosa organização preventiva e repressiva⁵², omnipresente na sociedade portuguesa, quer no plano laico quer no plano religioso. Teve grande poder e peso institucional a partir do reinado de Dom João III (séc. XVI) D. João IV (séc. XVI) e primeira metade do século XVIII, entrando em declínio no período Pombalino⁵³. Todavia, ainda na 2ª metade do século XVIII, foram frequentes os autos de fé nas praças de Lisboa.

Para além da capital, existiram tribunais da Inquisição nas cidades de Coimbra, Évora, Goa e Rio de Janeiro. O fim do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição chegaria em 1821, após 285 anos de atividade⁵⁴. Fez, em Portugal, cerca de 40 mil vítimas, 2 mil mortas em auto de fé⁵⁵.

1.3.4. A tortura

A tortura, e as múltiplas práticas e procedimentos em que ela se materializa, é uma realidade constante na história dos povos e das civilizações, da Antiguidade à Idade Contemporânea, por vezes associada aos sistemas jurídico-processuais.

A maioria dos autores abordam-na, no plano jurídico-penal, no contexto dos processos de produção probatória. Erroneamente porém, na perspetiva de Boff, quando afirma: “É bom lembrar (...) que a sua finalidade é menos provar um facto do que obrigar o suspeito a confessar a culpa (...) a tortura serve apenas como paliativo na falta de provas”⁵⁶.

A *quaestio*, como se denominavam no Direito Romano, os tormentos e os suplícios físicos, infligidos ao corpo, na procura da verdade supostamente revelada pelos ordálios ou juízos de Deus ou, posteriormente, numa perspetiva já mais racional, contida na confissão de factos imputados, está presente na Lei de Talião.

Na Antiguidade Oriental, recorria-se, generalizadamente⁵⁷, a tormentos de inimaginável crueldade, e o Código de *Hamurábi*, previa, já, o vivicombúrio, o esmagamento de ossos e a empalação, entre outras terríficas modalidades.

⁵² O seu regimento interno foi alvo de sucessivas reformas e reestruturações (1613, 1640 e de 1774) através das quais é possível estudar a sua evolução.

⁵³ Pombal aboliria a distinção entre cristãos-velhos e novos em 1775, bem como aplicação da censura do *Index Librorum Prohibitorum*. a todas as obras impressas e publicadas no reino.

⁵⁴ Em Espanha a sua extinção só ocorreria em 1834.

⁵⁵ BAIÃO, António- **Episódios Dramáticos da Inquisição Portuguesa**. Lisboa: Seara Nova ed. 1973. Vol.III. p. 4. Segundo o mesmo autor estima-se que durante igual período, em Espanha tenham sido condenadas mais de 300 mil e executadas 30 mil vítimas.

⁵⁶ BOFF, Leonardo *in* prefácio **Inquisição: um espírito que continua a existir** (p. 18) da obra dos dominicanos EYMERICH (1376), Nicolau e La Peña, Francisco de (1578) - **Manual dos Inquisidores - Directorium Inquisitorum**. R.Janeiro: Ed. Rosa dos Tempos, 1993., que, durante séculos, serviu de guia ao Tribunal da Inquisição. Esta perspetiva faz todo o sentido, numa abordagem moderna e contemporânea do fenómeno, considerando, à partida a sua natureza necessariamente extra jurídica. Já assim não é, numa abordagem cronologicamente centrada nos sistemas jurídicos da Antiguidade e muito particularmente no âmbito da Inquisição onde constitui um recurso jurídico, devidamente inserido e regulamentado no plano normativo.

⁵⁷ Ainda que com algumas assinaláveis exceções, como é o caso da civilização hebraica antiga, em que o recurso à tortura era muito restrito. Por motivos de ordem religiosa os hebreus repudiavam o

Na Antiguidade Clássica da Grécia Antiga, o Direito sancionatório apresenta já uma notável evolução. Completamente laicizado e público, oferece aos cidadãos possibilidade de defesa através da original figura do *logógrafo*⁵⁸. Os juízes eram escolhidos aleatoriamente e a sua decisão escorava-se em formas embrionárias dos modernos princípios da livre convicção do julgador e da verdade material, no que particularmente respeita à produção e valoração de provas.

No plano probatório, a confissão e o testemunho, tinham uma grande relevância, devendo o depoimento tomado a escravos, contudo, ser precedido de tortura⁵⁹. Não tendo, estes, personalidade jurídica, o seu estatuto infame carecia da dignidade necessária para prestar um testemunho voluntário através de um interrogatório, tendo a tortura por objetivo credibilizá-lo e validá-lo juridicamente. Por razões de natureza idêntica, o recurso à tortura podia, de igual modo, ter lugar relativamente a estrangeiros. Aos cidadãos gregos estava vedado o seu uso, excepcionando-se os casos de traição e de outros crimes muito graves contra o Estado.

Na Roma Antiga, até ao fim do período republicano, muito por influência das conceções jurídicas do modelo Grego assimilado, a tortura aplicava-se, de forma muito restrita, apenas a escravos suspeitos da prática de crimes. Porém, a sua utilização foi-se generalizando aos homens-livres, banalizando-se ao longo dos séculos, particularmente no período imperial entre os séculos II e IV.

Os Códigos Teodosiano (439 d.C.) e Justiniano (529 d.C.), bem como o Digesto, no plano jurisprudencial, não obstante questionarem, doutrinariamente, a sua eficácia como método de procura da verdade, recomendando-o apenas como último recurso, disciplinam o seu uso generalizado e transversal a todas as classes sociais e a um alargado catálogo de crimes, concentrando, no Estado e na figura do imperador, o poder discricionário da sua utilização⁶⁰.

Durante a Alta Idade Média (séc. VI ao séc. XIII), o recurso generalizado aos tormentos e suplícios intensificou-se, sendo eles - como já vimos - no plano instrumental, a base do denominado sistema primitivo, das provas irracionais, dos ordálios e dos juízos de Deus que têm, por principais fontes, o Direito Franco e Germânico e o Direito costumeiro.

derramamento de sangue de inocentes o que na prática pressupunha a aplicação de um regime de presunção de inocência em matéria de processo penal. V.g. SANTOS, Jorge - **Tortura como espetáculo do suplício in Violência à flor da pele. Vertentes e vontades: uma abordagem poética**. Disponível em: http://www.letras.ufrj.br/ciencialit/trabalhos/jorgelopes_violencia.pdf. Consultado em 20/08/16.

⁵⁸ No período clássico da Grécia Antiga os *logógrafos* escreviam os discursos de defesa lidos pelas partes no tribunal de Atenas. Alguns autores consideram esta interessante figura, o precursor do advogado dos modernos sistemas jurídicos. Sobre o tema v. g. SOUZA, Raquel - **O Direito Grego Antigo in WOLKMER, António Carlos (coord.) - Fundamentos de História do Direito**. 2ª Ed.. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 37-65.

⁵⁹ Idem, nota anterior.

⁶⁰ V.g. NETO, Francisco Quintanilha Vêras - **O Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e seu Legado in WOLKMER, António Carlos (org.). op. cit.** p 83-114.

Ainda que se *trate*, - no plano concetual -, de realidades distintas⁶¹, a tortura e os ordálios coexistiram e interagiram, complementando-se de forma tão intensa que a sua abordagem e caracterização são indissociáveis⁶².

Também o Direito Canónico, inicialmente, e em muitos textos de referência doutrinária, considerou a tortura - no plano formal -, um procedimento interdito, e inválida, a confissão obtida através da sua utilização⁶³.

Porém, na prática, não obstante a inequívocidade da declaração papal, a tortura foi-se paulatinamente transformando no principal suporte da produção probatória, quer dos tribunais eclesiásticos, quer dos tribunais seculares. Ambos, ignorando a lei, e por razões políticas e extra-jurídicas de puro eficientismo⁶⁴, elevaram-na à categoria de instrumento jurídico de importância fundamental para o sistema inquisitório, afirmado de forma plena no papado de Inocêncio III, nos primórdios do século XII.

Como vimos, com a Inquisição, a confissão, até então facultativa, passaria a compulsória, ganhando o estatuto hegemónico de *regina probationum*. A tortura como garantia instrumental da sua *eficácia* cresceria, também, exponencialmente. A sua sistemática utilização, como meio de obtenção de prova, tinha por objetivo, credibilizar e validar a confissão⁶⁵.

⁶¹ Sobre o tema v. g. RICHARDS, Jeffrey - **Sexo, Desvio e Danação: As Minorias na Idade Média**. R. Janeiro: Ed. Zahar. 1993.

⁶² Neste sentido, BECCARIA - **Dos delitos e das penas**. S. Paulo: Ed. Martin Claret, 2007. p. 37. afirma: “Esse meio infame de chegar à verdade é um monumento da bárbara legislação de nossos avós, que honravam com o título de “juízo de Deus” as provas de fogo, aquelas da água fervente e a sorte oscilante dos combates. Como se os elos dessa corrente eterna, a origem da qual reside no seio da Divindade, pudessem ser desunidos ou partir-se a cada momento, ao sabor dos caprichos e das frívolas instituições humanas. A única diferença que existe entre a tortura e a prova de fogo é que a tortura apenas prova o delito quando o acusado quer confessar, ao passo que as provas que queimam deixavam uma marca exterior, tida como a prova do crime. Contudo, tal diferença é mais aparente do que real. O acusado é tão capaz de não confessar o que se exige dele quanto o era antigamente de obstar, sem fraude, os efeitos do fogo e da água fervente. Todos os atos de nossa vontade são proporcionais à força das impressões sensíveis que os causam, e a sensibilidade de todo o homem é limitada. Ora, se a impressão da dor se faz muito forte para assenhorar-se de todo o poder da alma, ela não deixa a quem a sofre qualquer outra atividade que exercer a não ser tomar, no momento, a via mais curta para obstar os tormentos atuais. Assim o réu não mais deixar de responder, pois não poderia fugir às impressões do fogo e da água. O inocente gritará, então, que é culpado, para que cessem as torturas que já não mais aguenta; e o mesmo meio usado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer qualquer diferença entre ambos”.

⁶³ Ainda que, no Antigo Testamento (Eclesiástico,33,27) e no Novo Testamento (atos dos Apóstolos,22,24) se contemple o uso da tortura, S. Agostinho, na *De Civitate Dei*, (416) repudia a sua utilização, por se tratar de uma pena imposta a quem não sabe ainda se é culpado. No século VI, o papa Gregório I, considerou inválida, como meio de prova, a confissão mediante tortura, posição que seria reafirmada pela Igreja Católica já em pleno século XII, no *Decreto* de Graciano de 1142 (o mais antigo e extenso livro do *Corpus Iuris Canonici*, que vigoraria até 1917).

⁶⁴ Numa visão muito pragmática, emergente da necessidade de eliminar as heresias e os movimentos cismáticos que punham em causa a hegemonia e autoridade da Igreja Católica, o dominicano S Tomás de Aquino, pai da escolástica medieval, fundamenta e legitima o uso da tortura, com a necessidade de eliminar elementos nocivos à ordem social e ao conhecimento permitido por uma ética teocêntrica e uma visão histórica de perpétua continuidade temporal.

⁶⁵ V.g. PETERS, Edward - **Tortura**. S. Paulo: Ed. Ática, 1989. p. 78.

O uso da tortura estava previsto, e regulamentado, no *Manual dos Inquisidores*, de Eymerich e La Peña⁶⁶. Nos capítulos III (*Sobre o interrogatório do Acusado*), e V (*Sobre a tortura*) estabeleciam-se objetivos e princípios orientadores.

Numa fase inicial de implantação do Tribunal do Santo Ofício, os suplícios eram aplicados pelos magistrados seculares. Porém, numa fase posterior, vencidos alguns receios e escrúpulos iniciais, mais uma vez por puras razões de eficientismo prático, tal tarefa foi também concentrada na figura onipotente do magistrado inquisidor, cujo papel ganha uma grande importância na instrução do processo⁶⁷.

O *Manual dos Inquisidores* (ou qualquer outro texto de Direito Canônico) não estabelece, detalhadamente, quais as modalidades ou graus de intensidade dos tormentos ou suplícios a utilizar em cada situação. Deixam tal escolha ao livre arbítrio dos aplicadores, podendo, estes, servir-se dos que acharem mais aptos a conseguirem do acusado a confissão dos crimes imputados. Nestas circunstâncias, são incomensuráveis os processos de tortura e de suplício, utilizados ao longo a História e, de forma particularmente concentrada na Idade Média, tendo, por fronteira, a imaginação e os limites da crueldade e perversidade humanas.

O açoite, o sangramento, o empalamento, o desmembramento, a sufocação, o afogamento e o vivicombúrio, eram utilizados, indiscriminadamente, quer como meios de suplício para obter confissões no âmbito do processo inquisitório, quer, no seu termo, como pena aplicada ao acusado.

É conhecida, ainda, uma arrepiante parafernália de instrumentos de tortura, utilizados pela Inquisição na administração da dor e do sofrimento, tanto na fase processual de recolha da prova, como na execução da pena aplicada. O balcão de estiramento, o “*berço de Judas*”, o caixão de tortura, o estripador de seios, a “*pera da angústia*” também designada “*pera do papa*”, a roda alta ou “*roda de Santa Catarina*”, os alicates de mutilação, o serrote, o garrote, os esmagadores de cabeças, de dedos, de joelhos, a “*caixinha*” para as mãos, a “*viola das comadres*”, as “*tranças de palha*”, o cavalete, a berlinda, as “*cócegas espanholas*”, a “*forquilha do herege*”, a cadeira inquisitória, o machado, a “*virgem de Nuremberga*” e o açoite de ferro são parte de uma infindável lista de sinistros objetos e artefactos, utilizados para provocar dor, sofrimento e morte⁶⁸.

⁶⁶ V.g. EYMERICH e La Peña *op. cit.* (n.r.56).

⁶⁷ Alguns inquisidores, como é o caso do dominicano Bernardo Guy (1261-1331), no seu “*Liber Sententiarum Inquisitionis*”, coligiram e sistematizaram, minuciosamente, vários métodos de tortura.

⁶⁸ Contrariamente ao que se possa à partida, deduzir, a guilhotina não foi concebida como instrumento de tortura. Recriada pelo médico e abolicionista Ignace Guillotin, tinha por objetivo tornar instantânea, menos dolorosa e cruel a execução e, nessa medida, contribuir ainda que de forma indireta para a abolição e substituição da pena de morte. Gorando-se tal objetivo, durante o período do Terror, foi usada massivamente e nela perderam a cabeça Luis XVI e Maria Antonieta, Danton, Robespierre, Lavoisier, Saint-Just, entre dezenas de milhares de vítimas. Foi usada em França até 1777, data em que teve lugar a última execução, sendo a pena capital definitivamente abolida 4 anos depois.

Quer os tormentos e suplícios, quer a pena capital, variavam não só em função do tipo de crime, mas também do sexo e, sobretudo, do estatuto social dos acusados e condenados⁶⁹.

A tortura como instrumento probatório, tinha por objetivo infligir uma determinada intensidade de dor, sofrimento físico⁷⁰ e danos corporais, capazes de eliminar qualquer resistência do acusado à confirmação das suspeitas que lhe eram imputadas, sua principal função como meio processual de obtenção de prova.

No princípio do século XIV, a crescente positivação do Direito, repristinando alguns dos grandes princípios do Direito Romano e, concentrando o poder punitivo, diretamente no rei ou em seu procurador, dá lugar a uma nova realidade que é o poder judicial, reforçando-se o processo de racionalização⁷¹ quanto à produção de prova. Porém, a ação do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, utilizando a tortura, ainda que com graus de intensidade e de frequência variáveis, perduraria até o século XIX, ultrapassando as fronteiras da Idade Média, do Renascimento e da Idade Moderna, chegando à Idade Contemporânea,

Associada aos sistemas penais, não tanto no plano substantivo da natureza e tipologia da pena aplicável, mas sobretudo no plano processual, a tortura, enquanto instrumento de obtenção da prova, perde intensidade e sentido útil, na exata medida em que também o sistema de produção probatória muda de lógica e de natureza⁷².

Contudo, nos séculos XVI, XVII e XVIII, assistimos, na generalidade das nações europeias, a um recrudescimento da desumanização, da violência e do terror de Estado, como forma extrema de manter a visão teocrática e o *establishment* absolutista⁷³, ameaçado pelos alvares do Iluminismo e dos ideais libertários. A tortura ganha, nesse contexto, uma

⁶⁹ Em matéria de pena capital, os condenados de condição nobre, eram, por regra, guilhotinados. A plebe era invariavelmente enforcada. Ainda que, historicamente, a sujeição dos acusados, a tormentos e procedimentos infamantes, tendesse para a generalização e banalização, independentemente da sua classe ou condição social, obviamente que, quer o clero, quer a nobreza, constituíam uma ínfima parcela dos milhares de infelizes, alvo de tais crueldades.

⁷⁰ V.g. FOUCAULT, Michel - **Vigiar e Punir**. 7ªEd. R. Janeiro: Ed. Vozes, 1987. pp. 11-32 (cap. “O Corpo dos Condenados”).

⁷¹ A valorização da razão na análise e interpretação da realidade, ao contrário do que à partida se possa imaginar, teve lugar na escolástica medieval e fez o seu caminho na longa noite de trevas que foi a Idade Média. A título meramente exemplificativo, já no século XI, foram seus lídimos cultores, os frades da escola de Chartres e, mais tarde, em épocas distintas, Pedro Abelardo (1079-1142) e o franciscano Guilherme de Ockham (1285-1349).

⁷² Perdendo a confissão no sistema da prova científica o papel decisivo que tinha nos sistemas primitivo e das provas legais, a tortura enquanto requisito instrumental da sua eficácia perde igualmente importância.

⁷³ v.g. a feroz repressão às minorias étnicas e religiosas levada a efeito pelas Inquisições espanhola e portuguesa, ressurgidas no século XV, em plena Contrarreforma; a implacável perseguição à bruxaria e feitiçaria, no século XVII, na Alemanha e noutras nações protestantes do norte da Europa; A cruel repressão às heresias e à feitiçaria, no norte de Itália, na primeira metade do século XVII, descritas pelo iluminista VERDI, Pietro - **Observações sobre a Tortura**. S. Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000., com prefácio de Dallari Dalmo, disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/tortura/prefacio.html> (consultado em 16/8/9), mostram-nos como em plena Idade Moderna, continuaram a ser queimadas nas fogueiras do terror, milhares e milhares de vítimas da intolerância e do obscurantismo medieval.

nova relevância e novos campos de ação e níveis de intensidade, dentro e fora do sistema penal, assumindo-se como recurso indispensável à segurança e defesa do próprio Estado⁷⁴.

Nesta conjuntura e contexto temporal, um dos primeiros opositores à utilização da tortura foi Johan Graefe, com a publicação, em 1624, de uma obra de referência: *a Reforma dos Tribunais*, sendo a Inglaterra, em 1640, o primeiro país europeu a aboli-la.

Só o iluminismo penal italiano, do séc. XVIII, encimado por Beccaria e pelos seus companheiros da Academia *dei Pugni*, lograria humanizar e introduzir mudanças significativas e duradouras num Direito Penal europeu, tendencialmente arbitrário, classista e, no essencial, medieval.

Na sua principal obra, “*Dei Delitti e Delle Pene*”⁷⁵ publicada em 1764, inspirada no iluminismo francês⁷⁶ e no contratualismo de Rousseau, o autor repudia energicamente a tortura e os tratamentos desumanos (cap. XVI da edição portuguesa), quer como meio de obtenção ou de *substituição* da prova, quer como pena.

Entre muitas outras medidas, propõe-se a eliminação dos tratamentos degradantes e a substituição da presunção da culpa pela presunção de inocência.

Estas *bandeiras* da Escola Clássica de Criminologia contribuiriam para que, a partir da segunda metade do século XVIII, se intensificasse o movimento abolicionista da tortura, em várias nações europeias. Na Europa, a segunda nação a abolir a tortura foi a Prússia, por decreto de Frederico II, em 1740. Seguiu-se-lhe a Suécia, em 1776, e a Áustria em 1787.

A Revolução Francesa gerou uma interessante ambivalência neste domínio. Por um lado, no plano filosófico e doutrinário, reafirmou o iluminismo e promoveu a expansão dos ideais abolicionistas, quer da pena de morte, quer da tortura e das penas infamantes e desumanas. Por outro lado, transformou-se, ela própria, sobretudo no período jacobino (1792 a 1794), num sistema político-social assente na arbitrariedade e no terror, e com tal grau de intensidade, que é apresentado, hoje, como paradigma do terrorismo de Estado⁷⁷.

Nos tribunais da Inquisição da Igreja Católica, a tortura seria abolida por declaração papal em 1816.

Em Portugal, a tortura e as penas cruéis e infamantes só viriam a ser formalmente proibidas na Constituição de 1822 (arts. 10º e 11º).

Podemos afirmar que a partir do séc. XIX, a tortura, excepcionando os períodos de guerra, deixa de ser legalmente aceite não só nas democracias como na generalidade dos Estados do chamado mundo ocidental, estando proscrita das Constituições políticas e tipificada, como crime muito grave, na generalidade dos códigos penais.

⁷⁴ BIAZEVIC, Daniza - *A história da tortura in Jus Navigandi* (publicado em 06/2006). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8505>>. Acesso em: 8/9/2016.

⁷⁵ BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*. 4ª Ed. Lisboa: Ed. Gulbenkian. 2014 (edição portuguesa).

⁷⁶ Capítulo XVII do livro VI do *Espírito das Leis* de Montesquieu (1689-1755).

⁷⁷ No denominado Período do Terror, entre setembro de 1793 e junho de 1794, calcula-se que tenham sido executadas em França (sobretudo em Paris) mais de 20.000 pessoas. Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Terror_\(Revolu%C3%A7%C3%A3o_Francesa\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Terror_(Revolu%C3%A7%C3%A3o_Francesa)) consultada e 14/11/16.

No plano internacional, a sua proscrição está expressamente prevista na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948⁷⁸, e desenvolvida noutros diplomas supranacionais e convencionais: o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* de 1966, a *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* de 1984⁷⁹, o *Estatuto do Tribunal Penal Internacional* de 1998, a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial* de 1966, a *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher* de 1979 e a *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança* de 1989⁸⁰.

Estes diplomas condenam, em termos universais, a tortura, os tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes, quer a nível físico, quer a nível psicológico⁸¹, sendo que, o *Pacto Internacional* de 1966, alarga o seu âmbito, a determinadas experimentações médico-científicas e tratamentos clínicos⁸², considerados ao abrigo da al. f) do art. 7º do *Estatuto do Tribunal Penal Internacional* de 1998 e pela legislação penal de muitos ordenamentos nacionais, crimes contra humanidade.

Na segunda metade do século XX, o uso da tortura, que atingira um trágico e inaudito paroxismo, nos conflitos bélicos da primeira metade do século, designadamente no holocausto nazi, permaneceu como prática comum dos regimes políticos totalitários e, de forma larvar, como recurso sistemático de serviços de segurança, sistemas policiais e processuais penais, mesmo de países democráticos, conforme sucessivos relatórios da ONU e de ONG's, em particular da Amnistia Internacional⁸³.

⁷⁸ “Ninguém será submetido a *tortura*, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (art. 5º DUDH).

⁷⁹ A Convenção criou um *Comité contra a Tortura*, com funções de controlo e investigação, idênticas às da *Comissão de Direitos Humanos*, criada pelo *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* de 1966.

⁸⁰ Que proíbe a aplicação, a menores de 18 anos, da pena de morte e da prisão perpétua (art.37º).

⁸¹ A tortura psicológica ou emocional, também denominada tortura “limpa”, ou “*no touch*”, vai desde a ameaça de agressão até ao desenvolvimento de processos complexos e sofisticados que visam infundir medo e terror e destruir ou enfraquecer atributos de personalidade e de comportamento da vítima. Apesar de não ter merecido, da nossa parte e até este momento, referência expressa neste capítulo, ela está potencialmente presente em todos os momentos e contextos históricos referidos, ganhando contudo, na atualidade, uma crescente e exponencial importância

⁸² De que são exemplo a experimentação, sem consentimento do visado, de novos medicamentos ou tratamentos médicos experimentais, o contágio de doenças e inoculação de vírus, bactérias, a sujeição a radiações, e a tratamentos compulsivos como a castração química, etc.

⁸³ Logo na década de 50, em plena Guerra Fria, é conhecido o intenso labor de múltiplas agências de segurança no desenvolvimento da “*ciência*” da tortura. Desde a utilização perversa de psicotrópicos, estupefacientes, do pentotal e outros químicos, na procura do “soro da verdade”, até à manipulação sensorial, valorizando a tortura psicológica em detrimento da pura violência física. A Escola das Américas em Forte Benning, no estado norte-americano da Geórgia, teve um papel fundamental no desenvolvimento e difusão destas “*técnicas*”, sistematizadas em 1963 no famoso manual *Kubark (Counterintelligence Interrogation)* presente, do Vietname à América latina. Israel, com um sistema de democracia representativa, legalizou em 1987, o uso da tortura, com a aprovação governamental do controverso relatório da *Comissão de Landau* que recomendava o incremento da “*pressão*” física e psicológica nos interrogatórios de suspeitos realizados pelos serviços de segurança. A referida “*pressão*” incluía como processos aceitáveis, a incomunicabilidade, a privação de sono, o espancamento, a provocação de dor física prolongada, a utilização de ruído e de temperaturas extremas. Face à pressão internacional, o uso generalizado da tortura haveria de ser proibido em

No dealbar do presente século, o atentado de 11 de Setembro de 2001, às Torres Gémeas de Nova Iorque, marcou o início de novos e conturbados tempos, no plano da segurança global, face à ameaça de um terrorismo internacional muito ativo e crescente que acabaria, inexoravelmente, por colocar, a ciência jurídica e, em particular, a unidade axiológica do direito criminal clássico, perante complexos e profundos desafios (matéria que será objeto de uma abordagem mais detalhada nos capítulos finais da dissertação).

E, mais uma vez, a tortura surge, direta ou indiretamente, como “solução” instrumental, já não tanto no plano da justiça e no quadro processual da produção probatória, mas no campo da segurança preventiva, como meio de recolha de informação e procura da verdade. Neste sentido, e logo nesse ano, foram aprovados diplomas como o *Patriot Act*⁸⁴ nos EUA e o *Anti Terrorism Crime and Security Act*⁸⁵, no Reino Unido, cuja orientação doutrinária é bem expressiva de um anunciado reequilíbrio dos poderes de Estado e da *revisão* do conceito de Democracia e dos princípios e valores que a informam.

Em pleno século. XXI, a tortura ganha importância e estatuto de indispensabilidade nas *vulgatas* do eficientismo securitário, sendo expressamente defendido o seu uso, como arma de guerra, contra o terrorismo, em vários setores doutrinários e governamentais⁸⁶.

O filósofo italiano G. Agamben, na esteira dos estudos de Foucault sobre Estado disciplinar e biopoder⁸⁷ e de Carl Schmitt, sobre o estado de exceção⁸⁸, considera que o "

1999, pelo Tribunal Supremo de Israel, permanecendo contudo a possibilidade da sua utilização excecional em situações limite, das quais decorre perigo para vida de terceiros. Muitos outros Estados, de cariz totalitário, desenvolveram técnicas e quadros de atuação, no mesmo sentido, que não são facilmente referenciáveis por ausência da principal fonte de informação aberta que é a comunicação social livre.

⁸⁴ O *Patriot Act* é um diploma legal do Congresso norte-americano, promulgado em Outubro de 2001 (44 dias após 11 de Setembro) pelo presidente Bush. Tem por fim restringir um vasto conjunto de direitos constitucionais, desjudicializando o seu controlo e, conseqüentemente, reforçando o poder repressivo do Estado, a segurança nacional e a luta contra determinadas categorias de crimes, *maxime*, o terrorismo. Consagra o princípio da *jurisdição universal* relativamente ao crime terrorismo. Reduz, drasticamente, as garantias processuais de defesa, e permite o encarceramento e o interrogatório intensivo de suspeitos, sem controlo jurisdicional. Em junho de 2015 o *Patriot Act* foi revogado pelo *Freedom Act*, que no essencial, mantém a natureza restritiva dos direitos e garantias.

⁸⁵ O *Anti-Terrorism Crime and Security Act* é um diploma legal do Parlamento Britânico, aprovado em Dezembro de 2001. Aciona a cláusula de exceção p. no art.15º da CEDH (Derrogação das obrigações previstas na Convenção em caso de estado de necessidade) relativamente a cidadãos estrangeiros suspeitos de terrorismo internacional. Em dezembro de 2004, suscitou-se o problema da sua incompatibilidade com o *Human Rights Act* de 1998, tendo sido substituído pelo *Prevention of Terrorism Act* 2005.

⁸⁶ No contexto da denominada “doutrina Bush” de Defesa e Segurança, o secretário de Estado da Defesa norte-americano, D. Rumsfeld, aprovou no final de 2002, um manual de técnicas de interrogatório de suspeitos de terrorismo para uso em Guantánamo, que previa o uso sistemático da tortura. Este documento acabaria por ser, formalmente revogado face à forte contestação social de que foi alvo, mantendo-se porém, o seu uso, nos centros de detenção norte-americanos no exterior, conforme amplamente noticiado pela comunicação social, à época. Recentemente em entrevista à *ABC News*, o 45.º presidente os EUA, D. Trump, “acredita que técnicas de tortura como o *waterboarding* (afogamento simulado) resultam no contexto da luta contra o terrorismo e defende a retoma desses métodos porque o fogo tem de ser combatido com fogo e ele, enquanto Presidente, tem de manter o país seguro”. Fonte: Semanário *Expresso*. Lisboa. Ed. 26.01.2017.

⁸⁷ FOUCAULT, Michel - **A Verdade e as Formas Jurídicas**. R. Janeiro: Ed. PUC, 2005.

⁸⁷ SCHMITT, C. - **Teologia política**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.

⁸⁸ AGAMBEN, G. - **Estado de Exceção**. S. Paulo: Ed. Boitempo, 2007. p. 13.

estado de emergência, constitui um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (...). Ainda que, eventualmente, não declarado no seu sentido técnico, tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”, existindo hoje, uma relação de contiguidade entre democracia de massa e totalitarismo.

1.4. O sistema da prova científica⁸⁹. Do Humanitarismo das Luzes aos nossos dias.

Seguindo a sistemática que nos é proposta por Imbert e Levasseur⁹⁰, emergiram historicamente, dos ideais humanistas das Luzes, da Revolução Francesa e da Revolução Industrial, as condições políticas, filosóficas e tecnológicas em que se haveria de escorar o liberalismo, permitindo a consolidação nos modernos sistemas jurídico-penais pós-setecentistas, do denominado sistema da prova científica⁹¹ que viria a introduzir profundas mudança na ciência jurídico-penal e, necessariamente, nos sistemas de produção probatória.

A obra “*Dei delitti e delle pene*”⁹², de Cesare Beccaria, é considerada um marco de referência da moderna ciência jurídico-penal.

Sem contestar, ou pôr em causa, a ordem político-social dominante, Beccaria questionou a natureza excessivamente punitiva do Direito Penal vigente, as suas práticas arbitrárias e abusivas e, sobretudo, a desumanidade e o caráter infamante e atroz dos meios de prova utilizados e das penas aplicadas. Contrapôs-lhes a valorização da vertente preventiva, a afirmação do princípio da legalidade, da universalidade da norma penal⁹³ e a racionalização e maior eficiência na administração da Justiça. Propôs a substituição das

⁸⁹ LÉVY, Jean-Philippe - *L'évolution de la preuve. Des origines à nos jour*. Bruxelles: Ed. La Lib. Encyclopédique, 1965. p. 62, atribui a autoria da designação “prova científica” a Enrico Ferri um dos fundadores (juntamente com Lombroso e Garófolo) da Escola Positivista Italiana e da sociologia criminal.

⁹⁰ *Op. cit.* pp 186 ss.

⁹¹ Idem.

⁹² Escrita em 1764 pelo jovem aristocrata lombardo, em estreita colaboração como Pietro Verri, ambos membros da “*Accademia dei Pugni*”, grupo de reflexão dos ideais iluministas do século, a obra reflete, no plano jurídico-penal, as ideias de Montesquieu (*O Espírito das leis*, publicado em 1748), o Contratualismo inglês de Hobbes e Locke, francês de Rousseau, e o Utilitarismo de Bentham e muito particularmente do filósofo francês Helvétius. DE uma forma muito eclética acaba por se rever em conceitos filosóficos tão distintos como o despotismo esclarecido da Áustria de Habsburgo, o iluminismo enciclopedista francês e o liberalismo e parlamentarismo democrático inglês, compatibilizando no plano ideológico, ideais historicamente antagônicas, como o utilitarismo benthamiano e o jusnaturalismo de Rousseau.

⁹³ Vencendo os privilégios nobiliárquicos do *Ancien Regime*, e de um Direito penal desde sempre desigual e classista.

medievais categorias de penas corporais⁹⁴, cruéis⁹⁵ e infamantes⁹⁶, por penas privativas⁹⁷ e restritivas⁹⁸ de liberdade.

A utilização da prisão, ou privação de liberdade com fins punitivos, é uma instituição recente, com início nas últimas décadas do século XVIII. Até então, a prisão tinha lugar, por regra, apenas no plano preventivo, como forma cautelar de garantir o julgamento e a condenação⁹⁹. A substituição da pena capital e das penas cruéis e infamantes pela pena de prisão constitui um dos mais significativos sinais de mudança trazidos pelo Iluminismo e pela revolução liberal, tendo, neste domínio, a ação de Beccaria e muito particularmente a de Bentham¹⁰⁰, uma grande importância como precursores do penitenciarismo, ainda hoje, o paradigma dominante em matéria de Penologia.

No capítulo VII, sob o título: “Dos indícios do delito e da forma dos julgamentos” Beccaria categoriza e classifica os indícios e as provas de acordo com o seu valor probatório (perfeitas e imperfeitas), estabelecendo alguns critérios para a sua apreciação jurisdicional que deverá privilegiar as provas independentes (obtidas separadamente e não apoiadas entre si).

Considera, ainda, que a lei deve fixar as circunstâncias em que o cidadão pode ser preso e, com base em que indícios, de forma a não deixar marca de infâmia irreparável sobre a sua possível inocência.

Considera que o processo deve ser o mais rápido possível, pois a aplicação da pena deve seguir de perto a prática do crime e o tempo de prisão preventiva, ou cautelar, que nele tenha lugar, deve ser descontada na pena aplicada em julgamento.

No capítulo VIII, sob o título: “Das Testemunhas”, considera a prova testemunhal muito importante e propõe que seja avaliado, previamente, o grau de isenção e confiança das testemunhas, sua eventual ligação ao suspeito e a determinação do seu interesse em dizer a verdade, bem como a credibilidade do seu discurso. A prova testemunhal, tal como as restantes provas e acusações deve revestir natureza pública.

Nos capítulos IX e XI, respetivamente: “Dos interrogatórios sugestivos” e “Da tortura”, Beccaria, considera que o suspeito tem o dever de responder ao interrogatório que lhe for feito (sob pena de lhe ser aplicada pesada sanção por ofensa à Justiça), devendo este, contudo, circunscrever-se, com clareza e objetividade, à forma do cometimento do crime e às circunstâncias da sua ocorrência. Considera, ainda, que a

⁹⁴ Açoites, castração, decepamento de membros e pena de morte nas diversas modalidades.

⁹⁵ Tormentos e suplícios como penas autónomas ou associadas ao agravamento de penas principais, como a pena capital.

⁹⁶ Pelourinho, tronco, baraço e pregão, marcação e ferros,

⁹⁷ Prisão, trabalhos forçados, condenação às galés, redução à escravatura.

⁹⁸ Desterro, expulsão, interdição de permanência, residência fixa.

⁹⁹ No Direito Romano, segundo Domicio Ulpiano: “*carceres enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debent*” (a prisão serve para guardar as pessoas, não para puni-las). Digesto (livro 48, título XIX,8,9).

¹⁰⁰ Jeremy Bentham na linha do utilitarismo filosófico, idealizou em 1787 o modelo de arquitetura carcerária denominado “*Panopticon*”, que M.Foucault viria a considerar nos anos setenta do século passado, um dos ícones simbólicos da “sociedade disciplinar” in **Vigiar e Punir-Nascimento da Prisão**. *Op.cit.* (n.r.70) p. 219 ss.

confissão dos factos é irrelevante e desnecessária, perante presunções inilidíveis ou prova de corpo de delito.

A tortura é classificada como uma inadmissível barbárie que apenas demonstra o direito da força, na medida em que constitui a aplicação de uma pena a um cidadão que pode ser culpado ou inocente. Beccaria equipara a prática da tortura, que visa uma confissão, aos ordálios do sistema primitivo que procuravam uma marca reveladora da autoria do crime. Do ponto de vista utilitário, considera-a um método profundamente injusto e inútil, que apenas obriga o inocente, que não consegue suportar o suplício, a confessar, garantindo ao culpado que o suporta e não confessa, a inocência.

No capítulo X, sob o título: “Dos juramentos”, o autor desvaloriza o juramento¹⁰¹, considerando-o inútil e destituído de qualquer grau de credibilidade, uma contradição irracional entre leis e sentimentos que, numa visão utilitarista, destrói, por um lado, a força do sentimento religioso e, por outro, não garante que o suspeito declare a verdade que lhe é prejudicial.

A obra de Beccaria acabaria por transfigurar, em vários aspetos (humanização do Direito, imposição de limites ao poder punitivo do Estado, objetividade e clareza da norma e estabelecimento de garantias de defesa, entre outros), o futuro do Direito Penal e Processual Penal.

Teve uma grande repercussão junto dos meios intelectuais europeus da época, particularmente no seio do Iluminismo francês onde foi comentada por eminentes pensadores como Voltaire que a considerou um “código de humanidade”.

Influenciou profundamente os padrões legislativos da época, introduzindo, no curto prazo, novos princípios e novos conceitos em vários ordenamentos jurídicos¹⁰² e, a longo prazo, toda a legislação penal e processual penal saída do liberalismo.

Desenharam-se as primeiras tentativas abolicionistas, matéria em que Portugal viria a ser um país pioneiro¹⁰³. Propôs-se o fim da tortura, dos processos e das penas infamantes, procurando a humanização do direito e do processo penal.

Em termos probatórios, no plano da ciência jurídica, três novos grandes princípios jurídicos, ainda que numa dimensão embrionária, vêm alterar totalmente o sistema das provas legais: o princípio da presunção de inocência¹⁰⁴, o princípio da livre convicção do julgador e, no plano material e metodológico, inicia-se um percurso que culminará, mais

¹⁰¹ Prática ritualizada e assente numa dimensão simbólica, alternativa à prova, propriamente dita, muito comum e típica de uma justiça classista e de defesa de privilégios nobiliárquicos, que transitou, incólume do sistema primitivo para o sistema das provas legais.

¹⁰² A legislação penal da Toscana, da Prússia, dos Impérios Russo e Austríaco refletiram de imediato as reformas propostas por Beccaria.

¹⁰³ Portugal aboliu a pena de morte para crimes civis, em 1867. (para crimes políticos já tinha sido abolida em 1852). Porém, a abolição da pena de morte para crimes de traição em teatro de guerra, ou seja, a abolição total, só viria a ter lugar em 1976. Ao contrário do que habitualmente se afirma, Portugal não foi o primeiro país do mundo a abolir a pena de morte. Antes dele fizeram-no, o Ducado da Toscana em 1786, os Estados norte-americanos do Michigan e do Wisconsin, em 1846 e em 1853, respetivamente, a Venezuela em 1863 e a República de San Marino, em 1865. Contudo, Portugal foi o primeiro Estado no Mundo a prever a abolição da pena de morte na Lei Constitucional.

¹⁰⁴ Consagrado como referência supra nacional na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

tarde, com a afirmação do princípio da verdade material, com recurso crescente à ciência e ao método científico.

Já no século XIX, no que à prova particularmente diz respeito, teve uma grande influência o “Tratado da Prova em Matéria Criminal”, do penalista alemão Carl Mittermaier¹⁰⁵, primeira obra de doutrina estruturada sobre o tema, publicada.

A ação e a influência do pensamento de Beccaria tornar-se-ia, também, um dos alicerces fundamentais da chamada Escola Clássica de Criminologia, cujos princípios doutrinários marcariam, neste domínio, a primeira metade do séc. XIX.

Numa primeira fase, muito próxima da Revolução francesa e dos tempos conturbados que se lhe seguiram, é concedida, ao princípio da livre convicção do julgador, uma amplitude extrema. O Código de Instrução Penal napoleónico previa, à semelhança do sistema judiciário britânico, a utilização do sistema de júri, como forma de neutralizar todos os abusos inerentes ao sistema processual típico do *Ancien Regime*¹⁰⁶. Vinculado a um quadro mínimo de limitações legais, o juiz avalia a prova obtida, quase exclusivamente de acordo com os ditames da sua consciência e convicções pessoais. Deste modo, cair-se-ia, no oposto ao sistema das provas legais, concedendo-se, ao julgador, excessivos poderes e uma alargada discricionariedade, que tornariam o sistema demasiado subjetivo, retirando ao acusado, na prática, importantes garantias de defesa.

São significativas, a este respeito, as palavras críticas de Imbert e Lavoisier: «(...) o sistema das provas de convicção conduziu à concessão ao juiz de um tão lato poder de apreciação no julgamento, que passou a tecer-se uma reação demasiado subjetiva no que respeita a certos elementos (...) assim muitas vezes se tem desejado o desaparecimento do impressionismo jurídico, ao qual parece conduzir o sistema das provas de convicção, aguardando-se que a ciência esteja apta a fornecer certezas a que a mente humana não pode, por si só, chegar (...)»¹⁰⁷.

1.4.1. Criminalística e ciências forenses. A imparável evolução da ciência e da tecnologia

Em nossa opinião, na narrativa histórico-jurídica valoriza-se, de forma insuficiente, o papel e a importância, indireta, da evolução do pensamento científico, das ciências exatas e experimentais e do progresso tecnológico, na evolução do processo penal, *maxime* nos regimes probatórios e respetivo catálogo de meios de prova e de obtenção de prova. Afinal, são eles que acrescentam, e garantem, de forma consolidada, os critérios de certeza e de segurança jurídica, permanentemente reclamados pelos Estados de Direito das modernas sociedades democráticas.

¹⁰⁵ MITTERMAYER, C. - **Tratado da Prova em Matéria Criminal – Exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal. De suas aplicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra etc.** Rio de Janeiro: Ed. Cruz Coutinho, 1871, disponível em 22/11/16, em formato digital no seguinte endereço eletrónico: www.google.com.br/#q=tratado+da+prova+em+mat%C3%A9ria+criminal+mittermaier

¹⁰⁶ IMBERT e Lavoisier, *op. cit.* p.187.

¹⁰⁷ *Idem* p.191.

Com efeito, é o Positivismo oitocentista, de raiz comtiana associado ao desenvolvimento de ciências como a Medicina, a Física e a Biologia, e ao experimentalismo de Lamarck (1744-1829) e de Darwin (1809-1882) que, no plano epistemológico, criará as condições necessárias para a reconfiguração de velhos saberes e para formação de conhecimento novo, dedicado à abordagem e compreensão do ato criminoso.

Logo no início do século XIX, assistimos ao desenvolvimento de áreas do conhecimento protocientífico, centradas na classificação e interpretação de características morfo-anatómicas do ser humano, com o pretense objetivo de entender o seu caráter e comportamento. São conhecidas as exacerbadas e infundadas conclusões dos médicos alemães Franz Gall (1758-1828) e do seu discípulo Johann Spurzheim (1776-1832), no domínio da Frenologia e da Fisiognomia¹⁰⁸. Não obstante a sua controversa pseudocientificidade, a frenologia exerceu uma grande influência e fascínio no pensamento social positivista da época, tendo sido *recuperada*, na primeira metade do século XX, pelo britânico Bernard Hollander (1864-1934), e pelo belga Paul Bouts (1900-1982), com as denominadas Craniologia e Psicognomia¹⁰⁹.

Foi na segunda metade do século XIX que o Positivismo Criminológico se afirmou plenamente, tendo com principal ferramenta a Antropologia Criminal de Lombroso (1835-1909), Ferri (1856-1929) e Garófalo (1851-1934).

As obras de Lombroso: “*L’Uomo Delinquente*” (1876) e “*Antropologia Criminal*” (1895), afastando-se da Escola Clássica de Criminologia, que abordava o crime, apenas e só, na dimensão de categoria jurídica abstrata, passou a centrar a abordagem do fenómeno criminal na figura e nas condições intrínsecas do delinquente.

Neste novo contexto, o crime, muito para além de uma entidade jurídica abstrata, passou a ser entendido como um fatalismo biológico, determinado por uma ancestralidade genética e por um incontrollável atavismo, em torno do qual se erigiu a teoria do criminoso nato, reconhecidamente um *doente* com uma configuração anatomo-morfológica típica e cientificamente demonstrável.

Foram os tempos do encarceramento penitenciário¹¹⁰, das medidas de segurança e das grandes campanhas de profilaxia social medicalizadas¹¹¹ e da prevenção criminal primária.

¹⁰⁸ Os princípios doutrinários da frenologia foram enunciados por GALL Franz e SPURZHEIM Johann na tese **A Anatomia e Fisiologia do Sistema Nervoso em Geral e do Cérebro em Particular**, publicada em 1809 pela ed. Treuttel e Würtz, Paris, e reeditada em 2001 sob o mesmo título. Sobre as teorias de Gall, existe uma obra publicada em 2000 pelo psiquiatra português, CASTRO-CALDAS Alexandre - **A Herança de Franz Joseph Gall: O cérebro ao serviço do comportamento humano**. Amadora: Ed. McGraw, 2000.

¹⁰⁹ Utilizadas de forma perversa e politicamente direcionada, na década de 30 e 40 do século XX, pelo Departamento de Higiene Racial do Ministério do Interior nazi para *fundamentar*, doutrinariamente, as bases eugénicas e racistas que conduziram ao Holocausto.

¹¹⁰ Vide n.r.94

¹¹¹ Grandes campanhas de âmbito nacional, contra chagas sociais como a tuberculose, a sífilis e o alcoolismo, consideradas responsáveis, em termos geracionais, pela degeneração biológica e pelos atos criminosos através dos quais ela se manifesta exteriormente.

Do ponto de vista probatório, o processo penal ou, em termos mais concretos, a investigação criminal passou a dispor de uma nova metodologia de identificação humana, construída a partir do método antropométrico ou da Antropometria Criminal.

Na peugada do papel pioneiro de Eugène Vidocq (1775-1857)¹¹², e das teses sobre o método estatístico aplicado à análise da criminalidade, de Quetelét (1796-1874), Alphonso Bertillon (1853-1914), criminólogo e funcionário da Sûreté National francesa, criou um complexo sistema de identificação criminal, o Retrato Falado, também denominado *Bertillonage*¹¹³, adotado pela Polícia de Paris em 1893, como método de identificação criminal. Para esse efeito, foi criado o primeiro laboratório de identificação criminal, naquela instituição e, cremos, no mundo. O labor científico de autores como Galton (1822-1911), W. Herschel (1833-1917), H.Faulds (1843-1930), R.Henry (1850 -1931), Vucetich (1858-1925), entre outros, contribuiria para a afirmação da Lofoscopia, na segunda metade do século XIX, como método científico de identificação humana, dotado de elevado grau de classificabilidade e de praticabilidade, que o tornaria o principal método de identificação forense até à atualidade, na generalidade das polícias criminais¹¹⁴.

Num crescendo imparável, o conceito de Criminalística emerge como área autónoma do conhecimento científico, discutindo-se vivamente a sua natureza e limites, no plano epistemológico.

F.Liszt (1851-1919), lídimo representante da escola de política criminal alemã, utiliza o conceito de criminalística, numa lógica de abrangência estritamente jurídica, chamando-lhe a “*ciência total*” do Direito Penal.

H.Gross (1847-1915), professor do Instituto de Criminologia da Universidade de Graz, atribui-lhe um sentido diferente, considerando-a uma área do saber científico, auxiliar do Direito, que tem por fim a análise sistemática dos vestígios deixados pelo autor do crime¹¹⁵. O seu discípulo Ernst Seelig, consolida-a como área específica do conhecimento científico aplicado à investigação criminal. O seu Manual de Criminalística (“*Handbuck Der Kriminalistik*”), publicado em 1920, apresenta-a numa lógica de multidisciplinaridade e contributo de várias áreas do conhecimento. Desenvolve, de forma

¹¹²Eugène Vidocq, redimiria o seu conhecido passado aventureiro e delinquente na qualidade de mentor e primeiro dirigente da *Sûreté Nationale* francesa, inspirando uma plêiade de escritores como V. Hugo (“*Os Miseráveis*”), H.Balzac (“*A Comédia Humana*”), A. Dumas (“*O Conde de Monte Cristo*”) e, segundo alguns autores, o próprio Conan Doyle na criação do seu principal personagem, Sherlock Holmes. V. g. VIDOCQ, François-Eugène - **Les Véritables Mémoires de Vidocq**. Paris: Ed. La Découverte, 2011.

¹¹³A *Bertillonage* constitui um processo de identificação humana que cruza dados descritivos (nome, sexo, raça, idade, etc.), antropométricos (estatura e medidas anatómicas), sinaléticos (malformações, sinais particulares, tatuagens, cicatrizes, próteses, etc.), fotografia e, numa fase final, a partir de 1894, a lofoscopia, procurando concentrar todos os dados, recolhidos num quadro de rigorosa normalização, numa ficha/fórmula antropométrica, classificável e individualizante. O método foi apresentado e aprovado com sucesso no 1º Congresso de Antropologia Criminal realizado em 1885, em Roma, tendo contudo, sido substituído pela lofoscopia na primeira década do século XX.

¹¹⁴Numa perspetiva histórica, v.g. PINA, Luis de - **Dactiloscopia (Identificação-Polícia Científica)** Lisboa: ed. Bertrand, 1938 e SIMAS, A., Calisto, F., e Calado, F. - **Dactiloscopia e Inspeção Lofoscópica**. Barro – Loures. ISPCC/PJ. 2001.

¹¹⁵Numa obra que constitui um dos marcos de referência: Manual de Justiça Criminal como Sistema de Criminalística (“*Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*”), publicado em 1893.

notável, metodologias específicas de abordagem do local do crime, contemplando inclusivamente, a construção de equipamentos específicos para esse efeito. Na linha de Gross, o criminalista R. Reiss (1875-1929) criou, em 1908, o primeiro laboratório da criminalística, o Instituto de Polícia Científica na Universidade de Lausanne, publicando, igualmente, um Manual de Polícia Científica que se afirmaria como um marco de referência.

O francês E. Locard (1877-1966) publicou, entre 1931 e 1940, uma obra monumental em 7 volumes, o “*Traité de Criminalistique*” (Ed. J. Desvigne em Lyon), no qual formula o denominado “princípio das trocas”, uma das bases teóricas da ciência forense. Em 1910, viria a criar o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária de Lyon.

Em suma, podemos afirmar, neste domínio, que a análise diacrónica da realidade ao longo do século XIX, mostra-nos uma rápida evolução da protociência para a Medicina, a qual, durante várias décadas, compreende e abarca, de forma hegemónica, praticamente todo o conhecimento forense¹¹⁶.

A Criminalística afirmar-se-ia, de forma cada vez mas nítida, não tanto como um pré-determinado acervo de conhecimento, ou um conjunto de saberes distintos, adaptado ou aplicado a um fim comum, mas, sobretudo, como uma plataforma de gestão de multi e interdisciplinaridades convocadas para a função forense, em absoluta fidelidade a um paradigma de especialização. Neste contexto, dão forma e conteúdo ao moderno conceito de criminalística, as chamadas ciências forenses¹¹⁷.

Já no século XX, face aos novos desafios das modernas formas de crime organizado, e à reconfiguração do processo probatório por eles exigidos (objeto da nossa análise nos capítulos finais da presente tese), assistimos ao primado das chamadas tecnologias (técnicas de pesquisa, busca e localização, seguimento, vigilância, identificação e monitorização e alvos móveis, registo fonográfico, fotográfico e videográfico, rastreamento e condicionamento eletrónico, interceção e registo de comunicações, entre outras).

A Criminalística e as ciências forenses por ela convocadas e geridas, numa lógica de imparável desenvolvimento, ainda na primeira metade do século XX, começaram a integrar os currículos universitários de todos os países desenvolvidos. Neste domínio, teve um destacado papel de referência, a Universidade de Berkeley, na Califórnia.

¹¹⁶ Para além dos vários ramos da Medicina Legal (Tanatologia, Anatomia, Patologia, Sexologia, Traumatologia, Asfixiologia, Psiquiatria, entre outros), compreendia também, áreas adjacentes como por exemplo, a Lofoscopia, a Toxicologia, a Documentoscopia, a Antropologia que, em bom rigor epistemológico, não fazem parte da Medicina. Uma das características do Positivismo consiste na medicalização de todos os níveis e fases de abordagem do fenómeno criminal.

¹¹⁷ Referindo-se a título meramente exemplificativo: Medicina, Antropologia, Odontologia, Imagiologia, Entomologia, Psiquiatria, Psicologia, Botânica (e dentro desta a Panilogia e a Micologia), Biologia, Genética, Toxicologia, Física, Química, Lofoscopia, Balística, Documentoscopia, Contabilidade, Engenharia (e dentro desta, a Informática, Metalurgia, Mecânica) e, todas as ciências e ramos do saber científico convocados *in casu* para a produção de prova feita e acordo com o princípio da liberdade probatória.

Em meados dos anos 80 do século passado, a descoberta dos perfis genéticos de ADN (ácido desoxirribonucleico), pelo britânico A. Jeffreys (1950)¹¹⁸, suscetíveis de permitir a identificação genética com base em critérios de elevada classificabilidade e praticabilidade, aumentaram significativamente o potencial de resposta da Criminalística em geral e da Biologia ou Genética forense em particular, aos desafios da investigação criminal e às exigências do sistema probatório.

Na atualidade, a nanotecnologia forense e alguns estudos de biometria avançada, muito presentes quer nas ciências da vida, quer nas ciências da terra, conferem à Criminalística moderna um potencial de resposta inimaginável, que se constitui, concomitantemente, numa potencial e séria ameaça a valores e princípios fundamentais das sociedades democráticas, adiante serão objeto de análise na presente dissertação.

1.4.2. O Modelo processual acusatório. O primado da liberdade e da dignidade humana

O rigor e a certeza reclamados, no plano probatório, pelos modernos sistemas processuais penais, só podem ser garantidos, no plano material, por uma crescente intervenção da ciência (experimental e exata) e da tecnologia forense e, no plano jurídico-processual, pelo sistema acusatório.

Contrariamente ao sistema inquisitório, o acusatório tem, como principal característica, o facto de o acusador ser uma entidade distinta do julgador, existindo uma clara separação entre as funções de investigar e acusar e as funções de julgar.

Historicamente, não existe uma relação de precedência entre os dois sistemas. A origem do processo acusatório é ancestral. Remonta à Grécia e ao final da República Romana, nas chamadas *quaestiones perpetuae*, ou julgamentos criminais¹¹⁹ e, no caso português, aos primórdios da nacionalidade.

Entre nós, sobre a sua origem, diz-nos Cavaleiro Ferreira: “o processo acusatório teve lugar na antiga Roma ao qual sucedeu, nos tempos do Império, numa mais vasta e complexa organização social e política, um processo já de natureza inquisitória da mesma forma nos primeiros tempos da Monarquia Portuguesa, para o autor, o processo iniciava-se com a acusação perante o juiz pelo ofendido ou na sua falta por familiares seus, portanto, no antigo direito português a acusação denominava-se «Rancura» e depois «Querela», a que se seguia a contestação do réu e apresentação por um e outro das provas, debatidas em audiência perante o Tribunal. Portanto, nos crimes que tinham por objeto bens ou interesses coletivos, a acusação podia ser formulada por qualquer membro da comunidade”¹²⁰.

¹¹⁸ Na esteira dos trabalhos de J.Miescher (1844-1895) que identificou a nucleína (ADN) em 1869; de J.Watson (1928) e F.Crick (1916) que identificaram em 1953 a estrutura molecular do ADN e de E. Southern (1938) que criou o teste de ADN.

¹¹⁹ BARROS, Marco António de - **Procedimento penal acusatório das "quaestiones perpetuae": fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri Júri** in Revista *Justitia*. São Paulo: nº59 (178). Abr/jun 1997. pp. 27-35.

¹²⁰ *Op. cit.* p. 22.

Modernamente, a secularização do Direito e os valores e ideais do iluminismo e do liberalismo contribuíram para a consolidação do modelo acusatório, que encontra a sua mais remota fonte no Direito Inglês, ao ser instituído, em 1166, no reinado de Henrique II, o chamado *trial by jury*, um dos principais institutos da *Common Law*, consagrada mais tarde, em 1215, na *Magna Carta* e na *Bill of Rights* de 1689¹²¹.

Tem, como principais características, a garantia de imparcialidade do juiz que não produz provas, não acusa nem defende, apenas julga o pleito entre as partes.

Vigora o princípio da jurisdicionalidade (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), garantindo, não só o devido processo legal, como, também, o estatuto orgânico de um juiz, independente, inamovível (princípio do juiz natural), em exclusividade de funções e apenas vinculado ao cumprimento da Lei e à obrigatoriedade de proferir decisões judiciais fundamentadas, motivadas e escrutináveis.

O processo acusatório tem, na sua versão original, uma estrutura próxima do processo civil, do princípio do dispositivo, do juiz passivo, da autorresponsabilização probatório das partes¹²², sendo estas responsáveis pela produção da prova. Mais uma vez, nas palavras de Cavaleiro Ferreira: “O processo acusatório, na sua feição histórica, não era apenas acusatório, no sentido de que o tribunal não procedia oficiosamente à instauração e prossecução do processo, mas também, era amplamente contraditório, na sua simplicidade perante a passividade imparcial do juiz”¹²³.

Existe uma rigorosa separação das funções de acusar, defender e julgar. Ao acusado é conferido o estatuto de sujeito processual, titular de um amplo conjunto de direitos e deveres, designadamente o direito ao contraditório, ou seja, de se defender, de forma dinâmica, contrapondo e contraprovando, num processo legal que, por regra, é público¹²⁴. Aplica-se ainda o princípio da presunção da inocência do acusado e a proibição de inversão do ónus da prova.

No que respeita ao processo probatório, a regra da vinculação a provas legais, taxativas ou tarifadas, é substituída pelo princípio da liberdade probatória e da livre apreciação, pelo julgador, da prova produzida – no sistema acusatório puro – exclusivamente pelas partes, ou seja, pelo acusado, pela vítima e, nos crimes públicos, pelo Ministério Público ou Promotor público.

¹²¹ARRUDA, José Acácio - **Breve História do Júri Criminal Inglês** Disponível em: <http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/inglaterra.pdf>, consultado em 20/11/16. Para uma abordagem mais desenvolvida, v.g. HOSTETTLER, John - *A History of Criminal Justice in England and Wales*. London: Ed. Waterside Press, 2009. pp. 40-64 e 167-182.

¹²²JACINTO, F. Teodósio - **O modelo de processo penal entre o inquisitório e o acusatório: Repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito**. Comunicação apresentada no Colóquio “Direito Penal e Processo Penal”. S.T.J. em 3-06-2009.

¹²³*Op. cit.* p. 22.

¹²⁴O art. 355.º, C.P.P. português, onde se estabelece que a audiência de julgamento constitui o momento natural e decisivo na produção da prova que deverá ter lugar de acordo com os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade.

1.4.3. O Modelo processual misto. Legalidade e eficácia

O modelo acusatório não existe, em estado puro, em nenhum ordenamento jurídico europeu ocidental, não sendo possível classificar, um processo como totalmente acusatório ou totalmente inquisitório¹²⁵.

Razões de defesa social, que se prendem com a necessidade de conferir níveis aceitáveis de eficácia aos sistemas processuais penais de sociedades complexas, onde a ameaça criminal cresceu e se transfigurou, nos planos quantitativo e qualitativo, conduziram, nos ordenamentos de matriz continental, à repriminção, inserção ou manutenção no modelo acusatório, de algumas características do modelo inquisitório, particularmente, na fase da recolha das provas.

Por seu lado, nos ordenamentos de matriz anglo-saxónica, registou-se uma tendência convergente, de sentido oposto. Na Grã-Bretanha e nos países da Commonwealth, a ação do *Crown Prosecution Service*, conjuntamente com os competentes órgãos de polícia criminal, substituiu-se à acusação privada. Esta estrutura pública tem uma natureza idêntica à do MP dos ordenamentos continentais, aproximando, assim, o modelo acusatório do inquisitório¹²⁶.

As mesmas considerações valem para a justiça criminal Norte-americana, onde foram, introduzidos mecanismos processuais de natureza inquisitória, no sentido de neutralizar os efeitos deletérios do “*adversarial system*”¹²⁷.

Assistimos, pois, a um curioso movimento de sentido oposto que, por razões de natureza idêntica, aproxima os modelos inquisitório e acusatório de um modelo misto ou reformado¹²⁸.

Deste modo, a primeira fase do processo penal (destinada à recolha de indícios e provas suscetíveis de sustentarem uma acusação que permita prosseguir a ação penal), pode assumir natureza de inquérito preliminar, judicial, policial ou pré-processual. Tendo natureza processual, é presidida pelo Juiz de Instrução ou pelo MP; Tendo natureza pré-processual ou policial, é dirigida por uma autoridade de polícia criminal, nela intervindo a autoridade judiciária, apenas e só, para efeitos de controlo em matéria de restrição de liberdades e garantias. Em qualquer dos casos, esta fase preliminar apresenta características marcadamente inquisitórias, ainda que com grau de intensidade variável.

De acordo com o princípio da investigação ou da verdade material, a autoridade judiciária competente gere a prova que recolhe (ou pode recolher) *ex officio*, em qualquer das fases do processo. O exercício do contraditório pleno, como método de defesa, é, ou pode ser, muito limitado, ou até completamente inativado pela figura do segredo de justiça. Este, pode ser judicialmente decretado nesta fase, impedindo o acusado de conhecer as

¹²⁵ DELMAS-MARTHY, Mireille - **European Criminal Procedures**. Cambridge University Press, 2002. Disponível em: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002073784.pdf> (consulta em 29/11/16).

¹²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda - **As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal, ou a matriz de um processo penal europeu in Que futuro para o direito processual penal? Homenagem a Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Ed. 2009. p. 716.

¹²⁷ Idem, p. 715 (nota 9).

¹²⁸ Idem.

provas recolhidas e/ou, em determinadas condições, desconhecer mesmo o facto de ser investigado.

O modelo processual misto ou reformado, que hoje vigora na generalidade dos ordenamentos continentais¹²⁹, tem origem na França napoleónica¹³⁰. Em termos sucintos, como atrás ficou dito, possui características de ambos os modelos referidos, sendo tendencialmente inquisitória uma primeira fase e, as subsequentes, amplamente acusatórias.

Este tipo de medidas, bem como outras, adiante objeto de análise mais detalhada, são, no fundo, formas de equilibrar, de tornar viável o modelo acusatório, do ponto de vista da sua eficácia. Sempre, porém, dentro dos limites impostos por um determinado modelo político-constitucional, que nos reconduzirá a uma permanente dialética de tensão e controvérsia doutrinária, que a máxima de Roxin, com que iniciámos a presente dissertação (n.r.1), traduz de forma expressiva. Com efeito, num Estado de Direito, o processo acusatório é a principal garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. À *contrario*, num Estado totalitário, o modelo inquisitório constitui o principal veículo da afirmação daquele arbítrio e da supressão de direitos e garantias dos cidadãos.

¹²⁹ Designadamente, o ordenamento processual penal português que apresentaremos de forma mais detalhada no capítulo seguinte.

¹³⁰ Também designado por “*sistema napoleónico*”, em virtude de ter como fonte próxima, o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, ou Código Penal Napoleónico, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1811, tendo vigorado durante 150 anos e constituído um diploma de referência no domínio do direito continental. O Código Penal Napoleónico continha soluções de compromisso e de continuidade, designadamente no que respeita à produção da prova, à investigação criminal e ao papel do Ministério Público, dele emergindo aquilo que muitos autores designam por sistema Misto. A estrutura do modelo misto era acusatória mas o processo estava dividido em duas fases: a instrução e o julgamento. A fase de instrução era dirigida por um magistrado especializado (juiz de instrução), sendo, sendo porém, titular da ação penal um procurador da república. De tipo inquisitório, a instrução era escrita, secreta, não garantindo o contraditório. Já a fase de julgamento desenrolava-se de acordo com o modelo acusatório.

Capítulo II

OS MODELOS PROBATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS.

Na maioria das sociedades democráticas, de matriz continental, vigora, no domínio processual penal, o modelo acusatório reformado, também designado modelo misto, como vimos no capítulo anterior, *in fine*. É o caso de Portugal, França, Alemanha, Itália, Espanha e Brasil, entre outros países.

Em ordenamentos de matriz anglo-saxónica, como é o caso da Grã-Bretanha (e países da Commonwealth) e dos E.U.A., vigora um modelo acusatório de cariz adversarial, igualmente *calibrado* ou reformado com a introdução de mecanismos de natureza inquisitória, particularmente na fase inicial do processo.

Destarte, confrontados com um fenómeno criminal global que, historicamente, suscita as mesmas dificuldades e impõe os mesmos desafios, os dois grandes sistemas – continental e anglo-saxónico –, sem perderem a sua identidade e matriz estrutural, vêm adotando, particularmente no plano da produção probatória, uma ampla estratégia de aproximação e de convergência, com um alargado denominador comum na escolha de soluções e de regimes jurídicos, acentuando-se apenas, a jusante, as diferenças entre eles, no domínio da valoração e admissibilidade das provas, conferindo-se, nuns casos maior relevância à dimensão material, noutros à dimensão formal.

2.1. O Processo Penal Português

O ordenamento jurídico português constitui, hoje, um bom exemplo no domínio processual penal continental.

Até à codificação, era constituído por um dédalo de disposições adjetivas, dispersas, pelas Ordenações Filipinas e por alguns diplomas avulsos, entre muitas lacunas e contradições que conferiam elevada arbitrariedade e discricionariedade ao sistema de justiça penal.

Os trabalhos de sistematização e de codificação do Direito processual penal, foram concomitantes aos do Direito penal, cujo primeiro código data de 1852¹³¹. Contudo, o primeiro código processual penal só viria a ser aprovado muitas décadas depois, em 1929 (Decreto nº 16.489, de 2 de Fevereiro), estabelecendo uma estrutura processual predominantemente inquisitória, assente no papel reforçado de um juiz, ao qual competia não só julgar, mas também realizar a instrução que fundamentava a acusação, essa, sim, da competência de um MP reduzido a uma expressão quase simbólica.

O modelo processual inquisitório do código de 1929 conviveu com legislação extravagante¹³² e sofreu significativas alterações ao longo da sua vigência.

Uma das mais relevantes, o DL n.º 35.007, de 13 de Outubro de 1945¹³³, mudou a estrutura do modelo inquisitório inicial, atribuindo uma fase de instrução preparatória ao MP, adotando-se, assim, por esta via, ainda que num plano meramente formal, o modelo acusatório. Após esta fase, seguia-se a fase de instrução contraditória, da competência de um juiz, cuja abertura era obrigatória nos processos de querela.

A reforma de 1972, trazida pelo Decreto-Lei nº 185/72, de 31 de Maio, introduziria múltiplas alterações ao código de 1929¹³⁴.

O 25 de Abril de 1974 iniciou um período de mudança, introduzindo profundas alterações no Direito processo penal positivo. Vários diplomas legais¹³⁵ operaram significativas alterações na estrutura do Código de 1929 que só viria a ser definitivamente revogado pelo CPP de 1987 (DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro) entrado em vigor a 1 de junho desse ano.

Entretanto, anunciando uma profunda mudança de paradigma, o DL n.º 605/75, de 3 de Novembro, criou o inquérito policial para crimes puníveis com pena correccional, mais tarde substituído pelo inquérito preliminar, através do DL n.º 377/77

¹³¹ Alvo de generalizadas críticas - desde a entrada em vigor -, pela sua natureza pouco inovadora, viria a ser revogado pelo CP de 1886, após ter sido alvo de 2 profundas reformas historicamente conhecidas pela reforma Barjona de Freitas em 1867, e pela reforma Sampaio de Melo em 1884.

¹³² Regulando, entre outras, matérias tão relevantes como o *habeas corpus*, a liberdade condicional, e a lei orgânica da PJ.

¹³³ Na opinião de FERREIRA, Cavaleiro de - **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Ed. Danúbio, 1986. Vol. I p.22-23. (Ministro da Justiça entre 1944 e 1954) o DL n.º 35007 restaurou o princípio da acusação em Portugal.

¹³⁴ Segundo o próprio texto preambular, o diploma seguiu o exemplo de vários ordenamentos europeus que após a II Guerra, introduziram significativas alterações em matéria de instrução e meios de defesa durante essa fase, prisão preventiva e liberdade provisória dos arguidos. Foi o caso do antigo CPP alemão (*Strafprozessordnung*), objeto de sucessivas modificações (1950, 1953 e 1964); do CPP italiano, de 1930, que foi alvo de importante revisão em 1955; do antigo CIC francês reformado em 1957, 1959 e 1970, e da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola de 1882, reformada em 1967, todos eles com o objetivo comum de consagrar de forma ampla o princípio acusatório. Nesta linha reformadora o DL n.º 185/72 reafirma a prisão preventiva como providência cautelar, supletiva à liberdade provisória, dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos e, também, no que respeita aos seus motivos e duração. Introduz ainda alterações no domínio das fases do processo (instrução preparatória e contraditória) e do segredo de Justiça, e procede a uma profunda reforma da execução das penas, complementar à reforma prisional consagrada no DL 184/72 da mesma data, que revoga o DL 26643, de 28 de Maio de 1936.

¹³⁵ Sendo os mais relevantes, o DL n.º 605/75, de 3 de Novembro, com a redação que lhe conferiu posteriormente, o DL n.º 377/77, de 6 de Setembro, a Lei n.º 38/77, de 17 de Junho e o DL n.º 477/82, de 22 de Dezembro.

de 6 de Setembro, designação que melhor se adequava à “unidade” do sistema jurídico¹³⁶, ponderados os objetivos da CRP de 1976. Esta, no n.º 4 do art.32.º, estabelece o princípio de que toda a instrução é da competência de um juiz¹³⁷, no n.º 5 do mesmo artigo, consagra a estrutura acusatória do processo penal e, no n.º 1 do artigo 224.º (atual art.219.º), atribui o exercício da ação penal ao MP.

A compatibilização da norma do n.º 4, do artigo 32.º, com a norma n.º 1, do artigo 224.º, gerou acesa controvérsia doutrinária, levantando dificuldades interpretativas à partilha de competências entre o JIC e o MP no novo modelo acusatório, consagrado pelo texto constitucional¹³⁸, gerando, tal facto, associado à dispersão normativa, entropias e disfuncionalidades no funcionamento do sistema de Justiça criminal.

2.1.1.O CPP de 1987. Um modelo exemplar no contexto europeu

Em 1987, entraria em vigor o atual CPP, que consagraria, na esteira do aresto constitucional – afastadas que foram as suscitadas dúvidas relativas à sua conformidade¹³⁹ -, um processo de estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio supletivo de investigação oficial, num justo equilíbrio que, no essencial, se haveria de manter incólume às várias alterações futuras¹⁴⁰.

Nele se delimitaram, de forma rigorosa e clara, as funções do Juiz de instrução, do MP e do Juiz de julgamento, atribuindo-lhes a titularidade e direção de cada uma das fases do processo penal: inquérito, instrução e julgamento. Valorizou-se a natureza acusatória e democrática do processo penal, reforçando-se o papel do juiz, no controlo jurisdicional de todo o processo de produção probatória, como guardião das garantias e liberdades, ao longo das duas primeiras fases do processo.

¹³⁶ BORGES, J. Marques e Fouto, A. Proença - **Inquérito Policial - Inquérito Preliminar. Comentário ao DL 377/77 de 6 de Setembro**. Lisboa: Ed. da PJ,1978. p. 7.

¹³⁷ Segundo MENDES, Paulo Sousa - **A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido, anteriores ao julgamento** in **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2013. p. 1371., esta alteração do DL n.º 377/77, de 6 de Setembro, pretendeu assimilar o impacto do art.32.º, n.º 4 da CRP, transformando o inquérito policial numa mera diligência pré-processual,

¹³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - **A nova constituição e o processo penal**, in *Revista da OA*. Lisboa: 1976. n.º36.

¹³⁹ O acórdão do TC n.º 7/87 de 9 de janeiro, proferido em sede de fiscalização preventiva e abstrata, requerida pelo PR, considerou que a atribuição ao MP da direção da fase de inquérito do processo comum, era constitucional, não ofendendo o disposto no art.32.º, n.º 4 da CRP, pelo facto do art.219.º, n.º 1 do mesmo texto fundamental (art.224.º à data da fiscalização) estabelecer que ao MP cabe exercer a ação penal, o que implica, incontornavelmente, dirigir a investigação.

¹⁴⁰ DIAS, Jorge Figueiredo - **Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português** in *RPCC*, 2008. n.º18. p. 368.

Dissemos, no início do capítulo, que Portugal constitui um bom exemplo nesta matéria, justamente porque o CPP português de 1987 é considerado um diploma exemplar e de referência em centros académicos internacionais¹⁴¹.

Nesse sentido, a penalista do Collège de France, Mireille Delmas-Marthy, considerou que o CPP português de 1987 contém, nos seus grandes princípios e valores orientadores, o processo penal europeu do futuro, ou seja, um modelo híbrido e de compromisso, que retira os melhores contributos do acusatório e do inquisitório, puros. Refere a tal propósito: “Inscreveram o princípio acusatório na vossa Constituição, mas, ao mesmo tempo, guardaram o melhor da tradição continental, mantendo os procedimentos criminais públicos, exercidos em nome do Estado pelo Ministério Público, e regras claras e precisas que, contrariamente ao sistema inglês, se aplicam desde a fase preparatória e que permitem evitar que todos o inquérito seja refeito em audiência (...) pela escolha que fizeram ao adotar um código completamente novo e muito inovador para a Europa...a utopia de um processo penal comum para a Europa tornou-se realizável”¹⁴².

A redação inicial do DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro, que aprovou a versão inicial do CPP, foi, até ao presente, alterada por 29 diplomas subseqüentes¹⁴³ (entre os quais 4 diplomas retificativos e 1 declaração) que, não modificando, como já vimos, as grandes linhas matriciais do código, introduziram, revogaram e reintroduziram alterações e sucessivas reformas na redação inicial.

Esta excessiva atividade legiferante não abona a confiança e a segurança do bom Direito, sendo reveladora de uma franca e manifesta falta de qualidade legística¹⁴⁴, quer no plano formal, quer no plano material e sistemático, particularmente em matéria de jurisprudência (sociologia da legislação)¹⁴⁵.

¹⁴¹ COSTA, José Faria e - **Os Códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987**”, in **Que futuro para o direito processual penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 445.

¹⁴² DELMAS-MARTHY, Mireille - **A Caminho de um Modelo Europeu de Processo Penal** in RPCC. 1999. n.º9. pp. 231-232.

¹⁴³ Lei n.º1/2016 de 25/02; Lei n.º 130/2015 de 4/9; Lei n.º 58/2015 de 23/6; Lei 27/2015 de 14/4; LO n.º 2/2014 de 6/8; Retificação n.º 21/2013 de 19/4; Lei n.º 20/2013 de 21/02; Lei n.º26/2010 de 30/8; Lei n.º115/2009 de 12/10; Lei n.º52/2008 de 28/8; DL n.º34/2008 de 26/2; Retificação n.º100-A/2007 de 26/10; Lei n.º 48/2007 de 29/8; DL n.º 324/2003 de 27/12; Retificação n.º16/2003 de 29/10; Lei n.º 52/2003 de 22/8; Retificação n.º 9-F/2001 de 31/3; Lei n.º30-E/2000 de 20/12; DL n.º320-C/2000 de 15/12; Lei n.º 7/2000 de 27/5; Lei n.º 3/99 de 13/1; Lei n.º 59/98 de 25/8; DL n.º317/95 de 28/11; DL n.º 343/93 de 1/10; DL n.º 423/91 de 30/10; Lei n.º 57/91 de 13/8; DL n.º 212/89 de 30/6; DL n.º 387-E/87 de 29/12; Declaração de 31/3/87.

¹⁴⁴ FREITAS, Pedro Caridade de - **Lições de Legística**. (formato digital: *power point*). Lisboa: FDUL. (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses). Dezembro de 2015.

¹⁴⁵ Num colóquio organizado pela AR em 27 de Maio de 2009, subordinado ao tema “A Qualidade da Legislação”, o constitucionalista Gomes Canotilho afirmou: “A arte de legislar levanta muitos problemas”. Considerando estarmos perante uma nova ciência, lembrou que “as leis servem para a aplicação das políticas públicas” e que falham porque “não têm em conta questões económicas, sociais, culturais” defendendo que a função de legislar deveria estar rodeada de mais cuidados e ser encarada com “mais profissionalismo”. No mesmo evento a diretora da CEJUR, Susana Brito, adiantou que, de acordo com estudos internacionais, a má qualidade legislativa custará ao Estado cerca de 7,5 mil milhões de euros in: [http://www.publico.pt/portugal/.../ma-qualidade-das-leis-custara-ao-estado--pelo-menos-75 mi...:consulta](http://www.publico.pt/portugal/.../ma-qualidade-das-leis-custara-ao-estado--pelo-menos-75-mi...:consulta) em 02/01/17.

Assim, o CPP de 1987 foi alvo de extensas reformas em 1998, 2007, 2010 e 2013, continuando a sofrer amiúdes alterações, até 2016, de legislação avulsa, extravagante:

- A reforma de 1998 (Lei n.º 59/98, de 25 de agosto) alterou a redação de 180 artigos, em diversas matérias: relação entre o MP e os Tribunais; a independência e a imparcialidade do Juiz; a obrigatoriedade da presença do arguido e assistência de defensor em audiência de julgamento; o dever de fundamentação das decisões; o registo e gravação da prova; regime de recursos; instrução de recursos das decisões que apliquem medidas e coação; regime de detenção e prisão preventiva; processos abreviados; segredo de justiça e instrução; duração do processo e prazos, procurando neste último item uma maior harmonização com a CEDH;

-A reforma de 2007 (Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto) foi a mais extensa e controversa revisão do CPP de 1987. Algumas das soluções perfilhadas (por ex: os art.ºs 86.º, 87.º e 89.º relativos ao segredo de justiça, e o escasso período de *vacatio legis* ou transição para novo regime) suscitaram vivas reações e críticas generalizadas por parte da comunidade jurídica¹⁴⁶

-A reforma de 2010 (Lei 26/2010 de 30 de Agosto) incidiu, fundamentalmente, nas seguintes matérias: processo sumário e processo abreviado; regime processual do segredo de justiça; prazos em que o inquérito decorre com exclusão do acesso aos autos por parte dos sujeitos processuais, prisão preventiva e detenção, alterando a redação dos seguintes artigos: definições legais (art.1.º); regime do assistente, posição processual e atribuições (arts.68.º e 69.º); regime de publicidade do processo e segredo de justiça (art.86.º); momento da prática dos atos (art.103.º); despacho de aplicação de medidas de coação e sua notificação (art.194.º); regime de prisão preventiva (art.202.º); violação das obrigações impostas (art.203.º); regime de recursos (art.219.º); regime de comunicação, registo e certificado da denúncia (art.247.º); detenção fora de flagrante delito (art.257.º); prazos de duração máxima do inquérito (art.276.º); falta e julgamento na ausência do arguido notificado para a audiência, ausência do arguido em casos especiais notificação por edital (arts. 333.º e 334.º) e demais matérias tratadas nos arts.379.º a 393.º.

-A Reforma de 2013 (Lei n.º 20/2013 de 21/2) alterou o regime das declarações do arguido (art. 141.º); o regime de aplicação de medidas de coação (art. 194.º, n.º 2) permitindo ao JIC a aplicação de medida mais gravosa do que a requerida pelo Ministério Público; alargou o âmbito da suspensão provisória do processo a outras categorias de crimes (art. 281.º); introduziu várias alterações ao regime do processo sumário (arts. 381.º, 382.º e 387.º) e do processo sumaríssimo (art. 397.º), bem como restrições ao regime de admissibilidade de recursos (arts. 400.º, 404.º, 411.º e 413.º);

-A LO n.º 2/2014 de 6/8 aprovou um novo regime de segredo de Estado;

-A Lei n.º 27/2015 de 14/4, entre outras medidas, alterou o regime de suspensão provisória de processos-crime, nos termos dos artigos 281.º e 282.º, e o registo individual do condutor; procedeu à harmonização do CPC e do CPP em matéria de prazos para a

¹⁴⁶ V.g. Relatório do OPJP, intitulado: **O processo de preparação e debate público da Reforma**, de 32/01/2008, disponível em <http://opj.ces.uc.pt>: consultado em 2/01/2017 e, também: Dias, Jorge Figueiredo - **Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português** in RPCC. 2008.Ano XVIII n.º 2 e 3. Abr./Set. pp. 367 ss.

prática dos atos processuais e sua ultrapassagem pelos juízes e magistrados do MP; procedeu à clarificação dos poderes do juiz no que tange à admissão da ultrapassagem do limite máximo do número de testemunhas; eliminou a sanção da perda de prova, por ultrapassagem do prazo de 30 dias para a continuação de audiência de julgamento interrompida e alargou a gravação da audiência a todos os atos, nela praticados, incluindo os requerimentos, promoções e despachos.

-A Lei nº58/2015 de 23/6, atualizou a definição de terrorismo, alterando a al.i) do art. 1.º do Código;

-A Lei nº130/2015 de 4/9, transpôs a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade;

-A Lei nº1/2016 de 25/2, (pondo fim a anteriores alterações), eliminou a possibilidade de aplicação do processo sumário a crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos.

2.1.2. O sistema probatório

Diz-nos o art. 341.º do CC que “a prova tem por função a demonstração da verdade dos factos”¹⁴⁷.

Como ensina Cavaleiro de Ferreira¹⁴⁸, o objetivo da prova consiste na “justificação da convicção sobre a existência de factos penalmente relevantes, que constituem pressuposto da aplicação da lei”. E, sobre o tema, numa abordagem mais metodológica, prossegue o mesmo autor “Demonstrar a realidade dos factos que interessa conhecer para aplicação do direito e alcançar um juízo de certeza sobre esses factos, ou seja, a verdade. A verdade é a correspondência do juízo formado com a realidade. O juízo humano é, porém, falível, e daí que a certeza do juízo possa ser uma certeza absoluta, objectiva, ou meramente subjectiva, uma convicção. Distingue-se efectivamente o juízo histórico do juízo lógico. No juízo lógico é pressuposta a certeza das premissas, a conclusão do silogismo é exacta. O juízo histórico respeita à verificação de factos e por isso mesmo pode conduzir a resultado inseguro, é uma incerteza, não absoluta, mas relativa. A razão está em que o juízo lógico é hipotético: dá como verificadas as premissas e incide sobre a relação daquelas com a conclusão. O juízo histórico incide sobre as próprias premissas, sobre uma realidade. Daqui deriva que a “demonstração da realidade” seja então equivalente à demonstração da verdade que o juízo humano pôde alcançar; é uma certeza, que pode ser uma opinião de certeza, uma convicção. A livre convicção do juiz não pode significar, nem significa, a substituição da certeza objectiva como finalidade da prova por

¹⁴⁷ Numa perspetiva mais civilista “prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão” in MENDES J. Castro - **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Lisboa: Ed. Ática, 1961. p. 741.

¹⁴⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal**. Lisboa: Textos Universitários-Ed. Verbo. 1993. Tomo I.p.245.

uma convicção subjectiva, incondicionada, e desligada de regras legais, de regras de lógica baseadas na experiência, que formam o conteúdo de um direito probatório substantivo”¹⁴⁹

Os factos provados constituem não só o fundamento de facto da sentença, como são essenciais para a determinação e graduação da responsabilidade do autor.

Nos termos do nº 1 do art.124.º do CPP “constituem o tema ou 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”.

No Código de 1987, toda a matéria da prova está tratada na Parte I, no Livro III (*Da prova*). O seu regime processual compreende três títulos: Título I – *Disposições gerais* (arts.124.º a 127.º); Título II – *Dos meios de prova* (arts.128.º a 170.º) e, Título III – *Dos meios de obtenção da prova* (arts.171.º a 190.º), optando o legislador, em termos sistemáticos, pela clássica distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova.

Sobre a diferenciação das duas categorias, Marques da Silva¹⁵⁰ considera que os meios de obtenção de prova “são instrumentos de que se servem as autoridades judiciais, para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses meios”. Refere ainda: “na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnica ou operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito”.

2.1.3. Princípios fundamentais relativos à prova

Sendo o processo penal, na matriz doutrinária fixada pelo CPP de 1987, um processo de estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio supletivo de investigação oficial, que visa garantir um processo justo e equitativo¹⁵¹, é natural que o modelo de produção probatória, que dele emerge, seja orientado por um núcleo de 4 princípios fundamentais, cuja hibridez doutrinária reflita, justamente, esse compromisso entre o acusatório e o inquisitório, resultante da evolução histórica da matriz demoliberal do processo penal¹⁵²:

- Princípio da investigação ou da verdade material;
- Princípio da legalidade ou da legitimidade da prova;
- Princípio da livre apreciação da prova;
- Princípio da presunção de inocência.

¹⁴⁹ Idem. pp. 204.

¹⁵⁰ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**: Lisboa. Verbo ed. 2002. Vol. II. p. 209.

¹⁵¹ Tomando como referência inspiradora o *Due Process of Law and Fair Trial* do Direito anglo-saxónico, pretende-se garantir o devido processo com todos os meios de defesa, como forma de realização do valor fundamental da Justiça demoliberal.

¹⁵² SILVA, Germano Marques da - **Direito Processual Penal Português – Noções Gerais. Sujeitos processuais e objeto**. Lisboa: Ed. Un. Católica. 2013. Vol. I. pp. 93 ss.

2.1.3.1. Princípio da investigação ou da verdade material

Será este, porventura, o princípio jurídico que melhor caracteriza a natureza e a estrutura da prova no modelo acusatório mitigado e a solução de compromisso que ele estabelece entre o acusatório puro e o inquisitório.¹⁵³

Com efeito, em matéria de prossecução processual, são basicamente possíveis dois caminhos:

Numa lógica civilista, as partes em litígio, perante uma relação jurídico-material controvertida, que só a elas diz respeito, dispõem do processo. Nele discutem e apresentam as suas razões (prova e contraprova), trazendo aos autos a matéria de facto e de direito que entenderem oportuna e necessária a servir de base e fundamento à decisão jurisdicional pedida. O julgador, vinculado ao princípio da limitação objetiva da decisão, apenas aprecia e decide com base na matéria de facto, trazida aos autos pelas partes. Deste modo, a atuação do Tribunal circunscreve-se à verdade formal, ou seja, à verdade querida e promovida pelas partes. Este tipo de estrutura processual, emergente de uma conceção privatística, assenta no princípio do dispositivo, do contraditório puro ou da verdade formal, correspondendo ao processo civil e aos modelos acusatório puro ou adversarial do processo penal.

De forma bem diferente, no processo acusatório misto ou mitigado, no que à prossecução da ação penal e à produção probatória diz respeito, vigora o princípio da investigação ou da verdade material, ainda que nalgumas situações e momentos processuais de forma atenuada. Já não estamos perante uma pretensão das partes, exigindo ao Tribunal a composição de um litígio ou de uma relação controvertida, que só a elas diz respeito, mas perante o poder-dever do MP (ou outra autoridade constitucionalmente competente para a promoção da ação penal) de promover e prosseguir a ação penal, face a uma *notitia criminis* denunciadora de uma conduta criminosa que ofende valores ético-jurídicos fundamentais, nos quais a comunidade se revê, competindo ao Tribunal, com total independência, esclarecer e apurar – mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa -, o facto sujeito a julgamento, embora dentro dos limites do objeto do processo definido pela acusação ou pelo RAI.

Este poder-dever funcional, de acordo com o princípio da oficialidade¹⁵⁴ relativo à promoção processual, incumbe diretamente aos órgãos competentes que para o efeito desencadeiam o funcionamento de todo o sistema de justiça penal.

Neste sentido, o n.º 1 do art. 340.º do CPP, determina que o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova, cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade.

A afirmação deste princípio (reforçado pelas garantias de defesa do arguido previstas na Constituição) determina a não aplicação, em processo penal, do princípio da auto responsabilidade probatória, quer do arguido, quer do assistente (que não devem sequer suportar as consequências da sua própria inércia, erro ou negligência). Estamos perante

¹⁵³ Vide n.r. 10.

¹⁵⁴ Artigos 219.º n.º 1 CRP e 48.º CPP.

uma verdadeira inexistência de ónus da prova em processo penal¹⁵⁵, devendo a autoridade judiciária competente, *maxime* o juiz, determinar, oficiosamente, a produção da prova que considere necessária para a descoberta da verdade material, ontológica, ou seja, a verdade dos factos, não como são queridos pelas partes, e por elas apresentados na sala de audiências, mas como efetivamente ocorreram na realidade.

2.1.3.2. Princípio da legalidade ou da legitimidade da prova

Compete ao MP e aos OPC, através da investigação criminal, produzir a prova, demonstrando a verdade material de factos pretéritos, penalmente relevantes.

Essa demonstração exige, frequentemente, a utilização de meios e procedimentos tecnicamente idóneos e adequados a cada situação, não sendo de todo possível a sua pré-determinação ou elencagem.

Considera o legislador que a produção probatória não pode ser uma atividade tipificada, de condutas vinculadas à utilização de determinados meios pré-definidos e, numa afirmação implícita do princípio da liberdade probatória, estabelece no art. 125.º do CPP que são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei. Com efeito, as provas e os métodos proibidos de prova estão definidos e elencados no art.126.º do CPP, com as alterações introduzidas pela Lei 48/2007 de 29 de Agosto.

Esta importante matéria situa-se no domínio da estreita relação de dependência do DPP relativamente ao DC¹⁵⁶, no que respeita à consagração de direitos liberdades e garantias dos cidadãos.

Sobre o tema, diz-nos Maria Fernanda Palma: “a velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem toda a razão de ser no campo da obtenção de prova” considerando ainda “entre as múltiplas garantias constitucionais do processo penal (...) as proibições de prova subentendidas na cominação da nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”¹⁵⁷, conforme determina o n.º8 do art. 32.º da CRP.

Não obstante a tendência para o reforço das garantias constitucionais, nesta matéria (como resulta das alterações introduzidas pela Lei 48/2007 de 29 de Agosto ao n.º 3 do art.126.º do CPP), as proibições ou limitações à obtenção de prova não revestem igual importância e intensidade.

Aquelas que visam proteger valores essenciais (direitos, liberdades e garantias), de natureza substantiva e extra-processual, constituem as chamadas proibições de prova.

¹⁵⁵ O ónus da prova não é uma obrigação nem um dever jurídico pois não pressupõe a violação de um direito de outrem. Constitui uma mera faculdade, que um titular pode utilizar em seu benefício. Quer o MP, quer o Tribunal têm, não o ónus, mas o dever – no processo penal - de prosseguir e apurar a verdade material dos factos penalmente relevantes que são tema do processo.

¹⁵⁶ Que a jurisprudência constitucional realça de forma expressa no acórdão 7/87 do TC relativo à fiscalização de constitucionalidade do diploma legal que aprovou a versão original do atual CPP.

¹⁵⁷ PALMA, Maria Fernanda - **Direito Penal e Processual Penal e Estado Constitucional**. in **The Spanish Constitution in the European Constitutional Context**. Madrid: Dykinson Ed, 2003. pp. 1737 ss.

Aquelas outras que, através da observância de determinadas formalidades e procedimentos processuais, visam disciplinar e ordenar o processo de produção probatória, constituem as chamadas regras de produção de prova.

Deste modo, serão legais todos os meios de prova ou de obtenção de prova que não façam parte dos métodos proibidos, previstos no art. 126.º do CPP¹⁵⁸.

Serão legítimos todos os meios de prova ou de obtenção de prova legais, produzidos e autorizados por entidades competentes, com observância de todas as formalidades e regimes de utilização previstos na lei processual.

Como ensina Figueiredo Dias, as proibições de prova “constituem verdadeiros limites, obstáculos à descoberta da verdade, à determinação dos factos que constituem objeto do processo, arrastando em regra, a proibição de valoração da prova”¹⁵⁹. Já as regras de produção de prova “têm por objetivo disciplinar o modo e o processo de obtenção da prova, não determinando, se infringidas, a proibição de valoração do material probatório”¹⁶⁰. A sua inobservância pode originar responsabilidade civil, disciplinar ou até penal, mas, por princípio, não determina automaticamente a nulidade da prova obtida.

As proibições de prova revestem também distintos níveis de intensidade. Têm natureza absoluta quando ofendem direitos, garantias ou normas fundamentais que não admitem qualquer regime excepcional¹⁶¹. Direitos e garantias em relação aos quais, como ensina Figueiredo Dias, “nenhuma transacção é possível”¹⁶².

As proibições absolutas podem referir-se ao tema da prova (factos sujeitos a segredo religioso p. no art. 135.º do CPP), ao meio de prova em si mesmo considerado (depoimento indireto p. no art.129.º e reconhecimento fotográfico p. no art.147.º do CPP) ou, ainda, ao meio ou método de obtenção de prova (situações previstas no art. 126.º n.º 1 e 2 do CPP)¹⁶³.

Nos termos do n.º 1, deste último preceito, constituem provas sujeitas ao regime de proibição absoluta todas aquelas que forem obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Que aplica, no plano processual, o comando constitucional do art. 32.º n.º 8 da CRP.

¹⁵⁹ DIAS, Jorge Figueiredo - *La protection des droits de l'Homme dans la procédure penal portugaise* in Boletim do MJ. Lisboa:1979. n.º 291.p.184.

¹⁶⁰ SOUSA, Susana Aires de, “*Agent provocateur e meios enganosos de prova: Algumas reflexões in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed. 2003. p. 1211.

¹⁶¹ O regime de proibição absoluta incide sobre um núcleo central de direitos fundamentais indisponíveis, em relação aos quais o próprio consentimento do titular é irrelevante.

¹⁶² DIAS, Jorge Figueiredo - **Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais**, in **Para uma nova Justiça Penal**. Coimbra: Almedina, 1983. p. 207.

¹⁶³ ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. 25.ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 190 ss, divide as proibições de prova em duas grandes categorias: proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova, considerando na primeira categoria quatro situações: temas de prova proibidos (determinados factos que pela sua própria natureza não podem ser objeto de prova), meios de prova proibidos (meios que não podem ser empregues), métodos de prova proibidos (métodos de recolha e produção de prova que não podem ser empregues) e proibições de prova relativas, quando a prova só pode ser ordenada ou obtida por determinadas entidades.,

¹⁶⁴ O direito à vida (art.24.º da CRP), à integridade pessoal (art.26.º da CRP) e a nulidade das provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas (art. 32.º n.º8 da CRP) constituem valores e direitos universais historicamente consolidados no direito convencional. v.g. art. 11.º da DUDH, arts.6.º e 7.º da CEDH e art. 14.º e 15.º do PIDCP;

Nos termos do nº2, consideram-se provas obtidas mediante ofensa à integridade física ou moral, todas as situações que interfiram na liberdade ou perturbem o processo volitivo, não só através de maus tratos físicos, ofensas corporais e utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei, de ameaça com medida legalmente inadmissível ou de denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto e promessa de vantagem legalmente inadmissível, como também, através da administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos, perturbação por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação

Assim, a utilização do denominado “*truth serum*” ou narcoanálise, constitui um método de prova absolutamente proibido. Desde os anos 40 que algumas substâncias químicas, designadamente o pentotal nas suas diversas formulações (pentotal sódico, amital sódico, amobarbital sódico, e sodiopentathol), mas também, o ácido lisérgico (LSD), o haxixe, em alta concentração de THC que se denominou para o efeito TD (*Truth Drug*) e o próprio MDMA (*ecstasy*) em elevada concentração, foram recorrentemente testados, - sempre com insucesso -, por vários serviços de informações e segurança, com o objetivo de conseguir a verdade através de confissões forçadas (refere-se a título meramente ilustrativo, o projeto MKULTRA dos serviços secretos Norte-americanos). O tiopentato de sódio, droga derivada do ácido barbitúrico, mais conhecida por pentotal sódico, foi descoberto em 1930 por químicos do laboratório norte-americano *Abbott*. Este barbitúrico, face às suas propriedades indutoras, foi, ainda que durante poucos anos, utilizado como anestésico no campo da cirurgia e como indutor de estado de coma, com o objetivo de diminuir o metabolismo cerebral. O pentotal produz depressão cardio-respiratória, hipotensão e apneia. Tem efeitos secundários severos, que desaconselham a sua utilização clínica. Foi utilizado em psiquiatria, durante alguns anos, com o objetivo de melhorar a fluidez e a capacidade de comunicação dos pacientes. Abandonado o seu uso terapêutico, o uso do pentotal, associado a elevadas doses de outras substâncias químicas (entre as quais, cloreto de potássio e brometo de pancurónio), está praticamente circunscrito à execução de condenados à morte, por injeção letal, nalguns Estados dos EUA.

As primeiras referências a efeitos desinibidores do pentotal sódico, foram registadas em 1936. Provoca depressão das funções corticais superiores do cérebro humano, precisamente onde a vontade de mentir, se *sobre põe* através dum processo complexo, ao processo natural e simples da descrição da verdade, desinibindo o indivíduo e retirando-lhe toda e qualquer *auto-defesa* que o impeça de dizer a verdade. Contudo, a utilização do pentotal, bem como de outras substâncias, não produz, na maior parte das situações testadas, o efeito teoricamente esperado, pois uma gama de variáveis e condicionantes de natureza endógena e exógena retiram-lhe o rigor e a objetividade que lhe poderiam atribuir alguma fiabilidade neste domínio. Para além da incontornável questão da sua admissibilidade ético-jurídica, o conceito de “*soro da verdade*”, não passa de um mito, de um recurso puramente ficcionado, incapaz de garantir, no plano da estrita abordagem bio-química, o mínimo de credibilidade e de rigor científico¹⁶⁵.

¹⁶⁵ KRUSZELNICKI, Karl - **Grandes Mitos da Ciência - "O soro da verdade"**. S. Paulo: Ed. F. Educacional, 2013. e https://es.wikipedia.org/wiki/Tiopentato_de_sodio consultado em 22/12/16.

De igual modo, a utilização do polígrafo ou detetor de mentiras constitui um método de prova absolutamente proibido no ordenamento jurídico-penal português. Tecnicamente, a utilização deste método assenta no princípio de que os padrões normais de batimento cardíaco, a pressão arterial, a frequência respiratória e a atividade eletrodérmica sofrem alterações sempre que o interrogado, a ele sujeito, mente conscientemente. O polígrafo mede e grava essas variáveis fisiológicas no decurso do interrogatório. A cada resposta, os sensores registam em gráfico as reações do interrogado. Estudos publicados garantem que o polígrafo pode detetar de forma aleatória, 70% de mentiras num determinado contexto comunicacional. Porém, os resultados fornecidos por esse aparelho não são considerados conclusivos, e cientificamente fiáveis, sendo utilizados por alguns ordenamentos jurídico-penais em situações limite, quase sempre com a concordância da pessoa que a ele se submete e apenas como técnica livre, meramente coadjuvante¹⁶⁶. Situação idêntica e, do nosso ponto de vista, igualmente subsumível aos métodos proibidos de prova, constitui a recente descoberta, na década de 90, por neurologistas alemães que, quando, no decurso de um exame de tomografia por ressonância magnética, o paciente mente, ativam-se estruturas típicas do cérebro, o que teoricamente poderia constituir um método (ainda que pouco prático e muito dispendioso) de deteção de mentiras¹⁶⁷.

Pelas mesmas razões, será ainda um método proibido de prova, à luz do disposto no art. 126º do CPP, a utilização do chamado “analisador de voz” (*VSA - Voice Analysis stress*). Trata-se de uma técnica utilizada por algumas forças de segurança norte-americanas, que regista num aparelho eletrónico as respostas dadas por indivíduos submetidos a interrogatório. Este aparelho extrai e analisa eletronicamente as vibrações infra audíveis, existentes na voz do entrevistado e que escapam ao seu controlo consciente, atribuindo-lhe um valor numérico, numa escala relativa à tensão manifestada. Este valor fornece, tal como o polígrafo, um juízo de probabilidade meramente indicativo, quanto ao grau de sinceridade ou falsidade das repostas. Os resultados obtidos pelo *VSA* serão mais *confiáveis* que os do polígrafo, na medida em que podem ser obtidos sem que o interrogado tenha consciência disso, o que em termos jurídicos acentua a natureza insidiosa e enganoso do meio empregue.

Têm natureza relativa as proibições de prova nos casos previstos no nº3 do artigo 126º do CPP (intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações). Com efeito, na esteira do artigo 32.º nº 8 (2ª parte) da CRP, o artigo 126.º do CPP admite a produção de prova através da intromissão na vida privada, no

¹⁶⁶ FBI - Law Enforcement Bulletin. Junho/2001. Vol. 70. Nº6. pp. 5-20.

¹⁶⁷ A empresa Norte-americana *Royal Philips*, apresentou, em Chicago, no Encontro Anual da Sociedade de Radiologia Americana de 2016, , uma metodologia radiológica forense dedicada a obter conclusões neste domínio. Muito recentemente, vários pólos de investigação académica (*Temple University da Pensilvânia*) e empresarial, norte-americanos, defenderam as virtualidades forenses da ressonância magnética funcional (fMRI) cfr. artigo publicado por Michael Laris no diário norte-americano *Washington Post* ed. de 26/09/2012, com o título: **Debate on brain scans as lie detectors highlighted in Maryland murder trial.**

domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, desde que não tenha natureza abusiva.

Tratando-se de direitos disponíveis, não reveste natureza abusiva a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, com o consentimento prévio do titular desses direitos e/ou, por decisão de autoridade judiciária e, em determinadas circunstâncias, das autoridades de polícia criminal¹⁶⁸, nos termos previstos na lei, sendo legal e legítima a prova obtida através desses meios¹⁶⁹.

Em matéria de proibições de prova, a prossecução da Justiça penal num Estado de Direito tem, por limite, o respeito pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição¹⁷⁰. Subsistem, contudo, neste domínio, conceções doutrinárias diferentes consoante os sistemas jurídicos em que se ancoram.

O sistema anglo-saxónico, particularmente os ordenamentos norte-americano e inglês, tende a valorizar uma dimensão meramente processual dos direitos fundamentais, ou seja, determinar, tão só e apenas, se a norma protetora foi formalmente violada.

O sistema continental, particularmente o direito alemão, francês e espanhol, tende a privilegiar uma avaliação centrada na natureza material-substantiva desses direitos fundamentais e no eventual conflito de valores e interesses em jogo¹⁷¹.

Na doutrina portuguesa, Costa Andrade considera que prevalece “a dimensão material- substantiva das proibições de prova”¹⁷², sendo também esse, o sentido inequívoco do Acórdão do TC nº 607/03, onde se considera que as proibições de prova são “instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos – e contrapostos – dos representados pela procura da verdade e pela perseguição criminal”.

A utilização de métodos proibidos de prova conduz à invalidade e inaptidão probatória de todas as provas obtidas por seu intermédio, assim como à invalidade de todos os atos subsequentes que neles tiverem origem.

Esta solução de invalidação automática dos meios de prova obtidos ilicitamente, suportada no plano doutrinário pela denominada teoria dos “*frutos da árvore*”

¹⁶⁸ Entre outras, as p. nos arts. 177º nº2 e 5, 251º, 252º e 252ºA, todos do CPP.

¹⁶⁹ Sobre esta matéria, dois Acórdãos do TC firmaram jurisprudência da maior relevância: o Acórdão 578/98 (respeitante à atuação do agente encoberto) onde se conclui que “existe um dever ético e jurídico de procurar a verdade material, mas também existe um outro dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal, sendo necessário respeitar os limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio e das telecomunicações, que só nas condições previstas na lei podem ser transpostos”; o Acórdão 364/06 (respeitante ao regime jurídico das buscas) onde se conclui que “não existe norma constitucional de que possa retirar-se a completa imunidade de um espaço a buscas judiciais: basta para o efeito, atentar no disposto no artigo 32º nº8, da Constituição, que proíbe, a abusiva intromissão na vida privadas e no domicílio, o que obviamente significa que existem intromissões constitucionalmente permitidas”.

¹⁷⁰ ANDRADE, M. Costa - **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006. pp. 117 ss.

¹⁷¹ Idem, pp.136 ss.

¹⁷² Idem, pp.196 ss.

*envenenada*¹⁷³, típica do direito continental, vigora, entre outros, nos ordenamentos jurídicos alemão, francês e italiano, afastando-se da solução em vigor no sistema anglo-saxónico, onde não existe uma regra automática de invalidação das provas obtidas por métodos proibidos, mas antes, uma apreciação casuística, que avalia um conjunto de fatores, designadamente o tipo de proibição violada, a intensidade da infração e o valor da prova obtida no contexto probatório em concreto.

Entre nós, parece ser, também, o sentido doutrinário do modelo continental, que enforma o art.126.º, conjugado com o art.122.º do CPP, entendimento reforçado pelas alterações introduzidas no nº 3 do art. 126.º, pela Lei 48/2007 de 29 de Agosto que considera nulas, e insuscetíveis de ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, sem autorização do respetivo titular ou fora dos casos previsto na lei, prevendo o nº 4 que essas provas possam ser apenas utilizadas, quer no plano disciplinar, quer no plano criminal, contra agentes que as tenham obtido, necessariamente, através da prática de um crime de ofensa à integridade física, ameaça, violação de domicílio ou devassa da vida privada (arts. 143.º, 153.º, 190.º e 192.º respetivamente do CP).

Porém, refira-se que vários arestos jurisprudenciais, entre os quais, o Acórdão 198/04 do TC¹⁷⁴, ao decidir sobre esta matéria, afastam uma visão mecanicista deste entendimento doutrinário, negando aceitação absoluta ao “efeito dominó” ou regra da inutilização automática dos meios de prova que têm origem em processos ou meios ilícitos, como propõe a teoria germânica dos “*frutos da árvore envenenada*”¹⁷⁵. Considera o referido Acórdão que o art. 122.º do CPP “abre um espaço interpretativo, no qual há que procurar relações de dependência ou de produção de efeitos (...) que com base em critérios racionais, exijam a projeção do mesmo valor negativo que afeta o ato anterior”, ou seja, abre caminho para a eventual validação de provas objetivamente resultantes de atos ilícitos (proibições relativas de provas).

2.1.3.3.Princípio da livre apreciação da prova

¹⁷³ Idem, p.170 e 312.

¹⁷⁴ Este acórdão, publicado no DR, 2ª Série, de 2 de Junho, tem por objeto de análise, a admissibilidade probatória da confissão da prática de um crime de tráfico de estupefacientes, feita pelo arguido após tomar conhecimento do teor de escutas telefónicas consideradas nulas, que o incriminavam.

Na mesma direção aponta um acórdão do STJ de 16-04-2009, que considera essencial “apurar um nexo de dependência não só cronológica, como lógica e valorativa, entre a prova inquinada e a que se lhe seguiu” desde que não esteja em causa a violação direta do princípio da dignidade humana.

Ainda no mesmo sentido, um outro acórdão do STJ de 12-03-2009, estabelece que “o efeito à distância da prova proibida nunca poderá alcançar uma abrangência que congregue no seu efeito anulatório provas que só por uma mera relação colateral, e não relevante, se encontram ligadas à prova proibida ou que sempre se produziriam, ou seria previsível a sua produção, independentemente da existência da mesma prova proibida”, subtraindo, assim, à nulidade automática, provas não resultantes diretamente da prova proibida.

¹⁷⁵ “*Fruit of the poisonous tree*”. Expressão originariamente utilizada em 1939 pelo Juiz Frankfurter do Supremo Tribunal Americano no caso *Nardone II v. US*. Fonte de consulta em 5/01/17: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.htm>.

A consagração deste princípio jurídico, que define, em termos metodológicos, o critério ou os critérios que presidirão à apreciação e validação da prova produzida, emerge, historicamente, de novas concepções posteriores à revolução francesa, que reagem contra a estrutura inquisitória do processo penal e contra a natureza redutora e mecanicista do sistema das provas legais (cap. 2.3.).

Na esteira da afirmação de novos valores, o ideário demoliberal contrapôs, àquele sistema, o princípio da livre apreciação da prova.

Em Portugal, este princípio foi introduzido pelas reformas judiciais oitocentistas.

O princípio da livre apreciação da prova pressupõe que o tribunal, quer na audiência de julgamento que conduzirá à decisão final, quer em qualquer fase processual ou decisão interlocutória, forme a necessária convicção indispensável à prolação decisória, de forma livre, sem observância de quaisquer critérios legais, pré-fixados ou tarifados.

Nos termos do art.127.º do CPP, “a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”. A entidade competente será, não só o Juiz, mas também o MP, nos devidos momentos e de acordo com as respetivas atribuições e competências. Trata-se de um princípio transversal a toda a marcha do processo e a toda a produção probatória. Como afirma Figueiredo Dias “vale para todo o decurso do processo penal e para todos os órgãos da justiça penal”¹⁷⁶.

Em Acórdão de 30-06-2015, diz-nos o TRC que “a livre apreciação da prova está sujeita ao escrutínio da razão, das regras da lógica e da experiência que a vida vai proporcionando”, e a doutrina é pacífica no entendimento que, devendo a apreciação da prova ser livre e, nesse sentido, efetivamente discricionária, não deverá contudo, ser incontrolável nem arbitrária, nem a íntima convicção do julgador se poderá orientar por critérios emocionais, subjetivos ou não fundamentáveis.

Elucubrando nesta matéria, refere Figueiredo Dias: “liberdade de acordo com o dever de perseguir a chamada verdade material, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e susceptíveis de motivação e controlo”¹⁷⁷.

Destarte, o princípio da livre apreciação da prova e da íntima convicção do julgador tem como limite o dever de prosseguir a verdade material¹⁷⁸. Um bom exemplo prático desta limitação vinculativa, encontramos-lo, desde logo, no regime de apreciação e valoração da prova pericial. Toda a matéria de facto que é objeto do parecer do perito, está sujeita à livre apreciação do juiz. Porém, nos termos do art. 163.º do CPP, o juízo técnico, científico ou artístico, ou seja, a declaração de ciência que sustenta tal parecer, presume-se subtraída a esse poder discricionário, só sendo passível de divergência, uma vez fundamentada num plano igualmente científico que a contradite. Nos mesmos termos, a apreciação do valor probatório de documento autêntico (art.169.º do CPP) constitui, também, uma limitação ao citado princípio.

¹⁷⁶ DIAS, Jorge Figueiredo - **Lições de Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 202.

¹⁷⁷ Idem. p. 203.

¹⁷⁸ Sobre as virtualidades da aplicação deste princípio ao Direito processual penal moderno e sua articulação com o princípio da verdade material, v.g. MENDES, Paulo de Sousa - **A prova penal e as regras da experiência in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. Vol. III. p. 1002.

2.1.3.4. Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência constitui, à luz dos ideais que enformam o Estado de Direito democrático, uma garantia na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, face ao poder punitivo do Estado, omnipresente em todo o direito sancionatório, com reflexos significativos no regime de produção e, particularmente de valoração da prova em processo penal¹⁷⁹.

No ordenamento português, já no Ensaio de Código Criminal de Melo Freire (1789) se referia, a propósito das provas, a necessidade da sua observância¹⁸⁰.

No CPP de 1929, este princípio ainda que não de forma expressa, estava doutrinariamente presente (arts. 148.º a 150.º), por referência ao conceito expresso de “prova bastante”.

Atualmente, o princípio da presunção da inocência afirma-se como uma das garantias constitucionais do processo penal, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da CRP.

No modelo continental, o princípio da presunção de inocência pode assumir amplitude e níveis de intensidade distintos. Como direito fundamental dos cidadãos, com reflexos extra-processuais que elevam a uma dimensão paroxística o garantismo demoliberal, com reflexos e efeitos apenas intra-processuais, presentes em todas as fases e momentos do processo (designadamente em matéria de aplicação de medidas de coação privativas de liberdade p.p. nos arts. 201.º e 202.º do CPP) ou, circunscritas apenas, à aplicação do princípio *in dubio pro reo* na recolha e valoração da prova.

A presunção de inocência é uma matéria amplamente abordada na doutrina portuguesa.

¹⁷⁹ As origens deste princípio jurídico perdem-se no Direito romano, onde consta como regra geral probatória no brocardo: “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” (Digesto 22.3.2). Consagrado no art. 9.º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789: “*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*” ele é transversal aos sistemas jurídicos de matriz ocidental, seja ela continental ou anglo-saxónica. Foi defendida em 1764 por Beccaria. A sua consagração explícita num texto legal ocorreu com a Revolução Francesa de 1789, sendo acolhido como princípio fundamental pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, no artigo 9.º n.º 2. Está consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e o princípio da presunção de inocência é referido no artigo 6.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1950. (CEDH). Recentemente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) declarou no seu artigo 48.º, n.º 1 que “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.

¹⁸⁰ No Título XLV estabelecia-se o seguinte: “*Sem prova perfeita e legal ninguém deve ser condenado*”, e no § 4. “*Deve o juiz ter e tratar o acusado por inocente, em quanto não houver contra elle aquella certeza, que for bastante para o julgar culpado, e que seja capaz de resolver e determinar o homem a obrar as acções mais importantes da sua vida*”.

Para Cavaleiro Ferreira, o princípio da presunção de inocência, confunde-se com o princípio do *in dubio pro reo* refletindo os seus efeitos no domínio probatório¹⁸¹.

Germano M. Silva, nos antípodas, considera que princípio da presunção de inocência mais que uma presunção, constitui “uma regra de política que releva do valor da pessoa humana na organização da sociedade (...) com reflexos sobre o tratamento do arguido no decurso do processo, designadamente na aplicação de medidas de coacção e na apreciação da prova, cuja apresentação cabe ao Ministério Público e que sendo insuficiente impõe a absolvição”¹⁸². Considera ainda que o princípio, por ser estruturante tem um âmbito intervenção alargado e “há-de projectar-se no processo penal em geral, na organização e funcionamento dos tribunais, no direito penitenciário e até porventura no direito penal”¹⁸³.

Para Figueiredo Dias a presunção de inocência é um princípio fundamental do processo penal no Estado de Direito, cujo âmbito se não confunde com o *in dubio pro reo* no domínio da recolha de prova, alargando-se igualmente ao estatuto do arguido, à aplicação de medidas de coacção, e à realização de julgamento em prazo razoável¹⁸⁴.

Frederico da Costa Pinto considera o princípio do *in dubio pro reo* uma garantia processual que “ funciona como limite de qualquer decisão condenatória tornando efectivo no processo o princípio da presunção de inocência. Esta só é judicialmente afastada com a prova da responsabilidade do arguido para além de qualquer dúvida razoável. O princípio do *in dubio pro reo* constitui assim uma garantia processual de efectividade da presunção de inocência do arguido e do princípio da culpa, num Estado de Direito em sentido material”¹⁸⁵.

A doutrina dominante considera, assim, a presunção de inocência um princípio estruturante relativo ao processo penal na sua globalidade, que tem como corolário, entre outros¹⁸⁶, o princípio *in dubio pro reo*, relativamente à prova, ou seja, como critério de decisão apenas relativo à matéria de facto, que beneficiará o arguido, sempre que a AJC se veja colocada perante um dúvida razoável, objetiva e insanável, respeitante à sua culpabilidade.

O princípio *in dubio pro reo*, constituirá, (próximo da perspectiva defendida por Frederico Costa Pinto) uma garantia e simultaneamente um critério de decisão que legitima a intervenção punitiva do Estado apenas e só quando se encontra afastada toda a dúvida

¹⁸¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro - **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Editora Danúbio, 1986. p. 216.

¹⁸² SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**. Lisboa Verbo Ed., 2010. Vol. II. p. 321.

¹⁸³ SILVA, Germano Marques da - **Princípios Gerais do Processo Penal e Constituição da República Portuguesa** in Direito e justiça. 1987 – 1988. Vol. III, p. 165 e SS.

¹⁸⁴ DIAS, Jorge Figueiredo - **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed, 1974. pp. 213 ss.

¹⁸⁵ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - **A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime**. Coimbra: Almedina ed. 2013. Vol. II. p. 1245.

¹⁸⁶ A legalidade do processo penal, a celeridade processual, a proibição do legislador ordinário estabelecer presunções de culpa, entre outras.

razoável sobre a matéria de facto, partindo sempre do pressuposto que o juiz não pode abster-se de decidir¹⁸⁷.

Maria Fernanda Palma considera que o princípio da presunção de inocência num processo de estrutura acusatória, constitui: “ (...) uma regra do jogo de intervenientes em igualdade de circunstâncias a merecer constante aprofundamento”, exigindo “(...)que quem acuse demonstre globalmente que tem razão, segundo métodos e critérios aceites por todos, incluindo o próprio acusado”¹⁸⁸.

O princípio *in dubio pro reo* é uma regra probatória que garante a observância da exclusão do ónus da prova em processo penal que, por sua vez, decorre do princípio da presunção de inocência do arguido.

A redação do art. 32.º nº 2 da CRP parece apontar no sentido de não se tratar de um princípio exclusivamente respeitante à produção da prova, mas, outrossim, um princípio estruturante e nuclear de todo o processo penal, cujo alcance e extensão, do ponto de vista doutrinário, suscita alguma controvérsia. No limite de um rigor interpretativo literal, dir-se-ia, que este princípio conduziria à proibição de quaisquer medidas de coação ou de garantia patrimonial (arts.191.º a 228.º do CPP), de medidas cautelares e de polícia (arts. 248.º a 253.º do CPP), *inconstitucionalizando* toda a investigação e instrução criminais, bem como a própria valoração das provas, com base em juízos de suspeita de culpabilidade, transformando, deste modo, o direito processual penal num mero e inócuo enunciado de princípios, numa *fortaleza* garantística inexpugnável, sem qualquer viabilidade persecutória ou fim útil.

Naturalmente que não pode ser, nem é esse, o escopo ideológico do legislador constituinte.

O conteúdo significativo deste princípio, articulado com o princípio *in dubio pro reo* e *nulla poena sine culpa*, traduz, a consagração, ao longo de todas as fases do processo penal (até ao trânsito em julgado da sentença condenatória), de uma presunção ilidível, segundo a qual, uma vez esgotados todos os meios e possibilidades de investigação da verdade material (aplicação do princípio da investigação ou da verdade material), se o juiz permanecer em dúvida sobre a veracidade ou autenticidade de factos ou provas (aplicação do princípio da livre apreciação da prova) que incriminem o arguido, deve proferir uma decisão que lhe seja favorável.

Sempre que as provas obtidas não contenham um grau de certeza razoável para sustentar a íntima convicção do julgador, e porque ele não pode deixar de decidir, deve então fazê-lo no sentido mais favorável ao arguido, absolvendo-o.

¹⁸⁷ Nos termos do art. 8º, nº 1 do CC: “o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou a obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio”, e Art.3º, nº 2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais: “ os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser judicialmente regulado.”

¹⁸⁸ PALMA, Maria Fernanda - **A constitucionalidade do artigo 342º do código de processo penal (O direito ao silêncio do arguido)** in RPCC. Coimbra: 1994. ano XV n.60, p.103.

Esta presunção ilidível, corolário do conjunto de direitos e garantias de defesa do arguido, constitui um método vinculativo de raciocínio judiciário que impõe, para além da certeza ou da absoluta convicção, a predominância do valor da inocência sobre o desvalor da culpabilidade. Tem aplicabilidade até uma decisão final e definitiva, mas considerando-se o processo penal uma realidade dialética e permanentemente mutável, onde a prova e a contra-prova assumem a cada momento intensidades distintas, a sua natureza ilidível sofre, também, a cada momento, as consequências dessa dinâmica. Da observância deste princípio decorre, por exemplo, a impossibilidade de, a qualquer título, fazer recair sobre o arguido o ónus da prova, a produção de efeitos automáticos resultantes da instauração do procedimento criminal, a fixação de culpa em despachos de arquivamento, a preferência pela sentença de absolvição relativamente ao arquivamento do processo e a atribuição de custas a arguido não condenado. Porém, pelas razões aduzidas, a sua observância não é impeditiva da aplicação de medidas de coação e de garantia patrimonial ao arguido, ou quaisquer outras medidas interlocutórias, tomadas em função de um juízo fundamentado de indiciação ou suspeita, nem tampouco da aplicação de medidas cautelares necessárias à preservação da prova.

Em suma, o princípio da presunção de inocência corresponde, nos termos consagrados na da CRP, a um direito fundamental dos cidadãos do Estado de Direito, com necessárias decorrências em todas as fases do processo, determinando, na sua essencialidade, que este obedeça ao princípio do acusatório e respeite a dignidade da pessoa humana.

2.1.4. Meios de prova e meios de obtenção de prova

A lei processual penal consagra no Título II do CPP (arts. 128º. a 170º.) um conjunto de meios de prova¹⁸⁹ que, do ponto de vista sistemático, podemos dividir em duas categorias: prova pessoal e prova material.

A primeira categoria compreende os seguintes meios: prova testemunhal (arts.128º a 139ª.); declarações de arguido, do assistente e de partes civis (arts. 140º. a 145º.); prova por acareação (art.146º); prova por reconhecimento (arts. 147º. a 149º.) e reconstituição do facto (arts.150º.).

A segunda categoria compreende a prova pericial (arts.151º. a 163º.) e a prova documental (arts. 164º. A 160º.).

No Título III (arts.171.º a 190.º) estão previstos os procedimentos, através dos quais se processa a recolha dos meios de prova, que o legislador designa por meios de obtenção de prova. Procurando destrinçar os dois conceitos, de acordo com Germano Marques da Silva: “Os meios de obtenção de prova são instrumentos de que se servem as autoridades

¹⁸⁹ Nos termos do art. 124º do CPP constituem o tema ou 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”.

judiciárias e órgãos de polícia criminal para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, não são meios de prova”.

Distinguindo as duas categorias numa dupla perspetiva: lógica e técnico-operativa, conclui: “(...) na perspetiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspetiva técnica ou operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito”¹⁹⁰.

Efetivamente, o inquérito constitui uma das fases mais sensíveis do processo penal, pois, é nele que é produzida a prova, em muitos casos através do *sacrifício* de direitos individuais dos cidadãos. É no inquérito que se confrontam (e procuram equilibrar) dois universos de valores ético-jurídicos fundamentais e, aparentemente, antagónicos: de um lado, a necessidade de reafirmar o império da Lei e a defesa da ordem jurídica ofendida, do outro, de preservar o respeito pelos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Esse *sacrifício* ou compressão de direitos individuais é corporizado pelos seguintes meios de obtenção de prova: exames (arts.171º. a 173º.); revistas e buscas (arts.174º. a 177º.); apreensões (arts.178º. A 186º.) e escutas telefónicas (arts.187º. a 190º.)¹⁹¹

Estamos ante uma formulação normativa, típica do modelo acusatório misto. Um modelo que não obstante admitir, em nome da eficácia, a compressão de direitos e garantias individuais, através de atos de estrutura inquisitória, pressupõe a rigorosa observância não só dos princípios relativos à prova, abordados no capítulo anterior, como dos demais princípios estruturantes do processo penal, designadamente dos princípios da lealdade processual e da igualdade processual e ampla defesa.

2.1.5. Investigação criminal clássica e cientifização do processo probatório

Estes meios *clássicos* de prova e de obtenção prova, conformes ao Direito processual penal democrático, de que o nosso CPP de 1987 é um reconhecido bom exemplo, têm, por objeto de intervenção, aquilo que, histórica e criminologicamente, podemos designar por criminalidade de massas¹⁹². Uma criminalidade cuja investigação assenta basicamente num raciocínio dedutivo que parte do universal para o particular. Uma investigação reativa, que, metodologicamente, pressupõe a reconstituição histórica de factos pretéritos, a análise e correlação de premissas pré-existentes e a formulação de inferências.

Tendo em consideração estas características metodológicas associadas a uma ideia de justiça e a um quadro jurídico-axiológico que reclama para um processo equitativo (sobretudo no domínio sancionatório), a máxima certeza e segurança jurídicas, vimos assistindo, há cerca de dois séculos, a uma incessante *cientifização* do processo probatório

¹⁹⁰ SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Verbo Ed., 2002. Vol. II. p. 209.

¹⁹¹ Consideramos que a interceção telefónica como meio de obtenção de prova não faz parte do que podemos designar por modelo *clássico*, mas sim, dos meios especiais ou *ocultos* de produção de prova. Apenas por razões cronológicas integra a sistemática do CPP de 1987.

¹⁹² Conceito que mais adiante desenvolveremos por contraposição o conceito de criminalidade organizada.

e a um crescimento e densificação multidisciplinar do universo forense, isto é, da ciência e do conhecimento aplicado ao Direito¹⁹³.

Este permanente apelo à capacidade da ciência na procura da verdade, particularmente intenso ao longo de todo o século XIX, contribuiu para uma pretensa supremacia, uma quase *sacralização* da chamada prova material, que é compreensível à luz dos princípios filosóficos e epistemológicos do racionalismo e positivismo oitocentistas, mas que hoje, não faz qualquer sentido, podendo conduzir a absurdas distorções e irreais expectativas.

Longe da afirmação do determinismo das ciências puras, e até da existência de uma teoria geral da ciência que muitos questionam¹⁹⁴, a ideia de um método comum ou de um modelo de ciência único, com procedimentos unívocos e imutáveis, já não é configurável¹⁹⁵. Na ciência moderna não existem verdades absolutas e intangíveis. Cada prova obtida é apenas válida até à prova seguinte¹⁹⁶. O labor científico está em permanente mutação e interação epistemológica e o paradigma da certeza e da demonstrabilidade determinística é, cada vez mais, substituído pelo paradigma da probabilidade, o qual exige, por um lado, uma avaliação da prova integrada no seu contexto global e, por outro lado, uma permanente validação e verificabilidade extra-judicial¹⁹⁷.

Em todo o caso, e não obstante as dúvidas e incertezas do conhecimento científico contemporâneo colocarem frequentemente em causa o dogmatismo e as certezas *definitivas* que os sistemas judiciais tanto reclamam, seria insensato e anacrónico não reconhecer, nos modernos sistemas processuais penais, o importantíssimo e decisivo papel da ciência e das tecnologias forenses na produção probatória, tal como os potenciais riscos e perigos inerentes ao seu uso exacerbado e sem controlo, nunca esquecendo, neste domínio, que “o que é tecnicamente possível não é, só por si e sem mais, legítimo”¹⁹⁸.

2.1.6. O garantismo penal como expressão matricial do Estado de Direito

Este modelo de produção probatória, têm o garantismo como princípio estruturante.

Garantismo que nas palavras de L. Ferrajoli “*designa um modelo normativo de direito penal de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o*

¹⁹³ Um dos sinais mais expressivos da relação interativa entre Direito e Ciência e “da submissão simbólica do aparelho jurídico à racionalidade cognitiva e instrumental da ciência”, está contido no art.º 163.º do CPP, conforme salienta MACHADO, Helena - **Dilemas e paradoxos da cientificação da justiça em Portugal: o caso dos perfis genéticos de ADN** in Fórum Manifesto - Centro de Estudos Sociais e Políticos. Lisboa: 2005. 7. p.64-75.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michéle - **Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria**. Milão: Ed. Giuffrè, 2005. p. P 10, *apud*, CALHEIROS, Maria Clara, “**Para uma Teoria da Prova**”. Coimbra: Ed. Coimbra, 2015. p. 137.

¹⁹⁵ FEYERABEND, Paul - **Contra o método**. R. Janeiro: Ed. F. Alves, 1977. p. 17.

¹⁹⁶ POPPER, Karl - **O Realismo e o Objetivo da Ciência**. Lisboa: Ed. D. Quixote. 1987. p. 191.

¹⁹⁷ Sobre o tema *v.g.* CALHEIROS, Maria Clara - **Para uma Teoria da Prova**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2015. pp 117 ss.

¹⁹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa - **Bruscamente no Verão Passado – A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. p. 150.

*plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idónea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos*¹⁹⁹, partindo do pressuposto que o Direito penal, é um reduto de última *ratio* que visa tutelar apenas bens jurídicos penais nucleares²⁰⁰.

Devemos, contudo, reconhecer que esta criminalidade comum ou de massas, objeto de intervenção dos meios *clássicos* de prova e de obtenção prova, mudou.

Face ao desenvolvimento, no mundo contemporâneo, de diferentes formas e expressões de criminalidade, desde meados do século XX, que a ciência jurídico-penal vem sendo confrontada com novas realidades e desafios.

São expressivas palavras de Souto Moura neste domínio: “*A nova criminalidade económico-financeira, as várias espécies de tráficos e o terrorismo, tudo num espaço territorial que se confunde com o planeta e, em regra, com carácter organizado, exige novos investimentos*”²⁰¹ e, também, de M. Castells, “*a globalização do crime subverte o Estado-Nação, transformando de forma profunda os processos de governação, deixando o Estado em muitos casos, efetivamente de mãos atadas*”²⁰².

Há várias décadas, o direito penal secundário procura dar resposta a um imparável movimento neo-criminalizador na área da criminalidade económica e financeira. Mais recentemente, fenómenos criminais (?) de extrema complexidade, gravidade e resultados imprevisíveis, estimulam a discussão no plano jurídico e, sobretudo, no plano político-ideológico, adensando a controvérsia e as dúvidas sobre a capacidade e adequação da atual ordem jurídico-penal e do atual sistema probatório, para enfrentar e dar resposta aos novos desafios e ameaças, trazidos pela globalização e pela sociedade de risco.

Procuraremos identificar e caracterizar estes novos desafios e ameaças no capítulo seguinte.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi - **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. S. Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 785 e 786.

²⁰⁰ O garantismo penal, como expressão deste Direito penal mínimo, estruturado por Ferrajoli, a partir de dez axiomas: “*nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em razão do delito); *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade); *nulla lex poena sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito pena); *nulla necessitas sine injuria* (princípio de lesividade ou da ofensividade do evento); *nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); *nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade); *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); *nulla accusatio sine probatione* (princípio do ónus da prova ou da verificação) e *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da ampla defesa)”, confunde-se com a própria essência do Estado de Direito FERRAJOLI, *op. cit.* p. 91.

²⁰¹ MOURA, J. de Souto *in* Prefácio DAVIN, João - **A Criminalidade Organizada Transnacional, a Cooperação Policial e Judiciária na U.E.**. Coimbra: Almedina, 2004.

²⁰² CASTELLS, Manuel - **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. O Poder da Identidade**. Lisboa: Ed. F. Calouste Gulbenkian. 2003. Vol. II. p. 313.

Capítulo III

NOVOS PARADIGMAS SOCIAIS E NOVAS AMEAÇAS CRIMINAIS

3.1. Do capitalismo industrial ao capitalismo informacional

A partir das últimas décadas do século XX, o mundo foi palco de profundas mudanças que transfiguraram os paradigmas e os equilíbrios sociais, políticos e económicos vigentes.

O fim da Guerra-Fria introduziu assimetrias e imprevisibilidades na geopolítica mundial, permitindo a emergência de novos poderes erráticos e de novas ameaças.

Simultaneamente, uma revolução tecnológica, iniciada com as conferências de Macy²⁰³, centrada no desenvolvimento da eletrónica, das tecnologias de informação e da inteligência artificial, gerou profundas alterações nos conceitos de tempo, espaço e território, contribuindo de forma decisiva para a consolidação do que viria a designar-se por processo de globalização²⁰⁴.

O keynesianismo, responsável pela prosperidade económica e social das economias ocidentais saídas da II Guerra Mundial, entrou em falência a partir dos anos 70, com a chamada crise do petróleo. As novas tecnologias de informação e de comunicação impuseram, paulatinamente, uma nova ordem económica assente no chamado modelo neoliberal, que alguns autores designam por nova economia e por capitalismo *informacional*²⁰⁵.

²⁰³ Ciclo de seminários realizados em N. York, na década de 50, onde Norbert Wiener e Claude Shannon, entre outros cientistas visionários, lançaram as bases tecnológicas da nova ordem global.

²⁰⁴ Entre múltiplas abordagens, MURTEIRA, Mário – **Globalização**. Ed. Lisboa: Quimera Ed., 2003. pp. 54 ss., define o conceito de globalização como “o processo que tem conduzido ao condicionamento crescente das políticas económicas nacionais pela esfera mega económica, ao mesmo tempo que se adensam as relações de interdependência, dominação e dependência entre os atores transnacionais e nacionais, incluindo os próprios governos nacionais que procuram pôr em prática as suas estratégias no mercado global”. O citado A. considera a globalização um processo multidimensional que se identifica com o desenvolvimento histórico do capitalismo e compreende dois processos distintos: a globalização financeira e a consolidação de uma economia baseada no conhecimento.

²⁰⁵ Conceito definido por CASTELLS, Manuel - **A Sociedade em Rede**. 8ª ed.. S. Paulo: Ed. Paz e Terra. 2000. Vol. I. pp. 119 ss.

Este capitalismo pós-industrial conduziu à integração global e absoluta hegemonia dos mercados financeiros. Os centros estratégicos de decisão económica, antes estaduais, desterritorializaram-se, *mundializando-se* num quadro de sistemático enfraquecimento das soberanias nacionais e de confinamento da sua ação a um núcleo restrito de funções (justiça e segurança) que, em muitos casos, já não são exercidas com plenitude soberana²⁰⁶.

Com efeito, a maioria dos Estados, *reféns* da lógica insaciável do liberalismo económico, já não detêm a possibilidade de definir estratégias próprias de desenvolvimento económico, entraram numa irreversível espiral de privatização de toda e qualquer atividade lucrativa, (mesmo em sectores estratégicos da vida social), de desregulamentação da economia e dos mercados.

Elevados níveis de concentração e de circulação de capitais²⁰⁷ exercem uma pressão esmagadora sob a ordem jurídico-económica, conduzindo ao desmantelamento do Estado-Social, à sistemática desvalorização da força de trabalho, à liberalização e precarização das relações contratuais.

O desequilíbrio no contrato social entre capital e trabalho conduz à destruição das classes intermédias da população, dando origem a uma mão-de-obra desvalorizada e a um aumento exponencial de lucros que se acumulam no setor terciário, particularmente na área financeira.

Simultaneamente, do ponto de vista geopolítico, a globalização acabou com uma certa organização da ordem mundial, inspirada na Paz de Westphalia e como afirma Adriano Moreira no “*apartheid* das soberanias”,²⁰⁸, criando anacronismos e focos de instabilidade. Do ponto de vista demográfico, agudizaram-se, nas relações Norte-Sul, as assimetrias de níveis de desenvolvimento, dando lugar a insustentáveis pressões migratórias que constituem, hoje, verdadeiros e explosivos alfobres de discriminação e de conflitualidade étnico-cultural, cujos palcos são as grandes concentrações urbanas e peri-urbanas, onde o multiculturalismo de matriz democrática não se consegue sobrepor ao unilateralismo identitário, gerador da “*violência estrutural*”,²⁰⁹.

²⁰⁶ Como refere Eduardo Prado Coelho no artigo “Será que regula?” in Suplemento. Mil Folhas do jornal PÚBLICO de 3 de Fevereiro de 2001 “ (...) o Estado já não é um centro de autoridade soberana. Ele já não pode controlar os fluxos globais da riqueza: a moeda, o comércio internacional, a informação e a tecnologia. Face à emergência pujante do individualismo, já não está em condições de encarnar uma identidade colectiva ”.

²⁰⁷ Segundo ZIEGLER, Jean - **Os Senhores do Crime – As novas Mafias contra a Democracia**. Lisboa: Ed. Terramar, 1998. p. 30: “em 1997, 37000 empresas de origem europeia, americana e japonesa (...) dominavam a economia mundial” e apenas “5 países (...) (EUA, Japão, França, Alemanha e Reino Unido) eram donos de 172 das 200 maiores empresas transnacionais ”.

²⁰⁸ Entrevista publicada na Revista “Segurança e Defesa”, 2007. Fev/nº2.

²⁰⁹ Conceito utilizado por ZIEGLER, Jean - **O Império da Vergonha**. Lisboa: Ed. Asa, 2007. pp. 37 a 46 e, desenvolvido por Castells na p.3 da *op.cit.* (2000): “num mundo de mudanças confusas e incontroladas, as pessoas tendem a reagrupar-se em torno de identidades primárias: religiosas, étnicas, territoriais e nacionais (...) o fundamentalismo religioso é provavelmente a maior força de segurança pessoal e mobilização coletiva nestes anos conturbados” concluindo mais adiante que, ” a busca de identidade coletiva ou individual, atribuída ou construída, torna-se a fonte básica de identidade social. Esta tendência não é nova, uma vez que a identidade e, em particular a identidade religiosa e étnica, tem sido a base do significado desde a alvorada da sociedade humana”.

3.2. Novas ameaças, novos desafios. A *sociedade de risco*.

Também no âmbito criminal o último século tem sido fértil na emergência de novas ameaças e, particularmente, as que são geradas pela sociedade informacional, globalizada.

Nas primeiras décadas do século passado, num período de grave crise económica associada à transição do liberalismo económico da Revolução Industrial para um capitalismo *estrangulado* por uma crescente intervenção e regulação estatais, a criminalidade praticada no âmbito da atividade económica e financeira emergiu, de forma sistemática e generalizada, colocando novos desafios à criminologia, à ciência jurídica e à política criminal.

Neste campo, as teorias da “associação diferencial” e da “desorganização social”, de Sutherland, conduziram, na década de 30, à formulação do conceito de *white-collar crime*²¹⁰. Outras abordagens subsidiárias²¹¹ procuraram explicar as múltiplas expressões de uma criminalidade direta ou indiretamente ligada à atividade económica, dotada de crescente complexidade e opacidade que apresenta, como denominador comum, a violação das *regras do jogo* por parte de *respeitáveis* profissionais e detentores de poder, a avidez do lucro fácil e a acumulação de riqueza ilícita.

Como já referimos, no plano jurídico, o vórtice criminalizador daria origem ao chamado Direito Penal Secundário, que rapidamente ganhou um espaço e uma importância extraordinária.

Parafrazeando Cunha Rodrigues: “(...) o crime não é cometido apenas no âmbito das profissões. Ganha o estatuto de profissão. Deixou de ser um subproduto dos negócios para ser um negócio em si mesmo. Funciona segundo as suas regras, organiza-as e modela-as. Passa frequentemente de patologia do poder a forma de exercício do poder”²¹².

Uma criminalidade impercetível e silenciosa, que procura infiltrar e ter um peso significativo nos centros de decisão económica, que corrompe os órgãos de poder e a administração, procurando interferir e controlar os mecanismos institucionais de decisão.

No último quartel do século XX, as dinâmicas da sociedade informacional globalizada geraram uma nova fenomenologia criminal, de natureza transnacional.

A crescente e irreversível interdependência das economias nacionais, alicerçadas na facilidade e na rapidez dos fluxos comerciais e das operações financeiras, suportadas por sofisticados meios tecnológicos e informáticos, trouxe, por um lado, inquestionáveis benefícios de natureza social, mas por outro lado, estimulou e potenciou o desenvolvimento de novas atividades criminais.

²¹⁰ "Crime cometido por uma pessoa respeitável, e de alta posição social, no exercício de suas ocupações" segundo a teoria apresentada em 1940 pelo criminólogo norte-americano Edwin Sutherland (SUTHERLAND, Edwin - **White Collar Crime**. N.York: Dryden Press, 1949). Entre nós v.g. SANTOS, Cláudia - **O Crime de Colarinho Branco**. Coimbra: Stvdia Ivridica 56. Ed. Coimbra, 2001. e DIAS, Figueiredo e C. Andrade, C. - **Criminologia – O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena**. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997 pp. 76 e 437.

²¹¹ Entre outras, as teorias do “corporate crime” de Braithwaite, J. “White Collar Crime” in *Annual Review of Sociology*, 1985. Vol. XI. pp. 1-25 e do “occupational crime” de CLINARD, M. e Quinney - **Criminal Behavior Systems: A Typology**. N.York: Ed. Holt, Rinehart & Winston, 1973.

²¹² RODRIGUES, N. Cunha - **Os senhores do crime** in RPCC. Coimbra: 1999. Ano 9. Fasc. I.

Como refere J. Faria Costa²¹³ “(...) se todo o comportamento quer individual quer colectivo, está inexoravelmente determinado pelo fenómeno da globalização, então os comportamentos criminais, também eles, não podem deixar de ser determinados por essa mesma realidade”.

No contexto da globalização, o crime organizado transnacional fortificou-se e desenvolveu-se, beneficiando da estonteante rapidez do ciberespaço, do anonimato e da desregulamentação que hoje caracterizam o funcionamento dos mercados e as relações económicas mundiais.

Sobre esta matéria são expressivas as palavras de José Souto Moura²¹⁴: “O carácter instantâneo das transacções monetárias internacionais e a defesa da inexistência de quaisquer entraves à rapidez dos negócios, num quadro geral de aceitação da prevalência do valor do poder financeiro, parecem legitimar e robustecer a produção e circulação de riqueza enquanto valor em si mesmo, independentemente da licitude da sua origem”.

Numa perspetiva mais radical, mas que não deixa de sublinhar o indiscutível primado do lucro, e a natureza facilitadora e, nessa exata medida, criminógena, de muitas das regras e dos procedimentos do mundo económico hiperliberal, considera Ziegler: “o capitalismo encontra a sua essência no crime organizado. Mais exactamente, o crime organizado constitui a fase paroxística do desenvolvimento do modo de produção e da ideologia capitalista”²¹⁵.

A globalização da economia e dos circuitos financeiros faz-se através de um novo comércio jurídico e de novos métodos de transmissão e controlo da riqueza que, pela sua distinta natureza, exigiram profundas alterações às dogmáticas de certos ramos do direito privado, impondo, ao direito de matriz continental, o primado do direito anglo-saxónico e de alguns dos seus institutos jurídicos.

Sobre estas importantes alterações registem-se as expressivas palavras de Gonzalez Cussac: “não se podem esquecer as novas formas e tendências de concepção do património. Verificamos hoje que o ponto fulcral desta mudança se encontra na distinção entre propriedade e controlo dos meios de produção, acentuando-se a importância do exercício do direito em detrimento da tradicional atribuição do direito (...). A ideia de direito subjectivo perdeu importância técnica e política na configuração do moderno conceito de património.

Assistimos a uma reconstrução deste conceito tendo como base as técnicas de controlo resultantes da prevalência do domínio técnico sobre a tradicional titularidade jurídica. (...) Assistimos assim ao surgimento de novas formas de criminalidade económica. (...) Na actualidade, o controlo e a protecção das fontes de riqueza e dos meios de produção exigem uma reformulação profunda das funções e limites do Direito Penal neste domínio”²¹⁶.

²¹³COSTA, J. Faria- **O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico** in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Rev. Studia Iuridica 61. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

²¹⁴ DAVIN, J. **A Criminalidade Organizada Transnacional, a Cooperação Judiciária e Policial na U.E.** Ed. Coimbra: Almedina, 2004. Prefácio.

²¹⁵ ZIEGLER J. - **Os Senhores do Crime**. . Lisboa: Ed. Terramar, 1999. pp. 39 ss.

²¹⁶ CUSSAC Gonzalez J. - **El abuso de información privilegiada**. Madrid: Ed. Asper. Cuadernos de Política Criminal, 1989. n. °37. p. 120.

O capital, em elevadíssimos níveis de concentração nos mercados mundiais, foi perdendo a identidade do seu *dono*, acrescentando opacidade e complexidade ao processo económico e aumentando o poder de quem o controla, agora numa forma mais invisível e imprevisível.

Hoje, o sistema económico-financeiro funciona em rede, à escala planetária, num dedalo de permanente mudança, instantaneidade e anonimato e os instrumentos, que permitem que os fluxos de capitais deem várias voltas ao mundo em poucos segundos, são precisamente os mesmos que permitem o encobrimento e branqueamento de astronómicas quantias de dinheiro *cinzento e negro* de proveniência ilícita. Este dinheiro, uma vez *limpo* e devidamente *liberto* do seu passado, tanto se destina a financiar atividades económicas lícitas (introduzindo nos mercados e nos circuitos económicos e financeiros incontáveis desequilíbrios e distorções), como se destina a financiar atividades ilícitas, desenvolvidas pela mesma organização criminosa que esteve na sua origem ou por outras organizações criminosas conexas (perpetuando e fortalecendo e a coesão do crime organizado).

O crime organizado de natureza económica, a partir da década de 80 do século passado, evoluiu para um modelo de atomização massiva que funciona em rede e tem por base, critérios racionais de análise económica e de relação custo/benefício e, como escopo fundamental, a obtenção dos maiores benefícios no mais curto espaço de tempo.

A sociedade informacional, pelo acentuado predomínio do económico sobre o político, e pela disponibilidade de poderosíssimos (nalguns casos assustadores) meios, capacidades e soluções tecnológicas, estimula e propicia o desenvolvimento de modernas expressões de crime organizado, num quadro de elevado potencial lesivo e de incontável risco sistémico.

Alguns autores denominam a sociedade contemporânea em que vivemos, de “*sociedade do risco*”.

Como ensina Figueiredo Dias, vivemos numa sociedade pós-industrial “exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou com tendência para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciado da acção que os originou ou para eles contribuiu”²¹⁷.

O sociólogo alemão Ulrich Beck, numa abordagem crítica aos aspetos negativos da globalização e da revolução tecnológica, criou, no princípio dos anos 90, um modelo sociológico analítico que denominou de “*sociedade do risco*”²¹⁸, em que avalia a atual capacidade humana para, num quadro de grande incerteza, produzir elevados riscos e efeitos secundários e colaterais, de natureza ambiental e tecnológica, infinitamente superiores aos riscos de ordem natural que ocorriam no passado.

²¹⁷ DIAS Figueiredo, J – **O direito penal entre “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”** – in **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito Studia Iuridica, 2001. n.º 61, p.588.

²¹⁸BECK. U., Giddens. A. e Lash. S. - **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**”. Celta Editora. Lisboa. 2000. pp. 165 ss e, também, BECK, Ulrich - **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Ed. Paidós. 1998.

No plano jurídico, alguns autores procuram contrapor a um Direito penal do Estado de Direito, circunscrito à proteção do bem jurídico, um Direito penal *do risco*, onde é utilizada a técnica legislativa das leis penais em branco²¹⁹.

Trata-se de um risco real, resultante da má utilização de um grande número de tecnologias (nucleares, genéticas, biológicas, químicas, informáticas), que uma vez utilizadas, podem produzir efeitos incalculáveis no meio ambiente, na economia, na saúde pública e noutras áreas estratégicas fundamentais da vida social, efeitos esses que se replicam no tempo e no espaço, podendo mesmo, *in extremis*, ou em tese, conduzir ao holocausto planetário.

Numa civilização tecnológica particularmente dominada pela afirmação identitária e pela avidez do lucro, a tutela criminal do risco perfila-se como um sério desafio, recheado de profundas e complexas questões, quer no plano ideológico quer no plano da dogmática jurídico-penal²²⁰.

3.3. O conceito de crime organizado

3.3.1. Uma constante histórica

O conceito de crime organizado abarca uma multiplicidade de conteúdos e de sentidos polissémicos. O tipo de estruturas, os modelos organizacionais, as dinâmicas funcionais e motivacionais, os objetivos e as práticas que integram o conceito, variam significativamente consoante os contextos ideológicos, culturais e histórico-jurídicos em que ocorrem e, não obstante tratar-se de um fenómeno social presente em todos os estádios civilizacionais, o interesse pela sua abordagem no plano criminológico é relativamente recente.

²¹⁹Segundo FERREIRA, M. Cavaleiro - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I e II**. Coimbra: Ed. Almedina, 2010. p. 53.: “norma penal em branco é aquela em que falta inicialmente o preceito primário; comunica-se a sanção para uma infração cujos elementos constitutivos só parcial e não totalmente estão definidos no preceito primário”. Trata-se de uma técnica originariamente formulada pelo jurista alemão Karl Binding, em 1872, que na obra “*Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*” onde considera a lei penal em branco: “um corpo errante em busca de sua alma” que começou a ser crescentemente utilizada no âmbito do Direito penal secundário e do movimento neocriminalizador. O Direito penal do risco pressupõe o emprego massivo de leis penais em branco e a consequente flexibilização do princípio da legalidade e o enfraquecimento dos princípios da certeza e da confiança jurídica, tão caros ao garantismo penal. Daí que, FERRAJOLI, Luigi, na *op. cit.* 2002., p. 79 compare uma lei em branco “a uma espécie de caixa vazia preenchível de volta a volta com conteúdos muito arbitrários” características de um “estado de polícia que consente intervenções punitivas livres de qualquer vínculo”. Entre nós, esta matéria tem sido alvo de estudo e desenvolvimento, para além de Figueiredo Dias, também por MENDES, P. Sousa - **Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?**”. Lisboa: AAFDL. 2000. e COSTA, J. Faria - **O Perigo em Direito Penal**. Ed. Coimbra. Coimbra. 2000., e ainda por ex. PATRÍCIO, Rui - **Norma Penal em Branco (em comentário ao Ac. do TRE de 17/4/2001)** in Fernanda Palma (Org.) *et. al.* - **Casos e Materiais de Direito Penal** 3ª ed.. Coimbra: Almedina Ed., Coimbra.

²²⁰Entre as quais se destacam, para além do uso de leis penais em branco, prementes questões como o recurso ao Direito penal simbólico e a políticas criminais de emergência, a imputação objetiva dos crimes de perigo, à agravação pelo resultado nos crimes de perigo comum, entre outras.

A criminologia clássica oitocentista, refém de postulados positivistas (particularmente de cariz antropomórfico), pouco contribuiu para o seu estudo, concentrando a abordagem criminológica na análise da ação e do comportamento individual. As primeiras investigações neste domínio, ocorreram na 2.^a metade do século XX, com os trabalhos de Sykes e Matza²²¹, Cohen²²², Thrasher²²³, e outros representantes da sociologia, muito centrados no estudo do comportamento delinvente coletivo no âmbito de *gangs* e bandos de criminalidade juvenil, nas grandes cidades norte-americanas, do início do séc. XX.

Já na década de 70, Cressey²²⁴ apresentou um relevante estudo sobre as influências e alterações introduzidas pelas dinâmicas organizacionais no comportamento delinvente individual.

Vários autores abordaram o crime grupal organizado, numa perspetiva histórica. Radbruck e Gwinner²²⁵ descrevem verdadeiras organizações criminosas na época republicana da Roma Antiga e na chamada proto-história germânica. No séc. XVII, com o incremento do uso da moeda na Europa e a descentralização da sua cunhagem para fora dos monopólios régios, estes autores referenciam o surgimento daquilo que hoje chamaríamos de verdadeiras organizações criminosas internacionais, dedicadas à sua falsificação e passagem, apresentando o exemplo da cidade fronteiriça de Lindau, na Baviera, como verdadeira multinacional do crime, centro de difusão de moeda falsa para a Alemanha, Itália e outras regiões europeias (*op. cit.* p.249).

Segundo Zabarov²²⁶, as Cruzadas (séc. XI a XIII) estimularam o aparecimento e difusão de grupos e organizações espúrias, os chamados “cavaleiros salteadores”, que *desviavam* a força militar de que dispunham para espalhar o terror, saquear regiões, impondo tributos e direitos de passagem e de proteção forçada, às desprotegidas populações²²⁷.

Hobsbawm²²⁸ desenvolve o conceito de banditismo social e revisita a História, caracterizando, no plano sócio criminológico, vários movimentos milenaristas mediterrâneos, emergentes do fim do *Ancien Régime* (*op. cit.* pp 64 ss), organizações como a Mafia (*op. cit.* pp 38 ss), a “turba urbana” e as seitas operárias consolidadas em torno da Revolução Industrial inglesa (*op. cit.* pp. 112 ss), bem como movimentos sul- americanos que associam práticas criminais e o uso da violência à prossecução de fins políticos.

²²¹ SYKES G. e D. Matza - **Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency** in American Sociological Review, 1957. vol. 22 nº 6.

²²² COHEN, A -**Delinquent Boys: The Culture of the Gang**. Illinois: Ed. Free Press Glencoe, 1955.

²²³ THRASHER, F.- **The Gang: A Study of 1,313 Gangs in Chicago**. Chicago: University of Chicago Press. 1927.

²²⁴ CRESSEY, D. - **Criminal organization: its elementar forms**. Ed. Londres: Heinemman, 1972.

²²⁵ RADBRUCH, G. e Gwinner, E. - **Historia de la Criminalidad**. Barcelona. Ed. Bosch, 1955.

²²⁶ ZABAROV M. - **Historia de Las Cruzadas**. Madrid: Ed. Sarpe, 1985.

²²⁷ Alguns autores como DIEU, François - **Gendarmerie et modernité. Etude de la spécificité gendarmique aujourd'hui**. Paris: Ed. Montchrestien, 1993., consideram estar na resposta a essas derivas, a génese do conceito gendármico de polícia militar que perdurou até aos dias de hoje, com particular intensidade na Europa do sul.

²²⁸ HOBSBAWM, E. - **Rebeldes Primitivos: Estudo de Formas Arcaicas e Movimentos Sociais nos Séculos XIX e XX**. 2^a ed. R. Janeiro: Ed. Zahar, 1978.

Uma conclusão que parece colher generalizada aceitação - da Criminologia Clássica à Criminologia Crítica - é a de que a criminalidade grupal organizada, apesar de ser uma constante realidade ao longo de toda a História, é um fenómeno típico do presente, que conheceu uma evolução e uma difusão ímpar nos últimos 100 anos. O seu crescimento (naturalmente em distintos contextos espaço-temporais) é diretamente proporcional ao crescimento e consolidação do poder do Estado moderno, que assume, com crescente eficácia, o monopólio do controlo social em todas as vertentes, *obligando* os delinquentes a organizarem-se, criando *resistências* mais eficazes à ação repressiva do Estado. Neste sentido, McIntosh²²⁹ considera que o conflito que, originariamente, se estabelecia entre delinquente e vítima, nas sociedades primitivas mais simples, passou a estabelecer-se, nas sociedades modernas, organizadas e complexas, entre o delinquente e o Estado, chamando este, a si, o exercício de uma multiplicidade de funções, no seio das quais germinam as principais motivações e fatores criminógenos.

As organizações criminais, apresentam uma configuração estrutural muito diferenciada, consoante os objetivos e fins que prosseguem e os meios de controlo social com que se confrontam, entre outras variáveis.

O tipo de organização e estrutura funcional e hierárquica, o relacionamento e a diferenciação de papéis entre os seus membros, os modelos de atuação, os mecanismos de auto-defesa, entre outras características, permitem identificar vários modelos e níveis organizativos. Com base nestes pressupostos, Cresey²³⁰, muito centrado na realidade socio-criminológica inglesa e norte-americana, distingue e define várias categorias de organizações criminosas.

Um outro aspeto muito relevante, e que constitui uma das características matriciais indispensáveis à compreensão da criminalidade grupal, organizada, é a forma como a dinâmica de grupo influencia os comportamentos individuais, alterando-os profundamente. Numa linha de interceção entre a psicologia judiciária de grupo e o direito criminal da prova, Mantovani²³¹ identifica um conjunto de princípios, relevantes, entre os quais, a perda de individualidade e adesão a um padrão de comportamento e atuação conjunta e o aumento da violência comportamental, por diluição da responsabilidade individual num projeto comum.

Albert Cohen publicou, em 1977, um interessante artigo²³², onde procura definir um conceito específico de crime organizado, através do desenvolvimento de aspetos vários da atividade delincente grupal, tais como o controlo de informação, publicidade e secretismo da atividade criminosa, neutralização e controlo dos sistemas de segurança e de justiça e da ação preventiva e repressiva das várias instâncias de controlo formal, organização e funcionamento interno, que, em tudo o distinguem do chamado crime comum ou criminalidade de massas.

²²⁹ MCINTOSH, M. - **La Organización del Crimen**. México: Siglo Veintiuno Ed., 1977. p. 21.

²³⁰ *Op. cit.* pp.71 ss.

²³¹ MANTOVANI F. - **Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali**. Padova: Cedam Ed., Scienze criminali, 1984. pp. 290 ss.

²³² COHEN, A.K. - **The Concept of Criminal Organization** in *The British Journal of Criminology*. Abril/1977. Vol. 17 n. ° 2. pp. 97-111.

Historicamente, a criminalidade organizada procura efetivamente responder com maior racionalidade e eficácia à crescente capacidade preventiva e repressiva das sociedades contemporâneas desenvolvidas, nas diferentes áreas de delinquência, assumindo diferentes tipos ou modelos organizacionais: criminalidade económico-financeira de natureza empresarial, organizações terroristas de natureza celular nas suas diversas matrizes e dimensões, organizações de tipo mafioso e estruturas secretas, entre outros.

3.3.2. A difícil uniformização conceitual

É consabido que o conceito de crime organizado não encontra acolhimento na dogmática jurídico-penal.

Os princípios e as garantias do Estado de Direito exigem que as condutas criminosas se subsumam a tipos legais, num quadro de grande precisão e rigorosa objetividade, e o conceito de crime organizado, dada a sua elevada fluidez e subjetividade, tem uma natureza claramente extra jurídica, encontrando acolhimento na criminologia e na política criminal, onde laboriosos esforços têm sido desenvolvidos no sentido de alcançar consensos que permitam uma definição comumente aceite.

Contudo, também nestes domínios, tais esforços enfrentam grandes dificuldades, inerentes à multiplicidade e atipicidade das realidades e características em jogo, que não se apresentam de forma estável e definida em todas as situações, mas antes, como fenómenos descontínuos e assimétricos. Com efeito, os objetivos do crime organizado são multiformes e diversificados e a atividade e métodos utilizados na sua prossecução variam historicamente no tempo e no espaço²³³.

Na procura da desejada harmonização conceitual e normativa, esta matéria tem sido alvo de acesa discussão, quer no seio da ONU, quer no âmbito do CE.

No seio da ONU, os dois principais instrumentos de Direito convencional no domínio da luta contra o crime organizado são: a Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional (UNTOC) e a Convenção contra a Corrupção²³⁴.

²³³ A *Ordem dos Assassinos* do séc. XI, as *Triades* chinesas, a *Yakuza* japonesa do séc. XVII, a *Mafia* siciliana dos finais do séc. XIX, a *Mafia* norte-americana da primeira metade do séc. XX, a *Mara Salvatrucha*, os cartéis de narcotráfico sul-americanos, a *Mafia Vermelha* russa dos anos 90, os *Bloods* californianos, são, entre muitas outras, formas espaço-temporalmente distintas de organizações criminosas, dificilmente enquadráveis numa mesma definição.

²³⁴ A Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, aprovada na 55ª Assembleia-Geral em 15 de Novembro de 2000, na cidade italiana de Palermo, constitui o principal instrumento da ONU para combater o crime organizado. A Convenção tem 147 Estados signatários e 153 Estados partes, entre os quais Portugal.

Tem anexos três Protocolos Adicionais: a) o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas e em particular de Mulheres e Crianças; b) o Protocolo contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar, e c) o Protocolo contra o Fabrico e Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Componentes e Munições.

A Convenção da ONU contra a Corrupção, foi aprovada pela Assembleia-Geral a 30 de Outubro de 2003, tendo sido ratificada pelo Estado Português a 28 de Setembro de 2007.

Na procura de uma resposta global ao crime organizado, a ONU desenvolve uma estratégia centrada em três objetivos:

- Promoção da ratificação universal da UNTOC e seus Protocolos, por todos os Estados membros e oferta de assistência técnica àqueles que pretendem aplicá-la;
- Melhoria da cooperação policial e judicial internacional e da assistência jurídica mútua²³⁵;
- Difusão de programas de prevenção e repressão e de medidas específicas de cooperação técnica, recolha, análise e partilha de informação e de formação profissional dos funcionários de polícia criminal.

O Relatório do Grupo de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança, publicado pela ONU em Dezembro de 2004, identifica os principais desafios com os quais o mundo se confronta, realçando a urgência de uma resposta eficaz aos desafios do crime organizado transnacional. Entre outras conclusões, refere que, no atual contexto global, as ameaças à segurança estão interligadas e não devem ser analisadas separadamente, sendo necessário adotar uma dupla estratégia que permita desenvolver, simultaneamente, ações preventivas e respostas repressivas mais eficazes.

No artigo 2º. al. a) da UNTOC, a expressão “grupo criminoso organizado” designa “um grupo estruturado, composto por 3 ou mais pessoas existente desde há um certo tempo e concertadamente com o objetivo de cometer uma ou várias infrações graves ou infrações definidas nos termos da presente Convenção para daí retirar direta ou indiretamente um benefício financeiro ou qualquer outro benefício material”.

Nos termos da al. b) do mesmo artigo, a expressão “crime grave” designa “um ato que constitui uma infração punível com a pena privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, quatro anos ou uma pena mais grave” e a expressão “grupo estruturado” designa “um grupo que foi constituído com o propósito de cometer imediatamente uma infração e que não tem necessariamente funções definidas para os seus membros, uma continuidade da sua composição ou uma estrutura elaborada”.

O Conselho da UE, nos termos no artigo 1º. da Ação Comum, relativa à tipificação do conceito de organização criminosa nos Estados-Membros da UE²³⁶, entende por “organização criminosa” a “associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e atua de forma concertada, tendo em vista cometer infrações puníveis com pena privativa de liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infrações constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a atuação de autoridades públicas”.

A ausência de uma definição comum de criminalidade organizada, e a coexistência de várias interpretações, foram alvo de particular discussão no decurso da 2ª. Ronda de avaliações mútuas, dando origem a uma especial Recomendação²³⁷, no sentido de “serem

²³⁵ Devido à natureza cada vez mais globalizada do crime organizado, a investigação e a perseguição penal deste tipo de criminalidade não pode limitar-se à lógica interna ou estadual estabelecendo a Convenção amplas disposições sobre a cooperação internacional em matéria penal.

²³⁶ Ação Comum do Conselho, adotada em 21 de Dezembro de 1998/Jornal Oficial de 29 de Dezembro de 1998 L351/1.

²³⁷ CRIMORG 43 9615/03/03 de 22 de Setembro de 2003.

envidados esforços para explorar as possibilidades oferecidas por uma definição harmonizada de criminalidade organizada que possa facilitar uma resposta rigorosa dos Estados-Membros nos domínios atinentes à luta contra a criminalidade organizada” considerando-se “que um dos requisitos essenciais para combater a criminalidade reside no sólido conhecimento desse mesmo fenómeno” sendo necessário encontrar “uma definição harmonizada, ou pelo menos tão completa quanto possível, que abrangesse as principais características do fenómeno (...) para adotar uma abordagem unificada (...) que favoreça a compatibilidade e a unidade de ação, devendo a Europol, os Estados-Membros e outros organismos da U.E. adotar como norma a UNTOC”.

Apesar destes esforços, os conceitos definidos, quer pela ONU, quer pela UE, estão longe da desejada harmonização, debatendo-se os ordenamentos internos com dificuldades de idêntica natureza.

Alguns autores procuram a definição de criminalidade organizada por contraposição à definição de criminalidade comum ou de massas. Enquanto esta, integra condutas ilícitas, praticadas de forma isolada e individual, suscetíveis de assumir formas de violência gratuita, destituídas de qualquer sentido estratégico, aquela, compreende o conjunto de condutas ilícitas praticadas de forma coletiva, sistemática, integrada e continuada, visando alcançar objetivos estrategicamente predefinidos com elevado potencial lesivo.

Em termos espaciais, as manifestações de crime comum são desarticuladas, inopinadas ou muito circunscritas, enquanto as manifestações de crime organizado têm níveis de implantação alargada, nacional e transnacional.

A criminalidade organizada pressupõe a afetação de um conjunto de meios e recursos, estruturados de forma estável, duradoura e hierarquizada, que procuram interferir, com sentido estratégico, nos centros de decisão administrativa, política e económica. Todo e qualquer esforço de conceptualização, neste domínio, deve considerar a capacidade de permanente transfiguração do fenómeno, resultante, quer do processo de globalização, quer da evolução tecnológica.

A permanente diversificação das atividades ilícitas prosseguidas pelas organizações criminosas, numa lógica de escala, de interdependência e de complementaridade, bem como a *atomização*²³⁸ organizacional, constituem características a considerar.

Como observa Silva Franco²³⁹ “a criminalidade que se elevou a um estado global, a maior parte das vezes não nos aparece na limpidez de um só segmento ilícito. Bem pelo contrário. Tudo nos surge amalgamado (...) a criminalidade económica mistura-se com atuações de tráfico de droga e de armas, prostituição, etc., não se sabendo qual a atividade que deva ser considerada preponderante”.

Os avanços tecnológicos, na área das comunicações, abriram novas perspetivas a uma criminalidade altamente sofisticada. A internet é utilizada, cada vez mais, pelos

²³⁸ A partir dos anos 90 do século passado, os tradicionais cartéis, estruturas pesadas, com muita gente e elevada vulnerabilidade, *atomizaram-se*, dando lugar a muitas e pequenas organizações de tipo celular, estruturadas em rede, com grande flexibilidade, capacidade de dissimulação e dotadas da eficácia e rapidez que a moderna tecnologia confere. Estas pequenas organizações criminosas são muito menos vulneráveis à ação da Justiça.

²³⁹ FRANCO, Alberto Silva - **Globalização e criminalidade dos poderosos** in RPCC. Coimbra: (Abril-Junho). 2000. Ano 10, fasc.2. p. 183-228.

grupos criminosos, não só para cometer crimes informáticos, mas também como poderoso meio instrumental para a prática de outros crimes.

As tecnologias comunicacionais tornam as organizações criminosas mais flexíveis e dinâmicas e, ao contrário das polícias e dos sistemas de justiça criminal, que se adaptam lentamente às novas tecnologias, o crime organizado, através do poder económico de que dispõe, revela uma rápida adaptação aos frutos do progresso tecnológico, consolidando o anonimato e minimizando as dificuldades e os constrangimentos causados pelo tempo e pela distância.

Nos países desenvolvidos, o processo de globalização e a liberalização e abertura de novos mercados, por ele propiciadas, contribuem para o crescimento do crime organizado e para a diversificação das atividades por ele prosseguidas.

Os países subdesenvolvidos, com elevados níveis de desorganização social ou afetados por conflitos internos, são alvos fáceis do crime organizado, cujos tentáculos constituem uma séria ameaça para a própria integridade do aparelho de Estado e das instituições públicas²⁴⁰.

A corrupção das autoridades e poderes públicos constitui uma prática do crime organizado, em geral, para interferir nos centros de decisão estaduais, condicionando a aplicação da Lei e acedendo ao erário público.

É consabido que alguns grupos terroristas recorrem, diretamente ou indiretamente, à criminalidade económico-financeira, aos tráficos e à corrupção, como forma de financiar a sua atividade principal.

Presentemente, as instâncias internacionais tendem a debruçar-se conjuntamente sobre o terrorismo e o branqueamento de capitais, sendo a abordagem da corrupção parte integrante de qualquer estratégia de luta contra o crime organizado.

Não obstante o conceito de crime e/ou de criminalidade organizada não corresponder, no plano da dogmática penal, a um concreto tipo de ilícito, desde logo, pela manifesta impossibilidade de identificação de um bem jurídico protegido comum, alguns autores²⁴¹ consideram que a criminalidade organizada será o resultado da atividade de uma associação de duas ou mais pessoas, reunidas de forma permanente ou com significativo grau de estabilidade para a prática de crimes ou contra-ordenações que reúnam algumas das seguintes características:

- a) Organização hierárquica;
- b) Planeamento estratégico de tipo empresarial;
- c) Uso de meios tecnológicos avançados;
- d) Organização e divisão funcional de tarefas/atividades;
- e) Intercomunicabilidade com poder público ou com agentes de poder público;
- f) Divisão territorial na incidência das atividades ilícitas;

²⁴⁰ Veja-se o caso da Guiné-Bissau e outros países africanos, completamente dominados pelo crime organizado, que correm o risco de se transformarem, aos olhos da comunidade internacional, em Estados-párias ou, nalguns casos em narco-Estados.

²⁴¹ V.g. ABADINSKY, Howard - **Organized crime**. Chicago: Ed. Nelson-Hall, 1987., e GOMES, Flávio e Raul Cervini - **Crime organizado. Enfoque criminológico, jurídico e político-criminal**. S.Paulo: Ed. RT, 1997.

- g) Recurso à intimidação e corrupção;
- h) Conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações criminosas (funcionamento em rede);
- i) Elevada capacidade para a prática de fraudes;
- j) Oferta de prestações sociais e mecanismos de proteção e inter-ajuda dos seus membros²⁴².

A UE considera necessário que se caracterizem onze elementos para se identificar a existência de uma organização criminosa²⁴³. Quatro desses elementos, devem concorrer cumulativamente:

- a) Colaboração de duas ou mais pessoas;
- b) Carácter permanente da organização;
- c) Cometimento de delitos graves;
- d) Lucro como objetivo.

Os outros podem ou não estar presentes, de acordo com o tipo de organização:

- e) Organização e distribuição interna de tarefas;
- f) Controle e disciplina interna da organização sobre seus membros;
- g) Atividade internacional;
- h) Recurso à violência;
- i) Utilização de estruturas comerciais ou de negócios;
- j) Recurso a branqueamento de capitais;
- k) Exercício de pressões sobre poderes públicos.

O crime organizado visa alcançar, dois grandes objetivos: poder e/ou dinheiro. Através do terrorismo visa conquistar poder (seja de natureza política, ideológica, religiosa ou outra e, tendo ou não com base de disputa um determinado espaço territorial); através de uma multiplicidade de estruturas organizacionais tem, como desígnio principal e último, a rápida acumulação de riqueza, o lucro e o enriquecimento ilícito.

A utilização e rentabilização do lucro ilícito, bem como o financiamento do terrorismo e do próprio crime organizado, exigem uma simbiose de negócios lícitos com negócios ilícitos, numa interação cronológica complexa e de geometria variável.

Os negócios lícitos mais utilizados pelas organizações criminosas situam-se nos seguintes sectores:

- Mercado financeiro (participações em instituições de crédito, financeiras e sociedades corretoras, etc.) e mercado de capitais, campos por excelência para a prática de operações de branqueamento de dinheiro;
- Turismo, indústria hoteleira, casinos, e outros serviços e atividades cuja contabilidade e resultados económicos podem ser mais facilmente ficcionados e manipulados;
- Construção civil e obras públicas tendo por base concursos e concessões públicas suscetíveis de serem manipuladas pela corrupção e pelo tráfico de influências;

²⁴² Característica muito marcante nas chamadas organizações criminosas de tipo mafioso.

²⁴³ Doc. ENFOPOL 161-REV-3 (Doc. 6204/2/97).

- Negócios de import./export., como forma de controlar logísticas internacionais de transporte de mercadorias, permitindo utilizar circuitos e rotas comerciais para tráficos e transporte de cargas ilícitas dissimuladas.

O *controlo* de negócios lícitos por parte das organizações criminosas, constitui uma tática defensiva de minimização dos riscos de deteção de fluxos de capitais *sujos*, uma forma de encobrimento e legitimação de proventos ilícitos.

O crime organizado, numa rota de imparável internacionalização²⁴⁴ e atuação em rede, facilitada pelas modernas tecnologias, opera consoante as circunstâncias e a sua própria natureza e capacidades, desenvolvendo múltiplas atividades, através de *modus operandi* tradicionais ou inovadores, em campos de ação tão diversificados²⁴⁵ como a prestação de serviços, a comercialização de bens produtos e a infiltração das instâncias de poder público. A atividade das organizações criminosas prossegue, frequentemente, a chamada criminalidade difusa que tem, como principal característica, a transindividualidade, ou seja, a ausência de vítimas individuais, determináveis e identificáveis, porquanto o bem jurídico protegido tem natureza indivisível e coletiva. A real dimensão do seu resultado e a sua danosidade direta e indireta, imediata ou mediata, é de difícil perceção²⁴⁶. Por outro lado, esta impercetibilidade *amortece*, o desvalor e o grau de censurabilidade social do ato ilícito praticado, particularidade a que o sistema de justiça penal não é imune.

A criminalidade económica organizada exige a infiltração e corrupção das administrações públicas (polícias e entidades fiscalizadoras e reguladoras) e dos poderes públicos (executivo, autárquico, judicial) e a manipulação e controlo dos órgãos de comunicação social, bem como, através deles, da opinião pública.

As modernas organizações criminosas dispõem de elevada capacidade operacional (poderosos recursos financeiros, sofisticados meios técnicos humanos especializados) e de modelos organizacionais e funcionais complexos, que lhes conferem grande mobilidade e capacidade para dissimular, ocultar e alterar a realidade (empresas de *fachada*, contabilidades paralelas, contas secretas, falências fraudulentas, e outros *prodígios* daquilo que alguns denominam por *engenharia* financeira).

²⁴⁴ Sobre a natureza transnacional do crime organizado, v.g. MARTINS, Lourenço, A. - **Criminalidade sem fronteiras. O tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas**. Lisboa, Ed. de autor, 1986.

²⁴⁵ No 8.º Congresso da ONU para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, em de Setembro de 1990, agruparam-se as atividades criminais com carácter internacional em cinco grandes áreas: atividades de tipo mafioso; atividades de tipo terrorista; atividades fraudulentas de tipo económico-financeiro; atividades de comércio ilícito de arte e objetos do património cultural das nações; Atividades de tráfico: drogas, armas, automóveis, obras de arte, também de pessoas (com propósitos de exploração sexual ou económica) e, mais recentemente, de componentes tecnológicos nucleares (dos países do leste europeu para diversos países árabes e potências regionais emergentes). Aliás, é crescente a tendência de envolvimento e interação de grupos terroristas com outras estruturas de crime organizado, como forma de garantirem o financiamento das suas próprias atividades criminosas (FARC, Sendero Luminoso no narcoterrorismo na América Latina, Al Qaeda no Afeganistão com a proteção dos cultivos de ópio e em Espanha, a ETA financiando as suas atividades através pequeno tráfico urbano de haxixe).

²⁴⁶ Como acontece com os crimes ambientais e com o tráfico de armas.

Citando Hassemer²⁴⁷, a criminalidade organizada “*não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção do legislador, da Magistratura, do Ministério Público, da Polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade, (...) uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados bem como por um novo modus operandi (profissionalismo, divisão de tarefas, participação de “gente insuspeita”, métodos sofisticados etc.)*”.

Em suma, poder económico, capacidade de infiltração do aparelho de Estado, de corrupção dos poderes públicos e de interferência nos centros de decisão, natureza transnacional, organização complexa e disponibilidade de meios sofisticados e utilização estratégica da violência são algumas das principais características do crime organizado contemporâneo.

3.4.As cedências e os riscos de descaraterização do Direito penal humanista.

Perante uma criminalidade organizada com este tipo de características, a questão que recorrentemente se coloca é a de saber se o Estado de Direito e o Direito penal democrático, com todas as inegociáveis limitações que resultam da sua própria essência, têm condições e capacidade para enfrentar e controlar tal fenómeno, de forma minimamente eficaz.

A moderna ciência jurídico-penal colhe, do legado liberal-iluminista, princípios fundamentais centrados na proteção de bens jurídicos individuais, numa lógica de mínima intervenção punitiva e na aceitação de que toda a pena deve ter como suporte axiológico uma culpa concreta.

Mas, na verdade, o imparável devir civilizacional e, em especial, o fenómeno da globalização, trouxeram sucessivas vagas de novas e frementes realidades que constituem sérios desafios à afirmação desse notável legado de princípios e valores civilizacionais.

Nos meados do século XX, o imparável crescimento do direito penal secundário e do direito de mera ordenação social suscitaram, no plano dogmático, uma profunda reflexão em torno do papel e da extensão do direito sancionatório, em geral, e do Direito penal, em particular.

No último quartel do século XX, a afirmação da chamada *sociedade do risco*, parece colocar em crise a primazia daquele legado. A imprevisível e invisível produção massiva de elevados riscos humanos, de difícil deteção, tornam longínqua e improvável a sua imputação subjetiva, nos moldes clássicos, bem como a determinação da respetiva culpa, porquanto a maioria destes riscos ou condutas de perigo não ocorrem em contextos de ação individual, mas em contextos complexos, de natureza coletiva.

O nexos causal entre a conduta (muitas vezes irrelevante) e o resultado (quantas vezes gravíssimo) emerge de uma rede de interações²⁴⁸ para a qual contribuem uma multiplicidade de pessoas, em tempos e espaços distintos, num contexto dinâmico de

²⁴⁷ HASSEMER, Winfried e F. Conde Munhoz - **Introducción a la Criminología**. Valência: Ed. Tirant Lo Blanch, 2001. p. 74.

²⁴⁸ CASTELLS, Manuel - **A Sociedade em Rede**. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 2002

poderosos interesses, de elevada incerteza e sobretudo de uma complexa dissimulação e diluição de responsabilidades a que Beck chama: “*irresponsabilidade organizada*”²⁴⁹.

Uma nova criminalidade cuja dinâmica nuclear já não se revê na clássica dicotomia autor/vítima e que ofende bens jurídicos coletivos, supra ou trans-individuais, os chamados *interesses difusos*²⁵⁰.

Uma nova criminalidade, centrada na prática de uma multiplicidade de condutas aparentemente irrelevantes, de *per si*, mas suscetíveis de, na sua complexa globalidade, desencadear um efeito multiplicador, remetendo-nos para a problemática dos delitos cumulativos, no contexto de um sistema que estimula e promove a produção e consumo “infinitista”²⁵¹ e não sustentado de bens materiais. Novas e pulsantes realidades para as quais o direito penal de justiça e até já o direito penal secundário parecem não conter respostas fáceis e disponíveis.

Todo este quadro factual vem exigindo uma reflexão doutrinária em torno de áreas nucleares da dogmática jurídico-penal, tais como, a identificação e tutela de bens jurídicos transindividuais, a incriminação de pessoas coletivas, o fim das penas, a autoria mediata, a comparticipação e o concurso de crimes, os delitos cumulativos, etc.

Trata-se afinal de saber se um direito penal de culpa e de *ultima ratio*, enformado pelos valores e princípios supra referidos, ainda tem lugar ou, por outras palavras, se a Justiça que as modernas sociedades reclamam deve ser alcançada por uma nova *construção* jurídico-normativa assente em princípios axiológicos e dogmáticos de outra natureza e, até que ponto tais princípios são compatíveis com os valores civilizacionais em que desejamos continuar a viver, ou seja, são constitucionalmente aceitáveis?

Postergando o princípio de que o Direito Penal não deve ultrapassar os limites clássicos da tutela de bens jurídicos exclusivamente individuais, nem a sua natureza fragmentária, subsidiária e de *última ratio*, o *Direito Penal do Risco* propõe, numa matriz doutrinária de *funcionalização*²⁵² do Direito Penal, face à premente necessidade de prevenir riscos e ameaças larvares, a ampliação e antecipação da tutela de bens jurídicos difusos, em momento ainda muito distante da efetiva lesão de interesses socialmente relevantes.

Trata-se de um *novo* direito sancionatório, com uma natureza híbrida (penal e administrativa), direcionado para a proteção antecipada, não de bens jurídicos, mas de interesses coletivos difusos, através da tipificação de crimes de perigo abstrato.

E, uma vez aberta a *caixa de Pandora* que é funcionalização do Direito Penal, floresceram soluções e derivas muito pouco canónicas que se afastam cada vez mais do legado de valores humanistas, que enforma o Estado de Direito, como é o caso do chamado

²⁴⁹ Conceito que o autor explica em entrevista concedida à revista IHU On-Line em: 2/6/2006. Disponível em http://amaivos.uol.com.br/amaivos2015/?pg=noticias&cod_canal=41&cod_noticia=7063. Consulta realizada em: 14/3/17.

²⁵⁰ SILVEIRA, Renato - **Direito Penal Supra Individual, Interesses Difusos**. S.Paulo: Ed. RT, 2003.

²⁵¹ DIAS, A.Silva - **Proteção Jurídico-penal de Interesses dos Consumidores**. 3ª ed.. Coimbra: Textos FDUC. 2001.

²⁵² Em que o direito penal e o direito processual penal perdem a sua natureza eminentemente reativa e garantística, sendo chamados a assumir funções proativas e instrumentais de defesa social que a generalidade da doutrina mais próxima da “Escola de Frankfurt” considera insustentáveis e contrários aos princípios fundamentais e fins do direito.

Direito Penal do Inimigo de G.Jakobs²⁵³, que mais não é do que a tentativa de legitimação, através da razão jurídica, de um estado de guerra que apenas pode ser legitimado (ou talvez, apenas e só compreendido) pela razão de Estado.

Um pouco aquém da intransigência e do radicalismo ideológico desta matriz doutrinária, surgiu uma corrente intermédia que procura estabelecer um quadro de compromisso entre a necessidade de preservar o conjunto de princípios e valores garantísticos, próprios da dogmática clássica do direito penal, essenciais à preservação do Estado de Direito democrático, e a necessidade de proteger, antecipadamente, interesses coletivos e difusos, emergentes da sociedade de risco e que carecem de tutela penal.

Um Direito penal a “*duas velocidades*”, originalmente proposto por Silva Sanchez²⁵⁴, que delimita um “*núcleo central*”, dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, do qual emanam reações penais clássicas, e uma “*periferia*” vocacionada para a proteção antecipada de riscos globais, da qual emanam novas reações administrativo-penais e um *jus puniendi* de pendor securitário, porém, sem reflexo direto na esfera de direitos fundamentais dos cidadãos, *maxime* no direito à liberdade.

²⁵³ O penalista alemão Gunther Jakobs formulou em 1985 uma teoria sobre a legitimidade da tipificação de condutas antecedentes à efetiva lesão do bem jurídico, acabando por distinguir dois grandes ramos do direito penal: O *Direito Penal do Cidadão* e o *Direito Penal do Inimigo*

Ancorando os fundamentos da sua teoria no Contratualismo Iluminista, na filosofia Kantiana e no Jusnaturalismo de Hobbes, considera o autor que aquele que viola as normas do *contrato social* de forma permanente e reiterada, afastando-se do Direito, repudiando o ordenamento jurídico e procurando a sua destruição, auto renuncia ao seu estatuto de cidadão, titular de deveres e direitos, devendo ser tratado como um *inimigo*, i.e. um ente destituído de capacidade jurídica

Enquanto o *Direito Penal do Cidadão (Bürgerstrafrecht)*, mantendo incólume o conjunto de princípios e de características da dogmática penal clássica, visa uma reação do Estado que garanta uma compensação forçada de um dano à norma jurídica, provocada por um cidadão ocasionalmente delinquente, o *Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht)* visa tão-somente, a eliminação e o afastamento pela coação, do perigo de destruição do próprio ordenamento jurídico, que o inimigo em si mesmo representa.

O Direito Penal do Inimigo prossegue exclusivamente fins de prevenção especial negativa e considera que as penas e as medidas de segurança, dirigidas não a pessoas jurídicas titulares de direitos mas simplesmente a indivíduos perigosos não têm qualquer outra utilidade senão garantir a neutralização do perigo que eles representam, O *Direito Penal do Inimigo*, aprofundado e sistematizado em tempos mais recentes pelo próprio Jakobs assume-se como um direito penal de emergência, apenas configurável num regime totalitário ou numa grave conjuntura política de exceção. Sobre o tema v.g.: JAKOBS, G. e C. Meliá, M. - **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. pp. 39 ss.; PINHEIRO, R. Fernando - **A teoria do direito penal do inimigo sob a perspectiva do contrato social**, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>>. Consulta em: 09/03/2017, e também: ZAFFARONI, Raul - **El Enemigo en el Derecho Penal**”. Madrid: Ed.Dykinson, 2006.O atentado de 11 de Setembro de 2001 às Torres Gémeas de N.York, veio criar condições (nunca antes imaginadas!) para o surgimento de *soluções* próximas desta conceção doutrinária de que são exemplo o *Patriot Act* de 2 de Outubro de 2001, aprovado pelo Senado Norte-Americano, que consagra o princípio da jurisdição universal relativamente aos crimes de terrorismo, reduzindo drasticamente as garantias processuais de defesa. No mesmo sentido o *Anti-Terrorism Crime and Security Bill*, projeto apresentado ao Parlamento pelo Governo Britânico, estabelece um regime especial a aplicar a cidadãos estrangeiros suspeitos de terrorismo internacional, que aciona a cláusula de exceção p. no art.15.º da CEDH para casos de guerra ou de perigo público que ameacem a vida das nações.

²⁵⁴ SANCHEZ, Silva - **La Expansion del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Ed. Civitas, 1999.

Para muitos, por genuína convicção ou utilizando, como pretexto, preocupantes sinais habilidosamente manipulados e ampliados, adensa-se a evidência de que a atual ordem jurídico-penal não detém capacidade para enfrentar os novos desafios trazidos pela globalização e pela sociedade de risco, propondo, como incontornável alternativa, uma nova ordem securitária, extremada e disruptiva, em que o eficientismo penal é a regra que nos há-de conduzir a novos *paradigmas* societários, cujos limites não conseguimos prever nem tampouco avaliar.

Porém, é convicção (ainda) dominante da doutrina, e dos decisores políticos nos Estados de Direito, que o Direito penal democrático contém, em si, a virtualidade e a capacidade de enfrentar, com sucesso, tais desafios, ainda que, desfigurando algumas das suas características matriciais, assumindo custos, maiores ou menores, - mas sempre excepcionais e conjunturais -, no plano processual, em matéria de compressão de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Capítulo IV.

AS RESPOSTAS DO ESTADO DE DIREITO NO PLANO PROCESSUAL PENAL

4.1. Novas metodologias de investigação criminal. A falência de um modelo. Uma nova lógica probatória

Como vimos constatando, os desafios e obstáculos que hoje se colocam aos sistemas de Justiça criminal são complexos e preocupantes. Têm lugar, não só nos planos substantivo e das opções de política criminal, como também, no plano processual.

Concentram-se, sobretudo, no plano processual, no domínio da investigação criminal e da produção probatória. Aí se situa o atrás referido *olho do furacão*, contexto onde ocorrem as grandes tensões entre a necessidade de, por um lado exercer com eficácia a ação penal, e, por outro, fazê-lo na observância de um núcleo essencial de direitos e garantias e de grandes princípios processuais constitucionalmente protegidos.

A abordagem desta questão pressupõe, naturalmente, o reconhecimento da criminalidade organizada contemporânea como realidade multiforme, complexa e opaca, que resiste com preocupante incolumidade à ação da Justiça, exigindo, como reconhece Souto Moura, a necessidade de um renovado quadro de atuação: “A nova criminalidade económico-financeira, as várias espécies de tráficos e o terrorismo, tudo num espaço territorial que se confunde com o planeta e, em regra, com carácter organizado, exige novos investimentos”²⁵⁵.

Estamos, efetivamente, perante novas e pulsantes ameaças e uma nova realidade sócio-criminológica que exige uma abordagem diferente, não só no domínio jurídico processual, como também no domínio técnico material da investigação criminal.

Do ponto de vista metodológico, as chamadas técnicas *clássicas* de investigação criminal, escoradas no raciocínio dedutivo e hipotético-dedutivo²⁵⁶ e em modelos essencialmente reativos e reconstitutivos, mostram-se desajustadas e incapazes de suportar padrões aceitáveis de eficácia, perante a nova realidade.

²⁵⁵ MOURA, J. de Souto *in* Prefácio DAVIN, João – *op. cit.* 2004.

²⁵⁶ RAVIER, P. Montreuil J. Briançon, C. - *L’Enquête de Police Judiciaire*. Paris: Ed. Lavauzelle, 1979. pp. 86 ss.

Com efeito, na investigação do moderno crime organizado, o objetivo primordial já não é a reconstituição histórica do passado e a resposta às sete perguntas sacramentais da investigação criminal; são exigíveis elevados níveis de proatividade e a utilização de raciocínio indutivo, suportada por uma elevada capacidade tecnológica, que garanta, em tempo real, o conhecimento do presente e, se possível, a antecipação (no plano das *informações* e da informação criminal) do futuro. Em termos metodológicos, ao contrário do que se passa no crime comum, o objetivo, na investigação do crime organizado, não é saber *o que foi feito* ontem, mas *o que se está a fazer* hoje e o que se *pretende fazer* amanhã.

As *informações* e a informação criminal (cuja natureza, extensão e limites não se podem, de modo algum, confundir com prova) e a sua análise e tratamento ganham uma renovada importância, exigindo um quadro de atuação e de cooperação policial com expectável eficácia, mas também com preocupantes riscos larvares, dado o elevado potencial intrusivo de todos estes novos desígnios na privacidade e intimidade dos cidadãos²⁵⁷.

Com efeito, no plano processual penal, os meios de prova e de obtenção de prova *clássicos*, vêm-se revelando, duma maneira geral, impotentes e incapazes de proporcionar estes objetivos, assistindo-se, nas últimas décadas, a uma - sempre discutível e controversa - antecipação da tutela penal e, em nome de um aumento da eficácia da repressão penal, a um incremento de regimes *especiais* de obtenção de prova, de medidas de prevenção criminal e de flexibilização garantística, que são, também elas, alvo de acesa polémica doutrinária.

A principal frente de utilização destes novos recursos, para além de uma multiplicidade de medidas avulsas, reside nos chamados regimes “*especiais*” de prova, também designados “*meios ocultos*” de investigação.

4.2. Os “*meios ocultos*” de investigação e a compressão dos direitos e garantias

As medidas de carácter securitário introduzidas, ao longo das últimas décadas, no processo penal, têm lugar, predominantemente, na fase de inquérito, no domínio da investigação criminal, da produção probatória e “*naquela parte do processo em que se trata de instrumentos de controlo*” segundo Hassemer²⁵⁸. Mas ocorrem, também, de forma crescente, no plano preventivo, na fase de pré-inquérito (relativamente aos tipos criminais que o admitem), circunstância que adensa as muitas dúvidas e argumentos desfavoráveis à sua admissibilidade. Não obstante o coro de vozes críticas que se levantam, na realidade, estas medidas têm feito seu caminho no processo penal português, assumindo intensidades e alcances distintos, consoante as circunstâncias e contextos em que ocorrem.

²⁵⁷ Como bem refere MESQUITA, Paulo Dá - **Processo Penal Prova e Sistema Judiciário**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 440. o processo penal e a investigação criminal têm *importado* nos últimos anos, neste domínio de atuação, as técnicas e metodologias dos serviços secretos,.

²⁵⁸ HASSEMER, W. - **Processo Penal e Direitos Fundamentais**, in PALMA M. Fernanda (Coord) - **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**”. Coimbra: Ed. Almedina, 2004. p. 21.

Por um lado, tem-se procurado, numa lógica efficientista e quase sempre emergencial²⁵⁹, facilitar e tornar mais célere o processo probatório, através do aumento dos poderes de polícia e da iniciativa policial, da redução de formalidades e mecanismos de controlo jurisdicional nalguns meios de obtenção de prova ditos, do regime de detenção, bem como reduzindo a eficácia e amplitude dos segredos profissionais. A reforma de 2007 do CPP, operada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, constitui um bom exemplo neste domínio²⁶⁰.

O reforço do efficientismo securitário, resulta, também, do aumento e simplificação da cooperação internacional, quer a nível judicial, quer a nível policial, numa melhor partilha de informação e utilização, no plano processual, de mecanismos e procedimentos que a tornam mais célere e informal²⁶¹.

Por outro lado, reforça-se o efficientismo penal através do recurso, cada vez mais generalizado aos chamados “*meios ocultos*” de investigação ou regimes “*especiais*” de produção de prova (v. n.7 e 8 do cap.II), que têm por característica fundamental, a recolha prova sem que o agente que a revela tenha consciência que se está a auto incriminar.

²⁵⁹ Reagindo *a quente*, num vórtice criminalizador que domina toda a política criminal, às ameaças que subitamente se instalam no quotidiano das sociedades democráticas, sem tempo para aplicar soluções amadurecidas, avaliadas e doutrinariamente concordantes.

²⁶⁰ Das medidas pontualmente introduzidas no ordenamento penal português, nos últimos anos, destacam-se, a título meramente exemplificativo, as seguintes:

-possibilidade de efetuar interceções de telecomunicações a pedido das autoridades competentes de Estado estrangeiro, desde que tal esteja previsto em acordo, tratado ou convenção internacional e se trate de situação em que tal interceção seria admissível, nos termos da lei de processo penal, em caso nacional semelhante (art. 160º-C da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto com as alterações introduzida pela Lei n.º 104/2001 de 25 de Agosto);

-possibilidade das escutas telefónicas, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, serem autorizadas pelo juiz dos lugares onde se efetue a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal (art. 187º n.º 2 al. a) do CPP);

-extensão ao regime geral de admissibilidade das interceções telefónicas às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceção das comunicações entre presentes (art. 189º do CPP);

-possibilidade de efetuar buscas domiciliárias noturnas (art. 34º n.º 3 da CRP e art. 177º do CPP);

-dispensa de autorização judicial, na realização de revistas e buscas efetuadas por órgãos de polícia criminal em casos de terrorismo e de criminalidade altamente organizada, sempre que haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade física de qualquer pessoa (art. 174º n.º5 do CPP);

-exclusão da competência do tribunal de júri, nos casos de terrorismo e de criminalidade altamente organizada (art.207º n.º1 da CRP);

-possibilidade de extraditar nacionais (art. 33º n.º3 da CRP) e, no seio da UE, o regime do MDE;

-atribuição ao MP do poder de determinar que o arguido não comunique com pessoa alguma, salvo o defensor, antes do primeiro interrogatório judicial, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada (art. 143º n.º4 do CPP);

-prolongamento do prazo de duração máxima da prisão preventiva em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada (art. 215º n.º2 do CPP);

²⁶¹ ALMEIDA, C. Pizarro de - **A Cooperação Judiciária Internacional** in PALMA, M. Fernanda (Coord.) - **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Ed. Almedina, 2004. pp. 393 ss.

- Podemos inserir estes meios em dois grandes grupos ou categorias:
- Meios de vigilância e de controlo eletrónico;
 - Direito premial.

4.2.1. Vigilância e controlo eletrónico

4.2.1.1. O potencial tecnológico e a *tentação escópica*

A tecnologia, que tem um papel fulcral no desenvolvimento das relações sociais e económicas, introduz, simultaneamente, profundas vulnerabilidades no exercício dos direitos de cidadania e assustadoras possibilidades de controlo social.

Qualquer cidadão que utilize um simples cartão de débito ou de crédito e um telemóvel constitui-se um alvo potencial, suscetível de ter a sua vida devassada 24 horas por dia, em tempo real ou diferido, através da recolha da *pégada* eletrónica das suas ações e movimentos.

As relações sociais processam-se, já, maioritariamente, através de redes digitalizadas que permitem, a todo o momento, não só identificar os seus utilizadores, como definir categorias de perfis e padrões comportamentais, culturais e ideológicos.

O uso do *big data* e dos *metadados* nas redes sociotécnicas (telecomunicações, energia, água, transportes, *homebanking*, pagamento eletrónico de portagens e estacionamento, venda eletrónica de serviços e bens, terminais multiserviços, etc.) são fontes inesgotáveis de informação e de potencial localização e controlo das atividades dos cidadãos.

Na sociedade escópica e de controlo²⁶², onde as denominadas técnicas NBIC (nanotecnologia, biotecnologia, inteligência artificial, ciências cognitivas e mecatrónica), entre outras tecnologias emergentes, adquirem um peso e um protagonismo cada vez mais abrangente e sufocante em todos os campos da vida social, germinam certas categorias de soluções que põem em causa os valores humanistas (ainda) dominantes²⁶³, cuja aceitabilidade se discute no plano dos princípios²⁶⁴.

Como procuraremos demonstrar no final deste capítulo, o potencial tecnológico disponível neste tipo de sociedade, estimula e potencia os riscos de *securitarização* da

²⁶² DELEUZE, G. - *Pourparlers*. Paris: Ed.Minuit,1990. Do mesmo Autor - *Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle* in L'Autre Journal. 1990. n° 1/maio.

Disponível:http://historiacultural.mpbnet.com.br/posmodernismo/PostScriptum_sobre_as_Sociedades_de_Control.pdf. Consultado em 17/4/17.

²⁶³ Sobre este tema v.g. COUTURIER, Jousset- Béatrice - *Le transhumanisme - Faut-il avoir peur de l'avenir?*. Paris. Ed. Eyrolles, 2016.

²⁶⁴ Sobre a suposta falência da cultura humanista nas sociedades contemporâneas e o papel das biotecnologias no futuro da Humanidade, v.g. a polémica conferência de Elmau, na Baviera, em 1999 com a apresentação de: SLOTERDIJK, Peter - *Regras para o Parque Humano - Uma Resposta à “Carta sobre o Humanismo”*. Coimbra: Ed. Angelus Novus, 2008 e ainda: HABERMAS, Jurgen - *O Futuro da Natureza Humana - A Caminho de uma Eugenia Liberal?*. Coimbra: Almedina, 2006.

investigação criminal, *libertando-a*, indiretamente, na prática policial, da observância de garantias e limites que lhe são inerentes no Estado de Direito.

4.2.1.2. Prova documental tecnológica e eletrónica

Como já vimos (2.1.5.4.), no plano cronológico, o primeiro “*meio oculto*” de investigação, introduzido, no longínquo ano de 1929, no ordenamento interno, foi as escutas ou interceções telefónicas que constituem, hoje, no Código de 1987, no plano doutrinário e jurisprudencial, o ponto focal de referência para a fixação do regime jurídico de outros meios tecnológicos equiparados, bem como para a localização celular²⁶⁵ e pedidos de tráfego de comunicações (faturações) telefónicas (Lei 48/2007 de 29 de Agosto).

Consciente do elevado potencial intrusivo deste meio de obtenção de prova, o legislador concebeu-o, como ultima *ratio* probatória²⁶⁶, dotando-o de mecanismo de controlo e de escrutínio reforçados, assentando o seu regime jurídico de admissibilidade em 3 pressupostos fundamentais:

-A natureza subsidiária da escuta telefónica (nº 1 do art.187.º), exigindo-se a prévia demonstração da sua indispensabilidade para a descoberta da verdade, ou da impossibilidade ou extrema dificuldade de obter a prova através de outros meios;

-A utilização deste meio, restringida ou confinada a um catálogo pré-definido de tipos criminais supostamente mais graves, complexos, cometidos de forma organizada ou em que a utilização do meio tecnológico integra o próprio tipo (ameaça pelo telefone);

-A interdição da sua utilização para fins preventivos. O recurso a este meio apenas pode ter lugar no processo penal (art.34.º n.º 4 da CRP), em fases do *iter criminis* que sejam puníveis.

O catálogo de crimes inicialmente introduzido pelo DL n.º 78/87 de 17 de fevereiro, e posteriormente alargado pelo DL 317/95 de 28 de setembro e pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto²⁶⁷, é suficientemente vago e abrangente para nele caberem não só tipos de crime

²⁶⁵ O nº 2 do artigo 252.º-A do CPP, com as alterações introduzidas pela Lei 48/2007 de 29 de Agosto, equipara a localização celular ao regime da interceção telefónica bem como os pedidos de tráfego de comunicações e faturações telefónicas, exigindo que tais pedidos, apenas possam ser solicitados relativamente aos crimes e às pessoas previstos no art.187º nº1, 2 e 4 do CPP e, sempre, por despacho judicial. Este regime de admissibilidade restritivo resulta do facto de não se pretender apenas proteger o bem jurídico privacidade, mas também a expressão mais genuína do direito à liberdade, o *jus ambulandi*.

²⁶⁶ Seguindo o entendimento de Carlos Adérito Teixeira, quando afirma: “Não se trata, porém de ser o último meio a lançar-se mão, num sentido cronológico, mas sim o «último» no plano lógico ou lógico-funcional. De outro modo, se o critério fosse cronológico, só no fim do inquérito é que haveria lugar a escutas; nessa altura, já não se justificaria porque a prova estaria coligida ou já não se poderia obter porque a oportunidade efectiva ter-se-ia gorado. (...) a escuta será o último meio a usar no quadro de um juízo a estabelecer entre as vias disponíveis ou na escala de possibilidades dos meios de prova, tendo em vista um certo resultado que se não alcança por essas outras vias”. TEIXEIRA, Carlos Adérito - **Escutas Telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e novos problemas** in Revista do CEJ. Lisboa: 2008.nº 9, 1.º Sem. p. 245.

²⁶⁷ Este diploma, reagindo a críticas da doutrina e da prática forense, veio introduzir algumas alterações restritivas no regime de escutas, designadamente: limitando o recurso a este meio apenas à fase de inquérito; fixando a competência exclusiva do JIC para a sua autorização; limitando temporalmente a sua

organizado, grave e complexo, mas também um alargado espetro de tipos de criminalidade comum

4.2.2. O Direito Premial e o Reconhecimento da Colaboração Processual

4.2.2.1. Afirmação histórica do Direito Premial.

A ideia de culpa e de expiação de um pecado original, o *big bang* da cultura judaico-cristã, é uma constante nas relações sociais e na natureza mais profunda do pensamento ocidental.

Indissociavelmente ligado à ideia de culpa, o conceito de traição está cravado na consciência coletiva, como algo eticamente repulsivo, que encontra o seu paroxismo simbólico na conduta de Judas Iscariotes, ao entregar Jesus Cristo aos sacerdotes, por 30 moedas de prata²⁶⁸.

A denúncia ou delação, independentemente dos objetivos que vise alcançar, e do valor ou desvalor ético que possa comportar, tem, no imaginário simbólico da cultura ocidental, uma carga negativa associada à ideia de traição, deslealdade, de violação de um pacto de solidariedade e de quebra da fé prometida.

Em concordância com este incontornável sortilégio que marca geneticamente o pensamento ocidental, a ideia de justiça no Direito continental, enquanto emanção direta do *ius imperi*, é, por natureza, unidirecional e avessa a toda a forma de transação ou compromisso, e nela encontra legitimidade, a vontade divina, a autoridade do príncipe e até a iluminada racionalidade do Direito democrático.

É neste contexto, de grande rigidez doutrinária, que surge, timidamente, aqui e ali, o modernamente denominado direito premial, como solução alternativa que visa aumentar o papel integrador e a eficácia da norma, particularmente, da norma processual penal, em busca da prova.

Desde sempre²⁶⁹, e de forma generalizada, desde finais do século XVII, no alvor das nacionalidades, o Direito premial e as ações encobertas como sua expressão paroxística, difundem-se numa lógica puramente utilitarista, sobretudo, focada na defesa da soberania dos Estados e tendo por palco a espionagem política, a recolha de informações, a defesa dos interesses estratégicos e a segurança dos Estados.

execução, conferindo-lhe um prazo; definindo as pessoas que podem ser escutadas; definindo o regime de valoração dos conhecimentos fortuitos. No sentido oposto, não deixou contudo de, mais uma vez, alargar o catálogo de crimes já previstos.

²⁶⁸ “Então, um dos doze, chamado Judas Iscariotes, foi ter com os príncipes dos sacerdotes e perguntou-lhes: ‘Que quereis dar-me e eu vo-lo entregarei’. Ajustaram com ele trinta moedas de prata. E desde aquele instante, procurava uma ocasião favorável para entregar Jesus”. Mateus, v.26; c.15.

²⁶⁹ Já no século XV, D. João II, no âmbito da saga expansionista, recorreu, a espões e ações encobertas, de forma exímia e proveitosa, como hoje, unanimemente se reconhece. V.g. BARROQUEIRO, Deana - **O Espião de D. João II**. Lisboa: Ed. Ésquilo, 2015.

As polícias de vigilância e os serviços de informações estratégicas e de segurança, que nenhum Estado soberano por dispensar, usam-no²⁷⁰, desde sempre, como recurso e metodologia de ação essencial ao cumprimento dos seus objetivos.

O individualismo liberal oitocentista recentrou as sociedades ocidentais em torno de um princípio ético, decorrente do contrato social: a dicotomia castigo - recompensa e o utilitarismo liberal (James Mill, Stuart Mill, Jeremy Bentham²⁷¹) idealizaram a recompensa e o prémio como mecanismos complementares do modelo punitivo. Considerando punição e recompensa faces de uma mesma moeda, firma-se a ideia de que um modelo premial pode constituir, enquanto parte integrante do direito sancionatório, um eficaz instrumento de controlo social, em geral, e de política criminal, em particular, cuja afirmação e consolidação normativa será sempre, por via desse estigma ancestral, acompanhada de apaixonada discussão sobre a sua eticidade.

O insuspeito Cesare Beccaria, em 1763, na obra **Dos delitos e das penas**, já abordava a temática com grande pragmatismo, afirmando que: “as acusações secretas constituem evidente abuso, porém já consagrado e tornado necessário em diversos governos, pela fraqueza da sua constituição”²⁷².

Não obstante o facto da ciência jurídica não dispor, ainda hoje, de uma teoria da recompensa ou do ato meritório²⁷³ suficientemente consolidada no plano dogmático, vários autores têm dedicado o seu labor à formulação teórica do direito premial²⁷⁴, como possível resposta alternativa a um discurso penal, e a um sistema de justiça exacerbadamente punitivo, que modernas correntes criminológicas acusam de gerar mais violência e delinquência do que aquela que consegue eliminar.

Perante a evidência de que a sanção penal exclusivamente punitiva, enquanto técnica de controlo social, se tornou, hoje, inadequada ou insuficiente para enfrentar muitos dos problemas e desafios trazidos pela moderna criminalidade, ganhou força a ideia de que a utilização da norma premial poderá ter um papel importante, não só no plano da prevenção criminal, mas também na promoção e encorajamento de determinados comportamentos, que são fundamentais na luta contra certas tipologias criminais.

Reconhecendo a relevância da denúncia premiada e da colaboração processual num Estado com crescentes dificuldades em esclarecer os crimes, face ao aumento da sofisticação e da complexidade dos meios empregues, Ihering²⁷⁵, de forma premonitória, escreveu, a propósito, em 1853: “Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E

²⁷⁰ Referimo-nos objetivamente às ações encobertas, mas podemos generalizar a todos os meios e processos *ocultos* de produção, não de prova, mas de dados, informações e conhecimento.

²⁷¹ Na obra **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**, publicada em 1789 (ano da Revolução Francesa), J. Bentham, fundamentaria a corrente filosófica utilitarista.

²⁷² BECCARIA, Cesare - **Dos delitos e das penas**. *op. cit.* 2007. p.33.

²⁷³ Sobre o tema *v.g.* MATTIA, De - **Merito e ricompensa** in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*. Roma: 1937. n.VI, pp. 608-624. Disponível em:

<https://books.google.pt/books?id=ukeODAAAQBAJ&pg=PT34&lpg>. Consultado em 18/10/17.

²⁷⁴ BENEVIDES, Filho Maurício - **A Sanção Premial no Direito**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1999.

²⁷⁵ Rudolf von Ihering (1818-1892), jurista positivista alemão, defensor da concepção do direito como produto social e fundador do método teleológico no campo jurídico. Fonte: Revista Forense **A Luta pelo Direito**, 23ª ed.. Rio de Janeiro, 2004, p.73.

farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prémio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade”.

Fazendo *jus à profecia*, desde os finais do século XX, que os novos desafios trazidos pelo crime organizado, têm vindo a suscitar uma paulatina *transposição* destas metodologias, há muito utilizadas no plano político-administrativo da vigilância e segurança do Estado, para o plano do Direito criminal e da administração da Justiça criminal, onde, uma vez *judicializadas*, poderão contribuir para um aumento de eficácia do sistema²⁷⁶.

É esta possibilidade, aparentemente *contra natura*, que suscita viva controvérsia na doutrina e na jurisprudência, como sempre suscitariam em ordenamentos jurídico-penais de matriz continental, quaisquer medidas que colidissem com o princípio da lealdade processual, minimizassem o contraditório, reforçassem o princípio da oportunidade, permitindo a suspensão da ação penal e dos seus efeitos.

Há quem considere a colaboração processual, tal como aqui a entendemos, um ato de deslealdade eticamente reprovável que o Estado não pode aceitar como prova, nem muito menos promover, reconhecendo a colaboração processual; outros dirão que o princípio da oportunidade, mesmo estribado na ideia de uma maior eficácia processual, é incompatível com princípios estruturantes do processo penal, como são os princípios da legalidade e do contraditório; outros entendem que o recurso ao direito premial, constitui, de *per si*, no plano simbólico, uma pusilanimidade, uma quebra da autoridade do Estado e uma confissão tácita da sua ineficácia e incapacidade para combater determinadas formas de criminalidade, suscetível de induzir e ampliar efeitos contrários aos de redução da criminalidade e de pacificação social, que com ele se pretendem alcançar; outros ainda, mais pragmáticos e por referência a contextos criminais concretos, opinam que a delação premiada tem efeitos colaterais negativos no aumento da conflitualidade, da vingança e da violência nalguns setores sociais, não tendo o Estado condições para assumir o indeclinável dever ético de garantir, muitas vezes *ad eterno*, a segurança e a integridade física do colaborador e da sua família.

Não obstante todas as dúvidas e oposições, a predição de Rudolph Ihering viria a confirmar-se inteiramente no decurso do século XX.

Os sistemas de justiça penal, debatendo-se com crescentes dificuldades na luta contra as novas formas de crime organizado, reconhecem, no Direito Premial uma incontornável alternativa à inadequação e incapacidade dos clássicos meios de prova e de obtenção de prova *penetrarem* nessas inexpugnáveis fortalezas que são, hoje, o crime organizado e vencerem a *affectio societatis* típica dos crimes sem vítima.

O recurso ao direito premial e ao reconhecimento da colaboração processual *invadiu* o Direito Convencional e a maior parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, passando a fazer parte, juntamente com outros mecanismos e instrumentos processuais, de novas estratégias de luta contra o crime organizado.

²⁷⁶Sobre o tema v.g.: CYRILLE, J.C.F. at.al. - **Undercover Police Surveillance Incomparative Perspective**. Boston: Nijhoff Ed, 1995.

4.2.2.2. A norma Premial no Direito Comparado. Um novo *paradigma* probatório na luta contra a Máfia.

Historicamente, a Máfia²⁷⁷ italiana²⁷⁸ constituiu, até meados do último quartel do século passado, o paradigma do crime organizado e o centro de todas as atenções e análises conceituais neste domínio. Ela está, muito particularmente a *Cosa Nostra*, fortemente implementada em várias regiões e continentes. A sua profunda influência e representação na sociedade rural e conservadora italiana acompanhou o fenómeno da massiva emigração de Itália para o *Novo Mundo*, nos finais do séc. XIX e princípios do séc.XX.

O objetivo estratégico prioritário de uma organização mafiosa visa o enriquecimento e a acumulação ilícita de riqueza²⁷⁹. Toda a sua atuação gira em torno de dinheiro, de interesses económicos e da forma mais fácil e rápida de os alcançar, constituindo este escopo a principal característica e denominador comum deste tipo de organizações criminosas.

Durante todo o século XIX e parte do século XX, quer em Itália, quer nos EUA, a extorsão de elevadas quantias de dinheiro em troca de uma forçada proteção de pessoas, bens e atividades económicas, constituiu uma das principais atividades das organizações mafiosas.

Com o desenvolvimento económico e, sobretudo, com o crescimento do consumo urbano, as organizações mafiosas alargaram a sua ação a uma multiplicidade de atividades

²⁷⁷ O termo Máfia é frequente e generalizadamente utilizado para designar toda e qualquer organização criminosa que, assente num determinado conjunto de características prossiga a prática de uma multiplicidade de ilícitos (não só, mas também de natureza criminal) que tenham por fim alcançar poder económico através do enriquecimento ilícito.

²⁷⁸ Segundo alguns historiadores (GAMBETTA, Diego - **La Mafia siciliana - O negócio da proteção privada**. México. Ed. S.L. Fondo de Cultura Económica de España, 2007 a Máfia, enquanto estrutura coletiva de defesa de interesses comuns, nasceu no sul de Itália na alta Idade Média, no confronto entre senhores feudais proprietários da terra e uma emergente classe de arrendatários. Após a Revolução de 1848 e a reunificação italiana, este tipo de organizações clandestinas consolidou-se na sociedade italiana, espalhando-se e desenvolvendo-se por todo o território, assumindo diferentes designações conforme as suas características regionais e idiossincráticas. Para além da Máfia propriamente dita, também conhecida por *Cosa Nostra*, oriunda da região da Sicília e fortemente concentrada na cidade de Palermo, podem ainda referenciar-se como principais organizações congéneres: a *Camorra*, formada na região de Nápoles no início do século XIX, única organização mafiosa com origem predominantemente urbana; a *'Ndrangheta*, também conhecida por *Onorata Società*, associação mafiosa formada originalmente na região da Calábria e provavelmente uma das mais poderosas organizações mafiosas de Itália (ao contrário das outras organizações mafiosas a *'Ndrangheta* não possui um sistema hierárquico vertical. A sua estrutura organizacional assenta num “sindicato” de famílias (*'Ndrines*) associadas, circunstância que lhe confere uma particular coesão interna resultante dos laços de sangue existentes entre a maioria dos seus membros); a *Sacra Corona Unita*, organização mafiosa, que atua na Apúlia, no sul de Itália.

²⁷⁹ Na expressiva definição de Leonardo Sciascia, traduzida por Walter Maierovitch, juiz brasileiro, presidente do Instituto Brasileiro Giovanni Falcone e um dos mais prestigiados estudiosos da máfia italiana e do crime organizado internacional: “uma associação nascida para delinquir e com a finalidade de conseguir enriquecimento ilícito para os seus associados, colocando-se parasitariamente como intermediária, impondo-se, com emprego de meios violentos, entre a propriedade e o trabalho, entre a produção e o consumo, entre o cidadão e o Estado”.

ilícitas, que vão desde o contrabando até aos vários tráficos (álcool, estupefacientes, armas), passando pela exploração de redes de prostituição e de jogo clandestino, ou simplesmente o furto e assalto à mão armada.

O suborno, a corrupção e a infiltração de centros de decisão sindical, económica e política, sempre fizeram parte (duma forma mais ou menos sofisticada), da estratégia mafiosa para alcançar os seus objetivos²⁸⁰.

No séc. XX, as organizações mafiosas conseguiram infiltrar-se profundamente no aparelho de estado italiano, no sistema político²⁸¹, na economia, nas finanças e na burocracia, alcançando um enorme poder de interferência nos centros de decisão. Em importantes regiões da Itália, constituíam, no final dos anos 80 do século passado, poderosas organizações empresariais e financeiras, com uma inaudita capacidade para condicionar a política e o funcionamento das instituições²⁸².

A partir dos anos 70, o Estado italiano introduziu no seu ordenamento jurídico-penal normas especificamente direcionadas para a luta contra Máfia:

- Normas que permitiram apreender e confiscar os bens e capitais das organizações mafiosas, atingindo-as assim, no coração dos seus interesses estratégicos²⁸³;

- Leis anti branqueamento de capitais que permitiram seguir o dinheiro e investigar a sua origem e o seu destino;

- E, sobretudo, normas de direito premial que consagraram o reconhecimento da colaboração processual, encorajando medidas de colaboração dos cidadãos com a Justiça e, em particular, dos chamados arrependidos.

Aprovaram-se instrumentos de recompensa e de proteção capazes de se sobrepor a ancestrais constrangimentos e códigos de ética, dos quais é exemplo a *omertá*, lei do silêncio da máfia.

Foi este esforço que permitiu aumentar, nas décadas seguintes a capacidade de resposta do poder judicial na luta contra o crime organizado, que culminaria, nos anos 80, com a "Operação *Mãos Limpas*", marco histórico de viragem no declínio e enfraquecimento da Máfia, que, até então, e desde a unificação italiana, tinha conseguido infiltrar-se praticamente em todas as estruturas e poderes do Estado italiano, garantindo inauditos níveis de incontrolabilidade e de impunidade.

²⁸⁰ Na primeira metade do séc. XX, a infiltração e o controlo dos sindicatos de trabalhadores de construção civil e de tráfego portuário norte-americanos constituem um bom exemplo histórico do poder das organizações criminosas interferirem de forma grave e permanente na atividade e no desenvolvimento económico de grandes cidades e regiões.

²⁸¹ V.g. os processos *Andreotti* e *Contrada* e as ligações promíscuas mantidas na Sicília, durante décadas, entre o Partido da Democracia Cristã, sectores nevrálgicos do aparelho de Estado italiano e a *Cosa Nostra*.

²⁸² Nos finais da década de 80, relatórios das autoridades italianas avaliavam, a faturação da Máfia em 150 mil milhões dólares/ano, ou seja, a segunda maior empresa italiana, depois da Fiat. Deste astronómico montante, 55 mil milhões provinham diretamente do tráfico da droga e a maioria do restante dos cofres do Estado, através de adjudicações de obras públicas e concursos manipulados, da gestão danosa de empresas públicas, etc.

²⁸³ De que é referência a Lei 646/82, conhecida como *Rognoni – La Torre*, que introduz o delito de associação mafiosa e permite o confisco de bens provenientes do enriquecimento ilícito.

O primeiro chefe mafioso a romper com a *omertà*, e a assumir-se como arrependido e colaborador da Justiça italiana, foi Tommaso Buscetta²⁸⁴, dando início ao fenómeno dos *pentiti*²⁸⁵.

O processo histórico da Republica Italiana na luta contra o crime organizado, e a Máfia em particular, é hoje um *case study* paradigmático, e o papel e a importância decisiva que nele tiveram as normas de Direito Premial, inseridas no ordenamento jurídico-penal italiano, inquestionáveis.

Para além de Itália, a generalidade dos ordenamentos jurídico-penais ocidentais preveem o recurso a normas de Direito Premial e de colaboração processual.

É o caso dos EUA, onde o princípio da oportunidade, a negociação entre as partes e a colaboração com a justiça integra a própria natureza da *plea bargaining*. Os acordos entre a acusação e o acusado fazem parte da cultura jurídica anglo-saxónica que promove a colaboração processual.

Em Espanha a figura do *delincuente arrependido* está tipificada nos arts. 376 e 579 nº 3, do Código Penal Espanhol.

Na Alemanha, existe a *Kronzeugenregelung* que disciplina a colaboração processual. No modelo alemão, muito semelhante ao português, o juiz pode reduzir a pena ou mesmo dispensar a sua execução quando o arguido se empenha, séria e voluntariamente, para impedir a continuação da atividade criminosa, ou quando impede a prática do crime. Existe ainda a possibilidade de não exercício da ação penal, arquivamento do processo, redução de pena ou isenção do seu cumprimento por colaboração processual em crimes de terrorismo ou criminalidade conexa.

No Brasil, a Lei nº 8.072/90, (Lei de Crimes Hediondos) e legislação subsequente, preveem a delação e a colaboração premiada.

²⁸⁴ As denúncias de Buscetta - um *capo* da Máfia, começaram em Julho de 1984 e duraram sete meses. Quatro meses em Itália e três nos EUA. As suas confissões ao juiz Giovanni Falcone conduziram à abertura de um mega-processo criminal, iniciado em Fevereiro de 1986, que teve 475 réus mafiosos. O julgamento terminou em Dezembro de 1987 com pesadas condenações: 19 condenações a prisão perpétua e muitas outras penas de prisão, num total somado de 2665 anos. Buscetta e a sua família, como contrapartida, ficaram sujeitos a um regime de segurança e proteção pessoal (os dois filhos do primeiro casamento, o irmão e o genro foram assassinados pela Máfia) tendo sido transferidos, por acordo entre os governos, para os EUA, onde Buscetta cumpriu pena e colaborou com a DEA na investigação do conhecido caso “*Pizza-Connection*”, de narcotráfico internacional. Buscetta morreria de morte natural em 2000, aos 72 anos, continuando a família, radicada nos EUA, a ser alvo de proteção e segurança policial. O juiz Falcone, que esteve à frente do processo criminal contra a máfia, permaneceu em Itália, acabando por ser assassinado. Paradoxalmente, o mafioso Giovanni Brusca, que acionou a carga de dinamite que matou o juiz Falcone, a esposa e os quatro guardas da escolta, tornou-se, também ele, colaborador da Justiça. Durante quatro anos, o Ministério Público analisou e utilizou as informações de Brusca, que, por sua vez, beneficiou do estatuto legal de arrependido e colaborador da Justiça.

²⁸⁵ Que designa a figura jurídica do arrependido, prevista no art. 3º da Lei nº 304/82, das leis 34/87 e 82/91 e arts.289bis e 630 do Código Penal.

4.2.2.3.O Direito Premial no ordenamento jurídico-penal português

Creemos que a primeira referência ao Direito Premial bem como à problemática dos *arrepentidos* e informadores, no ordenamento jurídico português é longínqua. Remonta ao século XVII, às Ordenações Filipinas. No Livro V, Título IV e, sobretudo no Título CXVI, sob a epígrafe “Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”, concedia-se o perdão aos criminosos que denunciasses não só os delitos por eles cometidos, mas também, os delitos alheios.

O atual ordenamento jurídico, não obstante a sua matriz garantística, vem, num um percurso semelhante ao de outros congéneres, sendo paulatinamente impregnado de normas de Direito Premial e de institutos de consenso e diversão, que pressupõem, num contexto utilitarista, o fortalecimento do princípio da oportunidade e da negociação processual. É o caso, no domínio processual, da intervenção do tribunal singular nos casos em que se afigure não ser concretamente aplicada pena de prisão superior a 5 anos (art.16º nº3 do CPP), do arquivamento em caso de dispensa de pena (art.280º do CPP), da suspensão provisória do processo (arts.281º e 282º do CPP) e do processo sumaríssimo (art.392º e sgs.do CPP).

Já no plano substantivo, em sede de determinação concreta da pena a aplicar e da sua especial atenuação, os art.71º e 72º do CP mandam atender à “conduta posterior ao facto especialmente quando esta, seja destinada a reparar as consequências do crime” e quando haja “atos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação até onde lhe era possível, dos danos causados”.

De igual modo, o regime da desistência (art.24º e 25º do CP) e de dispensa da pena (art.74º do CP), sendo corolários dos princípios da intervenção mínima e da necessidade, constituem, também eles, ainda que de forma mitigada e indireta, afloramentos de Direito Premial, realçando-se a natureza remissiva do nº 3 do art.74º, para outros diplomas extravagantes que contemplem a dispensa de pena.

Do reconhecimento da colaboração espontânea e passiva²⁸⁶, contida na confissão, (que é simultaneamente meio de prova), o sistema jurídico-penal, condicionado pela necessidade de acrescentar eficácia à prevenção e repressão de novas formas de criminalidade complexa e organizada, evoluiu para o reconhecimento alargado a outros tipos específicos de crime e a outras modalidades e colaboração ativa.

Num primeiro momento, relativamente à corrupção passiva e ativa no sector privado (arts. 41º-B nº3 e 41º-C nº3 do DL 28/84 de 20 de Janeiro com as alterações do art.3º da Lei 108/2001 de 28 de Novembro), no exercício de funções públicas (arts.372º e 373º do CP), no fenómeno desportivo (arts.2º a 4º do DL 390/91 de 10 de Outubro), nas atividades dos titulares de cargos políticos (arts.16º a 19º da Lei 34/87 de 16 de Julho com as alterações introduzidas pelo art.2º da Lei 108/2001 de 28 de Novembro; No domínio da luta contra o tráfico de estupefacientes (art.31º do DL 15/93 de 22 de Janeiro); No domínio da corrupção, peculato, participação económica em negócio e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (arts.8º e 9º da Lei 36/94 de 29 de Setembro); Relativamente ao branqueamento de capitais (art. 368º-A do CP na redação conferida pelo art.53º da Lei 11/2004 de 27 de Março); Relativamente ao crime de

²⁸⁶ Circunscrito à atenuação especial ou dispensa da pena e à suspensão do processo.

associação criminosa (art.299º nº4 do CP); Relativamente ao crime de terrorismo (art.301º do CP na redação conferida pelos arts. 2ºa 5º da Lei 52/2003 que aplica a DQ 2002/475/JAI e relativamente ao tráfico de armas (art.87º nº3 da Lei 5/2006 de 23 de Fevereiro).

Na sequência da Recomendação nº R(97)13 do Conselho da Europa, a Lei 93/99 de 14 de Julho e o DL 190/2003 de 22 de Agosto, dão cumprimento ao já anteriormente disposto no art. 139º nº 2 do CPP²⁸⁷, estabelecendo um regime de medidas que visam proteger testemunhas, no sentido de “colaboradores da Justiça”, já que a amplitude do conceito (art. 2º al.a) abrange todos os intervenientes processuais, como intérpretes, peritos, arguidos e testemunhas propriamente ditas²⁸⁸.

4.2.2.3.1. As Ações encobertas. Agente encoberto vs. agente provocador

As ações encobertas são a expressão paroxística do Direito premial. Não sendo, como já vimos, de formulação propriamente recente, elas constituem, no plano processual penal, um dos meios “ocultos” de obtenção de prova com maior potencial de eficácia na luta contra o crime organizado²⁸⁹.

A sua utilização, como método de investigação criminal e de obtenção de prova suscita, como atrás referimos, uma multiplicidade de questões ético-jurídicas controvertidas, com reflexos na jurisprudência e sobretudo na doutrina.

No plano doutrinário, para alguns autores, a ação encoberta ou a atuação do “homem de confiança”, constitui um ato de deslealdade que viola a lei e os valores da cultura jurídica democrática.

Para Marques da Silva “a lealdade é um princípio inerente à estrutura do processo penal (...) pretende imprimir uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da Justiça e nessa perspetiva é fundamento de proibição de prova e dificulta a necessária legitimação pelo processo penal (...) o recurso a agentes informadores e agentes infiltrados viola o princípio da lealdade e pode acarretar como consequência a proibição de provas

²⁸⁷ “a proteção de testemunhas e outros intervenientes no processo, contra formas de ameaça, pressão ou intimidação, nomeadamente nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, é regulada em lei especial”.

²⁸⁸ A aplicação deste tipo de medidas assume natureza excecional, na medida em que pode colidir com alguns princípios fundamentais do DPP, bem próximos da tutela constitucional. Refira-se a título meramente exemplificativo, o princípio do contraditório e o princípio da imediação, que integram o núcleo essencial de garantias do estatuto de defesa do arguido. Estando-se, claramente, perante um conflito de interesses que importa harmonizar, o TEDH emitiu jurisprudência no sentido de clarificar que a proteção de testemunhas (em determinadas circunstâncias), *maxime* a garantia do seu anonimato, não colide com os direitos fundamentais de defesa do arguido, considerando mesmo que o direito deste conhecer toda a prova produzida, não é um direito absoluto. Entre nós, no mesmo sentido, José Luís Lopes da Mota considera que “o direito à confrontação não é um direito absoluto e poderá sofrer compressões em função de dois tipos de interesse: o interesse individual das testemunhas a ser protegida (...) e o interesse público na perseguição do crime e na condenação dos criminosos (...). MOTA, J.L. Lopes - **Proteção de Testemunhas em Processo Penal** in Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001. Vol I.

²⁸⁹ A consciência da importância desta técnica investigatória, levou a ONU a consagrar no nº 1 do art. 20º da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, o recurso a ações encobertas “ (...) a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”.

obtidas por essa via.” Admite contudo que “a questão dos agentes informadores e infiltrados não tem, porém, a mesma tensão da dos agentes provocadores; estes são sempre inadmissíveis, porque agentes do próprio crime, e em circunstância alguma se pode admitir que a Justiça atue por meios ilícitos e que o combate à criminalidade se possa fazer por meios criminosos; os agentes informadores e infiltrados não participam na prática do crime, a sua atividade não é constitutiva do crime mas apenas informativa, e por isso, é de admitir que, no limite, se possa recorrer a estes meios de investigação (...)”²⁹⁰

Considera este autor que, independentemente da exigência e do acrescido rigor que se coloque nos requisitos da sua admissibilidade, a ação encoberta será sempre um ato de astúcia, impróprio de uma atuação exemplar que deve caracterizar a ação do Estado de Direito²⁹¹.

Numa perspetiva mais abrangente, para Costa Andrade, “homem de confiança” é aquele que “colabora com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e atividade, cabendo aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia, que disfarçadamente se introduzam naquele submundo ou com ele entrem em contacto; e quer se limitem à recolha de informações, quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime”²⁹².

Este conceito alargado comporta duas figuras, cuja distinta natureza acalenta a discussão doutrinária em torno da sua admissibilidade: o agente infiltrado, também designado encoberto e o agente provocador.

Relativamente ao agente provocador, e salvo raras exceções²⁹³ existe uma clara unanimidade doutrinária, relativamente à sua inadmissibilidade, por se tratar claramente de um meio proibido de prova²⁹⁴.

Já a figura do agente encoberto, e uma vez feita a rigorosa delimitação entre os dois conceitos, a doutrina tende a admiti-la como meio legítimo de obtenção de prova, limitando, contudo, a sua utilização, à prevenção e investigação da criminalidade mais grave, complexa e organizada, num quadro de exceção às regras gerais do processo penal.

²⁹⁰ SILVA, G. Marques da - **Curso de Processo Penal II**”. Lisboa: Ed. Verbo, 1999.

²⁹¹ O princípio da lealdade processual decorre do art. 32º nº 8 da CRP e está contido, ainda que de forma implícita, no nº2 do artigo 126º do CPP, e à luz deste preceito, a ação encoberta, numa análise imediata, poderá ser repudiada como meio enganoso de obtenção de prova.

²⁹² ANDRADE, Manuel da Costa - **Sobre as proibições de prova em Processo Penal**. Coimbra: Ed. Coimbra Ed, 2013. p. 220.

²⁹³ Claus Roxin numa curiosa posição doutrinária considera que a conduta do agente provocador não constitui uma prova proibida, na medida em que, no limite, o provocado mantém a liberdade de decisão quanto à prática do crime, não havendo pois lesão da sua autonomia volitiva, uma vez cumprido o princípio da proporcionalidade e atuando o provocador no quadro preventivo e repressivo dos órgãos policiais contra suspeitos devidamente indiciados como tal. ROXIN, Claus *op. cit.* 2000.

²⁹⁴ O Acórdão do STJ proc.98P999 de 13/11/99 define agente provocador como “o membro da autoridade policial ou um civil comandado pela polícia, que induz outrem a delinquir por forma de facilitar a recolha de provas da ocorrência do facto criminoso”. O agente provocador inculca no delinvente o desígnio criminoso e impulsiona-o de forma decisiva à prática do crime. O agente encoberto ou infiltrado limita-se a ganhar a sua confiança e por essa via a conhecer o projeto criminoso, ainda que para isso tenha de praticar alguns atos que a lei delimita.

No plano jurisprudencial existe uma certa unanimidade em considerar que as ações encobertas, dentro de certos limites e garantidos determinados pressupostos, são atuações legais, conformes aos principais gerais do direito processual penal e, indispensáveis na luta contra certas manifestações de crime organizado.

O Tribunal Constitucional no seu acórdão de 14/10/98 (DRII série nº48 de 26/2/99), ponderando, por um lado, as exigências de combate a certas formas de crime organizado, e por outro, os perigos resultantes do uso do agente infiltrado, considerou que é impossível renunciar ao seu recurso, concluindo: “está-se em domínios em que os interesses que se entrecruzam são de tal ordem e os meios de que os criminosos dispõem, tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar combate a tal criminalidade. E, por isso, aceita-se aqui alguma excecionalidade no meio de obter as provas”²⁹⁵.

No plano legislativo, a primeira referência a esta matéria no ordenamento jurídico português é feita pelo DL 430/83 de 13 de Dezembro, que, no seu artigo 52º sob a epígrafe “conduta não punível” dispunha: “não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que para fins de inquérito preliminar e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar diretamente ou por intermédio de terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”. O nº 2 dispunha ainda que “o relato de tais factos é junto ao processo no prazo máximo de 24 horas”. O DL430/83 foi entretanto revogado pelo DL15/93 de 22 de Janeiro, que manteve inalterável no art.59º o que se dispunha, anteriormente nesta matéria. A Lei 36/94 de 29 de Setembro introduziu nos seus artigos 1º nº 1 e 6º nº1 e nº 2, o recurso a ações encobertas sobre a epígrafe de *atos de colaboração ou instrumentais* no âmbito de inquéritos e sempre com prévia autorização da autoridade judiciária competente na investigação da corrupção e outros tipos de criminalidade económico-financeira. A Lei 45/96 de 3 de Setembro, dando ao artigo 59º do DL 15/93 de 22 de Janeiro uma nova redação, introduziu no ordenamento jurídico português o primeiro regime legal de ações encobertas para fins de prevenção e repressão criminal. Alargou o âmbito da “conduta não punível” acrescentando, ao poder de aceitação, o de detenção, guarda e transporte e, até, - desde que em sequência e a solicitação de quem se dedique a estas atividades, - o poder de proceder à própria entrega. (nº1). O nº 2 equiparou à “conduta do funcionário de investigação criminal” a de “terceiro atuando sob controlo da PJ”, fazendo-a porém, “depende de prévia autorização (por prazo determinado) de autoridade judiciária competente”. Exigiu-se a prévia autorização da autoridade judiciária competente, a proferir no prazo de 5 dias e por período determinado, dispensando-se tal autorização em intervenções urgentes, devendo, porém, em tais casos, ser validada no primeiro dia útil posterior. Alargou-se de 24 para 48 horas o prazo de apresentação do relato, sempre obrigatório, à autoridade judiciária competente, restringindo-se a sua junção ao inquérito, aos casos em que o juiz de julgamento considerasse tal prova indispensável.

²⁹⁵ No sentido da ampla admissibilidade da figura do agente encoberto e infiltrado e da proibição do agente provocador como meio enganoso de prova v.g. os Acórdãos do STJ: Proc.6063/2004-5 de 28/9; Proc.03P2032 de 30/10; Proc.02P4510 de 20/2/2003;Proc.01P3344 de 12/12; Proc.00P2752 de 13/10; Proc.98P999 de 13/1; Proc.97P1174 de 4/6/98; Proc.97P046 de 14/5/97; Proc. 048877 de 16/5/96; Proc.047738 de 2/11/95; Proc. 047221 De 6/7/95 e o Acórdão do TRL de 15/7/2002 proferido no procº 8605/02.

Na nova redação do artigo 59º estabelecem-se ainda medidas concretas de proteção do agente encoberto sempre que deva comparecer em audiência.

Finalmente a Lei 101/2001 de 25 de Agosto, veio estabelecer o atual regime das ações encobertas. Na esteira da Lei 45/96 de 3 de Setembro reafirma-se que as ações encobertas servem não só fins de repressão criminal, mas também de prevenção, procurando compatibilizar este tipo de intervenção face ao disposto no artigo 126º do C.P.P. e o artigo 32º nº 8 da C.R.P.

Nos termos do artigo 2º, as ações encobertas, cuja aplicabilidade se restringia, até então, ao tráfico de estupefacientes e a determinados tipos de criminalidade económico-financeira (previstos na Lei 45/96 de 3 de Setembro), alargaram-se a um amplo catálogo de crimes²⁹⁶.

No que respeita à corrupção, permite-se que as ações encobertas possam agora realizar-se também para fins de prevenção criminal, a montante do inquérito judicial, sendo apenas necessário nos termos do art.2º, que se verifique adequação entre a ação a desenvolver e as finalidades preventivas prosseguidas.

Verificados os requisitos materiais e formais legalmente exigidos, o agente encoberto pode agir sob identidade fictícia²⁹⁷, quer no exercício da investigação, para a qual a mesma foi concedida, quer em todas as circunstâncias da vida jurídico social²⁹⁸.

Excetuando a autoria mediata ou instigação, a lei não tipifica os atos cuja prática está vedada ao agente encoberto, parecendo evidente, contudo que o mesmo não poderá obter quaisquer benefícios ou vantagens pessoais de tal atividade, nem praticar quaisquer atos que atentem contra o disposto no art. 126º do CPP. Trata-se pois, de uma conduta não taxativa, mas vinculada à prossecução dos objetivos previamente definidos e autorizados judicialmente.

O diploma não faz qualquer referência ao uso dos elementos probatórios, ou dos factos conhecidos no decurso de uma ação encoberta autorizada para a investigação de um determinado crime, que não estando diretamente conexos, com ele, se revelem úteis ou até mesmo decisivos ao esclarecimento de outro crime distinto²⁹⁹.

Na ausência de normas que regulem expressamente esta matéria, cuja importância prática é inquestionável, uma interpretação literal do nº1 do art. 3º do diploma em análise

²⁹⁶ Contrariamente ao que sucede com outros ordenamentos jurídicos, onde a sua aplicabilidade se restringe a crimes praticados por organizações criminosas a Lei 101/2001 permite o recurso a ações encobertas em situações de autoria material singular de criminalidade comum, como por exemplo o homicídio e os crimes contra a autodeterminação sexual.

Por outro lado não se consagra a natureza supletiva e subsidiária desta forma de atuação, dado que nenhuma norma estabelece que este meio apenas deve ser usado quando os outros meios de produção de prova resultem inadequados ou impossíveis de desenvolver com eficácia

²⁹⁷ Nos termos do art.5º, esta identidade válida por um período de 6 meses e prorrogável por iguais períodos, é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, por proposta do Diretor Nacional da PJ.

²⁹⁸ Esta faculdade, é similar à prevista no art. 110º al.a) do CPP alemão que possibilita ao agente encoberto o uso da identidade alterada para participar nas relações jurídicas da vida social.

²⁹⁹ O art.110º al. e) do CPP alemão estabelece que os elementos recolhidos nestas circunstâncias podem ser usadas noutras investigações desde que sejam necessários e se trate de um crime referido na al.a) do mesmo artigo, i.e. que admita de per si o recurso à ação encoberta, num regime idêntico ao dos conhecimentos fortuitos das interceções telefónicas.

parece levar-nos a concluir que, a prova recolhida, valerá apenas para o crime que determinou a autorização, dado o legislador obrigar à identificação, em concreto, dos fins que se pretendem alcançar com a diligência, fazendo depender a concessão da autorização, da gravidade do crime em investigação.

Ainda assim, na ausência de um entendimento, dominante, quer no plano doutrinário, quer no plano jurisprudencial, afigura-se-nos admissível (seguindo de perto a solução do direito germânico), a utilização desses elementos probatórios em investigações diversas daquela que determinou a ação encoberta, desde que se trate de um crime previsto no art. 2º da Lei 101/2001.

Para além dos pressupostos formais previstos no nº3 do art. 3º do citado diploma, a admissibilidade das ações encobertas depende, no plano material, da verificação dos seguintes pressupostos:

- Sejam adequadas e preordenadas aos fins de prevenção e investigação criminal, avaliados em concreto e de acordo com o princípio da proporcionalidade, relativamente aos crimes enumerados taxativamente no artigo 2º;

- Sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal, ou por terceiros, atuando sob controlo da PJ, em ambos os casos, com ocultação da identidade.

A lei não impõe qualquer delimitação prévia relativamente à qualidade dos agentes do crime que importa investigar através deste meio especial de obtenção de prova, pois a determinação dos agentes do crime, bem como do respetivo grau de participação na ação criminosa, resultará da sua materialização.

Note-se ainda que a lei não subordina as ações encobertas a qualquer regime de subsidiariedade, nem se estabelece qualquer limitação proibitiva na recolha da prova, nomeadamente de natureza idêntica à do nº 3 do art.187º do CPP.

Esta opção decorre do reconhecimento da natureza fechada e celular das organizações criminosas e da opacidade da atividade que desenvolvem, que não permite, à partida, a qualificação jurídica dos factos, conhecidos só após investigação.

Nestas circunstâncias, a factualidade que vai ser conhecida no termo da ação encoberta poderá ser substancialmente distinta da que se conhecia ou antevia no momento em que a mesma foi autorizada. Assim o requisito da proporcionalidade à gravidade do crime, a que alude o nº 1 *in fine* do art. 3º, deverá ser entendido como o conjunto de factos conhecidos ou indiciados no momento em que a ação encoberta é autorizada, isto é, uma suspeita relativamente fundamentada da prática do crime, bem como a identificação dos fins concretos que se pretendem prosseguir com a mesma.

Sendo consabida a grande importância da cooperação internacional na luta contra o crime organizado, a lei permite o recurso a funcionários de investigação criminal de outros Estados para que desenvolvam ações encobertas em Portugal (e vice-versa), com estatuto idêntico ao dos congêneres nacionais. Tal possibilidade está prevista no art. 14º da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da U.E. de 29/5/2000, onde as ações encobertas são consideradas mecanismo de auxílio mútuo.

Do ponto de vista da sua implementação prática, a ação encoberta exige uma elevada interação funcional entre autoridades policiais e judiciais, uma elevada especialização técnica e a rigorosa observância de códigos de conduta deontológica, o que constitui,

independentemente dos modelos normativos consagrados, uma indispensável garantia de respeito pelos limites de admissibilidade deste poderoso meio de obtenção de prova e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

4.2.3. As críticas aos “meios ocultos” de investigação criminal

Do sucintamente exposto, resulta claro, que em Portugal, como na generalidade dos ordenamentos jurídico-penais de idêntica matriz, a aceitação dos chamados “meios ocultos” ou *especiais* de produção de prova, é tudo menos pacífica.

Alertando para a sua vulgarização, considera Costa Andrade que “(...) nas últimas duas décadas estes meios apareceram em massa e instalaram-se definitivamente no processo penal”. Considera ainda que o seu crescimento constitui um fenómeno de “metastização fulgurante (...)”, apesar da “evidência da sua drástica e comprometedora danosidade social”³⁰⁰.

Grande parte das críticas, formuladas pela doutrina e por operadores judiciários, têm como objeto, não só o edifício normativo, e a desconformidade entre o espírito e a letra da lei, mas também, o funcionamento do aparelho judiciário em geral e dos OPC’s em particular, que – segundo as ditas - frequentemente, distorce e perverte a sua aplicação.

As interceções telefónicas e outros meios equiparados, como instrumentos muito eficazes de obtenção de prova que comprimem, de forma intensa, direitos fundamentais de cidadania como a privacidade e a inviolabilidade das comunicações pessoais (art. 34º da CRP), são o principal alvo dessas críticas.

Nos termos da melhor doutrina e dos princípios enunciados na Lei, orientado pela proporcionalidade, necessidade e adequação, deve o recurso a estes meios de obtenção de prova, sujeitar-se, a um regime de admissibilidade excecional e de aplicação supletiva, relativamente a outros meios menos intrusivos. Não deve, em caso algum, constituir uma 1ª linha de atuação da investigação criminal e, muito menos ter lugar em tipos ou categorias de criminalidade que não assumam natureza grave, complexa e organizada, criticando-se por isso, o facto da sua utilização ter sido pontual e casuisticamente alargada, nos últimos anos, a formas de criminalidade comum e de massas.

Por outro lado, consideramos deveras preocupante a recorrente pressão política e corporativa no sentido de concentrar as interceções telefónicas numa base de dados única, fora do poder judicial, sob controlo do Sistema de Segurança Interna, onde, potencialmente funcionariam, não como meios de obtenção de prova, mas como fontes permanentes de informação (também criminal), formalmente *validada* pelo sistema Judicial.

Relativamente às várias modalidades de reconhecimento da colaboração processual, mormente ao agente encoberto, não são menos as vozes dissonantes que, por razões de princípio ou por motivos de ordem ou pragmática consideram a adoção de tais métodos, incompatíveis com a observância de princípios estruturantes do Direito penal democrático,

³⁰⁰ ANDRADE, Manuel da Costa - **Bruscamente no Verão Passado - A Reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente**. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 105-107.

como, entre outros atrás referidos, os princípios da lealdade processual, da publicidade, da oralidade, contribuindo para o “enfraquecimento do contraditório bem como do princípio da imediação”³⁰¹, para além de se tratarem de áreas de atuação tecnicamente complexas e eticamente delicadas que, facilmente escapam ao devido controlo hierárquico e jurisdicional.

Em matéria de compressão de direitos e garantias processuais de arguidos e suspeitos, resultante do regime dos novos meios de obtenção prova, considera Faria e Costa que a “diminuição das garantias processuais é um dos aspectos que mais rapidamente se manifestam enquanto característica do Estado punitivo”³⁰².

As críticas dirigidas ao sistema de Justiça criminal recaem, não só no crescimento dos *meios ocultos* de investigação e na flexibilização emergencial da ação dos OPC’s, mas sobretudo - com particular veemência retórica - na vulgarização e massificação do seu uso.

O legislador tende a ser particularmente tolerante e permissivo no alargamento do catálogo de crimes³⁰³ a que tais regimes especiais se aplicam. De tal modo que, medidas e soluções que à partida merecem uma aceitação consensual mínima, face à natureza altamente complexa, grave e organizada do tipo de crimes, a que justificadamente se destinam, acabam, na prática, por ter um espetro de aplicabilidade alargado a múltiplas formas de criminalidade comum³⁰⁴. Tal tendência, segundo Marques da Silva, é totalmente inadmissível, já que o “processo penal comum é geralmente bastante para reagir com firmeza”, até mesmo contra muitas expressões de “criminalidade grave e organizada”³⁰⁵. No mesmo sentido, realçando a ausência de avaliação prévia e de integração sistémica, Dá Mesquita considera que se procede a uma “previsão atomizada de mecanismos excepcionais, sem uma avaliação de conjunto da sua necessidade e dos valores colidentes”³⁰⁶, posições com as quais estamos absolutamente de acordo.

Não obstante tão avisadas posições, a verdade é que parece imparável, no plano processual penal e, particularmente, da produção probatória, o crescente recurso aos chamados “*meios ocultos*” de investigação criminal.

O reconhecimento da colaboração processual nas suas várias modalidades, a interceção telefónica e de correio eletrónico, as escutas ambientais e as ações encobertas,

³⁰¹ PALMA, M. Fernanda - **O Problema Penal do Processo Penal**, in PALMA, M. Fernanda (Coord) - **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina. 2004. p. 52.

³⁰² COSTA, José de Faria - **A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário** in Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. Ano 135, nº 3934, Set/Out. p. 31.

³⁰³ v.g. ANDRADE, M. Costa - **Bruscamente no Verão passado....** *op cit.* p.56-57, e LEITE, André Lamas - **As Escutas Telefónicas - algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva valoração** in Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra Editora, 2004. Ano I. p. 25.

³⁰⁴ (v.g. art. 187º nº 1 do CPP alterado pela Lei 48/2007de 29 Agosto).

³⁰⁵ SILVA, G. Marques da - **Meios Processuais Expeditos no Combate ao Crime Organizado (A Democracia em Perigo)**. in Revista Lusíada. Lisboa: Un. Lusíada ed., 2005. Série II. n.º 3. p. 73.

³⁰⁶ MESQUITA, Paulo Dá - **Processo Penal Prova e Sistema Judiciário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 439.

entre outros regimes *especiais* de prova, alcançaram, a partir das últimas duas décadas do século passado, consagração no direito internacional e convencional³⁰⁷.

Em nome de uma suposta e prometida eficácia, os ordenamentos penais foram paulatinamente *conquistados* por estas novas estratégias, ainda que de uma forma descoordenada, pontual e errática, quase sempre resultante de contextos emergenciais, e, o que é deveras preocupante é que se apresentam, hoje, como uma tendência irreversível, um rumo consolidado, uma *conditio sine qua non* à eficácia da investigação de largas franjas da criminalidade comum, em total colisão com a *ratio* legislativa.

Paralelamente, com base em idênticas necessidades e critérios, assistimos, ao fortalecimento dos poderes das polícias, à custa de um menor protagonismo judicial. A título meramente ilustrativo, tenha-se presente a reforma de 2007 do CPP (Lei nº 48/2007, de 29/08) que atribuiu, às polícias, competência (sujeita a controlo judicial *a posteriori*) para obterem dados sobre a localização celular (art. 252º-A, do CPP), bem como ordenarem a detenção de suspeitos, fora de flagrante delito, no caso de entenderem que existe fundado receio de continuação da atividade criminosa (art. 257º, nº 2, al. b), *in fine*, do CPP). Para além disto, *v.g.* a consagração de exceções ao regime geral, quer no CPP (art. 174º, nº 5), quer em legislação avulsa (art. 53º da Lei nº 15/93, de 22/01), flexibilizando e facilitando a realização de buscas, apreensões, revistas, exames e perícias por parte dos OPC's.

4.2.4. Prevenção e repressão. Os perigos da (con)fusão conceitual na securitarização da investigação criminal

Como afirmámos em 4.2.1.1. *in fine*, não podemos terminar a nossa dissertação sem abordar uma matéria, que, de forma indireta, tem efeitos deletérios na afirmação plena de um sistema probatório garantístico, e até do próprio Estado de Direito em termos globais.

Desde os finais do século passado, perante as novas ameaças criminais e, sobretudo, como resposta às narrativas amplificadas que dominam a sua representação social, as doutrinas securitárias têm feito o seu caminho, nas sociedades ocidentais, apostadas em transformar problemas que, num Estado de Direito, podem e devem ser resolvidos num quadro de normalidade e nas suas sedes próprias (segurança, ordem pública, justiça criminal), em *guerras globais* e *cruzadas*³⁰⁸ muito dificilmente compagináveis com a lógica e os limites do Estado de Direito.

³⁰⁷A título de exemplo: a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional de 2003 (Convenção de Palermo), a Convenção contra a Corrupção de 2005, todas da ONU, e a Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, de 2005, do Conselho da Europa, são, historicamente, fontes de regimes *especiais* de prova, cuja adoção é recomendada à comunidade internacional em geral e aos Estados signatários em particular.

³⁰⁸. HOBBSAWM, Eric - **Globalização, democracia e terrorismo**. S. Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2007. p. 182.

No que respeita à investigação criminal, é manifesta a tendência para a subtrair à sua sede própria e original que é, naturalmente, o espaço judiciário, convocando-a para um combate global à *outrance*, cuja eficácia exige um alegado *continuum* de estratégias e táticas, que avançam sob o signo de uma atuação dita integral, sob comando único.

Portugal não escapou a esta realidade. Não obstante os nossos baixos níveis de incidência criminal, existe uma pressão recorrente no sentido de retirar a investigação criminal do contexto judiciário e inseri-la no contexto securitário, como mais uma valência do *continuum* atrás aludido³⁰⁹.

Do ponto de vista doutrinário, recorre-se a um imprudente e sedutor ecletismo que amalgama princípios e conceitos estruturalmente distintos, criando condições para centralizar e potenciar, de forma perigosa e incontrolável, determinados meios de obtenção de prova, como seguidamente tentaremos demonstrar.

Face à sua natureza marcadamente polissémica, parecem-nos oportunas algumas considerações clarificadoras sobre o conceito de prevenção criminal.

Hoje, quando as forças de segurança falam em prevenção criminal, não estão, na maioria das vezes, a referir-se ao conceito clássico de prevenção (primária, secundária e terciária) e aos seus virtuosos efeitos gerais e/ou especiais³¹⁰, mas outrossim a duas novas realidades, que medram nas sociedades ocidentais, de mãos dadas com a ciência e a tecnologia: videovigilância e recolha de informação.

Com efeito, os recursos e as tecnologias disponíveis são hoje mobilizadas, num imparável vórtice securitário, para integrarem múltiplos projetos de vigilância e de alegada prevenção que, de forma mais ou menos velada, há muitas décadas, existem nos EUA³¹¹ e também na UE, contribuindo de forma significativa para a afirmação da sociedade de controlo³¹². Sociedade de controlo cujo desenvolvimento assenta em projetos de vigilância permanente, integrada e global, com utilização massiva de sistemas de vigilância dita preventiva, pré-instalados, e de sistemas de interceção de comunicações a funcionarem em rede, através dos quais se reinventa e sofisticada o panótico, dois séculos depois de Bentham ter idealizado, com ele, aquilo que, no plano da sociologia criminal, se passou a designar por sociedade vigiada³¹³.

³⁰⁹ A atual LSI (Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto), constitui um bom exemplo desta tendência, *maxime* se confrontada com a LSI anterior (Lei n.º 20/87, de 12 de Junho).

³¹⁰ KAISER, Gunther - *Introducción a la criminología*. Madrid: Ed. Dykinson, 1988. p. 125 e ss.

³¹¹ Tiveram origem, na sua maioria em projetos militares desenvolvidos no plano da Defesa.

³¹² COSTA, Rogério da - **Sociedade de controlo** in São Paulo em Perspetiva. São Paulo: 2004: Vol.18. nº1. . Jan./Mar. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S010288392004000100019>. Consulta em: 27/05/2017. Sobre o conceito de sociedade de controlo, v.g.: DELEUZE, G. - *Pourparlers*. *op.cit.* 1990.

³¹³ Em 1785, Jeremy Bentham definiu o conceito de panótico, aplicado à administração penitenciária, como sendo, do ponto de vista arquitetónico e procedimental, um sistema de vigilância e observação permanente de reclusos e internados. Mais tarde (anos 60 do séc. XX), M. Foucault redesenharia, no plano teórico, o conceito (**Vigiar e Punir**. *op.cit.* 1987) e os seus efeitos disciplinadores, numa dimensão social e política (sociedade disciplinar), que denominaria de “biopoder.” Nos anos 90, na esteira de Foucault, G. Deleuze, partiria do mesmo, para criar um novo conceito de “sociedade de controlo” (*Post-Scriptum - Sobre as sociedades de controlo-Conversações*. 1972-1990. Ed. 34. R. Janeiro: 1992). Já no presente século,

Sem confinamento espacial disciplinar ou expiatório, e na ilusória percepção da inexistência de quaisquer constrangimentos e fronteiras físicas, procura-se, por um lado, a deteção precoce de *anormalidades* e ameaças e, por outro, o condicionamento e adequação comportamental a modelos sociais pré-definidos. Sempre, porém, através de mecanismos de controlo extremamente eficazes, intrusivos e rapaces de direitos fundamentais de cidadania.

Em 1947, um consórcio de países liderados pelos EUA criaram, através da Agência de Nacional de Segurança (NSA) um sistema de vigilância e interceção global, inicialmente denominado *Ukusa* e mais tarde *Échelon*³¹⁴.

O projeto *Echelon*, seria ultrapassado pela revolução tecnológica dos últimos anos, atomizando-se em projetos de idêntica natureza, desenvolvidos por empresas norte-americanas e europeias, apostadas na criação de sofisticados *softwares* de análise de fluxos e filtragem de informações em larga escala, de tratamento de dados e meta dados, de sistemas de reconhecimento de voz e outros parâmetros biométricos, de palavras-chave e de identificação de padrões comportamentais.

Estes projetos movimentam interesses económicos poderosíssimos e exercem uma grande pressão em múltiplos centros de decisão estratégica económica e técnica.

Na UE é deveras significativo e preocupante, constatarmos o *abismo* que separa o teor da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu, e do Conselho, de 24 de Outubro³¹⁵, e o generoso apoio e incentivo, concedido pela Comissão Europeia³¹⁶, a dezenas de projetos internacionais³¹⁷ sobre tecnologias de segurança e vigilância.

sobre a evolução dos mecanismos e auto mecanismos de controlo numa sociedade “escópica” comandada pelo olhar, v.g. as teses do psicanalista QUINET. A. - **UM olhar a mais**. R. Janeiro: Ed. Zahar.2004.

³¹⁴ O sistema *Échelon*, compreendia uma rede de estações de interceção de sinais-rádio, que processam, em computadores de alta definição, todo o tráfego de comunicações via satélite, celular e fibra ótica, dispondo para o efeito de programas de reconhecimento de voz, de caracteres e de pesquisa cruzada de dados e de palavras-chave. Foi utilizado, até aos anos 60, para fins exclusivamente militares, e, a partir daí, para fins de espionagem económica, industrial e científica, ao serviço de interesses norte-americanos. O projeto conheceu sofisticados desenvolvimentos tecnológicos no final da década de 80, na presidência de R. Reagan. A partir do final dos anos 90, ficaria disponível para um quadro muito restrito de luta contra o crime altamente organizado, como o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro e o terrorismo, de acordo com os critérios da NSA.

³¹⁵ *EUR-Lex-31995L0046-EN-EUR-Lex*, onde se define e estabelece um conjunto de princípios e medidas relativas à proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados obtidos por registo de som e imagem através de videovigilância, procurando-se em termos de proporcionalidade, o justo equilíbrio dos bens jurídicos em confronto, ou seja, a segurança da coletividade e a proteção da privacidade e liberdade dos cidadãos.

³¹⁶ O Programa-Quadro europeu que tinha atribuído no período 2007-2013, à investigação científica e tecnológica da rubrica “Segurança” o montante de 1,4 mil milhões de euros, aumentou tal valor no Horizonte 2020 (2014-2020) para mais de 2,5 mil milhões (Comissão Europeia Bruxelas, 17.10.2016 COM (2016) 678 final).

³¹⁷ Entre os mais relevantes, destacam-se os projetos “*Indect*”, “*Lotus*”, “*Arena*” “*Pandora*”, “*Emphasis*”, “*Fidelity*”, “*Virtuoso*”, “*Subito*”, “*Samurai*” e “*Tiramisu*”.

Agravando a dissonância, quer o Tribunal de Justiça da UE, quer a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados³¹⁸, têm produzido jurisprudência e doutrina bastante restritiva, e garantística, sobre esta matéria.

Um dos projetos mais emblemáticos (e problemáticos) é o projeto *Indect* “Sistema de informação inteligente de apoio à observação, investigação e deteção para a segurança dos cidadãos em meio urbano”, desenvolvido a partir de 2008 por um consórcio constituído por empresas de segurança e defesa e pelas universidades de Wuppertal e de Amesterdão³¹⁹.

O projeto *Indect* funciona através de um conceito tecnológico assente no pressuposto da *robotização* humana, de uma rigorosa padronização comportamental³²⁰, sendo, por isso mesmo, altamente redutor e lesivo do princípio da dignidade humana.

Este e muitos outros projetos de áudio e videovigilância e controlo do espaço urbano, desenvolvidos longe do escrutínio dos poderes públicos democráticos, têm sido energeticamente denunciados pela Liga Francesa para a Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que considera que, a política de segurança europeia é, presentemente, liderada por multinacionais privadas, cuja estratégia visa, apenas e só, o lucro³²¹.

Todos estes projetos, uma vez instalados e em funcionamento integrado, a nível europeu, darão lugar a um sinistro panótico social do século XXI, represtinando o já referido projeto militar *Echelon*, desta feita reciclado e devidamente *civilizado*, à escala securitária.

³¹⁸A AEPD é um organismo da UE, criado em 2004, sediado em Bruxelas, com funções de supervisão e de consulta, a nível de todos os estados-membros que visa garantir que todas as instituições e organismos da UE, respeitam o direito à privacidade dos cidadãos quando processam os seus dados pessoais.

³¹⁹ O projeto “*Indect*” consiste, basicamente, num sistema de vídeo e audiovigilância. Através de imagens e sons captados, em rede, no espaço público, define um conjunto de perfis comportamentais “*anormais*”, que na sequência de um alerta, serão interpretados e classificados pela polícia. O projeto foi desenvolvido com base nos estudos do prof. Dariu Gavrilă, da Universidade de Amesterdão, no domínio da perceção inteligente (modelos matemáticos de avaliação de imagens de videovigilância, a velocidades dos objetos e a padronização do seu movimento). Gestos simples, como correr para sair ou entrar num meio de transporte, reagir com um gesto brusco, falar alto, tirar fotografias, permanecer num determinado local, podem, entre muitos outros, ser assinalados e considerados “*anormais*” e, por conseguinte, remetidos em tempo real para análise policial. Para além de vigiar em permanência o espaço público, o *Indect* assegura, também, a vigilância automática e continuada das redes sociais na web, sites, blogs, fóruns de discussão, redes P2P, ou mesmo sistemas individuais, cujas comunicações necessariamente intercetar, cruzando, finalmente, toda a informação obtida. Tem por alegado objetivo, a luta contra a criminalidade e o terrorismo, não se garantindo, de forma expressa, se no plano preventivo ou no plano repressivo.

³²⁰Não muito longe da ficção científica que nos é mostrada em 2002, por Steven Spielberg no filme “*Minoritary Report*”.

³²¹ Segundo fontes abertas (designadamente dados do Eurostat), o mercado europeu da segurança vale cerca de 35 mil milhões de euros. Estima-se que nos últimos 10 anos, o mercado mundial da segurança tenha decuplicado, passando de cerca de 10 mil milhões de euros para cerca de 100 mil milhões de euros em 2015, sendo seu macro objetivo económico e estratégico o desenvolvimento e exploração nos próximos anos, das sinergias entre a indústria da segurança e a indústria da defesa, reciclando, para efeitos civis, tecnologias de vigilância militar.

Recorrendo às palavras de Gilles Deleuze - “*diante das próximas formas de controlo incessante em meio aberto, é possível que os mais rígidos sistemas de clausura nos pareçam pertencer a um passado delicioso e agradável*”³²², conseguimos antever o potencial destes sistemas e, na verdade, não estamos a falar de ficção científica, mas a analisar uma realidade em construção, um perturbante mundo orwelliano, em que um poder, onisciente e invisível, deteta, automaticamente, comportamentos *anormais*, pressionando a população a auto-regular ou *robotizar* o seu comportamento quotidiano.

Acresce referir que os reais efeitos da videovigilância em matéria de efetiva prevenção e dissuasão da criminalidade, de acordo com estudos realizados em vários países³²³, são controversos, não existindo, hoje, uma pacífica aceitação da sua previsível eficácia³²⁴.

Entre nós, apostou-se tardiamente na videovigilância e, não obstante todas as controvérsias suscitadas, continua a apostar-se nela, como forma de alegada prevenção criminal em meio urbano³²⁵.

³²² Rogério da Costa, *op. cit.* 2004., *apud*, Deleuze, G. *op. cit.* 1990.

³²³ Particularmente no Reino Unido, país onde há mais de 3 décadas se começou a investir fortemente neste recurso.

³²⁴ A prova do sucesso da videovigilância mede-se pela maior ou menor diminuição do número de crimes praticados, se o critério for o da prevenção e dissuasão ou, contrariamente, pela sua subida, se o critério for o da deteção. A contradição entre essas duas lógicas implica substanciais diferenças na implementação dos sistemas que apenas poderão funcionar numa delas. Em qualquer dos casos existem consequências e efeitos secundários cuja superação implica novos investimentos que devem ser contabilizados na sua avaliação global. Vem-se demonstrando que a videovigilância em locais públicos, não reveste o potencial de eficácia que há 2 décadas atrás lhe era reconhecido, quer na perspetiva do aumento de segurança das populações, quer na perspetiva de diminuição da criminalidade. Estudos recentemente realizados pelo governo britânico, revelam que a eficácia das mais de 4 milhões de câmaras CCTV (*closed-circuit television*) de videovigilância, a funcionarem em meio urbano, fica muito aquém das expectativas iniciais, não sendo, segundo o professor de criminologia da Universidade de Leicester, Martin Gill, em estudo realizado em 2005, proporcional ao investimento realizado, no que respeita à diminuição da prática de crimes. Os estudos realizados mostram que a avaliação dos seus resultados e a eficácia dos seus efeitos é extremamente discutível. Algumas aplicações traduziram-se numa diminuição de atos ilícitos em determinados espaços públicos muito delimitados; outras mostraram-se ineficazes, aumentando até as incivildades e o vandalismo urbano de natureza retaliatória; outras, ainda, limitaram-se a deslocar e/ou desconcentrar geograficamente a incidência criminal, transferindo o problema, por vezes de forma agravada, para outros locais. Permanece a dúvida se os efeitos repressivos colaterais (como forma alternativa e facilitada de identificação de pessoas e de recolha de prova) não superam, em muito, os efeitos preventivos e dissuasores que fundamentam a sua aceitabilidade. Em Portugal

³²⁵ Em Portugal, os principais diplomas e textos jurisprudenciais sobre esta matéria são: a Lei 38/98, de 4 de Agosto, a Lei 67/98, de 26 de Outubro, o Decreto-Lei 139/2002, de 17 de Maio, o Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro, o art. 20.º do Código do Trabalho, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 456/93, e o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 95/2003. O organismo de fiscalização e controlo é a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD). No plano constitucional os artigos 18.º n.º 2 e 35.º n.º 3 da CRP disciplinam esta matéria. Não os considerando a Lei fundamental direitos absolutos, permite que possam ser restringidos face à necessidade de proteger determinados bens públicos. Essa restrição tem, contudo, de ser necessária, adequada e proporcional, obrigando sempre a que tais meios e tecnologias apenas possam ser aplicados mediante autorização prévia da CNPD.

Mas o recurso a uma utilização massiva da videovigilância, pode produzir efeitos perversos, no plano criminal, suscetíveis de descaracterizar o modelo processual penal de produção de prova.

Na verdade, a informação recolhida em quaisquer dispositivos ocultos, fixos ou móveis, de recolha de imagem e som, cobrindo áreas e territórios do espaço público e privado, para fins de prevenção geral, pode, a todo o momento, ser individualizada e utilizada na investigação de um ilícito criminal, fora de qualquer controlo jurisdicional,

Dados obtidos através de um sistema de gravação de imagem/som, implementado com base numa autorização genérica, que tem como escopo e fundamento jurídico exposto, um fim exclusivamente preventivo e dissuasor, podem ser utilizados como elementos de informação ou mesmo, nalguns casos, como meio de prova decisivo num processo-crime.

Mas o que é deveras preocupante é que, através do recurso massivo e sistemático, a um elevado número de videovigilâncias e de interceções telefónicas, ao respetivo cruzamento de conteúdos e, sobretudo, dos conhecimentos fortuitos³²⁶ deles provenientes, vislumbra-se a criação de um sistema de produção contínua de informação criminal (e não só), com efeitos de relevância discutível em matéria de prevenção, para a qual foi autorizado, mas como fonte inesgotável de informação e de prova, para uma investigação criminal pré-processual, obtidas *à revelia* e *a latere* de qualquer autorização, escrutínio e controlo jurisdicional³²⁷.

É este o *modelo* de investigação criminal reivindicado por alguns setores securitários³²⁸. Um modelo que alguém, muito expressivamente, já designou por investigação de “*pesca de arrasto*” por contraposição a uma investigação criminal de “*pesca à linha*”, apanágio dos Estados de Direito; um modelo que, na prática, desequilibra e subverte o modelo global de combate à criminalidade, (ainda) assente na dicotomia prevenção/repressão que atuam de forma diferente e em tempos distintos.

³²⁶ Sobre o regime jurídico dos conhecimentos fortuitos provenientes de interceções telefónicas v.g. CORREIA Afonso, Diogo - **O regime dos conhecimentos fortuitos provenientes de escutas telefónicas**. Lisboa: FDUL, 2007, AGUILAR, Francisco - **Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas**. Coimbra: Almedina, 2004. e BRITO Neves, A. - **Da Utilização dos Conhecimentos Fortuitos obtidos através de escutas telefónicas** in revista jurídica Terra de Lei. Lisboa: 2012. Ano 1. nº 2. 2ºSem.

³²⁷ No limite e seguindo uma lógica ficcional, tal solução conduzir-nos-ia à substituição da investigação criminal de cidadãos concretos ou concretizáveis, suspeitos ou arguidos da prática de crimes, realizada nos termos da lei processual penal, por um processo contínuo de vigilância e controlo massivo da sociedade, através de uma espécie de “*big brother*” orwelliano, qual fonte permanente e inesgotável de informação áudio e vídeo, que permitirá *à anteriori*, *seleccionar* situações suscetíveis de virem a ser *investigadas*.

³²⁸ Reivindicação entusiasticamente apoiada por setores sócio-económicos próximos da segurança privada e do comércio da eletrónica e também por autoridades e comunidades locais, preocupadas com o sentimento de insegurança, que, não tendo especiais conhecimentos nesta matéria, acreditam, ser esta a mais rápida solução para o controlo e redução da criminalidade comum e de massas.

A compressão ou privação de direitos fundamentais como a privacidade dos cidadãos, sem que existam à partida fortes indícios da prática de crimes por parte destes, constitui uma ofensa ao Estado de Direito. Porém, se a prevenção, que à partida já dificilmente justifica essa compressão ou violação de direitos, se transformar numa vigilância permanente, que não visa impedir o crime, mas apenas detetá-lo e imputá-lo, sem que tenha sido previamente autorizada para esse fim, então a ofensa é intolerável.

Reconhecemos que nem sempre é fácil definir uma linha que separe prevenção de repressão ou investigação criminal. Como salienta Figueiredo Dias: “(...)a crescente importância da prevenção criminal, cujas fronteiras relativamente à investigação criminal não são fáceis de traçar, correndo-se permanentemente o risco das polícias franquearem o umbral do Direito Administrativo, na matéria que concerne à defesa da segurança pública, para entrarem no domínio do DP na parte que corresponde à perseguição de factos puníveis”³²⁹.

³²⁹ DIAS, J. Figueiredo, **Lições de Direito Processual Penal**. Coimbra: Ed. Almedina. 2017, pp. 57 a 61.

PROPOSTAS FINAIS

A ciência e a tecnologia, ao serviço de tudo e de todos, tem um papel decisivo na transfiguração do fenómeno criminal, aumentando de forma exponencial, o grau de lesividade do risco e do resultado da ação/omissão criminosa.

Nestas circunstâncias, seria impensável imaginar um Direito penal e processual penal, *a braços* com novas e inquietantes ameaças, imutável e indiferente à tecnologia e suas ilimitadas possibilidades. No entanto é também consabido que o recurso incontrolado a novas capacidades tecnológicas, acalenta e promove o eficientismo penal, descaracterizando a matriz demoliberal humanista, e o modelo de garantismo penal consagrado na Constituição da República.

O nosso ordenamento processual penal, à semelhança de outros congéneres, na incessante procura de níveis mínimos de eficiência, evoluiu até aos limites do constitucionalmente possível.

Ao contrário de alguns ilustres doutrinadores, temos muitas dúvidas que o modelo probatório *clássico* consiga reagir com firmeza a muitas expressões de criminalidade grave e organizada como são o terrorismo internacional, certas formas de criminalidade económico-financeira, os tráficos e a cibercriminalidade.

Creemos, contudo, que o mesmo modelo, tal como existe, dispendo de um conjunto de meios *especiais de prova*, de utilização supletiva e excecional, rigorosamente circunscrito a um catálogo reduzido de crimes e *operacionalizado* por uma investigação criminal sujeita a permanente escrutínio e controlo judiciário, pode cumprir tal desiderato. Com alguns *custos*, é certo, que pensamos serem aceitáveis (ou inevitáveis) face à magnitude dos interesses e valores em conflito e com uma vantagem inestimável: sem mudança de paradigma jurídico-penal, ou seja, sem macular a essencialidade da estrutura básica do sistema acusatório misto e, sobretudo, sem *abrir a porta* a nefastos caminhos.

Contudo, do nosso ponto de vista, é absolutamente necessário introduzir correções legislativas que permitam alcançar uma total concordância entre o espírito e a letra de lei, e alterações orgânico-funcionais que consolidem no sistema judiciário, um modelo de investigação criminal imune a contaminações securitárias.

Com este objetivo, terminamos a nossa dissertação, apresentando duas propostas finais:

A. Criteriosa delimitação dos crimes de catálogo e reafirmação da natureza supletiva dos *meios especiais* de obtenção de prova

Os “*meios ocultos*” de investigação criminal, inicialmente direcionados para a criminalidade grave, complexa e organizada, acabam por ter um espectro de admissibilidade alargado a tipos de crime comum e de massas.

É o caso da escuta telefónica, p. no art.187º e ss. do CPP, cujo catálogo veio sendo alargado por sucessivos diplomas³³⁰, sendo atualmente aplicável a crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos (al.a) do nº.1), bem como a tipos criminais que podem integrar formas de criminalidade comum e de massas, como é o caso de alguns tipos relativos ao tráfico de estupefacientes (al.b)), dos crimes de detenção de arma proibida (...) (al. c)), de ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo(al.f)) e de evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas do catálogo (al.g)).

Por outro lado, como já vimos, o nº 1 do art.187.º estabelece a natureza subsidiária deste meio de obtenção de prova, ao considerar, como requisitos prévios de admissibilidade, a demonstração da sua indispensabilidade para a descoberta da verdade, ou da impossibilidade ou extrema dificuldade de obter a prova através de outros meios. Este critério é objeto, na prática judiciária e policial, de uma ampla de flexibilização interpretativa que conduz à banalização e massificação do seu uso, com consequências deletérias em matéria de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos³³¹.

As mesmas considerações podem ser aduzidas, ainda que com níveis de intensidade distintos, relativamente às ações encobertas (art. 2º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto) e à cibercriminalidade (artº 19 da Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro), prevendo-se também, neste último caso, a utilização de categorias abertas de ilícitos que têm como critério seletivo o limite máximo da pena aplicável, permitindo assim o recurso a ações encobertas em formas de criminalidade comum, eventualmente destituídas de especial gravidade, complexidade ou natureza organizada e em relação às quais a informática tem um papel meramente instrumental.

Os chamados “*meios ocultos*” de produção de prova devem ser utilizados exclusivamente na investigação de criminalidade particularmente grave, complexa e

³³⁰ DL 317/95, de 28 de Setembro e Lei n.º 48/07, de 29 de Agosto.

³³¹ Segundo dados do RASI (fonte aberta) efetuaram-se em 2015, 15.441 escutas telefónicas, ou seja, mais 15,6% que no ano anterior. A entidade que mais escutas fez foi a PSP (6.629), seguida pela PJ (5.672) e pela GNR (2.825). A PSP efetuou em 2015 mais 32,9% de escutas que em 2014 (4989). Considerando o quadro de competências de investigação criminal de cada OPC, podemos concluir que cerca de 60% das escutas realizadas, ocorreram na investigação de criminalidade comum, *invertendo-se* assim na prática judicial, o espírito e a letra do legislador. O RASI de 2016 (fonte aberta) refere uma diminuição global de escutas telefónicas de 4,4% em 2016 (14758) relativamente a 2015 (15441), não revelando contudo quaisquer outros dados ou variáveis sobre o recurso a este meio de obtenção de prova, impedindo qualquer conclusão neste domínio.

organizada e, na prática, sempre de forma subsidiária, supletiva e complementar aos meios de obtenção de prova ditos *clássicos*.

Para esse efeito, deverão ser redefinidos os critérios legais que suportem uma identificação objetiva e restritiva dos crimes de catálogo, (abandonando-se a inclusão no catálogo de categorias abertas de ilícitos que têm como critério seletivo o limite máximo da pena aplicável) e um maior rigor e escrutínio da prática judicial e policial que, neste domínio, caminhará, inevitavelmente, no sentido da afirmação de dois paradigmas metodológicos distintos, de investigação criminal: um direcionado para o crime comum e outro para o crime organizado.

B. Reafirmação e consolidação de um modelo judiciário de investigação criminal

Nas últimas duas décadas, tem ocorrido o que alguns analistas denominam por “*governamentalização*” da investigação criminal, e que consiste na sistemática e paulatina transferência de competências, poderes, valências e lógicas de atuação, próprias da investigação criminal e matricialmente sedeadas no poder judicial e no domínio da Justiça, para o poder executivo, no domínio da Segurança³³².

Neste sentido, vejamos, a título de mero exemplo: a) a concentração de bases de dados de informação criminal na dependência do poder executivo³³³; b) a concentração de unidades de cooperação internacional da investigação criminal na esfera do poder executivo; c) a atribuição a serviços de informações de competência para aceder a metadados e efetuar escutas telefónicas fora do âmbito criminal.

No plano doutrinário, estas medidas decorrem de uma visão securitária, inserta na Lei n.º 53/2008 de 29 de Agosto, que aponta para a necessidade de centralização de todas as estratégias e valências convocadas na luta contra a criminalidade, no domínio da Segurança, numa ação dita integral e sequencial, que alguns acreditam ser potenciadora de uma rentabilização de meios e de eficácia na resposta, que infelizmente, tarda em obter demonstração prática.

Por inultrapassável imperativo de ordem constitucional, mantém-se, no plano formal, o princípio da dependência funcional, consagrado no art.º 2 da LOIC (Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto), garantindo-se assim uma das exigências constitucionais nesta matéria ainda que, na prática, com o seu alcance limitado ou minimizado por constrangimentos e disfuncionalidades de ordem vária.

Esta *intromissão* do poder executivo na investigação criminal, procurando transferir para a Segurança uma competência da Justiça, colide - em nossa opinião -, com a teoria da separação de poderes do Estado.

³³² Concentrando o controlo e a coordenação de todas as valências do conceito de segurança no Secretário-Geral do Sistema de Segurança interna previsto na Lei n.º 53/2008 de 29 de Agosto, na dependência direta do 1º Ministro.

³³³ Através da criação de uma plataforma de acesso ao Sistema Integrado de Informação Criminal que nos termos da Lei n.º 73/2009, de 12 de Agosto fica sob supervisão e coordenação do Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna.

Com efeito, sedear a investigação criminal, ainda que parcialmente, na dependência do Poder Executivo, constitui uma inaceitável deriva securitária que a coloca ao serviço de outros interesses e funções do Estado que são perfeitamente legítimos, mas não podem, na sua prossecução, dispor dos meios e medidas previstas na lei processual penal.

Uma das formas de minimizar e *compensar*, no plano garantístico, os incontornáveis excessos decorrentes da utilização de meios *especiais* de prova na investigação do crime grave, complexo e organizado, passa por manter no interior do Poder Judicial, todo o sistema de investigação criminal e todas as suas estruturas e valências orgânico-funcionais. É fundamental sujeitar a investigação criminal a um efetivo e exclusivo controlo e escrutínio jurisdicional, que torne incólume a *contaminações* passíveis de a transformar em “*pesca de arrasto*” ao serviço de um conceito alargado de Segurança, porque, na verdade quando se hipervaloriza o valor segurança concedendo-lhe outros méritos que não apenas o de garante da Liberdade, os direitos fundamentais, como refere Hassemer³³⁴, “*tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade*”.

³³⁴ HASSEMER, Winfried - **Processo Penal e Direitos Fundamentais**, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra:Ed. Almedina, (Coord. M. Fernanda Palma) 2004. p.22.

Bibliografia temática e consultada

- ABADINSKY, Howard - **Organized crime**. Chicago: Ed. Nelson-Hall, 1987.
- AFONSO, Diogo C - **O regime dos conhecimentos fortuitos provenientes de escutas telefónicas**. Lisboa: FDUL, 2007.
- AGAMBEN, G. - **Estado de Exceção**. S. Paulo: Ed. Boitempo, 2007. p. 13.
- AGUILAR, Francisco - **Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas**. Coimbra: Almedina Ed., 2004.
- ALBUQUERQUE, Ruy de, e Albuquerque Martim de - **História do Direito Português**. Sintra: Ed. Pedro Ferreira, 2004. *Tomo I*.
- ALBUQUERQUE, Ruy de, e Albuquerque Martim de - **História do Direito Português**. Lisboa: Ed. AAFDUL (policopiada), 1982. Vols. I/2 e II.
- ALONSO, Maria Paz - **El Proceso Penal en Castilla (secs XIII-XVIII)**. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 1982.
- ANDRADE, M. Costa - **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.
- ANDRADE, M. Costa - **Bruscamente no Verão Passado – A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente**. Coimbra: Coimbra Ed, 2009.
- BAIÃO, António - **Episódios Dramáticos da Inquisição Portuguesa**. Lisboa: Seara Nova, 1973. Vol.III.
- BARBOSA, Sílvia Alves - **Punir e humanizar – O Direito Penal setecentista**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian e Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Col. Textos Universitários de Ciências Sociais e Humanas, 2014.
- BARROS, Marco António de - **Procedimento penal acusatório das *quaestiones perpetuae*: fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri**. Revista *Justitia*. São Paulo, 1997. 59 (178). abr/jun.
- BECCARIA, Cesare - **Dos Delitos e das Penas**. 4ª Ed. Lisboa: Ed. C.Gulbenkian, 2014 (tradução para português de José de Faria Costa em 1998).
- BECK, Ulrich - **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Barcelona. Ed. Paidós, 1998.
- BECK, Ulrich, Giddens. A. e Lash. S, - **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Lisboa: Celta Editora, 2000.
- BENEVIDES, Maurício - **A Sanção Premial no Direito**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1999.
- BORGES, J. Marques e Fouto, A. Proença - **Inquérito Policial - Inquérito Preliminar. Comentário ao DL 377/77 de 6 de Setembro**. Lisboa: Ed. da PJ, 1978.
- BRAVO, Rogério, M. Lopes Rocha e P. Verdelho - **Leis do Cibercrime**.Lisboa: Ed. Centro Atlântico, 2003. Vol. I.
- BRAZ, José - **Investigação Criminal. A organização, o método e a prova. Os desafios da snova criminalidade**. Coimbra: Ed. Almedina, 200

- CAETANO, Marcello - **História do Direito Português-** (sécs. XII a XVI). Lisboa: Ed. Verbo, 2000.
- CALHEIROS, Maria Clara - **Para uma Teoria da Prova..** Coimbra: Coimbra Ed, 2015.
- CALISTO, A., e Calado, F. - **Dactiloscopia e Inspeção Lofoscópica.** Barro – Loures: ISPCC/PJ, 2001.
- CASTELLS, Manuel - **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. O Poder da Identidade.** Lisboa: Ed. F. Calouste Gulbenkian, 2003. Vol. II.
- CASTELLS, Manuel - **A Sociedade em Rede.** 8ª ed. S. Paulo; Ed. Paz e Terra, 2000. Vol.I.
- CASTRO-CALDAS, A. - **A Herança de Franz Joseph Gall: O cérebro ao serviço do comportamento humano.** Amadora: Ed. McGraw, 2000.
- CECCALDI, Pierre - **La protection des documents bancaires.** Revue Internationale de Police Criminelle (Suplement confidentiel). OIPC/INTERPOL. Lyon: 1987. nº3
- COHEN, Albert K. - **Delinquent Boys: The Culture of the Gang.** Illinois: Ed. Free Press Glencoe, 1955.
- COHEN, Albert K. - **The Concept of Criminal Organization.** The British Journal of Criminology. London: 1977. Vol. 17. n.º 2. Abril
- COSTA Bruno M. - **O conceito de Feudalismo em Portugal – Uma discussão historiográfica** in Ata da IX Semana de Estudos Medievais IHUFRJ. R.Janeiro: Ed. Alexandre Morais, 2011. 16/18 Nov.
- COSTA, J. Faria - **Os Códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987** in Que futuro para o direito processual penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias”. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- COSTA, J. Faria - **O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico** in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Rev. Studia Iuridica 61. Coimbra: Coimbra Ed. 2001.
- COSTA, J. Faria - **O Perigo em Direito Penal.** Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.
- COSTA Mário Júlio de Almeida - **História do Direito Português.** 5ª ed. Coimbra: Ed. Almedin-
- COSTA, Rogério da, - **Sociedade de controlo** in São Paulo em Perspetiva. São Paulo: 2004. nº1. Jan./Mar. Vol.18. Versão on-line disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100019
- CRESSEY, D.- **Criminal organization: its elementar forms.** London: Ed. Heinemman, 1972.
- CRUZ, Sebastião - **Direito Romano.** Coimbra: Ed. Dislivro, 1984. Tomo I.
- CUSSAC, J.Gonzalez - **El abuso de información privilegiada** in Cuadernos Política Criminal. Madrid: Ed. Asper. 1989. n.º37
- CYRILLE J.C.F. at.al. - **Undercover Police Surveillance Incomparative Perspective.** Boston: Nijhoff Ed., 1995.
- DAVIN, João - **A Criminalidade Organizada Transnacional, a Cooperação Policial e Judiciária na U.E..** Coimbra: Ed. Almedina, 2004.
- DELEUZE, G. – **Pourparlers.** Paris: Ed.Minuit. 1990.
- DELMAS-MARTY, Mireille. - **A Caminho de um Modelo Europeu de Processo Penal** in RPCC. Coimbra, 1999. nº 9.
- DIAS Augusto Silva - **Protecção Juridico-penal de Interesses dos Consumidores.** 3ª ed. Coimbra: Textos FDUC, 2001.

- DIAS, Jorge de Figueiredo - **A nova constituição e o processo penal** in Revista da OA. Lisboa: 1976. n.º3
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **O Direito Penal na Sociedade do Risco** in Temas básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal: Parte Geral - Questões Fundamentais - a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1981. 1º Vol.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed. 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **La protection des droits de l'Homme dans la procédure penal portugaise** in Boletim do MJ nº 291.Lisboa: 1979.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **Lições de Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais** in Para uma nova Justiça Penal. Coimbra: Almedina ed., 1983.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - **Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português** in RPCC. Ano XVIII nº 2 e 3. Abr/Set. Coimbra: 2008.
- DIAS, J. Figueiredo e Andrade, M. Costa - **Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2.ª reimp.. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.
- DICKIE, John - **Cosa Nostra - História da Máfia Siciliana**. 2.ª Edição reimpressa. Lisboa:Ed. 70, 2010.
- DURKHEIM, Émile - **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi - **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. S. Paulo: Ed. Revista os Tribunais, 2010.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Ed. Danúbio, 1986. 2 vol.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal**. Lisboa: Ed. Verbo- Textos Universitários, 1993. I Vol..
- FOUCAULT, Michel - **Vigiar e Punir**. 7ªEd. R. Janeiro: Ed. Vozes, 1987.
- FOUCAULT, Michel - **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 2003.
- FEYERABEND, Paul - **Contra o método**. R. Janeiro: Ed. F. Alves, 1977.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho - 21ª ed.**Processo Penal**. S. Paulo: Ed. Saraiva, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva - **Globalização e criminalidade dos poderosos** in RPCC. Coimbra: Ano 10, fasc.2. (Abril-Junho). 2000.
- FREITAS, Pedro Caridade de - **Lições de Legística**. (formato digital: *power point*). Lisboa: FDUL. (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses). Dezembro de 2015.
- GASPAR, António Henriques - **As ações encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo** in Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira - 25 anos do Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- GOLDSCHMIDT, James - **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Ed. Bosch. 1935.

- GLUBB, John - **A Short History of the Arab Peoples**. London: Ed. Hodder & Stoughton, 1969.
- GOMES, Flávio e Raul Cervini - **Crime organizado. Enfoque criminológico, jurídico e político-criminal**. S.Paulo: Ed. RT., 1997.
- HABERMAS, J. - **O Futuro da Natureza Humana - A Caminho de uma Eugenia Liberal?** Coimbra: Ed.Almedina, 2006.
- HASSEMER, W. - **Processo Penal e Direitos Fundamentais**, in “Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (Coord. De M. Fernanda Palma). Coimbra: Almedina. Ed., 2004.
- HASSEMER, W. e F. Conde Munhoz - **Introducción a la Criminología**. Valência: Ed. Tirant Lo Blanch, 2001.
- HOBSBAWM, E - **Rebeldes Primitivos - Estudo de Formas Arcaicas e Movimentos Sociais nos Séculos XIX e XX**”. 2ª ed.R. Janeiro: Ed.Zahar, 1978.
- HOBSBAWM, E - **Globalização, democracia e terrorismo**. S. Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2007.
- HOSTETTLER, John - **A History of Criminal Justice in England and Wales**. London: Ed.Waterside Press, 2009.
- IMBERT, Jean e Lavasseur G - **O Poder, os Juizes e os Carrascos – 25 séculos de repressão**”. 1ª Ed. Lisboa: Ed. Estúdios Cor, 1975.
- JAKOBS, G. e Cancio-Meliá M. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed.. 2007.
- JOUSET-COUTURIER Béatrice. **“Le transhumanisme - Faut-il avoir peur de l'avenir?.** Paris: Ed. Eyrolles, 2016.
- KAISER, Gunther. **“Introducción a la criminologia”**, Ed. Dykinson. Madrid.1988
- KRAMER, Heinrich e James Sprenger, **O Martelo das Feiticeiras - Malleus Maleficarum**. 5ª.ed. Ed. R. Janeiro.Rosa dos Tempos ed., 1991.
- KRUSZELNICKI, Karl - **Grandes Mitos da Ciência - "O soro da verdade**. S. Paulo: Ed. F. Educacional., 2013.
- LATAS, António - **Processo Penal e Prova Pericial** in Separata de Psicologia Forense. Coimbra: Almedina ed., 2006.
- LEONARDO, Boff - **Inquisição: um espírito que continua a existir** (Prefácio) in Eymerich Nicolau e La Peña, Francisco - **Manual dos Inquisidores - Directorium Inquisitorium**. R.Janeiro:ed. Rosa dos Tempos,1993
- LÉVY, Jean-Philippe - **L'évolution de la preuve. Des origines à nos jour**. Bruxelles: ed. La Lib. Encyclopédique, 1965.
- MACHADO, Helena - **Dilemas e paradoxos da cientificação da justiça em Portugal: o caso dos perfis genéticos de ADN** in Fórum Manifesto - Centro de Estudos Sociais e Políticos. Lisboa: 2005. 7.
- MALTEZ, J. Adelino - **História das Instituições (instituições Criminais Antigas)**. Lisboa: Ed.FDL, 1980.
- MANTOVANI F. - **Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali**”. Pádua: CEDAM ed.
- MARTINS.A.Lourenço - **Criminalidade sem fronteiras. O tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas**. Lisboa: Ed.de autor, 1986.

- MARTINS.A.Lourenço - **Direito da Informática**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina Ed. 2006.
- MCINTOSH, M - **La Organización del Crimen**. Ciudad México: Siglo Veintiuno Ed., 1977.
- MESQUITA, Paulo Dá - **Processo Penal Prova e Sistema Judiciário**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- MENDES, J. Castro - **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Lisboa: Ed. Ática, 1961.
- MENDES, Paulo de Sousa - **A prova penal e as regras da experiência** in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. Vol. III.
- MENDES, Paulo de Sousa - **A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido, anteriores ao julgamento** in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas. Coimbra: Coimbra Ed. 2013.
- MENDES, Paulo de Sousa - **Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?** Lisboa: Ed.AAFDL, 2000.
- MERÊA, Paulo - **Introdução ao Estudo do Feudalismo em Portugal: Origens deste regime e caracterização do Feudalismo** in A.H. Oliveira Marques - História de Portugal – das Origens ao Renascimento. Lisboa: Ed. Presença, 2010. Vol.I.
- MESQUITA, Paulo Dá - **Processo Penal Prova e Sistema Judiciário**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- MURTEIRA, Mário – **Globalização**. Lisboa: Ed. Quimera, 2003.
- NETO, Francisco e Quintanilha Vêras - **O Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e seu Legado** in: Fundamentos de História do Direito. (Coord. Carlos Wolkmer) 2ª Edição. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.
- NOGUEIRA J. Duarte - **Lei e poder régio - As leis de Afonso II**. Lisboa: Ed.AAFDL,2006.
- NUNES, Duarte Rodrigues - **O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal, como instrumento de resposta à criminalidade organizada**. (Tese de doutoramento) n/publicado. Lisboa: FDUL, 2015.
- OLIVER, Samuel - **Madagascar: An Historical and Descriptive Account of the Island and its Former Dependencies**. New York: Ed.Macmillan, 1886. Vol.I.
- PALMA, M. Fernanda (Coord) - **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina Ed., 2004.
- PALMA, M. Fernanda *et. al* (org.) - **Casos e Materiais de Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina ed., 2009 (art. De Patrício, Rui, “*Norma Penal em Branco (em comentário ao Ac. do TRE de 17/4/2001)*”).
- PALMA, M. Fernanda (Coord) - **2.º Congresso de Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina ed., 2011.
- PALMA, M. Fernanda - **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina ed., 2011.
- PALMA, M. Fernanda *et. al.* - **Direito de Investigação Criminal e da Prova**. Coimbra: Almedina Ed, 2014.
- PERELMAN, Chaim - **Lógica Jurídica, Nouvelle Rhétorique**. Toulouse: Ed.Dalloz, 1979.
- PETERS Edward - **Tortura**. S.Paulo. Ed. Ática, 1989.
- PINA, Luis de - **Dactiloscopia (Identificação-Polícia Científica)**. Lisboa: Ed. Bertrand., 1938.
- PINTO, E. Vera Cruz - **As Origens do Direito Português**. Lisboa: AAFDL, 1996.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - **A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime**. Coimbra: Almedina ed. 2013. Vol. II. p. 1245.

-PINTO, Paulo Mota - **A Protecção da Vida Privada e a Constituição** In Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000. Vol. 76.

-PLANA, Javier Alvarado - **El problema del Germanismo en el Derecho Español**. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997.

-PLANA, Javier Alvarado *et. al.* - **Manual de Historia del Derecho y de las Instituciones**. Madrid: Ed. Sanz y Torres, 2006.

-POPPER, Karl - **O Realismo e o Objetivo da Ciência**. Lisboa: Ed. D. Quixote, 1987.

-QUINET. A. - **Um olhar a mais**. R. Janeiro: Ed. Zahar, 2004.

-RADBRUCK, G. e Gwinner, E. - **Historia de la Criminalidad**. Barcelona: Ed. Bosch, 1955.

-RAVIER, P. Montreuil J. Briançon, C. - **L'Enquête de Police Judiciaire**. Paris: Ed. Lavauzelle, 1979.

-RICHARDS, Jeffrey - **Sexo, Desvio e Danação: As Minorias na Idade Média**. R. Janeiro: Ed. Zahar, 1993.

-RODRIGUES, Anabela Miranda - **As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal, ou a matriz de um processo penal europeu**, in *Que futuro para o direito processual penal? Homenagem a Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

-RODRIGUES, N. Cunha - **Os senhores do crime** in RPCC. Coimbra: 1999. Ano 9.Fasc. I.

-ROXIN, Claus - **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2003.

-ROXIN, Claus - **Política criminal e sistema jurídico-penal**. R. Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

-SAMPEL, Luiz - **Introdução ao Direito Canônico**. S. Paulo: Ed. LTR, 2001.

SAMUEL, Oliver - **Madagascar: An Historical and Descriptive Account of the Island and its Former Dependencies**. New York: Ed. Macmillan, 1886. Vol. I.

-SANCHEZ-ARCILLA, Bernal, José - **Historia del Derecho. I Instituciones Político- Administrativas**. Madrid: Ed. Dykinson, 1995.

-SANCHEZ, Silva - **La Expansion del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Ed. Civitas, 1999.

-SANTOS, Cláudia - **O Crime de Colarinho Branco**. Studia Ivridic 56. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

-SANTOS, J. Marques dos - **O Processo Penal Português no período medieval**. Porto: Ed. Ecopy, 2012.

-SCHMITT, C. - **Teologia política**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.

-SILVA, Nuno Espinosa Gomes da - **História do Direito Português**. 5ª ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

-SILVA, Germano Marques da, - **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Verbo, 2002. Vol. II.

-SILVA, Germano Marques da, - **Direito Processual Penal Português – Noções Gerais. Sujeitos processuais e objeto**. Lisboa: Ed. Un. Católica, 2013. Vol. I.

-SILVA, Germano Marques da - **Meios Processuais Expeditos no Combate ao Crime Organizado (A Democracia em Perigo)** in Rev. Un. Lusíada. Lisboa: 2005. Série II, n.º 3.

- SILVEIRA, Renato M. - **Direito Penal Supra Individual, Interesses Difusos**. S.Paulo: Ed.RT. 2003.
- SIMAS, A., Calisto, F., e Calado, F. - **Dactiloscopia e Inspeção Lofoscópica**. Barro – Loures. ISPCC/PJ. 2001.
- SLOTERDIJK, Peter, - **Regras para o Parque Humano - Uma Resposta à Carta sobre o Humanismo**. Coimbra: Ed. Angelus Novus, 2008.
- SOUSA, Susana Aires de, - **Agent provocateur e meios enganosos de prova: Algumas reflexões in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias**.Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.
- SOUZA, Raquel - **O Direito Grego Antigo in António Carlos (coord.)**. Fundamentos de História do Direito. 2ª Ed.. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.
- SPRENGER, James e Heinrich Kramer - **O Martelo das Feiticeiras - *Malleus Maleficarum***.5ª.ed. R.Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991
- SYKES, G. e D. Matza, - **Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency**. in American Sociological Review, Chicago: 1957. Vol. 22, nº 6.
- TAPPAN, Eva, - **When Knights Were Bold**”. North Carolina: Yesterday’s Classics, 2005.
- TEIXEIRA, Carlos Adérito - **Depoimento indirecto e Arguido: Admissibilidade e Livre Valoração versus Proibição de Prova**, in Revista do CEJ. Lisboa: 2005. N.º 2. 1º Sem.
- THRASHER, F. - **The Gang: A Study of 1,313 Gangs in Chicago**. Chicago: University of Chicago Press, 1927.
- VOLTAIRE - **Comentaire sur l’esprit des lois**. Paris: Ed.L.Moland, 1748.
- WOLKMER, António Carlos (coord.) - **Fundamentos de História do Direito**. 2ª Ed.. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.
- ZABAROV M. - **Historia de Las Cruzadas**. Madrid: Ed. Sarpe, 1985.
- ZAFFARONI, Raul - **El Enemigo en el Derecho Penal**. Madrid: Ed.Dykinson, 2006.
- ZIEGLER, Jean - **O Império da Vergonha**. Lisboa: Ed.Asa, 2007.
- ZIEGLER, Jean - **Os Senhores do Crime – As novas Mafias contra a Democracia**. 1ª Ed. Lisboa: Ed. Terramar, 1999.