

**Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários**  
(no âmbito do Programa PIR PALOP II – VIII FED)  
**Formação contínua para Magistrados**

# **CRIMINALIDADE ORGANIZADA NOS DOMÍNIOS ECONÓMICO E FINANCEIRO**

*Autores*

**Dr. José António Mouraz Lopes**

**Dr. Paulo Dá Mesquita**

**Dr. Euclides Dâmaso Simões**

Assistência técnica do INA com apoio científico e pedagógico do CEJ  
**Manual de apoio ao Curso M6**

## **Ficha Técnica**

**Título:** CRIMINALIDADE ORGANIZADA NOS DOMÍNIOS ECONÓMICO E FINANCEIRO

**Autores:** José António Mouraz Lopes, Paulo Dá Mesquita e Euclides Dâmaso Simões

**ISBN:** 978-972-9222-98-6

**Depósito Legal:** 263708/07

**Editor:** INA - Instituto Nacional de Administração

Palácio dos Marquês de Pombal

2784-540 Oeiras

Tel: 21 446 53 39

Fax: 21 446 53 68

URL: [www.ina.pt](http://www.ina.pt)

E-mail: [edicoes@ina.pt](mailto:edicoes@ina.pt)

**Capa:** Sara Coelho

**Execução Gráfica:** JMG, Art. Pap., Artes Gráficas e Publicidade, Lda.

**Tiragem:** 1.000 exemplares

**Ano de Edição:** 2007

A presente publicação foi organizada e editada pelo INA, no âmbito das funções de assistência técnica e pedagógica à execução do Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários (Programa PIR PALOP II), com enquadramento orçamental específico no co-financiamento do referido Projecto pelo Governo Português através do IPAD.

O conteúdo da mesma corresponde à adaptação de textos de apoio à execução de acções de formação contínua para Magistrados, desenvolvidas na Fase I do referido Projecto (Novembro de 2003 a Junho de 2006), elaborados em versão original por Docentes do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Ministério da Justiça de Portugal, sob coordenação científica e pedagógica do Juiz-Desembargador Dr. Manuel Tomé Gomes.

As opiniões expressas no presente documento são da exclusiva responsabilidade dos respectivos Autores e, como tal, não vinculam nem a Comissão Europeia nem o Governo Português, o INA ou o CEJ.

A reprodução e utilização do conteúdo está condicionada quer às disposições legais genéricas aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual quer às que regulam as iniciativas desenvolvidas no âmbito de financiamentos públicos da União Europeia e de Portugal. É autorizada a cópia para fins didácticos nos PALOP.

# Índice

<b>PARTE 1 – TENDÊNCIAS RECENTES DA CRIMINALIDADE E ALGUMAS TIPOLOGIAS CRIMINAIS</b> .....	7
SUB-ÍNDICE .....	9
<b>I – TENDÊNCIAS RECENTES DA CRIMINALIDADE</b> .....	11
<b>1 – A actual sociedade criminógena e a explicação</b> .....	11
<b>2 – Criminalidade organizada: crime de “estruturas de poder”</b> .....	14
2.1 – Conceito .....	14
2.2 – Criminalidade de “estrutura de poder” .....	17
<b>3 – Caracterização da criminalidade de colarinho branco</b> .....	19
3.1 – A criminalidade económica .....	20
<b>4 – Associação criminosa</b> .....	25
4.1 – Perspectiva criminológica .....	25
4.2 – Tipo criminal .....	30
<b>5 – Internacionalização do fenómeno criminal: as respostas legais internacionais</b> .....	33
<b>6 – Criminalidade associada à utilização da tecnologia informática</b> .....	35
<b>7 – Paraísos fiscais, sociedades “offshores” e “royalties”</b> .....	36
<b>8 – Abordagens no direito comparado: o que fazer</b> .....	39
<b>9 – A responsabilidade criminal das pessoas colectivas</b> .....	42
<b>II – CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO-FINANCEIRA – TIPOLOGIAS CRIMINAIS</b> .....	49
<b>1 – Terrorismo (organizações e ramificações</b> .....	49
1.1 – Considerações gerais sobre o fenómeno .....	49
1.2 – As Nações Unidas e o Terrorismo .....	51
1.3 – A Europa e o Terrorismo .....	54
1.4 – Instrumentos jurídicos referentes à OUA e aos países islâmicos .....	57
<b>2 – Corrupção</b> .....	57

2.1 – O fenómeno da corrupção .....	57
2.2 – Os tipos criminais da corrupção .....	59
2.3 – Questões controversas na interpretação dos crimes .....	60
2.4 – Direito premial no âmbito da corrupção .....	61
2.5 – Corrupção e titular de cargo político .....	62
2.6 – Corrupção no fenómeno desportivo .....	62
2.7 – Corrupção no comércio internacional .....	63
2.8 – Corrupção no sector privado .....	64
2.9 – Autoridades competentes para a investigação .....	64
3 – Tráfico de influências .....	65
BIBLIOGRAFIA .....	67
<b>PARTE 2 – CRIMINALIDADE ORGANIZADA: ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS</b> .....	71
SUB-ÍNDICE .....	73
INTRODUÇÃO .....	75
<b>I – ESTRUTURA PROCESSUAL, DIREITO PROBATÓRIO E REPRESSÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA</b> .....	81
1.1 – Estrutura Acusatória e Direito Probatório .....	81
1.2 – O s Sistemas Europeu, Continental e Anglo-americano.....	83
1.3 – Os <i>Transplantes</i> de Direito Processual Penal .....	83
1.4 – Definição de Princípios Comuns, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Juris prudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem .....	84
1.5 – Regime Processual de «dupla via» – Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa	85
1.6 – Prevenção e repressão e da criminalidade organizada .....	85
<b>II – TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO, PROVA NO PROCESSO PENAL E CRIMINALIDADE ORGANIZADA</b> .....	89
2.1 – Princípio da Descoberta da Verdade Material e Seus Limites .....	89
2.2 – <i>Exclusionary rules</i> e <b>Proibições de Prova</b> .....	89
2.3 – O Efeito à Distância das Proibições de Prova .....	94
2.4 – Prova Livre .....	95
2.5 – Regra da Corroboração .....	97
2.6 – Prova Vinculada.....	98
2.7 – Conhecimentos e <i>Achamentos</i> Fortuitos.....	98
2.8 – Iniciativa Probatória dos Órgãos do Estado e de Particulares .....	100
2.9 – A Protecção Contra a Auto-Incriminação .....	100
2.10 – Acusatório, Prova e Contraditório, Intersubjectividade e Escrutínio do Julgamento do Facto .....	101
2.11 – Prova e Ponderação de Valores - Questões Metodológicas .....	102
<b>III – PROVA NA CRIMINALIDADE ORGANIZADA E MEIOS TECNOLÓGICOS – REGISTOS DE VOZ E IMAGEM</b> .....	104

3.1 – Os Valores em Confronto.....	104
3.2 – A Invasão do Sistema Probatório Pelas Inovações Tecnológicas .....	106
3.3 – Critério Geral nos Sistemas de Liberdade de Meios de Prova e Regras Particulares Quanto ao Recurso a Determinadas Meios Tecnológicos.....	107
3.4 – Decomposição Analítica: a Gravação de Palavras, o Filmar e o Fotografar e a Utilização Desses Registos .....	107
3.5 – Escutas Telefónicas.....	108
3.6 – Intercepção de Outros Meios de Telecomunicação.....	109
3.7 – Intercepção e Gravação de Comunicações <i>face a face</i> .....	109
3.8 – A Gravação de Palavras Auto-Incriminatorias do Arguido .....	110
3.9 – As Conversas com o Defensor.....	110
3.10 – As Conversas Privadas.....	111
3.11 – Registos de Imagem.....	111
3.12 – Redução Vitimodogmática da Ilícitude do Gravar, Filmar e Fotografar .....	111
3.13 – As Vigilâncias Policiais.....	112
<b>IV – CRIMINALIDADE ORGANIZADA E PROTECÇÃO DE TESTEMUNHAS .....</b>	<b>113</b>
4.1 – A Prova Testemunhal na Criminalidade Organizada .....	113
4.2 – A Protecção de Testemunhas e o Confronto com Princípios de Direito Probatório.....	114
4.3 – A Antecipação da Prova Pessoal.....	114
4.4 – O Testemunho Anónimo.....	115
4.5 – Protecção da Imagem da Testemunha.....	115
4.6 – Confronto da Testemunha, Inquirição Cruzada e Protecção de Testemunhas.....	115
4.7 – Testemunho de <i>ouvir dizer</i> e <i>hearsay evidence</i> .....	116
4.8 – Protecção de Testemunhas Vítimas e Proibição de Temas Probatórios (o caso dos crimes sexuais) .....	118
4.9 – Medidas Executivas de Protecção das Testemunhas .....	118
<b>V – ACESSO A INFORMAÇÃO SIGILOSA – DADOS BANCÁRIOS E DADOS DA ADMINISTRAÇÃO .....</b>	<b>119</b>
5.1 – Estabelecimento dos Circuitos Financeiros e Quebra de Sigilo Bancário .....	119
5.2 – Acesso a Base de Dados Pessoais em Poder da Administração .....	120
<b>VI – ENTREGAS CONTROLADAS .....</b>	<b>122</b>
<b>VII – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OFF-SHORES .....</b>	<b>125</b>
<b>VIII – O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>127</b>
<b>IX – EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS .....</b>	<b>130</b>
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	131
<b>PARTE 3 – COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL .....</b>	<b>135</b>
SUB-ÍNDICE .....	137

<b>I – MECANISMOS DE CONTROLO E TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO – FINANCEIRA .....</b>	<b>139</b>
<b>1 – O Agente Encoberto / Infiltrado .....</b>	<b>139</b>
<b>2 – Perda de Proveitos Patrimoniais (em favor do Estado) .....</b>	<b>151</b>
<b>II – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL .....</b>	<b>159</b>
<b>1 – Institutos da Cooperação Judiciária Internacional em Geral .....</b>	<b>159</b>
<b>2 – Institutos em Especial .....</b>	<b>167</b>
2.1 – Auxílio Judiciário Internacional .....	167
2.2 – Meios de Prova: Aquisição e Validade .....	170
2.3 – Detecção e Apreensão dos Produtos do Crime .....	173
2.4 – Extradicação e Mandado de Detenção Internacional .....	176
2.5 – Aspectos Práticos do Processo de Extradicação Passiva na Lei Portuguesa. O Mandado de Detenção Internacional .....	183
2.6 – Aspectos Práticos do Processo de Extradicação Activa na Lei Portuguesa. O Mandado de Detenção Internacional .....	187
2.7 – Transferência de Pessoas Condenadas .....	188
<b>3 – Instrumentos Operacionais e Modelo Prospectivo de Rede Judiciária .....</b>	<b>193</b>
<b>4 – Cooperação Policial Internacional .....</b>	<b>197</b>

*Parte 1*

**TENDÊNCIAS RECENTES DA  
CRIMINALIDADE E ALGUMAS  
TIPOLOGIAS CRIMINAIS**

**Dr. José António Mouraz Lopes**  
(Juiz de Direito – CEJ)





# Sub-índice

<b>I – TENDÊNCIAS RECENTES DA CRIMINALIDADE</b> .....	11
<b>1 – A actual sociedade criminógena e a explicação</b> .....	11
<b>2 – Criminalidade organizada: crime de “estruturas de poder”</b> .....	14
2.1 – Conceito .....	14
2.2 – Criminalidade de “estrutura de poder” .....	17
<b>3 – Caracterização da criminalidade de colarinho branco</b> .....	19
3.1 – A criminalidade económica .....	20
<b>4 – Associação criminosa</b> .....	25
4.1 – Perspectiva criminológica .....	25
4.2 – Tipo criminal .....	30
<b>5 – Internacionalização do fenómeno criminal: as respostas legais internacionais</b> .....	33
<b>6 – Criminalidade associada à utilização da tecnologia informática</b> .....	35
<b>7 – Paraísos fiscais, sociedades “offshores” e “royalties”</b> .....	36
<b>8 – Abordagens no direito comparado: o que fazer</b> .....	39
<b>9 – A responsabilidade criminal das pessoas colectivas</b> .....	42
<b>II – CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO-FINANCEIRA – TIPOLOGIAS CRIMINAIS</b> .....	49
<b>1 – Terrorismo (organizações e ramificações</b> .....	49
1.1 – Considerações gerais sobre o fenómeno .....	49
1.2 – As Nações Unidas e o Terrorismo .....	51
1.3 – A Europa e o Terrorismo .....	54
1.4 – Instrumentos jurídicos referentes à OUA e aos países islâmicos .....	57
<b>2 – Corrupção</b> .....	57
2.1 – O fenómeno da corrupção .....	57
2.2 – Os tipos criminais da corrupção .....	59
2.3 – Questões controversas na interpretação dos crimes .....	60
2.4 – Direito premial no âmbito da corrupção .....	61
2.5 – Corrupção e titular de cargo político .....	62
2.6 – Corrupção no fenómeno desportivo .....	62

2.7 – Corrupção no comércio internacional .....	63
2.8 – Corrupção no sector privado .....	64
2.9 – Autoridades competentes para a investigação .....	64
<b>3 – Tráfico de influências .....</b>	<b>65</b>
BIBLIOGRAFIA .....	67

## I – TENDÊNCIAS RECENTES DA CRIMINALIDADE

### 1 – A ACTUAL SOCIEDADE CRIMINÓGENA E A EXPLICAÇÃO CRIMINOLÓGICA

Não obstante a «curta vida» da criminologia como ciência, parece evidente que a explicação do porquê da existência do crime como fenómeno social nunca deixou de acompanhar a história do pensamento jurídico – e não só – e como sua consequência, as políticas criminais que consubstancializam a abordagem prática do fenómeno crime<sup>1</sup>.

Porque o crime «faz parte» da sociedade, importa em qualquer circunstância, quando se aborda o fenómeno, seja numa perspectiva de política criminal, seja numa perspectiva dogmática, ter sempre a consciência dessa realidade.<sup>2</sup>

São variadíssimas as teorias do crime que ao longo do tempo têm tentado explicar pelas mais diversas formas do crime.

Uma breve referência às teorias que ao longo do séc. XX, menos que pelas suas soluções globais, e mais pela perspectiva que cada uma delas tem dado na ciência criminal, são por isso fundamentais para a compreensão do que se passa hoje no domínio da criminologia.

As teorias biológicas têm a sua origem, como forma de explicação do crime, em Cesar Lombroso. Este autor Italiano acreditava que «os tipos criminosos poderiam ser identificados pela forma do crânio».

Apesar de aceitar que a aprendizagem social poderia influenciar o comportamento criminal, encarava a maioria dos criminosos como seres biologicamente degenerados.

---

<sup>1</sup> Para uma compreensão histórica da criminologia é fundamental a obra «Criminologia, O Homem Delinvente e a sociedade criminógena», de Figueiredo Dias e Costa Andrade, Coimbra Editora, 1984, especialmente págs. 5 a 62.

<sup>2</sup> Com esta afirmação não se pretende tomar qualquer posição sobre a defesa da teoria da anomia como exclusiva na explicação do fenómeno criminal. Trata-se tão só de retirar o que parece essencial e mesmo consensual da doutrina da anomia, ou seja, de que o crime é o resultado norma do funcionamento do sistema e da actualização da força normativa dos seus valores. Sobre a teoria da anomia cfr. Fig. Dias; Costa Andrade, *Criminologia...*, cit. pág. 313 e ss.

Se estas ideias foram rapidamente criticadas e mesmo repudiadas, tiveram no entanto algumas influências noutras teorias recentes, que desde a sociobiologia até às modernas teorias bioantropológicas sustentadas por Glueck e Glueck, vêm defendendo que a compreensão das determinantes biológicas é essencial para uma melhor e mais completa compreensão do comportamento.

De igual modo, a explicação genética que tenta descobrir e analisar a influência de anomalias cromossómicas na modificação das personalidades, tem as suas raízes naquelas teorias.

Vale a pena referir que com as modernas teorias bioantropológicas «abandonaram-se desde logo as pretensões de definitividade e exclusividade»<sup>3</sup> que caracterizaram por exemplo Lombroso.

Se existem algumas condicionantes bioantropológicas elas terão que ser conectadas com variantes de natureza psicológica e sociológica. Esta afinal a repercussão mais evidente deste tipo de teorias.

Noutra vertente surgem as chamadas teorias psicológicas<sup>4</sup>. Aqui também se associa a criminalidade a certos tipos particulares de personalidade que condicionariam e desenvolveriam uma personalidade amoral ou psicopática.

Não sendo no entanto verdade que todos os psicopatas possam ser criminosos e ainda que uma pequena percentagem dos criminosos possua uma personalidade com características diferentes da do resto da população, não pode concluir-se que isso aconteça a todas as pessoas que cometem crimes.

«As teorias psicológicas só conseguem explicar certos aspectos da criminalidade», segundo Giddens.

Outro conjunto de explicações pode encontrar-se nas chamadas teorias sociológicas que, em síntese e como base, pese embora as suas diversas cambiantes, têm como tronco comum o facto de defenderem que o crime depende as instituições sociais onde se desenvolve.

Continuando a citar Giddens, «um dos contributos mais relevantes da reflexão sociológica sobre o crime foi ter sublinhado a existência de conexões entre a

---

<sup>3</sup> Cfr. Fig. Dias, Costa Andrade, *Criminologia*, cit. pág. 175.

<sup>4</sup> Uma exaustiva descrição de todas as teorias que se desenvolvem nesta área estão descritas na obra de Fig. Dias e Costa Andrade, *Criminologia*, cit. a págs. 178 e ss. Pode ver-se, de uma forma mais concisa, o artigo de Anthony Giddens, «Desvio e Criminalidade», *Sub Júdice*, nº 13, 1998, cit. pág. 11.

conformidade e o desvio nos diversos contextos sociais. As sociedades modernas possuem muitas subculturas e aquilo que para uma subcultura é um comportamento, conforme as normas, pode deixar de o ser fora dela»<sup>5</sup>.

Por outro lado a diferenciação económica e as diferenças de riqueza podem influenciar as oportunidades concedidas aos grupos.

Um dos contributos mais relevantes para a criminologia vem da chamada teoria do «labeling approach» ou teoria dos rótulos.

*«Os partidários desta corrente interpretam o desvio não como um conjunto de características de indivíduos ou grupos mas como um processo de integração entre delinquentes e não delinquentes. Em seu entender, temos de saber porque é que certos indivíduos são marcados com o rótulo de delinquentes»*, refere Giddens.<sup>6</sup>

As instituições formais de controlo, sejam elas os tribunais, as polícias ou as prisões, acabam por estigmatizar ou marcar, «rotular» todos aqueles que por aí passam.

*«O que os delinquentes têm em comum, o que verdadeiramente os caracteriza, é apenas a resposta das audiências de controlo»*, referem Figueiredo Dias e Costa Andrade.

Algumas críticas a esta teoria, que no entanto deixou um legado fundamental para a compreensão do crime, estão sustentadas no facto de, sublinhando a importância do «rótulo», esquece-se de alguma forma o processo que conduziu ao crime. Por exemplo, «as crianças de meios carenciados têm mais probabilidades de fazer furtos em lojas do que as crianças mais ricas. Não é a rotulagem que em primeiro lugar as leva a furtar, mas sobretudo o meio de onde são provenientes», refere Giddens.<sup>7</sup>

Sendo importante ter uma visão global das mais relevantes teorias explicativas do que é e como surge o crime, vale a pena começar no entanto por afirmar com Giddens<sup>8</sup> que «ainda que o crime corresponda apenas a uma subcategoria no conjunto do comportamento desviante, ele cobre tal variedade de tipos de actuação – desde levar uma barra de chocolate sem pagar até ao assassinio em massa – que é pouco provável que consigamos formular uma teoria capaz de dar conta de todas as formas de comportamento criminoso».

---

<sup>5</sup> Ob. cit. pág. 12.

<sup>6</sup> Ob. cit. pág. 13.

<sup>7</sup> Ob. cit. pág. 14.

<sup>8</sup> Desvio e criminalidade, in Sub Judice, nº 13, 1998, pág. 9.

Questão diversa é saber que tipo de crime existe numa sociedade, como deve ser enfrentado e qual o limite de tolerância criminal é aceitável numa determinada sociedade.

Parece claro que a sociedade é inequivocamente criminógena, não só porque ela própria suporta o fenómeno crime, como também o gera, o desenvolve, e em determinadas circunstâncias o especializa.

O entendimento desta realidade, mesmo que sujeito a variações dogmáticas na sua interpretação, permite um melhor entendimento do fenómeno e sobretudo uma «real politic» no enfrentamento dos problemas que o próprio crime suscita.

Problemas desde logo na escolha e desenvolvimento da política criminal adequada a uma sociedade, na estruturação da dogmática adequada e na execução prática dessa política pelos órgãos jurisdicionais, sobretudo no domínio da investigação criminal.

## **2 – CRIMINALIDADE ORGANIZADA: CRIME DE «ESTRUTURAS DE PODER»**

### **2.1 – Conceito**

Se pode começar por perguntar-se sobre a possibilidade de hoje definir-se o que é criminalidade organizada sem se cair no lugar comum, vale a pena, antes de avançar nesse caminho, referir que o conceito de criminalidade organizada teve a sua origem no domínio policial.

Foi utilizado a partir dos anos 20 do século XX, nos relatórios da polícia no período da proibição do álcool, nos Estados Unidos ( de 1919 a 1933) e ao tráfico clandestino que entretanto se desenvolveu nessa matéria e que permitiu às organizações criminosas, em particular mafiosas de origem siciliana, um domínio e uma influência na sociedade, graças aos benefícios que colheram dessa proibição.

A partir dos anos 70, quando as organizações criminosas estenderam as suas actividades sobretudo para o domínio dos estupefacientes em larga escala, a criminologia começou a dar mais atenção ao conceito de criminalidade organizada.

Nas duas últimas décadas do século XX, a criminalidade organizada sofre um impulso extraordinário sob vários aspectos.

Isso mesmo foi referido por Nicolas Queloz<sup>9</sup> ao identificar três dimensões dessa expansão.

Como realidade criminal, verificou-se um aumento quantitativo (aumento dos actos de violência e mesmo intimidação, dos casos de fraude, de burlas de todo o género ou de corrupção, de tráficos ilícitos e reciclagem dos seus produtos) mas sobretudo qualitativo (profissionalização, racionalização, extensão e internacionalização).

Como noção ou expressão genérica é veiculada pela comunicação social, objecto de estudo na literatura e nas reuniões científicas e cada vez mais divulgada na linguagem comum e quotidiana.

Como objecto de preocupações políticas através da efectivação de variadíssimos relatórios governamentais, em discussão na Alemanha (desde 1990), na Itália (sobretudo após a operação Tangentopóli, a partir de Fevereiro de 1992), em França (a partir de 1993) e na Suíça (a partir de 1993), em seminários e nas cimeiras políticas internacionais.

Como objecto de análise criminológica tem sido a criminalidade organizada tratada de uma maneira mais rigorosa e profunda.

A dificuldade em definir criminalidade organizada é bem patente na «definição» que dela dá Anderson: o termo criminalidade organizada é usado com frequência como uma categoria geral indefinida no pressuposto de que toda a gente sabe o seu significado.

Claus Roxin diz que não há um conceito de criminalidade organizada juridicamente claro, capaz de potenciar uma mínima capacidade de consenso. Tão só teríamos heterogéneas descrições acerca do fenómeno que, até agora, não foi abarcado com precisão.<sup>10</sup>

Num recente e interessante artigo, um autor brasileiro, Juarez Cirino dos Santos<sup>11</sup>, faz uma divisão entre o discurso americano sobre a criminalidade organizada e o discurso italiano.

---

<sup>9</sup> Nicolas Queloz, «As acções internacionais de luta contra a criminalidade organizada: o caso da Europa», *Revue de Scienc criminelle et de droit pénal comparé*, Outubro-Décembre 1997.

<sup>10</sup> Claus Roxin, «Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada», *Revista Penal*, nº 2 Julio de 1998, pág. 65. Vale a pena também atentar no texto de José Carlos Fonseca, «Direitos, Liberdades e Garantias Individuais e os Desafios Impostos pelo combate à criminalidade organizada. Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo Verde, com curtas paragens em Almagro e Budapeste», in *Liber Discipulorum*, Coimbra Editora, 2003, pag. 158 e ss.

<sup>11</sup> Juarez Cirini dos Santos, «Crime Organizado», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 42, Março de 2003.

O primeiro define-se como conspiração nacional de etnias estrangeiras, uma espécie de submundo de maus cidadãos que ameaçam destruir a comunidade de bons cidadãos, seja por via do álcool, do tráfico de estupefacientes, sempre no entanto contra o espírito do *american way of life*.

Trata-se de um conceito que não pode deixar de ser apenas um mito com todas as consequências que isso envolve.

Por outro lado o conceito italiano identifica o crime organizado com as actividades da Mafia, que não deixa de ser uma actividade regional, localizada e com especificidades próprias que, segundo o autor, mesmo que seja cientificamente correcto afirmar esse conceito de criminalidade organizada, não pode por exemplo ser transposto para a realidade do Brasil.

O autor questiona por isso as políticas criminais que têm sido seguidas nos vários países à sombra de um conceito de «qualidade» e utilidade muito duvidosa.

Mas afinal pode-se efectuar uma inequívoca identificação do que é a criminalidade organizada sem que se caia afinal no lugar comum de um conceito impreciso?

Apresentar uma definição de criminalidade organizada é dogmaticamente uma tarefa quase impensável.

Existem consensos mínimos sobre a identificação do que se fala quando se fala de criminalidade organizada e nada mais.

Será por isso mais útil falar em definições de criminalidade organizada: criminalísticas ou policiais; jurídicas/ a nível dos códigos penais e processuais penais; criminológicas/de procura.

Nicolas Queloz propõe uma definição criminológica e meramente operatória que atente nas seguintes características fundamentais: é feita de grupos (geralmente de tipo familiar, de clã ou étnico) ou de associações de criminosos (de tipo gangs profissionais, organizações terroristas ou grupos ocultos e seitas); possuem uma vontade deliberada de cometer actos delituosos exclusivamente ou não ligados com actividades legais (de cobertura e de infiltração na esférica económica formal); na preparação, no método e na execução dos seus actos caracterizam-se por uma organização rigorosa, estratégica e profissional.

É uma verdadeira empresa ou indústria do crime visando uma estratégia de racionalização e de extensão internacional (sem fronteiras); opera normalmente



em três grupos de actividades sem negligenciar as suas ligações com a pequena criminalidade ou microcriminalidade quotidiana; tais grupos de actividades encaixam-se na criminalidade organizada violenta (atentados, tomada de reféns, actos terroristas, ameaças, intimidações, etc.), na organização de actividades de tráficos ilícitos extremamente remunerados (exploração de casa de jogo, proxenetismo, tráfico de pessoas, de drogas, de medicamentos, de armas de viaturas) e na criminalidade de colarinho branco ou económica; procura ganhos importantes que assegurem aos seus membros meios elevados de existência, de prosseguimento das suas actividades e de influência ou de pressão; uma estrutura com filiais e escritórios nacionais e transnacionais que lhes possibilita uma grande capacidade de adaptação às mudanças políticas económicas e jurídicas e grandes triunfos em poder e influência.

Ou seja, se parece clara a dificuldade em definir dogmaticamente o que é criminalidade organizada vale a pena por isso, com a certeza que é nesta realidade difusa que inevitavelmente se tem que actuar, quer normativa quer judicialmente, ancorar a discussão na definição estabelecida na Convenção da Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, aprovada em Nova York em 15 de Novembro de 2000<sup>12</sup>.

Aí se define «grupo criminoso organizado» como um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na Convenção com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material.

## **2.2 – Criminalidade de «estrutura de poder»**

Pese embora as dificuldades referidas parece claro que haverá consensos mínimos – que já resultaram na Convenção citada – que assentam em coordenadas essenciais.

Com a relatividade que as mesmas podem sempre consubstanciar, Claudia Santos<sup>13</sup> identificou-as nos seguintes termos: corrupção, violência, sofisticação, continuidade, estrutura, disciplina, actividades diversificadas, envolvimento em actividades empresariais legítimas e hierarquia.

Ou seja e vale por dizer: estrutura de poder.

Não pode, por outro lado, dissociar-se a criminalidade organizada da criminalidade global, Transnacional.

---

<sup>12</sup> A convenção foi adoptada pela Resolução A/RES/55/25 de 15 de Novembro de 2000.

<sup>13</sup> Cláudia Maria Cruz Santos, *O crime de colarinho branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade da justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, pág. 85 e 86.

De igual modo há também uma conexão directa entre a criminalidade organizada e as actividades lucrativas ilícitas.

Como já se referiu no ponto anterior trata-se, no âmbito da criminalidade organizada de crimes, e aqui há inequívoco consenso dogmático, que abrangem um espectro de comportamentos lesivos que incluem além dos crimes económicos e financeiros, os crimes ligados à tecnologia informática, os crimes contra o ambiente, os crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia de seres humanos, a prostituição de menores, o terrorismo, a evasão fiscal, a espionagem.

Como refere Alberto Silva Franco<sup>14</sup>, «tais formas de criminalidade não decorrem frequentemente da acção visível de uma pessoa ou de um grupo bem caracterizado de pessoas, o que dificulta sobremaneira a apreensão e captação da actividades postas em prática».

O que se constata é, em todas elas, «dados comuns representados por uma sofisticada estrutura organizacional, por uma finalidade geral de obtenção de lucros ilimitados, por uma grande dificuldade da determinação territorial e por uma capacidade de criar uma zona cinzenta entre o lícito e o ilícito»<sup>15</sup>.

Já a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, de 1988, alertava os Estados para essa conexão directa do tráfico com a criminalidade organizada internacional, incentivando os Estados a tratar diferenciadamente e com maior gravidade todas as circunstâncias que envolvessem essa conexão.

Como se referiu, não se pode pensar hoje a realidade criminal isoladamente.

Quem trafica estupefacientes tem o objectivo de conseguir lucros elevadíssimos.

Porque, para além de objectivamente e como em qualquer negócio, pretendem-se obter lucros e suportar os investimentos efectuados. Ou seja, são necessários fundos financeiros suficientes para suportar toda a vastíssima máquina que é envolvida no negócio.

Por outro lado os fundos financeiros e os lucros necessitam de circular pelo mundo inteiro para serem reinvestidos e aplicados, sendo certo que isso implica sempre a utilização da actividade bancária, a constituição de empresas, a utilização de alguns Estados e mesmo de alguns dirigentes colocados em posições estratégicas.

---

<sup>14</sup> Globalização e Criminalidade dos Poderosos, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 31, Julho – Setembro, 2000, pág.123.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Ou seja, não se pode pensar hoje que o tráfico de estupefacientes nada tem que ver com o branqueamento de capitais, com a corrupção, com o próprio sistema financeiro público e privado e com a actividade negocial de outras actividades ilícitas, como sejam as armas ou o tráfico de seres humanos.

Só uma visão integrada do sistema permite afinal compreender toda a realidade e simultaneamente, perceber uma adequada utilização dos instrumentos excepcionais que devem ser postos à disposição das autoridades de investigação para a finalidade de enfrentar essa realidade.

Situação que, no entanto, não pode deixar de ser entendida com o realismo de que enfrentar tais poderosas realidades não será uma tarefa fácil.

Como escreveu recentemente Stratenwerth, referindo-se à política de *war on drugs* norte americana, «quanto mais os Estados Unidos pensam obstinadamente em prosseguir, mais claro se torna que ela não é para ganhar»<sup>16</sup>.

Esta é provavelmente a primeira lição a retirar. Ou seja, não é hoje possível enfrentar de uma forma apenas «bélica» a questão do tráfico de drogas e toda a criminalidade organizada com ele relacionada. A realidade global é claramente mais fértil do que a virtualidade de algumas soluções aparentemente eficazes mas que se tornam, afinal, absolutamente trágicas quando na sua concretização.

### **3 – CARACTERIZAÇÃO DA CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO**

A noção de criminalidade de colarinho branco – *white-collar crime* – hoje praticamente aceite pela generalidade da criminologia, deve-se a Sutherland e às suas obras «White-collar Crime» e «Is White-collar crime, Crime?», publicadas nos anos 60 nos Estados Unidos.

Pela primeira vez de uma forma sistemática, foi caracterizado e definido o conceito de crime dum ponto de vista da danosidade social, não permitindo que desde aí os mais poderosos continuassem a cometer actos e práticas ilícitas contra a sociedade que claramente consubstanciam tipos criminais.

O crime já não é apenas o *blue crime*, ou seja, os actos ilícitos praticados pelos operários, pelos mais miseráveis, pelos mais pobres da sociedade, aqueles que afinal apenas usam roupa azul, mas é um fenómeno que atinge as classes sociais mais favorecidas, assumindo no entanto aí uma especificidade própria.

---

<sup>16</sup> Gunter Stratenwerth, «A luta contra o branqueamento de capitais por meio do Direito Penal: o exemplo da Suíça», conferência proferida na Universidade Lusíada de Lisboa, em 6 de Novembro de 2002 (não publicada).

Podemos distinguir duas grandes formas no âmbito do white-collar: o crime de colarinho branco e o crime do poderoso – *crimes of the powerful*.

Giddens distingue o crime de colarinho branco (*white collar*), que envolve o uso de uma posição profissional de classe média para a prática de crime, dos crimes dos poderosos (*crimes of the powerful*), que serão aqueles em que a autoridade conferida a uma determinada função acaba por ser utilizada para a prática de crimes.

Quando falamos de crime de colarinho branco não podemos deixar de atentar que esta expressão criminológica tem um conteúdo normativo, ou seja, dirige-se a um específico tipo de crimes estabelecidos nas várias legislações penais, mesmo que em alguns casos com estruturas típicas diferenciadas.

Assim e pese embora o carácter relativo do conjunto de crimes, é manifesto que as fraudes fiscais, as fraudes com seguros ou relativas a subsídios públicos, as fraudes com medicamentos, com obras públicas, a corrupção, o branqueamento de dinheiro, são alguns dos tipos criminais que podem incluir-se nesta categoria criminológica.

A primeira questão criminológica que vale a pena referir a propósito dos crimes de colarinho branco tem a ver com as consequências que este tipo de criminalidade provoca no tecido social, ou seja, na questão da danosidade.

Nos Estados Unidos, onde de uma forma sistemática e mais cedo que noutras paragens se começou a tratar da questão, calcula-se que o montante global das quantias envolvidas neste vasto e largo conjunto de crimes concretos que se podem englobar no conceito, é quarenta vezes mais elevado do que nos crimes comuns contra a propriedade (assaltos, furtos em residências, furtos simples, falsificações, furtos de automóveis).

Por outro lado certas formas de criminalidade do white collar afectam um número bastante elevado de pessoas. Um desfalque fiscal por exemplo ou uma burla através de meios informáticos pode prejudicar milhões de pessoas. De igual modo a venda ilegal de medicamentos pode afectar a saúde de milhares de pessoas.

### **3.1 – A criminalidade económica – breve caracterização<sup>17</sup>**

Falar de criminalidade económica é hoje discutir um leque relativamente vasto de crimes tipificados ou não, em códigos ou diplomas avulsos sujeitos a regras processuais diversas e sobretudo não concretamente identificados nem identificáveis de uma forma imediatamente apreensível.

---

<sup>17</sup> Este capítulo segue de muito perto a nossa obra *Garantia Judiciária no Processo Penal*, Coimbra, 2000, pag.103.

Perguntar sobre o que se fala quando se fala de criminalidade económica seria assim e por isso mesmo a pergunta inicial (ou porventura o desafio) que numa certa perspectiva de bom senso levaria que se fizesse.

De outro lado, seria porventura acertado, em vez de falar de criminalidade económica, falar de criminalidades económicas, sabidos os diversos e diferentes tipos criminais que configuram os vários tipos de crimes, objecto de estudos criminológicos usualmente tidos como englobados neste tipo de criminalidade<sup>18</sup>.

A concretização dogmática do que revestirá tal criminalidade ou, afinal, quais as especificidades dos crimes em causa que tornam tão imperiosa a delimitação de tal categoria criminal, é questão jurídica não pacífica no âmbito da doutrina e mesmo a jusante, na jurisprudência e que tem levado a inúmeras querelas e a outros tantos julgados divergentes e por vezes contraditórios.

Questões como a autonomia do direito penal económico, a sua própria existência como direito penal, as fronteiras que o separam do ilícito de mera ordenação social ou mesmo e porventura fundamentalmente sobre quais os bens jurídicos que se tutelam no âmbito da criminalidade económica, continuam a suscitar algumas longas páginas de debates<sup>19</sup>.

Debates que, gerando algumas incertezas, se repercutem directamente na aplicação e interpretação dos próprios tipos de crime que, nas várias legislações, consubstanciam crimes económicos<sup>20</sup>.

Mas se as incertezas são ainda muitas, há no entanto já algumas certezas que, balizando e sustentando o que está em causa, permitem uma maior clareza na interpretação e aplicação da lei.

---

<sup>18</sup> Assim parece entender JEAN LUC BACHER, em editorial ao Volume XXX n.º 1, 1997, da revista *Criminologie*, cujo dossier é «Criminalités économiques».

<sup>19</sup> Ver a título de exemplo a obra *Direito Penal Económico*, Coimbra, 1985, contendo vários artigos a propósito de um ciclo de estudos sobre direito penal económico organizado pelo Centro de Estudos Judiciários.

<sup>20</sup> Citam-se, apenas a título de exemplo, os acórdãos recentes do STJ sobre a problemática quer dos crimes fiscais – Acórdãos do STJ de 30/1/90, in *BMJ*, n.º 393, p. 301; Acórdão do STJ de 28/5/1997, ainda não publicado; Acórdão do STJ de 8/11/95, in *CJ - Acs. do STJ*, Ano III, t. 3, p. 230; Acórdão da Relação de Coimbra de 27/4/1994, pub. na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4.º, t. 3.º, p. 419; Acórdão do STJ de 8/11/95, in *CJ - Acs. do STJ*, Ano III, t. 3, p. 230 – quer dos crimes de desvio de subsídio que, sobre questões de facto idênticas, decidem de maneira divergente e sobre a mesma matéria. Também em sentidos divergentes as posições doutrinárias de FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE, in «O Crime de Fraude Fiscal», *RPCC*, Ano 6, p. 71; JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Crimes contra o património*, Universidade Lusíada, 1996, p. 187; J. M. NOGUEIRA DA COSTA, «Facturas falsas», *Revista do Ministério Público*, n.º 65, p. 107.

Desde logo é incontestável hoje que as condutas que subjazem aos crimes económicos são condutas éticas ou axiologicamente relevantes, ao contrário das condutas subjacentes às contra-ordenações, figura sancionatória de índole não penal que num primeiro momento suscitou alguns equívocos sobre o lugar que haveria de desempenhar no espectro jurídico sancionatório.<sup>21</sup>

Por isso há que afirmar que, quando se fala de direito penal económico, estamos no domínio de verdadeiro direito penal e não no âmbito de outros regimes sancionatórios de índole administrativa.

Sendo condutas axiologicamente relevantes e não neutras, é manifesto que são bens jurídicos que são tutelados pelos crimes estabelecidos e não outros interesses.

Não pode por isso aceitar-se a tese dos que entendem que, encontrando-se a criminalidade económica num “limbo” de condutas com pouca coloração ética, daí partem para uma interpretação menos rigorosa dos próprios tipos de crime em concreto, apenas encontrando uma relevância criminal em condutas que pouco têm a ver com a finalidade que esteve na origem dos tipos de crime em concreto.

Questão mais delicada, mas mesmo assim com resposta já afirmativa na doutrina, será a natureza dos bens jurídicos em causa.

Que tipo de bens jurídicos se protegem afinal na criminalidade económica?

Trata-se de bens jurídicos colectivos que se movem no âmbito do macrossocial, por contraposição aos bens jurídicos individuais e que têm a sua concretização típica nos variadíssimos tipos de crimes estabelecidos e codificados no Código Penal.

Bens jurídicos, no entanto, para alguma doutrina, subsidiários e de ordem hierárquica inferior e de menor carga axiológica em relação aos bens jurídicos individuais<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Sobre os equívocos que sobretudo na jurisprudência se fizeram sentir sobre a distinção entre direito penal e direito contra-ordenacional, ver os Acórdãos da Relação do Porto de 19/1/87, *in CJ*, Ano XII, t. 1, p. 272, da Relação de Évora de 9/4/85, *in CJ*, Ano X, t. II, p. 306, e o despacho do Juiz SALVADOR DA COSTA, *in Tribuna da Justiça*, n.º 38, p. 16. Sobre a distinção entre direito penal e direito de mera ordenação social ver FIGUEIREDO DIAS, *in* «O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social», *Jornadas de Direito Criminal*, p. 329”; TERESA BELEZA, *Direito Penal*, Volume I, 2ª edição, pp. 131, 134 e 135; TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, 1990, pp. 81 e 89.

<sup>22</sup> Para uma visão crítica da doutrina do ‘bem jurídico’ como fundamentação da legitimação do Direito Penal, ver PAULO FERREIRA DA CUNHA, *A Constituição do Crime - da substancial constitucionalidade do direito penal*, Coimbra, 1998, especialmente pp. 49 e 50.

Atente-se na ordem constitucional dos direitos fundamentais, divisível entre direitos liberdades e garantias pessoais e direitos e deveres económicos e sociais e ter-se-á a resposta a esta relação hierárquica.

Falam outros de, no direito penal económico, estarmos em presença de bens jurídicos de construção normativa por contraposição aos bens jurídicos tutelados no direito penal clássico, onde não se torna necessário construir nada juridicamente, para se entender que é a vida que está por detrás do homicídio, a liberdade sexual que é tutelada no âmbito da violação ou a honra que sustenta a injúria e a difamação.

São sempre, no entanto, bens jurídicos tendencialmente supra-individuais que são tutelados pelo direito penal económico.

Fala a este propósito COSTA ANDRADE e para além da sua índole supra individual, que “os bens jurídicos tutelados pelo direito penal económico caracterizam-se materialmente pela sua relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência, funcionamento ou mesmo implementação se pretende assegurar”<sup>23 24</sup>.

Por seu lado e numa perspectiva de diferenciação com o direito patrimonial clássico, refere FARIA COSTA que “o direito penal patrimonial pretende proteger primacialmente, valores ou bens economicamente relevantes e transmissíveis, de raiz individual, enquanto que o direito penal económico visa dar guarida, também em primeira linha, a bens ou valores de natureza patrimonial mas que se perfilam de carácter supra-individual”<sup>25</sup>.

Temos pois por certo que existindo estas certezas, na medida em que se possa falar juridicamente de certezas, há no entanto um vasto e ambíguo campo normativo onde se move toda esta matéria.

E curiosamente, é neste “caldo” de incertezas, que se traduzem depois em muitas ambiguidades jurídicas, que hoje se discutem quer na doutrina quer na jurisprudência, todos os problemas relacionados com os tipos de crime em concreto.

---

<sup>23</sup> COSTA ANDRADE, in «A Nova lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei 28/84 de 20/1) à luz do conceito de ‘bem jurídico’», ob. citada na nota 2.

<sup>24</sup> Para uma visão actualizada — e crítica — sobre a criminalidade económica em Espanha, após o Código penal de 1995, LANDROVE DIAZ, «Represión de la delincuencia económica», *Jueces para la Democracia*, n.º 31 Março 1998 p. 31.

<sup>25</sup> FARIA COSTA, *Direito Penal Especial*, Lições ao 5.º ano do Curso 1997-1998, policopiado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, p. 40.

E aqui um parêntesis para referir que é o próprio legislador que, por vezes, aproveitando-se dessa ambiguidade dogmática, utiliza o sistema penal com finalidades que pouco têm que ver com a protecção de bens jurídicos, criando normas penais lacunosas e/ou deficientes que permitem depois, um “jogo do rato e do gato” entre a acusação e a defesa, tudo contrário não só ao princípio da “última ratio” que deve presidir a uma intervenção do direito penal, como também violador do princípio da legalidade e tipicidade, tão caros ao direito penal.<sup>26</sup>

Se a nível do direito substantivo o panorama traçado em tom de “flash” permitiu apenas lançar uma imagem do que se vive, a realidade onde assenta a criminalidade económica está no entanto aí, com uma força e uma amplitude que, pese embora a inexistência de estatísticas não permita concluir com a necessária certeza sobre o âmbito da sua dimensão, as cifras negras não deixam desmentir.

Falamos nas fraudes na obtenção e desvios de subsídio, na fraude fiscal, no abuso de confiança fiscal, no branqueamento de capitais, nas infracções económico-financeiras cometidas através da informática (burla informática) e mesmo na criminalidade referente ao mercado de valores mobiliários.

As estatísticas parcelares que ciclicamente são publicadas não deixam dúvidas sobre o aumento gradual deste tipo de criminalidade, nomeadamente toda a panóplia de crimes que têm a ver novas formas de criminalidade económica.<sup>27</sup>

Importará também referir que não pode dissociar-se a criminalidade económica do fenómeno mais lato da grande criminalidade organizada, transfronteiriça, hoje em dia preocupação básica da política criminal e simultaneamente das doutrina penal e processual penal.

A resposta legislativa internacional a este fenómeno, sendo recente, é no entanto sintomática da preocupação dos países e instituições sobre a questão.

---

<sup>26</sup> É exemplo disso a evolução recente da legislação penal fiscal portuguesa. Numa perspectiva crítica da criminalização das infracções fiscais ver PAULO CUNHA, *A constituição do crime...* pp. 52 e 60.

<sup>27</sup> Em Portugal, o relatório de actividades da Polícia Judiciária referente ao ano de 1997, respeitante à criminalidade participada, refere ter a fraude com dimensão internacional aumentado 136,4% em relação a 1996. Quanto ao branqueamento de capitais verifica-se um aumento de 33,3%. Relativamente a este tipo de infracção, os dados respeitantes a 1994 permitem registar um acréscimo bastante significativo, de 420%, ao qual se seguiu em 1995 um novo aumento, reduzido.

Um estudo recente da Procuradoria Geral da República relativo aos casos comunicados a esta instituição no âmbito dos artigos 10.º e 11.º do Decreto Lei 313/93 de 15/9 — prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais — revela 3 casos participados em 1993, 24 em 1994, 32 em 1995, 26 em 1996 e 45 em 1997.



Respostas globalizantes, como a Convenção de Viena de 1988 sobre a luta contra o branqueamento aprovada no âmbito das Nações Unidas, a instituição do GAFI (Grupo de Acção Financeira Internacional) criado no âmbito dos G-7 (grupo dos chefes de Estado e Governo dos sete países mais industrializados), a elaboração da Convenção de Estrasburgo de 8.11.90, no âmbito do Conselho da Europa ou mesmo respostas mais concretas no domínio da cooperação internacional bilateral ou multilateral têm nos últimos anos sido concretizadas sem conseguirem no entanto estancar o problema.<sup>28</sup>

A amplitude que atingiu a criminalidade económica levou inclusive à proposição de alguns, como HASSEMER, no sentido de se substituir o direito penal por desadequado, por um direito de intervenção<sup>29</sup>.

Se é inequívoca a amplitude que atingiu a criminalidade económica, a resposta institucional tem vindo a passar, a par de uma onda de neocriminalização, por uma alteração do quadro normativo processual quer na fase de investigação quer na fase de julgamento.

Admite-se mesmo para este tipo de criminalidade falar em reforço da prevenção criminal, o que leva alguns a admitir a existência de fases pré judiciais, sem qualquer controlo jurisdicional.<sup>30</sup>

## **4 – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA**

### **4.1 – Perspectiva criminológica**

Antes de mais importa referir que a abordagem a fazer referente ao item «associação criminosa», decorre directamente do que vem sendo dito a propósito da criminalidade organizada e menos do que a estruturação normativa sobre qualquer tipo de crime em concreto, o que será efectuado infra noutro capítulo.

---

<sup>28</sup> Sobre a situação actual na Europa, ver GIULIANO TORONE, «La Europa de los Capitales y las fronteras de la acción penal», *Corrupción y Estado de Derecho*, Madrid, 1996 p. 110.

<sup>29</sup> “O direito penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade e nós temos de reflectir a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, que seja capaz de solucionar esses problemas. Eu chamo a isso de “Direito de Intervenção” — WINFRIED HASSEMER, «Perspectivas de uma Moderna Política Criminal», *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.º 8, Outubro de 1994, p. 41

<sup>30</sup> A este propósito são absolutamente fundamentais os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 456/93, publicado no DR, 1ª Série A, n.º 212, de 9/9/93, e n.º 334/94, publicado no DR, II Série, n.º 200, de 30/8/94, que se pronunciaram, o primeiro, sobre a inconstitucionalidade do Decreto da Assembleia da República n.º 126/VI, relativo a medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira e o segundo, respeitante ao Decreto da mesma Assembleia n.º 146/VI, relativo à mesma matéria, tendo este último decidido sobre a constitucionalidade do referido decreto (tem no entanto quatro votos que não fizeram vencimento).

Parece evidente que não pode falar-se em criminalidade organizada sem se falar num grupo de pessoas, num conjunto de vontades, enfim, numa associação de pessoas para a prática de crimes.

Não faz hoje sentido, como ontem, pensar o crime, este tipo de crime, sem uma perspectiva de grupo.

Se atentarmos numa perspectiva histórica temos identificadas um conjunto de organizações perfeitamente delimitadas, umas mais recentes outras menos, inequivocamente demonstrativas da importância da organização no domínio da criminalidade organizada.

Desde logo e como «paradigma» não se pode deixar de referir a Mafia (Cosa Nostra).

Trata-se de uma organização criminoso com origem na Sicília, hoje com ramificações em toda a Itália e mesmo a outros países do Mundo inteiro.

Quando se fala de Mafia envolve-se no conceito um conjunto de organizações criminosas diversas, umas mais definidas e localizadas do que outras e por vezes com origens sociológicas muito diversas mas que mantêm contactos e negócios num mundo cada vez mais globalizado, por vezes inteiramente dominado por essas organizações.

Negócios como as drogas, as armas, a prostituição, o jogo e o tráfico de estupefacientes são controlados em todo o mundo por esta organização ou organizações.

A Mafia siciliana é dotada de uma especificidade própria. A partir de 1992, ano em que foi iniciada a investigação criminal em Itália denominada operação Tangentopoli (operação mãos limpas), passou a conhecer-se muito melhor todo o esquema de funcionamento desta organização, bem como das restantes organizações tipo mafioso.

Em Itália as relações entre instituições e Mafia desenvolveram-se ao longo de muitos anos como relações entre duas entidades soberanas distintas; nenhuma das duas atacou a outra, assim como cada uma delas não ultrapassava os limites da sua própria competência (Comissão Parlamentar Anti Mafia, 1993).

A Cosa Nostra controla totalmente os mercados da Sicília. Serve para garantir o cumprimento e a execução dos acordos estabelecidos, para intervir nos locais em que se manifeste alguma deficiência de funcionamento, punindo as empresas que se recusem a submeter e matando, se necessário, os empresários recalcitrantes.

Na Sicília a relação de troca que se estabelece entre empresas e políticos locais é muito organizada e estratificada. Mediadores desempenham o papel de correios de transmissão. Frequentes vezes o responsável regional competente delegava os seus poderes em matéria de decisões relativas ao destino do fluxo de recursos públicos, num intermediário que oferecia aos administradores locais a possibilidade de realizar obras num determinado concelho. As empresas designadas para ficarem com o mercado pagavam uma gratificação na ordem dos 25% do montante previsto, isto muito antes de ser publicado o edital da adjudicação. O sistema equilibrava-se em virtude das garantias recíprocas de fiabilidade. A parte das gratificações entregues à Mafia representa o preço a pagar para obter a garantia que esse muito complexo mercado decorrerá sem obstáculos<sup>31</sup>.

A Mafia não está apenas localizada em Itália. É conhecida a sua estrutura enraizada nos Estados Unidos, junto das comunidades itálicas que aí residem, sendo a estrutura de poder da organização idêntica, apenas mudando conjuntamente os objectos do negócio.

Uma outra organização criminosa «histórica» é a Camorra. Situada geográficamente na Campânia, Itália (região de Nápoles), a Camorra aproveitou os investimentos e as ajudas que órgãos públicos provenientes do Estado Italiano e da União Europeia realizaram na Campânia, utilizando-os em fins ilegais.

Como as restantes organizações criminais em Itália, também o enriquecimento associado ao imobiliário ou às adjudicações efectuadas neste domínio são formas de actuação desta organização.

O mundo da política e da Camorra, segundo o arrependido Pasquale Galasso, são duas realidades inseparáveis. Cada clã da Camorra tinha um ponto de referência político privilegiado e de comum acordo, as personalidades políticas e os chefes criminosos escolhiam quem devia ocupar os principais cargos políticos, quem devia ver-se em condições de adjudicar os mercados, quais os trabalhos que deveriam ser projectados e financiados, quais os terrenos que deviam ser declarados como sendo próprios para a construção.

O assassinato de personalidades políticas ou de empreiteiros, a infinita lentidão ou a rapidez de execução dos actos públicos, a ascensão fulgurante de políticos ou a desgraça eleitoral, tudo isto figurava no catálogo de recursos à disposição para garantir que os acordos concluídos fossem respeitados pelo cartel dos homens políticos/homens da Camorra.

---

<sup>31</sup> Cfr. sobre a matéria, mais desenvolvidamente, Alberto Vannuci, *Mafia e Corrupção em Itália, Democracia e Corrupção na Europa*, Inquérito, 1995.

Ainda no domínio das organizações tipicamente italianas estão identificadas a 'Ndrangheta e a Sacra Corona Unita.

A primeira é uma organização sediada na Calábria – região de Itália – com uma implantação originariamente apenas limitada àquela região. Dotada nos seus primórdios de uma estrutura arcaica, ao ligar-se ao tráfico de estupefacientes desenvolveu-se e internacionalizou-se. Estende-se hoje também aos Estados Unidos, à Austrália, ao Canadá e à América do Sul bem como à Europa de Leste.

A Sacra Corona Unita tem estrutura semelhante mas tem origem e específicos interesses na região italiana da Púglia.

Na Turquia foram conhecidos e identificados os chamados «Lobos Cinzentos». Trata-se de um clã que controla o tráfico de heroína para a Europa através da rota do Balcãs que, no entanto, têm ligações à Mafia e à 'Ndrangheta.

Mas não só na Europa Ocidental se desenvolvem redes e organizações criminosas específicas.

São conhecidas as organizações criminosas russas, hoje com grande expansão em toda a Europa, sobretudo com intervenção no «mercado» de tráfico de estupefacientes e de seres humanos, nomeadamente mulheres, para efeitos de prostituição e emigração clandestina de trabalhadores.

Tais redes têm já uma forte implementação no Sul da península Ibérica, onde estão já envolvidas e sedimentadas, no domínio imobiliário e no domínio da actividade do transporte de mercadorias, sobretudo por via marítima onde se procede à lavagem de dinheiro decorrente das actividades ilícitas referidas.

Na Polónia estão identificadas as redes organizadas relacionadas com tráfico de estupefacientes. São conhecidas as Puzkow e Ozarow.

Inúmeras redes e organizações têm a sua base ou origem na Rússia bem como em países que se desmembraram da Ex. União Soviética, actuando quer naqueles países, quer por toda a Europa e Ásia em áreas relacionadas com o tráfico de droga, de seres humanos, de armas e mesmo de material radioactivo.

Na América do Sul são conhecidos os cartéis colombianos de cocaína, quer de Medellín quer de Cali, ambos com relevantes papéis na economia da droga, que começaram a crescer nos anos oitenta e noventa do século passado.

As suas actividades no entanto estenderam-se à Europa através de contactos e ligações com outros grupos já instalados na Península Ibérica e na Alemanha.

A Bolívia é um dos grandes produtores de cocaína sendo uma das rotas utilizadas pelas redes brasileiras conhecidas quer do Rio de Janeiro quer de São Paulo.

Ali, no Rio de Janeiro, é conhecida a organização relacionada com tráfico de estupefacientes «Comando Vermelho», bem como a organização os «bicheiros».

Em São Paulo está, entre outras, identificada a organização «zoodroga».

Na América do Norte, nomeadamente no México, estão identificadas organizações criminosas relacionadas com o tráfico de estupefacientes, também eles relacionados com os grupos colombianos já referidos.

Na África identificam-se grupos criminosos nigerianos e jamaicanos, onde o tráfico de armas surge como «matéria-prima» fundamental, mas não exclusiva.

Finalmente na Ásia, como mais relevantes, estão perfeitamente identificadas as sociedades secretas conhecidas como Tríades chinesas e as organizações Yasuca japonesa.

Estas últimas são designadas no Japão por Boryokudan (associações violentas) tendo em atenção os métodos violentos que utilizam<sup>32</sup>.

Sendo organizações muito antigas (algumas que se pretendem originárias do séc. XVII), hoje têm as suas actividades centradas na prostituição e no turismo relacionado com tal actividade na Coreia, nas Filipinas e na Tailândia que se estende à Austrália, à Alemanha e à América do Norte.

No entanto estas organizações controlam também o mercado de tráfico de droga, de seres humanos, a emigração ilegal, extorsão burlas de seguros e obviamente o branqueamento de capitais, através de um vasto conjunto de negócios lícitos que mantêm em funcionamento em vários países.

«No Hawaii, que foi a sua primeira plataforma numa cultura não oriental, a Yasuca investiu, até 1994, cem milhões de US Dólares. Nos Estados Unidos investe no negócio imobiliário e usa bancos americanos para branqueamento de capitais»<sup>33</sup>.

Existem provas que no Japão há ligações entre a Yasuca e alguns partidos políticos.

---

<sup>32</sup> Sobre esta matéria é fundamental o artigo de Maria Leonor Assunção, «Do lugar onde o sol se levante, um olhar sobre a criminalidade organizada» in *Liber Discipulorum*, cit. que, aliás, com a devida vénia citamos.

<sup>33</sup> Maria Leonor Assunção, ob. cit. pág. 100.

Quanto às Tríades chinesas, para além de estarem histórica e culturalmente extraordinariamente enquadradas na China e sobretudo na parte sul do enorme país, assumem uma relevância fundamental na economia paralela do Sudoeste Asiático.

Podem identificar-se um conjunto de actividades ilícitas vastas não só relacionadas como o tráfico de drogas (concretamente heroína através do controlo desde a fonte que é o Triângulo Dourado – Afeganistão, Paquistão e ...) a corrupção activa, a extorsão, a exploração da prostituição e da migração clandestina, o jogo ilegal, a contrafacção de bens de marcas registadas e de produtos da industria micro eléctrica, etc.

Têm uma estrutura que se traduz «numa rigidez hierárquica e num ritual, que tende hoje para a simplificação, mas ainda com força bastante para fortalecer um sentimento de fidelidade cimentado por laços de sangue inquebráveis.

Caracteriza-se por uma relativa autonomia dos seus membros, designadamente quanto à prossecução de negócios independentes da sociedade, cujo chefe deverão homenagear, mas não necessariamente fazer participar em todos os ganhos ilícitos, sobretudo através de presentes por alturas dos festejos do Ano Novo Lunar, do Barco do Dragão, do Solesticio de Outono e do Solesticio de Inverno(...).

A sua expansão ao resto mundo é notória sendo que «membros das organizações criminosas asiáticas (...) estabeleceram nos Estados Unidos da América, no Canadá e na Austrália as suas próprias estruturas criminosas mas, não obstante, adoptaram a designação de sociedades com sede no sul da China, são autónomas: para além de relações de colaboração e auxílio na consecução dos crimes, não possuem relação estrutural com as suas homónimas.

Controlam com as organizações chinesas não tradicionais a distribuição da heroína e a migração clandestina que envolve ainda a falsificação de documentos, a fraude relativa a cartões de crédito, a contrafacção de bens e crimes contra a propriedade industrial, o furto de software e o branqueamento de capitais. Como actividade paralela praticam a extorsão a pretexto de protecção nas comunidades asiáticas sitas na América do Norte e na Austrália».<sup>34</sup>

## **4.2 – Tipo criminal**

Todas estas organizações criminosas demonstram, entre outras coisas, a evidência do papel do «grupo», da «organização», do trabalho conjunto que as suporta.

---

<sup>34</sup> Maria Leonor Assunção, ob. cit. pag. 105 e 106.

Além dos vários tipos criminais individualizadores que cada uma das organizações e dos seus membros pratica, torna-se necessário, a partir de certa altura, criminalizar o próprio grupo, a própria organização.

Assim e para além dos vários tipos criminais que consubstanciam a realidade criminógena em que se traduz a criminalidade organizada, quer a doutrina quer posteriormente as várias legislações vieram enveredar pela criminalização autónoma da «associação criminosa».

A incriminação da associação criminosa (ou outra designação afim) tem assim a sua razão de ser, na perigosidade acrescida que para os bens jurídicos penalmente relevantes resulta em geral da criminalidade organizada.

Na legislação portuguesa o crime de associação criminosa encontra-se disperso em vários diplomas legais.

Desde logo no Código penal no artigo art. 299.<sup>o</sup> – tipifica-se o crime de associação criminosa (grupo, organização, associação) cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes.

No âmbito da Em legislação avulsa:

- associação criminosa cuja finalidade ou actividade seja dirigida ao tráfico de substâncias estupefacientes ou de branqueamento de capitais – art.<sup>o</sup> 28.<sup>o</sup> do DL 15/93, na redacção introduzida pelo DL 45/96, de 3 de Setembro.
- associação criminosa cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes tributários – art. 89.<sup>o</sup> da Lei n.<sup>o</sup> 15/2001, de 5 de Junho
- associação criminosa cuja finalidade ou actividade seja dirigida ao auxílio à imigração ilegal – art. 135.<sup>o</sup> do DL 244/98, de 8 de Agosto

A doutrina portuguesa<sup>35</sup> tem entendido que, para se estar perante uma organização criminosa, é necessário que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:

1 – Quanto à estrutura da organização:

- a) uma pluralidade de pessoas, duas ou mais;
- b) uma certa duração temporal adequada à prossecução do fim criminoso;

---

<sup>35</sup> Cfr. por todos FIGUEIREDO DIAS, as «Associações Criminosas» no Código penal Português de 1982, Coimbra, Coimbra Editora, 1988.

- c) um mínimo de estrutura organizatória;
- d) um processo de formação de vontade colectiva;
- e) um sentimento comum de ligação entre os membros da organização a algo que, transcendendo-os, se apresenta como uma unidade diferente de qualquer uma das individualidades componentes.

2 – Quanto à sua actividade que deve ser dirigida à prática de crimes:

- a) que a prática de crimes constitua um pressuposto essencial para que a organização atinja o seu fim;
- b) que a organização se predisponha a praticar não apenas um, mas vários crimes, da mesma ou diferente natureza.

Relativamente aos indivíduos que compõem tais organizações, a lei portuguesa distingue, fazendo corresponder à intervenção de cada um deles, uma pena diferenciada:

- a) *fundador*: aquele cujo contributo é reputado essencial à conclusão do processo de criação da organização;
- b) *membro*: todo aquele que, por qualquer forma, se encontra incorporado na organização, subordinando-se à vontade colectiva e desenvolvendo uma qualquer actividade, ainda que meramente acessória, para o fim prosseguido por esta;
- c) *Apoiante*: o que pratica qualquer uma das espécies de actos mencionados na segunda parte do n.º 2 do art. 299.º;
- d) *Chefe ou dirigente*: aquele que pode ser considerado responsável pela formação da vontade colectiva, em termos tais que o funcionamento global da organização possa ser afectado pela sua conduta.

Na medida em que na lei portuguesa existe a distinção entre o crime de organização criminosa e os crimes praticados pela organização, a prática de crimes pela organização não é necessária à consumação do tipo de crime do art. 299.º Código Penal ou da legislação avulsa, bastando que se pratiquem os actos tipificados nesses preceitos legais.



## 5 – INTERNACIONALIZAÇÃO DO FENÓMENO CRIMINAL

Falar hoje de criminalidade internacional é quase pode dizer-se, um lugar comum.

Para além das conexões já referidas a propósito de cada uma das organizações referidas, que insiste-se, apenas é exemplificativa e que demonstra o seu carácter transnacional, outra perspectiva da internacionalização do crime importa conhecer.

Cultivar plantas de coca na Colômbia, transportá-las via aérea para o México, Estados Unidos ou para o Brasil para daí seguirem para a Europa Central, onde será consumida através de países como Portugal, Espanha ou Holanda, onde fica no entanto alguma parte é, dir-se-ia, uma evidência.

O cultivo do cannabis das montanhas do Rife, em Marrocos e a sua exportação via Espanha para os países da Europa é uma realidade inevitável.

O tráfico de pessoas, sobretudo mulheres e crianças, com origem nos países do Leste Europeu, nas Filipinas, na Tailândia ou no Brasil e na Venezuela, com destino aos países da Europa Ocidental ou Estados Unidos é uma realidade incontornável.

O tráfico de veículos automóveis furtados na Europa com destino aos países do Norte e Centro de África cada vez floresce mais.

O tráfico de órgãos humanos com origem em países da África, América Latina e Ásia, com destino aos países ricos começa a ter uma relevância preocupante.

Recentemente foram levantadas suspeitas de um caso ocorrido recentemente em Moçambique na província de Nampula.

O tráfico de armas é infelizmente ainda hoje um negócio de milhões que perpassa praticamente todos os países do mundo.

De igual modo e mais recentemente, o tráfico de recursos naturais, onde o urânio assume especial relevância, têm um valor estratégico criminal inequívoco.

Mas, também, bens tão triviais como os passaportes assumem hoje na economia do crime internacional uma importância desmedida.

A falsificação de produtos de marcas registadas em países do chamado «terceiro mundo» para exportação global, assume contornos absolutamente impensáveis até à relativamente pouco tempo.

É hoje trivial a venda de imitações de carteiras Louis Vuiton ou Prada nas ruas de qualquer país da Europa de Leste ou em qualquer país asiático, todas elas não fabricadas nem autorizado o seu fabrico pelas respectivas empresas titulares dos direitos de produção e venda.

Por outro lado a lavagem de dinheiro proveniente das actividades criminosas necessita de ser efectuada, sobretudo em paraísos fiscais conhecidos, situados em todas as partes do mundo.

Tudo isto é hoje efectuada em segundos através da Internet e das possibilidades que esta abriu na transmissão de fluxos financeiros on-line.

Toda esta realidade perfeitamente conhecida atravessa hoje todos os países do mundo, sem excepção, sendo apenas diversa a amplitude que o fenómeno assume em cada um dos países.

Certamente que as preocupações de Moçambique serão diversas das de Angola, de Cabo Verde, de São Tomé e Príncipe, da Guiné Bissau ou de Portugal.

Se em alguns países o tráfico de drogas assume uma especial relevância, noutros provavelmente esta especialidade assenta no tráfico de armas ou de diamantes ou recursos naturais.

É isto afinal a internacionalização do fenómeno criminal que importa conhecer.

Sem esse conhecimento, que deve ser profundo, diga-se, não pode ser efectuada uma política criminal adequada e que pretenda ter eficácia.

A sociedade internacional, no que poderíamos identificar como sua intérprete as Nações Unidas, há muito tempo que está atenta a este fenómeno de internacionalização.

Algumas respostas legais têm sido dadas no sentido de conhecer a realidade, monitorizá-la e proporcionar instrumentos legais que possibilitam o seu combate.

A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional aprovada em Nova York em 15 de Novembro de 2000 é um bom exemplo.

A convenção foi adoptada pela Resolução A/RES/55/25 de 15 de Novembro de 2000.

Embora assinada por Angola, Moçambique, Cabo Verde, Guiné Bissau (mas não por São Tomé e Príncipe), não foi ainda ratificada e aprovada por nenhum dos referidos países.

Trata-se no entanto de um instrumento fundamental para encarar de uma forma global a necessidade de combate eficaz e realisticamente o tipo de fenómeno criminal referido.

Vale a pena atentar que o objecto da Convenção é promover a cooperação entre os Estados para combater mais eficazmente a criminalidade organizada e transnacional, configurando a referida convenção algumas definições extremamente importantes, quer a nível de tipos criminais, quer a título de instrumentos processuais a serem introduzidos nas várias legislações do países.

Foram também aprovados dois protocolos adicionais à referida convenção, específicos para duas grandes áreas criminais globais cuja dimensão é perigosamente crescente.

Assim, por um lado, temos o Protocolo Adicional à Convenção das nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional Contra o Tráfico ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea cujo objectivo é prevenir e combater o tráfico ilícito de migrantes, bem como promover a cooperação entre os Estados partes com esse fim, protegendo ao mesmo tempo os direitos dos migrantes introduzidos clandestinamente.

Por outro temos o Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial de Mulheres e Crianças.

## **6 – CRIMINALIDADE ASSOCIADA À UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA INFORMÁTICA**

Como se referiu é absolutamente essencial o papel da informática na prática de grande parte da criminalidade que vem sendo referida como criminalidade organizada.

Se as comunicações – e não falamos apenas de telecomunicações da era digital normalmente associadas ao telefone, mas também de satélites, GPS, etc. – são hoje em dia fundamentais no desempenho de qualquer actividade profissional, não paroquial a actividade criminal transnacional dir-se-ia não poder hoje viver sem a tecnologia informática.

De Paris, de Nova York, de Moscovo, de Hong Kong, dão-se ordens criptadas via satélite que põem em marcha uma operação de desembarque de cocaína proveniente da Colômbia, no sul de Espanha.

De Berlim solicita-se um órgão vital de uma criança de Moçambique que será entregue em França. De imediato toda a rede se põe em comunicação e algumas

horas depois provavelmente a criança foi raptada, assassinada e retirado os seus órgãos vitais que, cuidadosamente, são enviados ao destino, via qualquer país do Norte de África.

O pagamento de todos estes serviços é efectuado através de transferência bancárias electrónicas, por simples ordem telefónica de um banco das Ilhas Caimão para um banco em Gibraltar.

As operações estão terminadas em segundos.

Provavelmente alguns dos seus maiores beneficiários precisarão tão só de um curto telefonema para ver concretizado o negócio, enquanto assistem a um jogo de futebol, algures na Europa.

Tudo isto provavelmente não seria possível não estivéssemos integrados numa sociedade de informação.

Para responder a esta realidade assume especial relevância a formação profissional específica dos órgãos de polícia criminal, quer em termos de recursos humanos tecnicamente bem preparados, quer pela existência de meios técnicos adequados à realidade que se pretende enfrentar.

A expansão de tais meios técnicos, se é necessária, impõe no entanto que o Estado dote as autoridades judiciárias de mecanismos de controle judiciário que garantam o respeito pelos direitos fundamentais que necessariamente são afectados por tais mecanismos.

## **7 – PARAÍÇOS FISCAIS, SOCIEDADES “OFFSHORES” E “ROYALTIES”**

É hoje aceite que grande parte da criminalidade económica e financeira, cometida de forma organizada ou não, com recurso à tecnologia informática, ocorre através da circulação de fluxos financeiros entre países e sobretudo entre países ditos “seguros” e países “problemáticos”.

Falar de países problemáticos é chamar à colação os chamados “paraísos empresariais”, concebidos para permitir actividades financeiras sem nenhuma obrigação de registo, “paraísos bancários” onde as regras de segredo bancário são muito fechadas, senão inacessíveis e “paraísos fiscais”<sup>36</sup> onde se garantem

---

<sup>36</sup> Sobre os vários paraísos fiscais na Europa e sobretudo quais as suas vantagens em termos de instalação de sociedades comerciais ver o estudo de MÓDICA HORTA NEVES LEITE DE CAMPOS, «Os paraísos fiscais na comunidade europeia e a gestão bancária internacional», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, Janeiro 1997, p. 149.

benefícios fiscais muito consideráveis, de que são exemplo as ilhas Cayman, Jersey e Man, a Suíça, o Liechtenstein, o Luxemburgo, Gibraltar e Curaçau.

Criminologicamente não existe distinção entre o conceito de «paraíso fiscal» e o termo «offshore».

O termo «offshore» designa aquelas zonas ou regiões «perfeitamente demarcadas, fazendo parte integrante dum território aduaneiro de um país e que têm por objecto a realização de actividades comerciais, industriais, financeiras e de serviços, sem sujeição às disposições da legislação interna e ao pagamento de direitos aduaneiros»<sup>37</sup>.

O que faz atraente um «paraíso fiscal» é um conjunto de circunstâncias que podem ser reconduzidas entre outras menos relevantes ao seguinte<sup>38</sup>: sigilo bancário impenetrável, o branqueamento de dinheiro não ser considerado crime, reduzida capacidade de investigação criminal, ausência de identificação na abertura de contas bancárias e em operações financeiras, uso de instrumentos monetários pagáveis ao portador, ausência de impostos ou com taxas reduzidas, estabilidade económica e política, liberdade total de remessas financeiras, adequada infraestrutura de operações bancárias e avançada estrutura de telecomunicações.

Há várias espécies de «paraísos fiscais» dependendo o grau do «paraíso» do âmbito da isenção fiscal que o estado em causa sujeita os rendimentos provenientes do exterior e que aí são depositados, bem como o grau de sigilo bancário que é estabelecido na lei.

Muitos «paraísos fiscais» reduzem a zero a taxa dos rendimentos que provêm do exterior.

Conforme refere Mónica Leite de Campos<sup>39</sup>, «também sucede isentarem só os rendimentos destinados a sociedades “holding” ou oferecerem um leque de taxas de imposto entre 0,1 e 10%. Isto de modo a fazerem beneficiar as sociedades residentes dos acordos de bi-tributação que excluam a situação de isenção de impostos».

Muitos destes paraísos fiscais não exigem que a empresa em causa aí tenha a sede de direcção efectiva da empresa. Contentam-se apenas com uma sede e caixa de correio.

---

<sup>37</sup> Cfr. Egidio Cardoso, «Offshore – uma abordagem ao fenómeno», *Polícia e Justiça*, nº 2, Dezembro de 2003.

<sup>38</sup> Cfr. Deomar de Moraes, «Paraísos Fiscais, Centros Offshore e lavagem de dinheiro», *Cadernos do CEJ*, vol. 17 Conselho de Justiça Federal, Brasília, 2000.

<sup>39</sup> Ob. cit. pág 150.

Outros, no entanto, requerem pelo menos que o domicílio da pessoa que exerce a direcção efectiva da empresa seja situado no país.

Existem também, em determinados países, «zonas francas» que estabelecem regras especiais, quer a nível a tributação das empresas sediadas no «espaço territorial delimitado», quer a nível de requisitos para o próprio registo da empresa.

Como exemplo temos a Zona Especial das Canárias, onde «as sociedades estabelecidas nesta zona estão sujeitas a um imposto sobre o rendimento de 1% (...) devendo no entanto pagar uma taxa de inscrição no registo oficial e uma taxa de permanência»<sup>40</sup>.

Em Portugal está admitida como «zona franca» o Centro Internacional de Negócios da Madeira cujas sociedades aí estabelecidas estão sujeitas a um regime fiscal vantajoso.

Podem identificar-se, porque publicitados através de empresas previamente estabelecidas para esse fim em qualquer país, os seguintes paraísos fiscais: Ilha de Man, Belize, Bahamas, Bermudas, Ilhas Virgens Britânicas, Canadá, Ilhas Cayman, Ilhas Cook, Delaware, Gibraltar, Hong Kong, Irlanda, Jersey, Libéria, Liechtenstein, Luxemburgo, Ilha da Madeira, Mónaco, Panamá, África do Sul, Singapura, Ilhas Turcas e Caico, Reino Unido e Samoa Ocidental.

Cada um destes países ou «zonas francas» assume especificidades que atraem por isso diversificados «clientes».

Assim, para o registo de navios, o Panamá e a Libéria aparecem como países prioritários.

Para o registo de empresa as Ilhas Virgens, a Ilha de Mann, as Ilhas Cayman e outras são destinos frequentes.

Para questões relacionadas com o segredo bancário a Suíça é ainda um país prioritário «atendendo às características protectoras do seu sigilo bancário e à idoneidade que as suas instituições bancárias granjearam»<sup>41</sup>.

Para efeitos de isenção de impostos sobre pessoas singulares (e não sobre pessoas colectivas) o Mónaco é uma boa escolha, sobretudo para profissionais liberais e artistas, porque estas profissões não são taxadas.

---

<sup>40</sup> Ob. cit. pág. 156.

<sup>41</sup> Egidio Cardoso, ob. cit. pág. 186.

## **8 – ABORDAGENS NO DIREITO COMPARADO: O QUE FAZER**

Aqui chegados, com a dureza da realidade sempre presente, importa reflectir afinal sobre o que poderá mudar contribuindo, de uma forma realística, para o enfrentamento da situação.

Repare-se que estas perplexidades e os caminhos a seguir perante esta realidade são hoje comuns em qualquer Estado, não assumindo por isso em regra estas políticas, um carácter paroquial.

Uma primeira constatação, dir-se-ia inevitável, traduz-se na assunção do princípio de que não será nunca o direito penal e muito menos o direito processual penal, a arma fundamental a utilizar na resolução dos problemas decorrentes da situação.

Será com certeza relevante maximizar as potencialidades do direito penal no sentido de, conjuntamente com outras políticas, puder o sistema penal contribuir para erradicar um grave problema social.

Nunca será no entanto, através de políticas puras de *law and order*, ou mesmo de «tolerância zero» encabeçadas por uma política criminal, onde o direito penal terá a função de locomotiva. Mais e mais duras penas e menos direitos não será o caminho a percorrer. Por muito difícil que se torne afirmar este caminho.

No domínio da criminalidade relativa aos estupefacentes, os tipos criminais são, como se referiu, inequivocamente abrangentes.

Poderá no entanto, a exemplo do que se passa para outras situações criminais, enfrentar-se neste domínio ainda o alargamento da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.<sup>42</sup>

Não discutindo agora as problemáticas teóricas que envolvem a responsabilização criminal das pessoas colectivas, sempre se dirá, no entanto, que esse será um dos caminhos a seguir desde que concretizado com um instrumentário sancionatório verdadeiramente eficaz.

Essa possibilidade é claramente um dos instrumentos estabelecidos na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional que

---

<sup>42</sup> Recentemente e no âmbito da aprovação da Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI da União Europeia, relativa à luta contra o terrorismo, em Portugal alargou-se a responsabilidade criminal às pessoas colectivas no domínio dos crimes de terrorismo.

expressamente admite essa responsabilização bem como a existência nos Estados de sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas.

Outras solicitações podem ainda ser pedidas ao direito penal, onde claramente a internacionalização e a globalização dos tipos de crime, bem como a sua investigação e julgamento, surge como um exemplo a seguir. À semelhança aliás do que se passa com o sistema que se estabeleceu com o Tribunal penal Internacional.

É, no entanto, no domínio da *law in action* e sobretudo nos instrumentos normativos que a modelam, que porventura se pode intervir de uma forma mais eficaz.

A adequação dos meios processuais disponíveis ao enfrentamento desta realidade será assim a melhor concretização desta situação.

Assim e com a inequívoca ressalva da aplicação de tais meios a crimes de um restrito catálogo, alguns novos caminhos podem e devem abrir-se para enfrentar esta realidade.

Não pode a investigação criminal adstrita à criminalidade organizada deixar de estar adstrita a uma força policial que não seja altamente especializada, quer em formação, quer em meios técnicos, diferenciada da polícia de rua e dotada de *know how* unicamente orientado para a criminalidade organizada.

A competência já hoje adstrita a órgãos de polícia especiais deve manter-se e mesmo alargar-se a outras áreas conexas. Nesse sentido deverá ainda libertar-se este tipo de instituição de outras competências passíveis de serem exercidas com êxito por outras polícias, permitindo-lhe assim canalizar todos os recursos disponíveis para a investigação relacionada com a criminalidade organizada.

De igual modo, é necessário apostar num reforço inequívoco nos sistemas de informação e numa visão global do que deve ser um sistema de informação adequado ao tipo de criminalidade que está em causa.

A aquisição e a gestão de tal informação deverá permitir não só actuar na prevenção criminal como também ser útil à investigação.

Aqui, para além de expressamente se incluir no âmbito do que deve consubstanciar a segurança interna a actividade permanente e plurisectorial no sentido de garantir a ordem, a tranquilidade pública e a protecção de pessoas e bens, é também passível de ser incluído neste domínio a prevenção da criminalidade.



Neste sentido, uma articulação de todas as forças de segurança, sejam órgãos de polícia criminal, sejam serviços de fronteiras e aduaneiros, sejam serviços de informação, no domínio da cooperação internacional e inter-regional, no que respeita à criminalidade violenta transnacional será uma perspectiva eficaz e útil a desenvolver.

No que respeita aos meios de obtenção de prova excepcionais, já hoje admitidos quer nas Convenções Internacionais, quer em muitas legislações, importa referir que a sua admissibilidade, que é inequívoca, exige para que seja legítima, que seja absolutamente controlada pelas autoridades judiciárias, nomeadamente por uma entidade independente e imparcial, ou seja, o juiz de instrução.

Trata-se aqui, mais do que um problema de legalidade, de uma questão de legitimidade do próprio Estado.

Só a maximização das intervenções jurisdicionais no controle de todos os excepcionais meios de obtenção de prova que ultrapassem o catálogo normal do quadro legal estabelecido para toda as formas de crimes, legitima o Estado na sua fundamental acção de prevenção e repressão criminal no âmbito da criminalidade organizada.

Por isso, se se tornam necessários porventura outros e mais eficazes meios, como por exemplo videovigilâncias, «grandes» escutas telefónicas, protecção de testemunhas, então a sua legitimação deverá exigir a configuração de um quadro legal permissivo de tais meios de prova, para um conjunto restrito de crimes graves, mas sempre sujeitos a tão relevantes e fundamentais princípios como o princípio da proporcionalidade, da protecção da intimidade privada, da tutela os direitos de defesa de quem é atingido. Enfim do processo justo.

É hoje fácil, cómodo e mesmo «politicamente correcto», sobretudo depois dos terríveis acontecimentos do 11 de Setembro, enveredar por um discurso maximalista de abertura do processo penal a meios absolutamente extraordinários de obtenção de provas.

Várias legislações recentes vieram aprontar soluções nesse sentido. No entanto o cuidado na distinção das situações é desde logo uma das primeiras obrigações de quem tem o poder de legislar sobre esta matéria.

O direito penal e o direito processual penal nunca foram na história meios eficazes de combate político.

Quando ultrapassaram o seu leito natural de última ratio da política criminal as coisas correram mal.

O que se pede afinal, é que se olhe apenas para o passado quando se pretende que a lei penal resolva problemas que outros, com toda a legitimidade, poderiam resolver e não o conseguiram.

## **9 – A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS PESSOAS COLECTIVAS**

O que foi um princípio clássico do direito penal de que só a pessoa humana possuía capacidade psíquica e física com capacidade de actuar, compreender o que fazer ou omitir e por tanto a única capaz de ser culpada, tem vindo ao longo dos anos recentes a sofrer uma modificação substancial.

Ou seja, a partir do momento em que se aceita que a capacidade de actuar ou a capacidade de culpabilidade são noções jurídicas e não devem ser confundidas com as aptidões físicas, psíquicas e intelectuais do ser humano, então os obstáculos filosóficos à responsabilidade penal das pessoas colectivas são superados.

Recorde-se que no âmbito do direito civil há muito que as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos.

A pessoa jurídica, aqui no direito civil, é tratada da mesma forma que a pessoa individual no que se refere à atribuição de direitos e obrigações.

Se a questão filosófica referida sumariamente consubstanciaria um obstáculo não fácil de transpor para a equiparação das pessoas colectivas às pessoas jurídicas, a presença real das pessoas colectivas na sociedade a realizar negócios, a intervirem socialmente, mesmo em sociedades altamente complexas e tecnológicas, veio reforçar a necessidade de responsabilizar também e de uma forma inequívoca, aquelas pessoas jurídicas que tinham e têm cada vez mais intervenção social relevante.

Como referem José Hurado Pozo e Bernardo del Rosal Blasco<sup>43</sup>, «a sua relevante influência, tanto no desenvolvimento técnico como económico, é determinante na criação de situações de risco (por exemplo no mercado financeiro e no meio ambiente) e constitui um facto fundamental para delimitar o papel social que desempenham».

É um facto que quem vemos hoje a realizar actividades económicas são as empresas.

---

<sup>43</sup> *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, 2001, pág. 13.

Bastará estar atento para verificar que o transporte internacional de mercadorias por ar, por via marítima ou terrestre é todo efectuado por empresas que são controladas por escritórios situados em grandes cidades do mundo. Por outro lado os grandes focos de poluição mundial são empresas.

Quem produz armas e as coloca no mercado são empresas. Quem efectua negócios com dinheiro são nada mais nada menos que os bancos e empresas financeiras. Quem adquire e vende automóveis são empresas.

Ou seja, num mundo empresarial, as empresas além de responderem civilmente pela sua actividade, devem comportar-se lealmente e de acordo com as leis dos sistemas jurídicos a que se vincularam e onde exercem a sua actividade.

Citando ainda Pozo e Blasco, «a responsabilidade social implica de um lado conduzir a actividade da empresa numa perspectiva congruente com as normas, os valores e as expectativas sociais vigentes.

De outro lado compreende o desenvolvimento de processos de organização de tomada de decisões por meio dos quais, de acordo com uma informação incompleta os que tomam as decisões colectivamente antecipam, respondem e gerem todas as ramificações da política e das práticas da organização».<sup>44</sup>

É hoje praticamente unânime a necessidade e a efectividade da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

Mesmo que se continue a discutir a questão do «dogma» da culpa na responsabilidade individual e obviamente as suas repercussões no caso das pessoas colectivas.

No estado civilizacional da moderna sociedade e perante os contornos que a actual criminalidade assume, a responsabilização penal da pessoa colectiva institui-se em *razão de política criminal*<sup>45,46</sup>.

«Hoje, a maior parte do crime contra a economia é cometido com a ajuda de uma empresa e sempre mais denso, o crime organizado serve-se das instituições típicas

---

<sup>44</sup> Ob. cit. pág. 13.

<sup>45</sup> Cfr. sobre o assunto, Klaus Tiedemann, "Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas e Empresas en Derecho Comparado" in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 3, nº 11, Julho-Setembro, Editora Revista dos Tribunais, Lda.,1995.

<sup>46</sup> O texto que se segue consubstancia parte do trabalho colectivo *Contributos para a reflexão sobre o Sistema Penal Português*, Cej, Outubro, 2003,pág.81 e ss.

da vida económica: instituições financeiras, sociedades de *import-export*, etc. A presença no mundo do crime das pessoas jurídicas e da empresa não é mais a excepção, mas sim a regra.”<sup>47</sup>

Tal desiderato é sustentado por um quadro de fundamentos que apontam o ente colectivo<sup>48</sup>, entre o mais, como o “real agente” do crime (socialmente seu autor e que dele beneficia), que age de forma profissional e organizada, com base numa “estrutura de poder” complexa e opaca, que escamoteia ou dispersa a responsabilidade (através da teia hierárquica e da cadeia de parcelas ínfimas de acção de cada pessoa singular) e gera impunidade, além de produzir efeitos de forma massificada, à escala, com enorme potencial lesivo e com difusão das (suas) vítimas.

Perante o estereótipo de agentes em referência – socialmente integrados, que dispensam quaisquer programas de “ressocialização” – a resposta do Estado, detentor do *ius puniendi*, deverá ser obviamente diferente do paradigma

tradicional, centrado na pessoa singular, porquanto, como bem refere Celia Wells, as entidades colectivas e os indivíduos “têm um encontro diferente com a Lei”<sup>49</sup>.

Ora se se verifica alguma unanimidade nesta constatação, importa verificar que a responsabilidade criminal continua a ser vista – e não pode deixar de o ser – como a *última ratio* da responsabilização societária. Ou seja, sob pena de se criar um Estado quase policial, onde tudo é crime e todos são quase criminosos, há que através de um princípio de proporcionalidade, atentar no carácter fragmentário que assiste ao direito penal.

Não é através do direito penal que se resolvem os problemas sociais de um Estado. O direito penal surge apenas naquele último estágio onde já quase ninguém quer intervir. Esse é o papel do direito penal num Estado democrático.

Com base nesse princípio em termos metodológicos e de inserção sistemática, a consagração da responsabilidade penal da pessoa colectiva através de uma “cláusula geral” não é de excluir quando prevista em instrumento jurídico próprio (lei extravagante) em sede do qual se proceda ao tratamento de categorias

---

<sup>47</sup> KLAUS TIEDEMANN, «La Responsabilità Penale delle Persone Giuridiche nel Diritto Comparato», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3, Luglio-Settembre, 1995, p. 617.

<sup>48</sup> - E se pensarmos em multinacionais, holdings, grupos empresariais – às vezes, dispondo de um poderio semelhante ao dos Estados – a realidade criminógena e a sua percepção, naturalmente, agudizam-se.

<sup>49</sup> - Celia Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

dogmáticas específicas – qual regime jurídico correspondente a uma teoria geral da infracção – já que as categorias orientadas para a pessoa singular mostram-se, não raro, desajustadas.

Não será, em todo o caso, tarefa fácil.

O ordenamento jurídico de diversos países (Holanda, Noruega, Inglaterra, EUA e, mais recentemente, França) demonstra alguns exemplos da responsabilização penal geral da pessoa colectiva.

Mais realista parece ser a extensão da responsabilidade penal à pessoa colectiva, em sede de determinados crimes da parte especial do Código Penal (v.g. poluição; tratamento de ficheiros automatizados de dados, terrorismo, tráfico de pessoas/menores, etc.), introduzindo-se casuisticamente nos respectivos tipos essa possibilidade, em complemento da ressalva do art. 11º do CP.

Trata-se de tipos de crime estabelecidos no Código Penal onde hoje se assiste efectivamente a uma trágica desresponsabilização penal por virtude da deslocalização das vontades individuais para o colectivo.

De todo o modo, importará coligir (na parte geral, porventura, no art. 11º) algumas normas e critérios básicos de imputação, para que a almejada intenção não venha a resultar inexequível na prática judiciária.

No confronto dos regimes jurídicos sancionatórios existentes, nacionais (sectoriais) e estrangeiros, podem identificar-se vários modelos de imputação da responsabilidade penal da pessoa colectiva.

Desde logo, um modelo de *imputação orgânica* que funda a responsabilidade apenas em acções e omissões dos “órgãos” que exprimem a vontade do ente colectivo (como se prevê, por exemplo, no n.º 2 do art. 7º da Lei 433/82, de 27-10).

Neste modelo de imputação pontifica uma ideia de mediação<sup>50</sup> de acções ou omissões cuja materialidade ou existência ontológica radica em pessoas singulares mas em que a sua titulação jurídica cabe, a partir daquele critério de imputação, à entidade colectiva.

No entanto, parece revelar-se um critério insuficiente, porque restritivo, pelo que de vários quadrantes e por diversas razões surgem vozes – por exemplo, M.

---

<sup>50</sup> - Como dá conta Serra, Teresa, “Contra-ordenações: Responsabilidade de Entidades Colectivas” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, Fasc. 2º, Abril-Junho, 1999, p. 11 e ss..

Delmas-Marty e Klaus Tiedeman – a reclamar um alargamento daquele círculo de pessoas “habilitadas” que exprimem o *agir*, juridicamente relevante, do ente colectivo, de modo a não se cingir o círculo ao *top management*, com funções de direcção ou supervisão, mas poder abarcar o *middle management*.

Num modelo de imputação intermédia, que se pode designar por *imputação representativa*, aquele círculo de indivíduos qualificados estende-se aos “representantes” (legais; e voluntários?) cujo suporte dogmático se situa na teoria da representação. É o que sucede no nosso ordenamento, por exemplo, com o DL n.º 28/84, de 20-01, sobre infracções anti-económicas e contra a saúde pública, e o DL n.º 278/87, de 07-07, sobre exercício da pesca e cultura de espécies marinhas.

Um outro modelo de atribuição da responsabilidade à pessoa colectiva, a que se chama modelo de *imputação funcional*, socorre-se de um critério de imputação que acolhe a actuação de “toda e qualquer pessoa”, quadros dirigentes e intermédios, trabalhadores, representantes, etc..

A delimitação negativa de imputação opera através da exigência de verificação de determinada conexão, material ou jurídica, com a entidade colectiva: por exemplo que a pessoa singular tenha actuado no “exercício das suas funções”, ou no “interesse colectivo”, ou ainda no “quadro e com o poderio da empresa”.

Este modelo, concretizado através de várias soluções, traduz uma responsabilidade derivada da entidade colectiva que assenta numa ideia de vicariato<sup>51</sup> em que funciona a tese do *respondeat superior*.

Não há dúvida que este modelo representa um franco alargamento da responsabilidade, já que diversifica os nexos funcionais de imputação, dispensa a demonstração de algumas conexões e simplifica a produção da prova da autoria.

Este tipo de construções pode surpreender-se, ao nível do ilícito de mera ordenação social, no DL n.º 204/93, de 3/6, relativo à prevenção de riscos de acidentes graves causados por actividades industriais; no DL n.º 109/91, de 15/3, relativo à disciplina da actividade industrial; num projecto de diploma que chegou a ter aprovação, em Junho de 1999, em Conselho de Ministros (e deveria ser apresentado como proposta de lei à Assembleia da República) e que visava proceder a uma revisão do DL n.º 433/82.

---

<sup>51</sup> - Cfr. Serra, Teresa, *op. cit.*, p. 15.

De igual modo, questões como a incapacidade de acção e de culpa e incapacidade de pena, normalmente atribuídas à responsabilização das pessoas colectivas, estão hoje superadas.

Com efeito, pode proceder-se hoje à construção de um *agir* “jurídica e penalmente relevante” da pessoa colectiva, ao admitir-se que: *i*) a acção e a vontade são as manifestadas pelos órgãos, representantes ou outros indivíduos, uma vez cumprida a conexão ao ente colectivo; *ii*) a capacidade de exercício deste transparece do próprio reconhecimento a este da qualidade de “sujeito” de direitos e de obrigações (v.g. celebração de contrato; obrigação de organizar a contabilidade segundo o POC; entrega do IVA; licenciamento; tratamento de efluentes; informação ao consumidor; etc.); *iii*) a actuação “socialmente visível” é a do ente colectivo (v.g. a descarga de efluente; a deposição de lixos tóxicos; o derrame de hidrocarbonetos; *mailing* publicitário de produtos a partir de base de dados não autorizadas; não entrega da declaração de IRC); *iiii*) a acção visível torna-se uma “unidade de sentido social”, passível de ser tratada penalmente.

Por outro lado, a compatibilização com o *princípio da culpa* há-de encontrar fundamento – mesmo para além da estrutura ontológica de “obra da liberdade” ou “realização do ser-livre” em que se traduz a pessoa colectiva, assegurando-se um *princípio de identidade da liberdade* (Max Müller) – enquanto princípio de imputação do facto à responsabilidade do seu autor<sup>52</sup>.

Mesmo no estrito plano do dolo importa adoptar concepções normativistas e sociais, porventura com apelo à ideia de *cognoscibilidade* ou consciência paralela ou ainda ao “conhecimento situacional”<sup>53</sup>; e no plano da negligência sempre se pode socorrer da ideia de “culpa de organização”, certo de que a comunicabilidade a este nível não levanta as mesmas reservas dogmáticas.

Questão a suscitar discussão prende-se também com a questão das sanções no domínio da responsabilização das pessoas colectivas.

Não é fácil «imaginar» tipos de penas para aplicar às pessoas colectivas. Não pode, no entanto, deixar de se tutelar inequivocamente a penalização efectiva dos responsáveis das pessoas colectivas, dos titulares dos seus órgãos, evitando alterações sucessivas de mandados que vão desresponsabilizando as próprias pessoas.

---

<sup>52</sup> - Dias, Figueiredo, “O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 1983, p. 331 e ss.

<sup>53</sup> - Vallès, Ramon Ragués I, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, 1999, Barcelona.

Tais penalidades deverão ser também elas inequivocamente desmotivadoras para quem pense utilizar tais pessoas jurídicas para praticar crimes sucessivamente, ora numa ora noutra pessoa jurídica, e se tornar impune por isso.

Importa adoptar, afinal, a par da pena pecuniária como sanção principal, um leque diversificado de sanções acessórias, que visem acautelar, de modo congruente com todo o sistema penal, uma finalidade de prevenção geral positiva.

Daí que a punibilidade das pessoas colectivas e sobretudo dos seus órgãos, tem que estabelecer uma inequívoca impossibilidade de possibilitar a reincidência, criando sanções acessórias «fortes» que impeçam quem comete crimes como representante de uma pessoa jurídica de voltar num determinado e longo período a exercer qualquer função em pessoas colectivas, quaisquer que elas sejam.

De igual modo será importante responsabilizar pessoalmente as pessoas físicas, representantes dos órgãos sociais por dívidas, multas, custas e indemnizações em que a pessoa colectiva seja condenada.

Se o caminho dogmático não pode deixar, no que respeita à responsabilização das pessoas colectivas o que vem sendo referido, importa constatar que em vários quadros legais internacionais específicos, nomeadamente no que respeita à criminalidade organizada, essa responsabilização já é, dir-se-ia um dado adquirido.

Assim a já referida Convenção da Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional estabelece, no seu artigo 10º, a admissibilidade de se responsabilizarem as pessoas colectivas que participem em crimes graves, envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infracções previstas na Convenção.

Trata-se de uma admissibilidade da responsabilidade penal, civil e administrativa e independentemente da responsabilidade singular das pessoas que pratiquem as infracções.

Por seu turno e tendo presente a dificuldade dogmática referida a propósito do sancionamento a propor às pessoas colectivas, a Convenção estabelece que cada Estado adopte «sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas».



## II – CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO-FINANCEIRA – TIPOLOGIAS CRIMINAIS

### 1 – *TERRORISMO*

#### 1.1 – Considerações gerais sobre o fenómeno

Uma abordagem jurídico-penal ao fenómeno do terrorismo não pode deixar de enfrentar a questão prévia do entendimento sobre de que se fala quando se fala de terrorismo.

Na história do direito penal o terrorismo surge inequivocamente ligado ao crime motivado por razões políticas.

Se no final do século XIX, princípios do século XX, essa ligação é inequívoca e mesmo a única possível de analisar, é sobretudo no final da década de sessenta do século XX que o debate sobre a problemática terrorista volta a suscitar um novo interesse que, a partir daí, não mais deixou de evoluir.

Esse debate inicia-se exactamente com «a realização de acções violentas por parte de grupos extremistas que, pela primeira vez, não visavam directamente o poder político, mas sim a população em geral, através de desvio de aviões e deflagrações de engenhos explosivos em aeroportos e estações ferroviárias»<sup>54</sup>.

E se o debate se inicia então, já na década de setenta as acções espectaculares, em termos mediáticos, desencadeadas por grupos terroristas alemães – Bader Manheioff – e italianos – Brigadas Vermelhas – trazem uma nova dimensão ao problema e suscitam a necessidade de enfrentar de uma forma sistemática as questões jurídicas relacionadas com o terrorismo.

É evidente que situações localizadas e perfeitamente identificadas de actos terroristas são conhecidos em várias zonas geograficamente delimitadas do globo.

Aí razões normalmente políticas estão em causa e não será difícil identificar as motivações concretas de tais actos.

---

<sup>54</sup> Assim José Miguel Sardinha in *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*, Coimbra Editora, 1989, pág17.

É assim em Israel, nos territórios da Palestina, na Córsega, no País Basco, em Espanha, na Irlanda do Norte, no Magreb, entre outras zonas do Mundo.

Por sua vez nos finais dos anos noventa do século passado uma nova onda global de situações alastra por todo o mundo onde o fanatismo religioso emerge de uma forma aparentemente predominante como causa dos actos terroristas perpetuados.

Não são já Países ou Estados que estão individualmente em causa pelas suas políticas locais.

É ao contrário uma certa ordem global que é posta em causa.

São conhecidos os ataques terroristas no Sudão, nos países Árabes, em Israel, nos Estados Unidos que vieram a culminar no tristemente célebre atentado de 11 de Setembro de 2001.

Depois disso não mais tem parado o conjunto de atentados por todo o planeta, disseminando uma inequívoca cultura de terror. Basta lembrar o que sucedeu em Bali, na Indonésia.

Independentemente das várias definições do que é afinal o terrorismo, vale a pena atentar em três diversas definições para se perceber afinal a realidade jurídica que se pretende tratar.

Assim, para Tackrach<sup>55</sup>, o terrorismo é um sistema organizado de extrema e violenta intimidação, de forma a criar instabilidade nos regimes, democráticos ou não.

Para Laqueur, o terrorismo representa a utilização que determinado grupo faz da violência e forma a atingir determinados objectivos políticos, direccionando-os contra um Governo e menos frequentemente, contra outros grupos, classes ou partidos, provocando a sua destabilização através da violência e intimidação.

Para o Departamento de Estado Norte Americano, o terrorismo é uma forma premeditada de violência política, perpetrada por grupos subversivos, ou agentes clandestinos, contra alvos civis, com a finalidade de atingir uma vasta audiência.

Finalmente para o FBI, o terrorismo é o uso ilícito de força ou violência contra pessoas ou propriedades, por forma a intimidar ou coagir um Governo, a população civil ou outra qualquer dimensão da sociedade, na prossecução de objectivos políticos ou sociais.

---

<sup>55</sup> Segue-se de perto a obra citada na nota anterior, especialmente a pág. 642.

## **1.2 – As Nações Unidas e o terrorismo**

Desde pelo menos 1963 que as Nações Unidas concretizam instrumentos jurídicos fundamentais para combater o terrorismo internacional nas suas muitas formas – desde a captura de aeronaves até à tomada de reféns, passando pelo financiamento do terrorismo.

Muitos deles foram ratificados pela maioria dos países do mundo inteiro e só o mais recente não está ainda em vigor.

Em 1972 a Organização das Nações Unidas realiza o primeiro estudo sobre terrorismo onde, sem se conseguir chegar a uma noção sobre o terrorismo, se propõe que os Estados adoptem «medidas que visam prevenir o terrorismo internacional que põe em perigo ou destrói vidas humanas inocentes ou compromete as liberdades fundamentais» para além de se ter estudado «as causas subjacentes das diversas formas de terrorismo e de actos de violência que têm a sua origem na miséria, nas decepções, nas humilhações e no desespero, factos esses que levam certas pessoas a sacrificar vidas humanas, inclusive as suas próprias vidas, para tentar conseguir mudanças radicais».<sup>56</sup>

Variadíssimos acordos foram criados pela Assembleia-Geral, a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), a Organização Marítima Internacional (OMI) e a Agência Internacional de Energia Atómica (AIEA)<sup>57</sup>.

Esses instrumentos são:

- a) A Convenção referente às Infracções e a certos outros Actos cometidos a bordo de Aeronaves, aprovada em 1963; 171 Estados Partes, a 17 de Setembro de 2001; autoriza o comandante da aeronave a impor medidas razoáveis a qualquer pessoa que tenha cometido ou esteja prestes a cometer tais actos e exige que os Estados Partes detenham os infractores;
- b) Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves, aprovada em Haia em 1970; 174 Estados Partes; exige que os Estados punam os sequestros com “penas severas” e que extraditem ou instaurem um processo judicial contra os infractores;

---

<sup>56</sup> Estudo estabelecido pelo Secretariado das Nações Unidas de harmonia com a decisão tomada pela 6ª Comissão na sessão de 27 de Setembro de 1972.

<sup>57</sup> Sobre esta matéria seguiu-se de perto a Nota de Imprensa nº 5679 do Departamento de Informação Pública da ONU. Cfr. [www.onuportugal.pt](http://www.onuportugal.pt)

- c) Convenção para a Repressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, aprovada em Montreal em 1971; 175 Estados Partes; exige que as Partes punam as infracções com “penas severas” e extraditem ou instaurem um processo judicial contra os infractores; complementada pelo Protocolo para a Repressão de Actos Ilícitos de Violência nos Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil, também aprovada em Montreal em 1988; 107 Estados Partes; alarga as disposições da Convenção, de modo a abranger os actos terroristas nos aeroportos;
- d) Convenção sobre a Prevenção e Repressão de Infracções contra Pessoas gozando de Protecção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos, Nova Iorque, 1973; aprovada pela Assembleia-Geral; 107 Estados Partes; exige que as Partes criminalizem e punam os ataques aos funcionários e representantes dos Estados;
- e) Convenção contra a Tomada de Reféns, Nova Iorque, 1979; aprovada pela Assembleia Geral; 96 Estados Partes; as Partes concordam em tornar a tomada de reféns punível com penas apropriadas, em proibir determinadas actividades dentro do seu território, em trocar informação e em instaurar processos criminais ou de extradição;
- f) Convenção sobre a Protecção Física dos Materiais Nucleares, Viena, 1980; 68 Estados Partes; obriga as Partes a assegurarem a protecção dos materiais nucleares, durante o transporte no seu território ou a bordo dos seus navios ou aeronaves;
- g) Convenção para a Repressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima aprovada em Roma em 1988; 52 Estados Partes; obriga as Partes a extraditar ou a instaurar processos judiciais contra os pretensos infractores que tenham cometido actos ilícitos contra esses navios, como capturá-los pela força e colocar bombas a bordo; complementada pelo *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf*, igualmente aprovada em Roma em 1988; 48 Estados Partes; alarga as condições da Convenção às plataformas fixas como as que se dedicam à exploração de petróleo e gás *offshore*;
- h) Convenção sobre a Marcação dos Explosivos Plásticos para efeitos de Detecção, aprovada em Montreal em 1991; 67 Estados Partes; procura reduzir a utilização de explosivos plásticos não marcados e indetectáveis;
- i) Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, aprovada em Nova Iorque, em 1997, pela Assembleia-Geral; 26

Estados Partes; procura negar “refúgios seguros” às pessoas procuradas por ataques terroristas à bomba, obrigando cada Estado Parte a instaurar um processo judicial contra elas, se não as extraditar para outro Estado que tenha emitido um pedido de extradição;

- j) Convenção Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo, aprovada em Nova Iorque em 1999, pela Assembleia-Geral; quatro Estados Partes; obriga os Estados Partes a instaurar processos judiciais ou a extraditar as pessoas acusadas de financiar actividades terroristas e exige que os bancos decretem medidas para identificar as transacções suspeitas; entrará em vigor quando for ratificada por 22 Estados.

A Comissão Jurídica da Assembleia-Geral (Sexta Comissão) está a elaborar uma convenção para a repressão de actos de terrorismo nuclear e uma convenção global sobre a eliminação do terrorismo.

Além de ter produzido estas quatro Convenções, a Assembleia-Geral aprovou a Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo (1994) (Declaração para complementar a Declaração de 1994) (1996). Estas declarações condenam todos os actos e práticas terroristas como actos criminosos e injustificáveis, onde quer e por quem quer que seja que tenham sido cometidos e exortam todos os Estados a tomarem medidas a nível nacional e internacional, tendo em vista eliminar o terrorismo internacional.

O Conselho de Segurança – como o principal órgão internacional que trata da paz e da segurança internacionais – há muito que está envolvido na luta contra o terrorismo.

Em 1987 são identificadas e estabelecidas pela Organização das Nações Unidas um conjunto de medidas contra o terrorismo internacional, pese embora não se ter ainda chegado a uma definição precisa do que é terrorismo.

Nessas medidas salientam-se a necessidade de identificar os problemas relacionados com a ausência de normas internacionais para enfrentar o problema, a necessidade de estabelecer regras de cooperação internacional para prevenir e reprimir o fenómeno, a necessidade de encontrar mecanismos que estabeleçam hierarquias de competência em termos de jurisdição internacional, mecanismos de extradição, auxílio mútuo em matéria penal entre Estados, identificação e reforço de alvos vulneráveis, controlo de armas, munições e explosivos, protecção de membros de pessoal dos serviços judiciais e jurisdições penais, protecção de

vítimas e testemunhas, tratamento dos delinquentes, o papel dos meios de comunicação social e finalmente, a necessidade de consagrar uma jurisdição internacional.

A evolução histórica<sup>58</sup> e sobretudo o «boom» terrorista que os anos noventa do século passado e o início do século XXI vieram demonstrar, possibilitaram uma aceleração da efectivação das respostas ao fenómeno do terrorismo, a que não foi alheio obviamente o ataque terrorista de 11 de Setembro de 2001 nos Estados Unidos.

Imediatamente após o ataque, na resolução 1368 (2001), condenou nos termos mais enérgicos os ataques terroristas contra os Estados Unidos e pediu a todos os Estados que trabalhassem em conjunto para apresentar os perpetradores à justiça.

Na resolução 1333 (2000), exigiu que as autoridades Taliban do Afeganistão actuassem rapidamente no sentido de encerrar todos os campos de treino dos terroristas.

Na resolução 1269 (1999), condenou inequivocamente todos os actos de terrorismo como criminosos e injustificáveis e pediu aos Estados Membros que adoptassem medidas específicas. Na resolução 1267 (1999), exigiu que os Taliban entregassem Osama Bin Laden às autoridades competentes, para que pudesse ser apresentado à justiça.

O *United Nations Terrorism Prevention Branch* (Serviço das Nações Unidas para a Prevenção do Terrorismo) investiga as tendências do terrorismo e presta assistência aos países no que se refere a aumentar a sua capacidade de investigar, mas acima de tudo de prevenir actos terroristas. O Serviço está integrado no *United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention* (Gabinete das Nações Unidas para o Controlo de Drogas e Prevenção do Crime).<sup>59</sup>

### 1.3 – A Europa e o terrorismo

Em 1977 em Estrasburgo é aprovada, no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção Europeia para a repressão do terrorismo que veio reconhecer juridicamente o fenómeno com a consagração e qualificação de determinadas

---

<sup>58</sup> Uma interessante evolução histórica sobre o fenómeno é efectuada por João Paulo Ventura/José Miguel Nascimento, in «Violência, Terrorismo e Psicologia: uma abordagem exploratória», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, 2001, pág. 633.

<sup>59</sup> Para o texto das Convenções, ver: [http://www.undcp.org/terrorism\\_conventions.html](http://www.undcp.org/terrorism_conventions.html)

Sobre o *United Nations Terrorism Prevention Branch*, ver: <http://www.undcp.org/terrorism.html>

infracções como não políticas mas inseridas inequivocamente num conceito criminológico inequívoco que é o terrorismo.

No que respeita à União Europeia assume especial relevância a Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI relativa à luta contra o terrorismo.

Por virtude de tal decisão os Estados membros da união obrigaram-se a adaptar as suas leis penais e processuais penais relativamente ao fenómeno do terrorismo.

Assim e na sequência dessa decisão Portugal, já em 2003, procedeu à alteração dos Códigos Penal e Processo Penal no sentido de adaptar as leis ao novo regime decorrente da Decisão Quadro.

Com a Lei do Combate ao Terrorismo pretendeu-se adaptar o direito interno aos aspectos inovadores da decisão-quadro, designadamente no que diz respeito à tipificação dos crimes de terrorismo e organização terrorista internacionais e à possibilidade de responsabilizar penalmente as pessoas colectivas.

Esta Lei reflecte por um lado as preocupações nacionais e internacionais, quanto à ameaça global do terrorismo, e por outro, a convicção de que os crimes de terrorismo e de organização terrorista constituem uma das mais graves violações dos valores universais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A Lei do Combate ao Terrorismo revogou os artigos 300.º e 301.º do Código Penal, passando a prever todos os ilícitos relacionados com o terrorismo e organizações terroristas<sup>60</sup>. Esta lei procede a uma distinção entre, por um lado, o terrorismo e as organizações terroristas nacionais e por outro, o terrorismo e as organizações terroristas internacionais.

No terrorismo e nas organizações terroristas nacionais protegem-se, enquanto destinatários do terror, as instituições do Estado previstas na Constituição, a

---

<sup>60</sup> No Código penal de 1886 não existia o crime de terrorismo. Apenas se aplicava o regime legal dos delinquentes de difícil correcção àqueles que fossem julgados como terroristas – artigo 175º, 3. O mesmo artigo referia que eram «terroristas os que cometerem os crimes previstos nos nºs 1 e 2 e 1ª parte do parágrafo único do artigo 169 – actos equiparados à rebelião – ou cometerem ou tentarem cometer, com o emprego de bombas explosivas ou engenhos semelhantes, qualquer crime, previsto neste capítulo – Dos crimes contra a segurança interior do Estado – punível com pena maior». Ou seja ao serem equiparados a delinquentes de difícil correcção eram considerados delinquentes perigosos, aplicando-se-lhe por isso o regime legal do artigo 67º que permitia uma prorrogação das penas por períodos sucessivos de três anos, desde que se mantivesse o estado de «perigosidade».

autoridade pública (subentendendo-se que se trata de autoridade portuguesa) e ainda certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, sendo claro, no contexto do sentido do tipo e por força da determinação derivada do bem jurídico, que se trata de pessoas e da população residentes em Portugal.

As regras de aplicação da lei penal no espaço, previstas no artigo 8.º, confirmam este entendimento, determinando que a lei penal portuguesa é sempre aplicável aos crimes de terrorismo e de organização terrorista nacionais.

No que respeita ao terrorismo e às organizações terroristas internacionais, previstos nos artigos 3.º e 5.º, criminalizam-se os actos terroristas susceptíveis de afectar gravemente um país ou uma organização internacional. O bem jurídico tutelado é, portanto, uma qualquer entidade (a paz, a ordem, a segurança, etc.) universal, à semelhança do que sucede, v. g., com a incriminação do genocídio.

Nestes casos a lei penal portuguesa é aplicável aos factos cometidos fora do território nacional, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado.

Vale a pena atentar tão só no que é considerado como constituindo uma organização terrorista.

Assim aí se estabelece, no artigo 2º n.º 1, que: «considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante:

- a) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;
- b) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;
- c) Crime de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfíxiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;



- d) Actos que destruam ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população;
- e) Investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas;
- f) Crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas, sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar.

## **1.4 – Instrumentos jurídicos referentes à OUA e aos Países Islâmicos**

A globalização do fenómeno do terrorismo levou a que organizações internacionais regionais procedessem à criação de instrumentos jurídicos que, de uma forma transversal, obrigassem os Estados a tomar medidas efectivas para a prevenção e o combate ao terrorismo.

Nesse domínio identificam-se algumas das Convenções mais importantes que vinculam os países da Organização de Unidade Africana e a Conferência Islâmica.

No que respeita à OUA, em 14/7/1999, foi aprovada a Convenção da OUA para a Prevenção e Combate ao Terrorismo.

No que respeita aos Países Islâmicos a Liga Árabe aprovou em 22/4/1998 a Convenção Árabe para a Supressão do Terrorismo, assinada na Reunião do Secretariado-Geral da Liga Árabe em 22/4/1998.

Em 1/7/1999, a Organização da Conferência Islâmica aprovou a Convenção para o Combate Internacional do terrorismo adoptada em Ouagadongon.

## **2 – CORRUPÇÃO**

### **2.1 – O fenómeno da corrupção**

O fenómeno da corrupção é provavelmente tão antigo quanto o mundo.

No entanto a expansão do fenómeno nas sociedades modernas, com a consequente ameaça que traz consigo à concretização de um Estado de direito, tem levado as instâncias internacionais ao enfrentamento rigoroso do fenómeno, nomeadamente

numa perspectiva de adequação e igualização dos tipos criminais por um lado e na criação de mecanismos internacionais de controlo da corrupção por outro.

São exemplo da primeira vertente as várias convenções internacionais aprovadas por várias instâncias de que é exemplo a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo a 30 de Abril de 1999, que pretende efectivamente harmonizar de uma forma inequívoca todas as legislações dos países do Conselho da Europa e dos que, não sendo membros, adiram à Convenção no sentido de se atacar de uma forma eficaz o fenómeno.

Por outro lado a instituição de grupos e organismos internacionais de controlo tem a sua expressão eficaz no GRECO – Grupo de Estados Contra a Corrupção – que, no âmbito do Conselho da Europa, tem efectuado um trabalho notável na detecção do fenómeno, bem como na sua erradicação nos vários Estados (não só Estados do Conselho da Europa, mas também Estados aderentes).

Assim, o GRECO efectua periodicamente peritagens aos vários países. Através de peritos independentes elabora relatórios e propõe aos Estados medidas adequadas para enfrentarem o problema.

A corrupção mina os princípios da boa administração, da equidade e da justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento económico e põe em perigo as instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade.

Tudo isto são mais do que razões suficientes para se enfrentar de uma forma inequívoca o problema.

A corrupção não é um crime específico dos titulares de altos cargos da administração, mas que atinge todos os funcionários da administração.

Podem constatar-se duas grandes áreas ou vertentes no domínio da corrupção.

Por um lado, ao nível do tipo de “corrupçãozinha” – junto dos funcionários com menos poder decisório e por isso com menos envolvimento público – onde a par da “cunha” e de outros vícios, continua a verificar-se uma aceitação de benefícios – peitas – para «fazer andar» a máquina administrativa.

Importa de vez chamar a atenção de quem com eles trabalha, que só no estrito cumprimento da legalidade é possível o sistema funcionar, sendo por isso inadmissíveis comportamentos deste tipo, constituindo por isso tais situações inequivocamente, crimes de corrupção.

Tem entendido a doutrina, por virtude de um juízo de adequação social, que não configuram ilícitos típicos as ofertas insignificantes ou aquelas que são toleradas ou permitidas pela praxe social.

Por outro lado e de uma forma muito mais gravosa para o equilíbrio económico das sociedades, temos a chamada «grande corrupção», muito menos investigada e raramente judicialmente detectada.

Trata-se de uma actividade que envolve sempre altos cargos públicos que têm na sua disponibilidade o poder de decisão de grandes negócios públicos e mesmo privados, onde o mecanismo da aceitação de subornos atinge montantes extraordinários.

Do outro lado estão normalmente grandes empresas ou grupos económicos, multinacionais ou mesmo outros Estados – através de departamentos específicos – que pretendem também eles beneficiar dessa actividade.

## **2.2 – Os tipos criminais de corrupção**

A harmonização dos tipos criminais nos vários ordenamentos jurídicos parece um passo essencial para o desenvolvimento das políticas de combate à corrupção.

Vale a pena, por isso, atentar nos tipos criminais relativos à corrupção que estão já de acordo com a Convenção do Conselho da Europa citada.

É desde logo inequívoca a existência de dois grandes tipos criminais, ou seja, a corrupção activa e a corrupção passiva.

Quer em Portugal, quer em grande parte dos países que tipificam o crime, os tipos criminais mais relevantes no domínio da corrupção consubstanciam, também eles, a corrupção activa e a passiva.

A corrupção reveste a forma **activa** quando:

*“Quem por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário ou a terceiro, com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial que ao funcionário não seja devida, com o fim indicado nos arts. 372.º, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.” – artigo 374º n.º 1 do C. Penal<sup>61</sup>.*

---

<sup>61</sup> No Código penal de 1886, a corrupção activa estava tipificada no artigo 321º.

Conexionada com a corrupção activa encontra-se tipificada a corrupção **passiva**, por àquela ela estar necessariamente ligada, até pela remissão que o tipo legal de crime estabelece:

*“O funcionário que por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.” – artigo 372º n.º 1 do C.Penal<sup>62</sup>.*

A corrupção passiva pode concretizar-se em acto ilícito (corrupção própria) ou em acto lícito (corrupção imprópria).

Importa referir que o bem jurídico em causa no crime da corrupção, ou seja, o que se tutela com a criminalização da corrupção, é a autonomia funcional do Estado/Administração ou a legalidade administrativa.

### **2.3 – Questões controversas no âmbito da interpretação dos tipos de crime**

Se diversas questões jurídicas se podem identificar a propósito dos crimes de corrupção, vale a pena atentar em duas situações específicas que, pela sua dimensão, suscitam muitas dúvidas ao intérprete.

Assim, uma primeira questão prende-se com o caso do oferecimento de uma peita não aceite pelo visado – saber se se está em presença de um tipo de crime consumado ou meramente tentado.

Não sendo questão pacífica vem sendo diversamente tratada pela jurisprudência e doutrina.

Assim, para uns, desde já se diga que maioritariamente, o crime de corrupção activa, consuma-se com o simples oferecimento de dinheiro ou valores ao funcionário, com propósito ilícito, pelo que se tem de ter como verificado (e consumado) com a oferta, mesmo que o funcionário visado recuse o oferecimento.

Posição contrária tem sido manifestada por outros, como por exemplo Figueiredo Dias em parecer publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano de 1988 Tomo 1 pág. 29. Neste último parecer refere-se que as propostas não aceites de dádivas ou promessas integram a hipótese de tentativa de corrupção activa.

---

<sup>62</sup> No Código penal de 1886 a corrupção passiva estava tipificada no artigo 318 como «peita, suborno e corrupção de empregado público».

Se dúvidas não restam que o bem jurídico protegido na corrupção é a legalidade administrativa, a discussão doutrinal e jurisprudencial que motivou a querela em causa aceita hoje pacificamente que a corrupção activa é um crime formal.

Ora entende-se assim, no seguimento da doutrina exposta por Almeida e Costa in “Sobre o Crime de Corrupção”, Coimbra 1987 pg. 139, que “da qualificação da corrupção activa como um crime formal não se pode, todavia, concluir que toda a promessa ou oferta de vantagens a um funcionário preenche o respectivo tipo legal. Assim acontecerá apenas, desde que a oferta cumpra os requisitos da teoria da adequação ou causalidade”.

É pois da análise do caso concreto e da forma como é efectuada a oferta que deverá partir-se para qualificação do crime como consumado ou tentado.

Uma segunda questão tem a ver com a natureza ilícita ou lícita do acto a praticar (corrupção própria ou imprópria): o acto é ainda ilícito quando o funcionário o pratica no âmbito dos seus poderes discricionários, mas adopta uma solução que não seria tomada sem a influência do suborno. A propósito refere Almeida Costa, que nesta circunstância “ainda se depara com um acto ilegal, ferido de uma invalidade que contende com o seu conteúdo ou substância, fundada num vício que, segundo a terminologia tradicional, se designa de desvio de poder”.

## **2.4 – Direito premial no âmbito da corrupção**

Existem normalmente mecanismos próprios estabelecidos nas leis penais que permitem, quer aos investigadores quer às autoridades judiciárias, a possibilidade de mais facilmente desmantelarem as actividades relacionadas com a corrupção.

Trata-se do chamado direito premial.

Com este «direito» estabelecem-se nas leis penais substantivas e adjectivas ou processuais mecanismos de isenção ou atenuação da culpa ou da ilícitude ou tão só mecanismos de atenuação das penas aplicadas a quem colabore, com as autoridades policiais ou judiciárias, na investigação da criminalidade relativa à corrupção.

Assim em Portugal, por exemplo, se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou tratando-se de coisa fungível, o seu valor, é dispensado de pena - artigo 372º n.º 2 do Código Penal.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> No Código Penal de 1886 existia norma equivalente no artigo 318º, 4.

A pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis - artigo 372 n.º 3 do Código Penal.

Importa referir que, se por um lado a dificuldade na investigação criminal desta criminalidade é um dado criminológico adquirido, o que legitima estas medidas, também a necessidade de combater estes crimes pelas graves consequências que a sua difusão tem na sociedade legitima a adopção destes procedimentos pelo próprio Estado.

## **2.5 – Corrupção e titulares de cargos políticos**

O facto de a corrupção atingir, com alguma frequência, em muitos países, os titulares de cargos políticos, tendo em atenção as enormes responsabilidades que lhes cabem, levou grande número de países à tipificação específica de crimes de corrupção próprios dos titulares dos cargos políticos.

Por um lado estabelecem-se crimes específicos de corrupção para os titulares de cargos políticos, normalmente com penas mais elevadas e por outro os mecanismos processuais são também eles diferenciados.

Assim, por exemplo em Portugal, estão estabelecidos os artigos 16º, 17º e 18º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, (com a redacção dada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro).

## **2.6 – Corrupção no fenómeno desportivo**

Também no fenómeno desportivo se têm verificado situações peculiares de corrupção, sendo que por isso e tendo em atenção o carácter particular da realidade desportiva, foram criados mecanismos próprios. Nesta matéria, em Portugal, aplica-se o Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, que incrimina os comportamentos fraudulentos que perturbem a verdade e a lealdade da competição desportiva e do resultado desportivo.

Assim, são especialmente previstos os comportamentos fraudulentos praticados pelo praticante desportivo (artigo 2.º n.º1), pelo árbitro ou equiparado: (artigo 3º n.º1) e pelo dirigente, treinador, preparador físico, orientador técnico, médico, massagista (artigo 3º n.º2). Incrimina-se ainda, neste diploma, a conduta de “Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a praticante desportivo vantagem patrimonial ou não

patrimonial, que lhe não seja devida, com o fim indicado no artigo 2.º (alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva) será punido com prisão até três anos” (artigo 4.º n.º1).

## 2.7 – Corrupção no comércio internacional

Parece inequívoco que a corrupção é um fenómeno frequente nas transacções comerciais internacionais e que, além de suscitar graves preocupações públicas, afecta a boa gestão dos negócios públicos e o desenvolvimento económico, sobretudo numa época de inequívoca globalização económica.

Por outro lado as condições internacionais de concorrência são inequivocamente afectadas por essa corrupção.

Mecanismos internacionais foram por isso criados para responder a essa grave situação.

Neste domínio assume especial relevância a Convenção sobre a Luta contra a corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais aprovada no âmbito da OCDE em Paris em 17 de Dezembro de 1997.

Na concretização desta Convenção, Portugal alterou algumas normas e neste âmbito, aplica-se o Decreto-Lei n.º28/84, de 20 de Janeiro, com a redacção da Lei 13/2001, de 4 de Junho e da Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro que em matéria de crimes contra a economia e a saúde pública, prevê a seguinte infracção:

a) Corrupção activa com prejuízo do comércio internacional (artigo 41.º-A).

*“1. Quem por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário ou titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou a terceiro com conhecimento daqueles, vantagem patrimonial ou não patrimonial para obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no comércio internacional, é punido com pena de prisão de um a oito anos.*

*2. Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se funcionários estrangeiros todos os que exerçam uma função pública para um país estrangeiro, quer detenham um mandato, nomeadamente administrativo ou judiciário, para o qual foram nomeados ou eleitos, quer exerçam funções para uma empresa, organismo público ou empresa concessionária de serviços públicos, independentemente do nível nacional ou local e ainda, qualquer funcionário ou agente de uma organização internacional ou supranacional de direito público.*

3. *Para efeitos do disposto no n.º1, consideram-se titulares de cargos políticos estrangeiros, aqueles que como tal sejam qualificados pela lei do Estado para o qual exercem essas funções.”*

## **2.8 – Corrupção no sector privado**

A magnitude que tem atingido o fenómeno da corrupção levou várias instâncias internacionais a enveredarem pelo caminho da criminalização do fenómeno no domínio do sector privado.

Assim recentemente, em Portugal passou a criminalizar-se, também, este facto.

Corrupção passiva no sector privado (artigo 41.º-B Do Decreto lei n.º 28/94.)

*“1. Quem, exercendo funções, incluindo as de direcção, para uma qualquer entidade do sector privado, ainda que irregularmente constituída por si ou por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais e donde resulte uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”*

Corrupção activa no sector privado (artigo 41.º-C do Decreto Lei n.º 28/84.)

*“1. Quem por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer às pessoas previstas no artigo anterior (artigo 41.º -B) ou a terceiro, com conhecimento daquelas, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim e a consequência aí indicados, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.”*

## **2.9 – Autoridades competentes para a investigação da corrupção**

Conforme já foi referido, a magnitude que atinge o fenómeno da corrupção nas sociedades modernas associada à dificuldade de investigação que se verifica nestes crimes, onde sobretudo os meios de prova são difíceis de recolher, impõem que na investigação se utilizem também forças específicas adequadas a essa realidade.

Existem por isso em grande parte dos ordenamentos jurídicos entidades específicas para proceder à investigação dos crimes de corrupção e toda a actividade conexas.



Em Portugal o Decreto-Lei nº275-A/2000, de 9 de Novembro, com as alterações posteriormente introduzidas pela Lei nº103/2002 de 25 de Agosto (Lei Orgânica da Polícia Judiciária), estabelece que a Polícia Judiciária tem competência reservada, em todo o território nacional, para a investigação de diversos crimes, nomeadamente os de corrupção, peculato, participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do sector público (art.º 5º, n.º 2, alíneas s) e t) do citado diploma).

A Lei 21/2000 de 10 de Agosto relativa à Organização da Investigação Criminal estabelece no seu art.º 6 que os órgãos de polícia criminal – Guarda Nacional Republicana (GNR) e Polícia de Segurança Pública (PSP) – devem comunicar de imediato à Polícia Judiciária os factos de que tenham conhecimento relativos à preparação e execução dos crimes referidos no n.º 4 do citado diploma legal, apenas podendo praticar, até à sua intervenção, os actos cautelares e urgentes para obstar à sua consumação e assegurar os meios de prova.

O referido art.º 4 elenca os crimes de competência reservada da Polícia Judiciária em matéria de investigação criminal, entre outros, os descritos no parágrafo anterior.

### **3 – TRÁFICO DE INFLUÊNCIAS**

A moralização da vida pública, nomeadamente a transparência nos procedimentos que devem presidir a quem nela exerce funções, tem levado os legisladores penais a alargar o âmbito da criminalização de condutas que atentem contra essa transparência, lisura e igualdade que deve presidir à actuação na coisa pública.

Assim, no sentido de criminalizar todo aquele que «negoceia com terceiro a sua influência sobre uma entidade pública para dela vir a obter uma decisão ilegal, favorável aos interesses do dito terceiro», conforme refere Pedro Caeiro<sup>64</sup>, instituiu-se um novo tipo de crime que consubstancia o tráfico de influências.

O crime de tráfico na legislação portuguesa está assim estabelecido no artigo 335º do C. Penal:

1. *“Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer entidade pública, é punido:*

---

<sup>64</sup> *Comentário Conimbricense*, III Volume, pág. 276.

- a) *Com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão ilícita favorável;*
  - b) *Com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão lícita favorável.*
2. *Quem por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial às pessoas referidas no número anterior para os fins previstos na alínea a), é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”*

Para além das razões genéricas, a redacção actual deste artigo resultou da necessidade de adaptação do direito interno à Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa e foi introduzida pela Lei n.º 108/2001 de 28 de Novembro.

Recorde-se que a sua origem no ordenamento jurídico português esteve na reforma do Código Penal de 1995, não existindo até esta data este crime na ordem jurídica portuguesa.

Importa verificar que a acção típica neste crime consiste em solicitar ou aceitar vantagem ou a sua promessa, para si ou para terceiro ou consentir ou ratificar a solicitação ou aceitação da mesma feita por interposta pessoa, tendo como contrapartida dessa vantagem o abuso da influência, por parte do agente, sobre a entidade pública, para dela obter decisão ilegal favorável.

## Bibliografia

- ASSUNÇÃO, Maria Leonor, «Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada», In *Liber Discipulorum*, Coimbra Editora, 2003.
- BACHER, JEAN LUC, «Criminalités économiques», *Criminologie*, vol. XXX, n.º 1, 1997.
- BARREIROS, JOSÉ ANTÓNIO *Crimes contra o património*, Lisboa, 1996.
- CAEIRO, PEDRO, «Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996.
- CAMPOS, Mónica Horta Neves Leite, «Os Paraísos fiscais na comunidade europeia e a gestão bancária internacional», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, Janeiro, 1997.
- CARDOSO, Egídio, «Offshore – Uma abordagem ao fenómeno», *Polícia e justiça*, nº2, Dezembro de 2003.
- «Casos comunicados no âmbito dos artigos 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 313/93 de 15/9 – prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais», PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, Lisboa, 1998.
- CHIAVARIO, MARIO, «La grande criminalité et les exigences du respect des droits de l’homme dans les democracies européennes», *Révue Penitenciaire et de Droit Pénal*, n.º 3, juillet-septembre, 1997.
- CIRINI DOS SANTOS, Juarez, «Crime Organizado», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 42, Março, 2003.
- COLOMBO, GHERARDO, «Estado de direito e corrupção: os resultados do inquérito de Milão sobre os crimes contra a administração pública», *Revista do Ministério Público*, n.º 59, 1994.
- COSTA ANDRADE, *A Nova lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei n.º 28/84 de 20/1) à luz do conceito de “bem jurídico”*, Coimbra, 1985.
- , «A dignidade penal e a carência de tutela penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1992.
- COSTA ANDRADE/FIGUEIREDO DIAS, J., «O Crime de fraude fiscal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996.
- *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 1984.
- COSTA, Almeida, *Sobre o Crime de corrupção*, Separata do BFDC, Coimbra, 1987.
- DIAS, Figueiredo, *As associações criminosas no Código Penal Português*, Coimbra Editora, 1982.
- *A corrupção e a Lei Penal, Jornadas sobre o Fenómeno da Corrupção*, Ed. Alta Autoridade contra a Corrupção, Lisboa, 1991.

- DIAZ, GERARDO LANDROVE, «Repressão de la delincuencia económica», *Jueces para la Democracia*, n.º 31, Madrid, Março, 1998.
- «Drogas: Poder e Ilusão», *Sub Judice*, Lisboa, 1994.
- EDUARDO CORREIA, «Notas críticas à penalização de actividades económicas», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 116, 1983.
- FERRAJOLI, LUIGI, «O direito como sistema de garantias», *Revista do Ministério Público*, n.º 61, 1995.
- , «Jurisdição e democracia», *Revista do Ministério Público*, n.º 72, 1997.
- FERRANDO, MANTOVANI, «Sobre a exigência perene da codificação» *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5.º, n.º 2, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, J., «Para uma dogmática do direito penal secundário», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 116, 1983.
- FIGUEIREDO DIAS, J./COSTA ANDRADE, «O Crime de fraude fiscal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996.
- FONSECA, José Carlos, «Direitos, Liberdades e garantias individuais e os desafios impostos pela criminalidade organizada», in *Liber Discipulorum*, Coimbra, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva, «Globalização e Criminalidade dos Poderosos», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 31, Julho - Setembro, 2000.
- GIDDENS, Anthony, «Desvio e Criminalidade», *Sub Judice*, n.º 13, 1998.
- GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, anotada, Coimbra, 1993.
- HASSEMER, WINFRIED, «Perspectivas de uma moderna política criminal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 8, 1994.
- *A segurança pública no estado de direito*, Lisboa, 1995.
- LEITE DE CAMPOS, MÓNICA HORTA NEVES, «Os paraísos fiscais na comunidade europeia e a gestão bancária internacional», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, 1997.
- LIÑAN, CLEMENTE AUGER, «Mercado Mundial y Ordenamento penal», *Corrupción Y Estado de Derecho, El Papel de la Jurisdicción*, Madrid, 1996.
- LOPES, José Mouraz, *Garantia Judiciária no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2000.
- MARQUES DA SILVA, GERMANO, «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos», *Direito e Justiça*, vol. VIII, t. 2, 1994.
- MARTINS, LOURENÇO, *Droga e direito*, Lisboa, 1994.
- MORAES, Deomar, «Paraísos Fiscais, Centros Offshores e lavagem de dinheiro», *Cadernos do CEJ*, Vol. 17, Conselho de Justiça Federal, Brasília, 2000.

- MOURA, José Souto de, *Corrupção: para uma abordagem jurídica e judiciária*, *Revista do MP*, n.º 54.
- NOGUEIRA DA COSTA, «Facturas falsas», *Revista do Ministério Público*, n.º 65, 1996.
- PRADEL, JEAN, «Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 67, n.ºs 3 e 4, 1996.
- QUELOZ, Nicolas, «As acções internacionais de luta contra a criminalidade organizada», *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, Outubro – Décembre, 1997.
- RAMOS DE SOUSA, «Léxico», *Sub iudice*, n.º 3, 1994.
- RODRIGUES MAXIMIANO, ANTÓNIO HENRIQUE, «Proposta de lei 48/VI, Combate à Corrupção», *Revista do Ministério Público*, n.º 54, 1993.
- ROXIN, Claus, «Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada» *Revista Pénal*, n.º 2 Julio, 1998.
- SANTOS, Claudia Cruz, *O crime de colarinho branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade da justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001.
- TERESA BELEZA, *Direito Penal*, vol. 1, 2ª ed., Lisboa.
- TIEDEMANN, KLAUS, «La responsabilidad penale delle persone giuridiche nel diritto comparato», *Rivista Italiana di Diritto E Procedura Penale*, Fasc. 3, Luglio – Settembre, 1995.
- TORONE, GIULIANO, «La Europa de los capitales y las fronteras de la acción penal», *Corrupción Y Estado de Derecho, El Papel de la Jurisdicción*, Madrid, 1996
- , «La investigación de los casos de corrupción a través de las técnicas de “seguimiento de la pista de los papeles (“following the paper trail”))», *Jueces para la Democracia, Information y Debate*, n.º 26, Madrid, 1996.
- VANNUCI, Alberto, «Mafia e Corrupção em Itália», in *Democracia e Corrupção na Europa*, Inquérito, Lisboa, 1995.
- ZIEGLER, Jean, *Os senhores do Crime*, Terramar, Lisboa, 1999.



*Parte 2*

**CRIMINALIDADE ORGANIZADA:  
ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS**

**Dr. Paulo Dá Mesquita**  
(Procurador Adjunto)





# Sub-índice

INTRODUÇÃO .....	75
<b>I – ESTRUTURA PROCESSUAL, DIREITO PROBATÓRIO E REPRESSÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA .....</b>	<b>81</b>
1.1 – Estrutura Acusatória e Direito Probatório .....	81
1.2 – Os Sistemas Europeu, Continental e Anglo-americano.....	83
1.3 – Os <i>Transplantes</i> de Direito Processual Penal .....	83
1.4 – Definição de Princípios Comuns, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Juris prudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem .....	84
1.5 – Regime Processual de «dupla via» – Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa .....	85
1.6 – Prevenção e repressão e da criminalidade organizada .....	85
<b>II – TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO, PROVA NO PROCESSO PENAL E CRIMINALIDADE ORGANIZADA .....</b>	<b>89</b>
2.1 – Princípio da Descoberta da Verdade Material e Seus Limites .....	89
2.2 – <i>Exclusionary rules</i> e <b>Proibições de Prova</b> .....	89
2.3 – O Efeito à Distância das Proibições de Prova .....	94
2.4 – Prova Livre .....	95
2.5 – Regra da Corroboração .....	97
2.6 – Prova Vinculada.....	98
2.7 – Conhecimentos e <i>Achamentos</i> Fortuitos.....	98
2.8 – Iniciativa Probatória dos Órgãos do Estado e de Particulares .....	100
2.9 – A Protecção Contra a Auto-Incriminação .....	100
2.10 – Acusatório, Prova e Contraditório, Intersubjectividade e Escrutínio do Julgamento do Facto .....	101
2.11 – Prova e Ponderação de Valores – Questões Metodológicas .....	102
<b>III – PROVA NA CRIMINALIDADE ORGANIZADA E MEIOS TECNOLÓGICOS – REGISTOS DE VOZ E IMAGEM .....</b>	<b>104</b>
3.1 – Os Valores em Confronto.....	104
3.2 – A Invasão do Sistema Probatório Pelas Inovações Tecnológicas .....	106
3.3 – Critério Geral nos Sistemas de Liberdade de Meios de Prova e Regras Particulares Quanto ao Recurso a Determinadas Meios Tecnológicos.....	107
3.4 – Decomposição Analítica: a Gravação de Palavras, o Filmar e o Fotografar e a Utilização Desses Registos .....	107
3.5 – Escutas Telefónicas.....	108

3.6 – Intercepção de Outros Meios de Telecomunicação.....	109
3.7 – Intercepção e Gravação de Comunicações <i>face a face</i> .....	109
3.8 – A Gravação de Palavras Auto-Incrimatórias do Arguido .....	110
3.9 – As Conversas com o Defensor.....	110
3.10 – As Conversas Privadas.....	111
3.11 – Registos de Imagem.....	111
3.12 – Redução Vitimodogmática da Ilícitude do Gravar, Filmar e Fotografar .....	111
3.13 - As Vigilâncias Policiais.....	112
<b>IV – CRIMINALIDADE ORGANIZADA E PROTECÇÃO DE TESTEMUNHAS .....</b>	<b>113</b>
4.1 – A Prova Testemunhal na Criminalidade Organizada .....	113
4.2 – A Protecção de Testemunhas e o Confronto com Princípios de Direito Probatório.....	114
4.3 – A Antecipação da Prova Pessoal.....	114
4.4 – O Testemunho Anónimo.....	115
4.5 – Protecção da Imagem da Testemunha.....	115
4.6 – Confronto da Testemunha, Inquirição Cruzada e Protecção de Testemunhas.....	115
4.7 – Testemunho de <i>ouvir dizer</i> e <i>hearsay evidence</i> .....	116
4.8 – Protecção de Testemunhas Vítimas e Proibição de Temas Probatórios (o caso dos crimes sexuais) .....	118
4.9 – Medidas Executivas de Protecção das Testemunhas .....	118
<b>V – ACESSO A INFORMAÇÃO SIGILOSA – DADOS BANCÁRIOS E DADOS DA ADMINISTRAÇÃO .....</b>	<b>119</b>
5.1 – Estabelecimento dos Circuitos Financeiros e Quebra de Sigilo Bancário .....	119
5.2 – Acesso a Base de Dados Pessoais em Poder da Administração .....	120
<b>VI – ENTREGAS CONTROLADAS .....</b>	<b>122</b>
<b>VII – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OFF-SHORES .....</b>	<b>125</b>
<b>VIII O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>127</b>
<b>IX – EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS .....</b>	<b>130</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>131</b>

# Introdução

1 – As páginas que se seguem integram um apontamento de trabalho e no plano inter-subjectivo constituem essencialmente um guião das sessões de trabalho sobre criminalidade organizada a ministrar em Cabo Verde entre os dias 15 e 19 de Março de 2004.

Assim, o respeito da programação das sessões sobre criminalidade organizada, no presente volume vão inserir-se essencialmente os elementos escritos de apoio para o tratamento de um conjunto de questões de investigação criminal e processo penal. Pelo que importa, nesta nótula, indicar as linhas essenciais e o modelo adoptado para as sessões em causa que vão incidir, antes do mais, numa identificação de linhas de abordagem em termos de direito comparado dos institutos processuais referenciados no programa da acção.

Esta abordagem tem de ter presente a evolução dos quadros de referência jurídicos que já não são os estritamente nacionais, pois para utilizar as palavras de Mireille Delmas-Marty, o processo penal deixou de funcionar em *circuito fechado*<sup>1</sup> num contexto em que a globalização e a natureza transfronteiriça da criminalidade convocam à abertura juscomparativa na análise das formas de repressão da criminalidade organizada.

E neste plano assume particular importância a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a qual permite falar numa visão europeia do processo e de um ideal: a recusa de uma verdade revelada e não discutida.

Traçando então objectivos comuns: adaptar o processo ao número (delinquência de massa e procedimentos simplificados), às condicionantes sociais (delinquência “social” e processos de mediação) e às necessidades de uma defesa legítima da sociedade (delinquência profissional e organizada e endurecimento dos processos)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> M. Delmas-Marty: 1992: 296.

<sup>2</sup> M. Delmas-Marty: 1992: 298.

Procedendo-se a uma análise de direito comparado, mais do que a descrição seca de regimes nacionais, é essencial proceder a uma localização precisa dos pesos e contrapesos dos diversos modelos e seguindo Mirjan Damaška, reputado professor da Universidade de Yale, impõe-se uma outra pretensão metodológica: a identificação das linhas de força dos diferentes tipos de processo penal, identificação que implica referências comparatísticas e históricas que exigem, seguindo Damaška, um esquema compreensivo como instrumento de análise dos sistemas de administração da justiça, o que passa não pela justaposição descritiva de ordenamentos e dos pesos dos ordenamentos processuais, mas pela construção orgânica e coerente de modelos *ideais* destinados a funcionar como grelha de classificação e como instrumento de análise e de compreensão dos ordenamentos concretos<sup>3</sup>.

Esta exigência e complexidade acentua-se em sede de matérias de direito probatório, pois as mesmas incidem não só sobre os institutos específicos, mas sobre a respectiva integração em sistemas processuais (inquisitório, acusatório *temperado* ou acusatório mais puro) e ainda nos sistemas de organização judiciária (modelo de MP, organização do tribunal, juizes togados e júri, sistema de deliberação sobre a matéria de direito e facto) e sua inserção nos diferentes sistemas de poder.

Esclarecida a base metodológica que presidiu às opções de tratamento das matérias, importa assumir uma pré-compreensão que preside à abordagem empreendida que é a de uma perspectiva cognitivista (não decisionista) do processo penal no Estado de direito democrático.

Isto é a finalidade de tratamento do facto juridicamente relevante (em face do direito penal) através de uma actividade cognitiva de *achamento* do acontecimento histórico, que se circunscreve ao facto com relevância jurídico-penal e à respectiva valoração imperativa<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Daí que M. Damaska empreenda uma análise funcional que tem como ponto de referência decisivo a estrutura organizativa que o poder assume (em especial no sector judiciário) em conexão geral com a que o Estado lhe atribui. Esta construção compreende uma elevada complexidade, na medida em que se articula com três níveis principais: (1) organização dos poderes em geral, (2) estrutura do poder judiciário, e (3) as formas do processo; fundando a sua operacionalidade na simplicidade dos elementos teóricos de base, cuja combinação analítica, reforçada e associada aos conteúdos provenientes da análise histórica e comparatística, os transforma, de acordo com M. Taruffo, «num instrumento particularmente maleável e eficaz para a construção de modelos ideais mas também para a verificação da sua correspondência com a realidade» (M. Taruffo in Damaška, 1989: 17).

<sup>4</sup> Damaška exemplifica a dimensão jurídico-prática deste elemento com a controvérsia sobre que seja *violação* que no caso do processo penal ter de se cingir ao preenchimento dos elementos do tipo legal, independentemente das concepções subjectivas dos intérpretes, nomeadamente sobre o relevo da aparência ou experiência da vítima para se tratar de uma violação ou de um abuso sexual (cfr. Damaška, 1998: 294).

A fixação da verdade relevante como suporte à aplicação de uma norma penal preexistente não é, contudo, apenas condicionada pelas incriminações vigentes nas diversas ordens jurídicas, sendo ainda limitada pela ponderação de outros valores, *colaterais* na expressão de Damaška<sup>5</sup>, que prevalecem sobre a verdade, em particular a salvaguarda de direitos subjectivos como a intimidade, a privacidade, o sigilo das comunicações, o direito à imagem e de princípios do procedimento, como o contraditório e o princípio da imediação.

2 – Em face do exposto, o elenco de matérias específico atribuído ao signatário deve ser objecto de uma prévia abordagem que permita uma análise do *ambiente* dos processos penais e uma discussão conceptualmente baseada em postulados adquiridos por todos os participantes.

Daí que as matérias abrangidas na 3ª semana da acção sobre criminalidade organizada: Pontos 2; 3; 4; 5; 6 e 7 do Tema III e pontos .... do Tema IV, sejam abordadas numa ordem diferenciada da que consta do caderno, tendo em atenção por um lado a divisão de tarefas entre a 3ª e 4ª semanas e por outro, perspectivas de sistematização inerentes ao enquadramento estabelecido.

O tratamento das matérias vai começar por compreender uma referência global à articulação entre direito probatório e repressão da criminalidade organizada.

Nesse quadro, estribando-se o processo penal democrático na estrutura acusatória, será importante analisar por um lado a repercussão dessa estrutura no direito probatório e em face dessa base, analisar o quadro essencial dos sistemas europeu, continental e anglo-americano, bem como: os *transplantes* de direito processual penal entre sistemas e ainda a definição de princípios comuns, em particular expressa na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

De seguida vai abordar-se o problema da articulação entre técnicas de investigação, prova no processo penal e criminalidade organizada e o respectivo enquadramento conceptual, em particular o princípio da descoberta da verdade material e seus limites: intrínsecos à verdade da justiça penal (presunção de inocência, *in dubio pro reo*) ou colaterais (protecção de valores como a privacidade e a dignidade humana).

E sendo o núcleo da discussão actual sobre a repressão da criminalidade, o recurso a novos métodos e meios de indagação do facto, intrusivos (vd. escutas telefónicas) ou limitadores do contraditório (vd. protecção de testemunhas),

---

<sup>5</sup> 1998: 302.

importa abordar em primeira linha uma das principais exportações do direito probatório anglo-americano: as *exclusionary rules* (proibições de prova), para além dos efeitos processuais das mesmas em especial o efeito à distância das proibições de prova.

Naturalmente essa matéria deverá ser articulada com a da liberdade de apreciação de prova (e respectivos condicionamentos), liberdade (restrições) quanto aos meios de prova e restrições que incidem sobre o modelo da prova livre, em particular, exigência de corroboração e de específicas provas vinculadas, bem como as particularidades advindas de conhecimentos e *achamentos* fortuitos.

Importa por fim destrinçar o tratamento processual da iniciativa probatória dos órgãos do Estado e de particulares e o reequacionar da protecção contra a auto-incriminação no quadro da repressão da criminalidade organizada, em face ainda do princípio do contraditório e da intersubjectividade e escrutínio do julgamento do facto.

Deverá ainda começar-se por tentar identificar especificidades do direito probatório nos processos que têm por objecto a criminalidade mais grave e consequentemente, o espaço para em sede de prova se proceder à ponderação de valores (pelo legislador e pelo aplicador) e as vinculantes metodológicas nessa sede.

3 – De seguida irão tratar-se as matérias específicas que constam do programa de acção, sendo possível por força dos primeiros capítulos de enquadramento, estabelecer as linhas de articulação dos temas entre si e ainda com alguns dos temas da 4ª semana (vd. o caso da protecção de testemunhas e do agente encoberto), para além de se estabelecer uma base que permite a análise de casos práticos problemáticos não cingida a um estrito ordenamento positivo nacional.

4 – Importa, por fim explicitar o modelo de organização do presente volume e dos diversos capítulos, que vão começar por compreender um texto muito sintético sobre as matérias abordadas, a identificação de ideias chave que vão ser exploradas nas sessões (quer com expresso destaque de perspectivas aí expressas e discutidas, quer com indicação de tópicos que vão ser destacados na análise e discussão de casos judiciais e cuja maioria constará nos anexos para onde se remeterá no texto principal).

Os anexos vão compreender a principal referente normativo abordado como base comum, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e um dos principais

instrumentos de trabalho das sessões, que simultaneamente constitui a base de uma doutrina para tratamento de casos – uma selecção de acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Serão ainda anexos o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e alguma legislação nacional.

No encerramento desta nótula importa destacar, tal como no princípio, que a presente introdução não pretende ilidir a base essencial das páginas que se seguem, que em termos substanciais mais não são, nem pretendem ser, mais do que um apontamento de trabalho e um guião para as sessões orais de trabalho, que não as resumem nem constituem um compêndio, especialmente limitado pela imposição da sua entrega num prazo curto (sem qualquer diminuição dos outros encargos profissionais) que obstou a que se conseguisse uma expressão mais fiel do que virá a ser discutido nas sessões (não só da abordagem teórica, como da múltipla casuística que vai servir a análise mais intersubjectiva).

Lisboa, Fevereiro de 2004.





## I – ESTRUTURA PROCESSUAL, DIREITO PROBATÓRIO E REPRESSÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

### 1.1 – Estrutura Acusatória e Direito Probatório

A estrutura acusatória, enquanto princípio, é actualmente invocado pela maioria dos sistemas penais.

Ao princípio do acusatório costumam ser assacados dois conteúdos que, sem serem contraditórios, são diferentes nas suas consequências.

Por influência do direito anglo-saxónico, diversos autores relacionam o princípio do acusatório com a consagração de um processo de partes.

Por outro lado, há quem entenda que segundo o princípio do acusatório «terá de haver uma diferenciação material (e não apenas formal) entre o órgão que instrui o processo e dá acusação e o órgão que a vai julgar»<sup>1</sup>.

Já a ideia de *processo de partes* não corresponde exclusivamente à imposição de contraditório em determinados actos<sup>2</sup>, mas antes à ideia de que o processo deve correr entre duas partes em sentido material, com discricionário poder dispositivo, existindo uma terceira entidade (suprapartes) com poder decisório (em princípio limitado ao objecto processual fixado pela parte com iniciativa processual, em processo civil, o autor, em processo criminal, o acusador).

O acusatório, apesar de recuos ao longo dos séculos, é um princípio milenar herdado do direito romano<sup>3</sup>, que tem na sua génese e perenidade, além do mais, fundamentos pragmáticos estribados na consciência das fragilidades da natureza

---

<sup>1</sup> Assim Figueiredo Dias, 1976: 105 e 1998: 205; C. Roxin, 1969: 53; L. Ferrajoli, 1998: 575.

<sup>2</sup> A. A. Dalia / M. Ferraioli, 1999: 127.

<sup>3</sup> Embora o princípio acusatório tenha sido abandonado em diversos períodos históricos, continuam válidas as razões que determinaram a respectiva consagração, e de que nos fala S. Tomás Aquino, «a justiça não é referente a si mesma, mas a outrem. Portanto, é necessário, que o juiz julgue entre dois, dos quais um é o acusador, o outro o réu. Por isso o juiz não pode condenar ninguém em julgamento, sem um acusador, segundo o que dizem os Actos: “Não é costume dos Romanos condenar alguém sem estarem presentes os acusadores e o acusado tenha oportunidade de defender-se para dilucidar os crimes” de que é acusado» (1266: II, II, Q. 67, Art. 3º).

humana, pois como sublinhava Wilhelm Humboldt, «se se prescindir desse princípio o processo faz-se inquisitivo, o juiz adquire demasiado poder e intromete-se até nos assuntos privados dos cidadãos»<sup>4</sup>, isto é a desconfiança que está na base da posição do garantismo à ilusão de um «poder bom»<sup>5</sup>.

Daí que a repartição de funções no processo penal no Estado moderno tenha determinado a fundação no século XIX do novo Ministério Público da Europa continental.

O princípio do acusatório subdivide-se em duas imposições: separação do órgão acusador do julgador (garantia da imparcialidade do órgão julgador) e direito do arguido conhecer a acusação que lhe é formulada.

O direito de o arguido contrariar a imputação e as provas apresentadas ou em que a mesma se fundamenta já se relaciona com outra sede dos direitos de defesa, o princípio do contraditório que alguns, contudo, consideram um corolário do acusatório, pois deve decorrer o princípio de que as provas da investigação não são transmissíveis ao julgamento.

Existe assim uma ligação intensa entre sistema processual e provas, que são experiências de eventos presentes interpretáveis como sinais de eventos passados (Ferrajoli).

Daí que, partindo desta noção, E. Fassone sublinhe que:

*“No conceito de “experiência” está compreendido o conhecimento sólido de que o juiz dispõe, que tem por objecto os elementos de prova que as partes lhe apresentaram.”*

No adjectivo “interpretável” está a essência da noção de probabilidade que revela o conhecimento débil que o juiz atinge quando no acto decisório final prescreve a existência (ou a inexistência) do facto constante da imputação<sup>6</sup>.

E esta vertente intersubjectiva não deixa de ser reconhecida nos tratados.

---

<sup>4</sup> W. Humboldt, 1792: XII, 120, modelo inquisitório que Eb. Schmidt apelida de soberano *legibus solutus* (vd. *supra* § 1 do cap. I).

<sup>5</sup> Reconhecimento das debilidades humanas que desde o iluminismo (cfr. John Locke, 1690: cap. VII, § 143) implica que a confiança do sistema não resulte da fé em virtuosos com um poder supra-estadual, sistema penal que com Beccaria encontra «um modelo de fundamentação que, pela primeira vez, encontra as raízes na estrita dimensão humana, sem necessidade de recurso a qualquer transcendência» (Faria Costa, 1998b: 11).

<sup>6</sup> E. Fassone, 2002: 622-623.

Veja-se o caso de Roxin quando abre a temática da prova com a seguinte definição:

«provar significa convencer o juiz sobre a verificação de um facto»<sup>7</sup>.

## 1.2 – Os Sistemas Europeu, Continental e Anglo-americano

Ao nível dos sistemas processuais penais democráticos existem hoje dois grandes modelos acusatórios, o anglo-americano e o europeu continental (destaque-se que na Europa ainda existem sistemas ditos de inquisitório mitigado mas que tendem progressivamente à rarefacção).

Em linhas muito gerais podem identificar-se, um acusatório continental em que o órgão do Estado titular da acção penal dirige a investigação criminal e está vinculado a princípios estritos de legalidade e objectividade, um *processo de partes* anglo-americano em que, continuando a ser assegurado um modelo acusatório, a posição institucional e processual do MP que é parte em sentido formal e material e ainda, o chamado inquisitório mitigado em nome de uma, ainda que putativa, maior efectividade da aplicação da lei penal (o reforço inquisitório em nome da verdade material e/ou da força do poder judicial) que implicava a judicialização da fase pré-acusatória (que se encontra em progressiva eliminação<sup>8</sup>).

É essencial ter presente a distinção entre os seus pilares essenciais para compreender os diversos institutos específicos e soluções processuais adoptadas, pelo que teremos de proceder à respectiva análise tendo presente os respectivos sistemas probatórios e estruturas.

## 1.3 – Os Transplantes de Direito Processual Penal

Tendo o processo penal deixado de funcionar em *circuito fechado*<sup>9</sup>, cada vez mais os *tesouros legais* de outros países são uma fonte de inspiração das propostas de reforma.

Contudo, os *transplantes* operados defrontam-se, na expressão de Damaška, com um *destino incerto* já que:

«os advogados têm a propensão para se centrarem quase exclusivamente nos aspectos normativos das soluções estrangeiras, tentando aferir se elas lhes proporcionam vantagens na ordenamento nacional.»

---

<sup>7</sup> 1998: 185.

<sup>8</sup> Vd. o estudo comparativo dirigido por M. Delmas-Marty, 1995.

<sup>9</sup> M. Delmas-Marty, 1992: 296.

Mas essa compreensível deformação profissional não está isenta de custos: o sucesso de muitas inovações processuais depende menos do que os advogados pensam, da excelência das normas.

O sentido e o impacto do regime processual depende, mais do que o direito substantivo, de condições externas – em particular do contexto institucional em que a justiça é administrada no específico país»<sup>10</sup>.

Assim importa ter presente que a interacção entre o pretendido *transplante* e o novo ambiente devem ser prévia e cuidadosamente estudados<sup>11</sup>, especialmente entre institutos do sistemas anglo-americano e continental.

#### **1.4 – Definição de Princípios Comuns, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

A análise comparatística de processo penal revela-se assim particularmente complexa, dada a multiplicidade de factores que é necessário ter presentes que tornam particularmente delicadas as importações acrícticas.

Contudo, há factores que revelam a progressiva comunicabilidade de princípios e mesmo de regras, saltando aqui, com particular acuidade, as experiências da justiça internacional (*infra* cap. VIII) e fundamentalmente, a experiência da aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a diferentes países e sistemas por um tribunal único, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

A título meramente exemplificativo da subtil exigência de concordância prática de valores, a que se vincula o TEDH, refira-se a respectiva jurisprudência na avaliação da equidade do processo penal em matéria de medidas privativas de liberdade, em que se atende a um conjunto de circunstâncias relativas à situação concreta:

- 1) A duração efectiva da detenção;
- 2) A duração da prisão preventiva por referência à natureza do delito, à pena aplicável e à pena previsível em caso de condenação;

---

<sup>10</sup> 1997b: 839. Para uma abordagem da complexidade das grelhas de leitura de sistemas comparados remete-se para Damaška, 1986. Este facilitismo da importação acríctica ou pouco cuidada é mesmo explicado por Damaška de uma forma particularmente ácida ma que devia estar presente no frenesim legiferante, quando refere que os advogados «procuram remédios indigentes para as doenças das suas instituições decadentes» (1997a: 150).

<sup>11</sup> M. Damaška, 1997b: 851-852.

- 3) Os efeitos materiais, morais e outros sobre o detido;
- 4) O comportamento do arguido;
- 5) O modo como o inquérito foi dirigido;
- 6) O comportamento das autoridades judiciárias envolvidas.<sup>12</sup>

## **1.5 – Regime Processual de «dupla via» – Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa**

A gravidade do crime e complexidade da investigação, que tem sido ponderada na avaliação da legitimidade do recurso a institutos processuais de maior gravidade para os direitos individuais, também se tem repercutido em recentes inovações legislativas relativas, em particular no recurso a mecanismos de investigação mais intrusivos e protecção de testemunhas.

Essa circunstância corresponde ao que se designa como: *“uma opção por um regime processual de dupla via”*, isto é, um modelo para os processos relativos a crimes de pequena e média criminalidade e todos aqueles que não exigem especiais meios de investigação e um regime distinto para a criminalidade organizada<sup>13</sup>.

Sublinhe-se contudo, com Anabela Miranda Rodrigues, que tal distinção não pode fazer-se à custa dos direitos fundamentais do arguido e que depende, em larga medida, de um ponto que não vai ser tratado nas presentes sessões:

- a consagração de «soluções céleres e flexíveis ao nível da pequena e média criminalidade, servidas por mecanismos de consenso (e oportunidade);
- e soluções “formais” e ritualizadas ao nível da criminalidade grave, em que o conflito se decide enquanto conflito»<sup>14</sup>.

## **1.6 – Prevenção e Repressão da Criminalidade Organizada**

Nas presentes sessões vamos centrar-nos na repressão criminal

Importa contudo reconhecer que, na generalidade dos fenómenos criminais, verifica-se uma progressiva diluição da fronteira entre prevenção e repressão.

---

<sup>12</sup> Assim Donna Gomien / David Harris / Leo Zwaak e outros, 1997: 163.

<sup>13</sup> Vd. Mario Chiavario, 1995: 27 e ss..

<sup>14</sup> Anabela Miranda Rodrigues, 2003: 8.

Aspecto que nos países cujos sistema jurídico é de matriz europeia continental, compreende também a delimitação das competências próprias das polícias e das autoridades judiciárias, em particular do MP.

A polícia é, antes de tudo, o braço do monopólio estatal da violência, tendo no moderno Estado de direito um núcleo funcional: segurança, ordem pública e prevenção de perigos de acordo com a lei, à luz de uma ideia de limitação do poder policial que naturalmente repugna aos Estados totalitários e autoritários<sup>15</sup>.

Mantendo-se relevante a repartição clássica entre funções de polícia judiciária e polícia administrativa, pois «a caracterização é de ordem finalística: a polícia judiciária é uma actividade auxiliar quando levada a cabo pela Administração Pública»<sup>16</sup>.

No sistema de dependência funcional e autonomia organizatória, adoptado pela maioria das legislações europeias, a principal parcela das entidades policiais são também órgãos de polícia criminal ou órgãos de polícia judiciária e estes, por regra, são polícias<sup>17</sup>, o que torna essencial a destriça das atribuições funcionais desses órgãos, entre prevenção dos delitos e repressão do crime<sup>18</sup>.

A interpenetração de funções reflecte-se em especial, na actividade de recolha da notícia do crime, num quadro de aumento da complexidade do fenómeno criminal, em que se tornou corrente a expressão «troco a liberdade por segurança»,

---

<sup>15</sup> Daí que Hassemer assinala que os nazis, tal como outros, relativamente aos poderes da polícia «não estavam interessados em minudências conceptuais e limitações sistemáticas» (1999: 257).

<sup>16</sup> Sérulo Correia, 1994: 405. Sobre a distinção funcional entre polícia judiciária e polícia administrativa, vd. M. Delmas-Marty, 1992: 95 e ss., 192 e ss. e 205 e ss.; e J. J. Gleizal / J. Gatti-Domenach / C. Journés, 1993: 65-66, 140-143; Sérulo Correia, 1994: 394 e ss., sobre o estatuto jurídico-constitucional da polícia na Constituição portuguesa e sua inequívoca inserção na Administração vd. Gomes Canotilho / Vital Moreira, 1993: 955 e Faria Costa, 1994: 223.

<sup>17</sup> Sobre o sistema e seu fundamento pragmático, que também é reconhecido por Roxin, 1969: 54, e jurídico-constitucional, vd. por todos Figueiredo Dias, 1988: 12 e ss. e J. Faria Costa, 1994: 235 e ss., autores que também analisam os imperativos constitucionais nesta matéria que abordaremos *infra* no § 3.2.

<sup>18</sup> Vd. Roxin, 1969: 54-55; K. H. Gössel, 1980: 611 e ss.; E. Schlüchter, 1999: 35 e ss.. Terreno particularmente movediço, pois como Winfried Hassemer sublinha, «O ‘combate preventivo ao crime’, como objectivo da actividade policial, acaba por esbater os limites entre prevenção e repressão, entre prevenção de perigos e combate ao crime que, até então separaram nitidamente os domínios policial e processual penal. (...) As chamadas pré-investigações removem os limites de intervenção delineados pela noção de indício, que tradicionalmente serviu para legitimar os transtornos na vida de pessoas inocentes, aceitáveis apenas mediante pressupostos e balizas claros» (1993: 100-101). Daí que no direito administrativo do espaço geográfico da actual Alemanha entre 1789 e 1890 tenha sido sobretudo debatida a questão da delimitação material do poder da justiça relativamente ao poder da polícia (António Francisco de Sousa, 1987: 4).

pondo-se em causa a potencialidade delimitadora dos direitos policial e penal, estribada nos conceitos clássicos de *perigo* e *suspeita*<sup>19</sup>.

Em face da aludida interpenetração, na generalidade dos países europeus optou-se, pragmática e fundamentadamente, por atribuir aos organismos com funções policiais, que reconhecidamente são entidades privilegiadas para a recolha da notícia do crime, por atribuir competência própria de intervenção no imediato *ex post*, pelo que então já judiciária<sup>20</sup>.

Ao Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, é também reconhecida competência para obter notícia do crime por via de uma actividade própria que deriva da sua atribuição de órgão de impulso do procedimento<sup>21</sup>.

A aquisição da notícia do crime por conhecimento próprio dos órgãos de polícia criminal não configura qualquer especificidade processual, mas a actividade realizada pelas entidades policiais, com vista à obtenção de notícia do crime, merece uma análise particular dadas as competências extra-processuais desses órgãos da administração.

Com efeito, compete em especial aos órgãos de polícia criminal, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, para além de incumbir à polícia prevenir a prática de quaisquer crimes.

Daí que se continue a configurar como importante a dicotomia traçada pela doutrina italiana entre notícias do crime típicas (*tipiche* ou *qualificate*), que chegam ao conhecimento das entidades com funções de investigação e notícia dos crime atípicas (*atipiche* ou *non qualificate*), que surgem em virtude de uma autónoma actividade heurística.

Neste contexto não têm enquadramento jurídico-processual os designados *pré-inquéritos* que se seguiriam à aquisição da notícia do crime, pois esta determina os

---

<sup>19</sup> Como Hassemer destaca «na teoria e na prática um 'direito da segurança' é algo cada vez mais evidente, o qual contradiz totalmente a função clássica de garantia dos direitos fundamentais: quanto mais cresce um direito fundamental à segurança o clássico direito à liberdade será limitado a favor da segurança» (1999: 271-272)

<sup>20</sup> Vd. art. 55.º do CPP português. Na mesma linha do preceito do código português o art. 55.º do CPP italiano (sobre este vd. A. Dalia in Siracusano et al., 1991: 11 e ss.).

<sup>21</sup> E será esse o sentido essencial do art. 241.º, do CPP português, tal como sucede com o art. 330.º do CPP italiano. Assim à luz do art. 241.º, do CPP, «O conhecimento próprio do crime pelo MP pode resultar da sua percepção directa dos factos constitutivos do crime ou indirecta, através do rumor público, de informação reservada ou de informação que não revista as características da denúncia» (G. Marques da Silva, 2000: 53). Sobre a natureza do MP como órgão de iniciativa ou de impulso do procedimento vd. V. Grevi, 1998: 749, e ainda Paulo Dá Mesquita, 2003: 32 e ss. 110 e ss..

deveres de comunicação ao Ministério Público e para este órgão a obrigatoriedade de abertura do processo penal.

A actividade heurística, não tutelada na lei processual, de aquisição da notícia do crime, apenas se afigura legítima num momento em que ainda não são conhecidos factos susceptíveis de integrar um crime ou em que ainda não existe notícia do crime.

Aquisição da notícia do crime, que deverá ser compreendida no âmbito da correlação funcional entre notícia do crime e investigação criminal e entre este e a decisão de mérito sobre o exercício da acção penal.

Não podendo obnubilar-se as necessárias distinções operativas, pois a actividade pré-processual não obedece aos parâmetros do processo penal mas a outros de carácter administrativo, o que é particularmente evidente no que concerne à indagação de factos no âmbito de controlos administrativos que, podendo dar origem a notícias de crime, estão teleologicamente vinculados a outros fins públicos.

Na actividade de recolha de notícia de crimes, as cautelas do legislador relativamente aos perigos da pretensão de rigorosa destriça analítica, reflectem-se ainda, na relação do Ministério Público com uma actividade que, em abstracto, ainda não é judiciária:

- a função de controlo relativamente à actuação da polícia que, aliás, se associa a um dos traços fundadores do Ministério Público no Estado de direito, enquanto guardião das leis, *Wächter der Gesetze*, ou defensor da legalidade democrática<sup>22</sup>.

É o caso da autorização do Ministério Público para a prática de crimes por parte de agentes encobertos<sup>23</sup> e do dever de documentação e informação relativamente aos procedimentos iniciados no âmbito da prevenção da corrupção e criminalidade económica e financeira<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Ponto em que Gössel (1980: 622) e Roxin (1969: 54) estão de acordo. Quanto à defesa da legalidade democrática como referente constitucional de toda a actividade processual penal do Ministério Público, cfr. Paulo Dá Mesquita, 2003: 44 e A. Cluny, 2000: 40

<sup>23</sup> Vd. em relação ao caso português o art. 59.º, nº 2 e 4 do DL 15/93, de 22-1 na redacção alterada pela Lei nº 45/96, de 3-9 (entretanto revogado) e os actuais arts. 2.º e 3.º, nº 3 a 5, da Lei nº 101/2001, de 25-8. Este normativo é aplicável em casos de repressão criminal (quando já há notícia do crime, pelo que o MP, para além do exercício da função de controlo jurídico, da iniciativa e actividade da polícia judiciária ou de terceiros sob controlo desta, deve abrir inquérito) mas também de prevenção criminal (caso em que o aludido controlo judiciário da responsabilidade do MP que tem o poder de iniciativa e do juiz de instrução que tem o poder de decisão, não é acompanhado, pelo menos num primeiro momento, da abertura de inquérito).

<sup>24</sup> Vd., em Portugal, art. 2.º, nº 2, da Lei nº 36/94, de 29-9.



## II – TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO, PROVA NO PROCESSO PENAL E CRIMINALIDADE ORGANIZADA

### 2.1 – Princípio da Descoberta da Verdade Material e Seus Limites

A descoberta da verdade penalmente relevante, sendo o desígnio das autoridades judiciárias, sofre diversas compressões num processo penal democrático.

Pelo que uma das principais tarefas do magistrado é identificar as vias para uma verdade judiciária legítima e não apenas eficaz.

Pelo que sobreleva em importância, não só os limites à actividade indagatória constituídos pelas proibições de prova (§ 2.2), como ainda os limites à iniciativa probatória do tribunal decorrentes da sua posição de terceiro na dialéctica processual (§ 2.10).

### 2.2 – *Exclusionary rules* e Proibições de Prova

Para além de se dever ter presentes as diferentes concepções sobre prova livre entre os sistemas continentais e o anglo-americano, importa destacar que «*as proibições de prova (exclusionary rules), durante muito tempo associadas ao common law como uma idiossincrasia específica, estenderam-se nas últimas décadas ao processo penal continental.*»

Tal vale essencialmente para aquelas proibições de prova (*exclusionary rules*) que são motivadas pela preocupação de que a procura da verdade se realize em termos socialmente aceitáveis.

Na sequência dos traumas da experiência totalitária, a sensibilidade a valores como a dignidade humana e a privacidade, impulsionaram a maioria das jurisdições continentais a aceitarem a ideia de que material probatório deve ser rejeitado quando obtido em violação de determinados direitos humanos.

Mas mesmo proibições de prova (*exclusionary rules*) determinadas pelo objectivo de rigor no estabelecimento do facto verdadeiramente originárias do *common law*, podem esporadicamente ser encontradas no continente.

Do mesmo passo, com o alargamento das proibições de prova, cresce a discrepância entre informações com real relevo probatório e informações que podem ser legitimamente utilizadas em julgamento»<sup>25</sup>.

Refira-se que há quem classifique (Wigmore) as proibições de prova determinadas pelo objectivo de rigor, no estabelecimento do facto como regras de política probatória auxiliar (*rules of auxiliary probative policy*).

E Damaška assinala como um exemplo disso o regime de proibição adoptado em Itália e em Portugal relativo à *hearsay evidence*<sup>26</sup> (vd. *infra* 4.7)

Tendo-se estendido as proibições de prova ao sistema continental, importa sublinhar que também nesta sede vale aquele que Damaška considera ser o principal pilar distintivo do direito probatório dos EUA:

- o controlo que as partes têm na recolha, selecção e apresentação da prova, o que não só implica a apresentação separada das provas da acusação e da defesa, mas também que a invocação das proibições de prova seja da sua exclusiva responsabilidade, enquanto nos sistemas continentais a observância das regras sobre proibições de prova é da responsabilidade judicial<sup>27</sup>

As proibições de prova têm *autonomia dogmática* relativamente às invalidades, o que no direito português, corresponde a um imperativo legal por força do preceituado pelo art. 118.º, n.º 3, do CPP português.

Norma que traduz o propósito de absorção, ainda que parcial, do modelo de proibições de prova do direito anglo-americano e as conseqüentes dificuldades, pois uma das matrizes distintivas entre esse sistema e o continental, era o foco no primeiro nas regras sobre admissão e proibição de provas e no continental nas regras do ritualismo judiciário de julgamento do facto<sup>28</sup>.

Chegando a dizer-se que no modelo anglo-americano existirá uma presunção de exclusão e no continental de inclusão<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Damaška, 1995: 348.

<sup>26</sup> Damaška, 1992: 447n; 1995: 348n; 1997: 29n.

<sup>27</sup> Cfr. Demleitner: 519; Damaška, 1997.

<sup>28</sup> Demleitner, 1999: 517; Damaška, 1997.

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*.

A esta luz é essencial a distinção entre:

- **Obtenção ou valoração de uma prova proibida – proibição de valoração** (o vício cometido é a violação de uma proibição de prova, conduzindo à eventual proibição da sua valoração).

De acordo com Costa Andrade a lei portuguesa (art. 118.º, n.º 3) aponta para «*uma compreensão das proibições de prova assente seguramente na doutrina e nos princípios subjacentes ao regime das nulidades, mas aberta também e necessariamente a tópicos excêntricos e alheios a esta figura*»<sup>30</sup>, isto é terá sido acolhida uma doutrina das proibições de prova.

As *proibições de prova* constituem verdadeiros limites à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo<sup>31</sup>.

- **Obtenção de provas permitidas, mas logradas sem a observância das formalidades legais – proibição de produção** (o vício cometido pode constituir causa de inexistência, de nulidade ou de mera irregularidade, consoante o teor da previsão legislativa).

As *regras de produção de prova* «*visam apenas disciplinar o procedimento exterior da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração*»<sup>32</sup>.

Daí que a respectiva violação se relacione apenas com a violação das normas rituais de mera ordenação processual.

Uma outra abordagem do problema (seguindo o ensino de Roxin<sup>33</sup>) será a de partir de um conceito amplo de proibições de prova que compreenderá proibições de produção ou obtenção de prova:

- a) Determinados factos não podem ser objecto da prática de prova (*proibições de temas probatórios*) – por ex. segredo de Estado (137.º, n.º 1 CPP português);
- b) Determinados meios de prova não podem ser empregues (*proibições de meios probatórios*) – recusa legítima de depoimento – por ex. recusa legítima de depoimento (134.º, n.º 1 CPP português);

---

<sup>30</sup> 1992: 195.

<sup>31</sup> Costa Andrade, 1992: 83; G. Marques da Silva, 1999-II: 118.

<sup>32</sup> J. M. Asencio Mellado, *apud* G. Marques da Silva, 1999-II: 118.

<sup>33</sup> 1998: § 24, 5, D.

- c) Na produção de prova não se pode fazer uso de certos métodos (*proibições de métodos probatórios*) – ex. métodos proibidos previstos no art. 126.º, n.º 1 e 2 CPP português;
- d) Ordenar ou realizar a obtenção da prova só por determinadas pessoas (*proibições probatórias relativas*) – ex. busca domiciliária (177.º, n.º 1 CPP português).

Roxin, contudo, destaca que nem todas as proibições de prova determinam proibições de valoração, sendo a área crítica os casos de proibições que não são directamente regulados pela lei.

Pelo que pode considerar-se que os casos em que a proibição de valoração resulta de forma explícita da lei são a única a área pacífica.

Tirando esses, coloca-se um problema sério de actividade interpretativa especialmente complexo, porque nenhuma teoria geral logrou uma aceitação relevante e na nossa família jurídica, a única que foi intentada pelo Supremo Tribunal Federal alemão com a designação de *teoria do âmbito de direitos* (*Rechtskreisstheorie*) de acordo com a qual critério de resolução em sede de recurso, derivaria da aferição se «*a lesão afecta de forma essencial o âmbito de direitos do recorrente ou se ela tem apenas importância secundária ou não tem importância alguma para ele. Nessa análise deve considerar-se antes de mais o fundamento da disposição e resolver a questão do interesse que a determinou*»<sup>34</sup>.

Essa solução é muito criticada porque, por um lado, o princípio da formalidade diz que certas violações não podem ser aceites mesmo quando não prejudicam o arguido, por outro lado há produções incorrectas de prova que, embora afectem direitos do arguido, não determinam sem excepções a proibição de valorar a prova.

Outra discussão é sobre os *cursos hipotéticos de investigação*:

- O que deve fazer-se quando se demonstra que o meio de prova obtido de forma ilegal teria podido ser obtido sem lesão de uma proibição de prova.

Há quem considere que o meio de prova nesses casos deve ser sempre valorado e quem considere que nunca o pode ser.

Roxin assume uma posição que considera intermédia.

Para ele o que é determinante é que o meio de prova teria sido, muito provavelmente, obtido em virtude das investigações precedentes.

---

<sup>34</sup> Roxin, 1998: 192.

Mas mesmo nestes casos considera que se mantém a proibição de valoração, quando tratando-se de faltas graves ao procedimento, ela é indispensável por motivos de tutela jurídica preventiva – por ex. a reserva judicial para autorizar escutas telefónicas.

Também no modelo anglo-saxónico Damaška destaca que as concepções globais, para definir as relações entre a verdade e as suas *rivais* (que fundam as proibições de prova), têm reduzido potencial clarificador e normativo<sup>35</sup> ()

Relativamente à tarefa do intérprete, *a recusa de concepções globais implica que a solução seja encontrada para as específicas proibições numa análise dos diferentes interesses comprometidos em cada caso e na sua ponderação.*

Nesse quadro Roxin distingue as **proibições de prova dependentes de outras das proibições de prova independentes.**

Em resumo, na identificação das proibições de valoração, em primeira linha deverá atender-se ao sancionamento da lei.

Contudo muitas vezes esse sancionamento não é expresse e por outro lado, o termo nulidade não é unívoco.

Relativamente a esta tarefa Gössel distingue três grandes grupos:

- a) Área da investigação relacionada com os direitos fundamentais;
- b) As violações dos princípios fundamentais do processo;
- c) A infracção dos demais preceitos que regulamentam a produção da prova<sup>36</sup>.

Sublinhe-se por fim que, sendo uma aquisição inalienável do processo do Estado de direito democrático, importa ter presente que a respectiva complexidade e imperativo de que o respectivo regime limite de forma efectiva, a cognição, não só de investigadores mas também de julgadores de facto<sup>37</sup>, que deve ser dada particular atenção à perspectiva e conclusão pragmática de Damaška:

*«Tudo considerado, a não ser que o sistema de justiça esteja disposto a adoptar um processo decisório decomposto ou pelo menos que a atomística valoração das provas se revele psicologicamente viável, parece prudente manter as proibições de prova num minimum»<sup>38</sup>.*

---

<sup>35</sup> Damaška, 1998: 302.

<sup>36</sup> 1992: 410.

<sup>37</sup> Vd., nomeadamente, *infra* § 2.3 e 2.4.

<sup>38</sup> Damaška, 1995: 352

### 2.3 – O Efeito à Distância das Proibições de Prova (*teoria dos frutos da árvore envenenada*)

O problema das proibições de prova e das suas consequências no processo penal não se cinge à proibição de valoração dos resultados imediatos da prova proibida.

É a propósito do problema dos efeitos de uma proibição de prova, em provas que não foram obtidas directamente em virtude da actuação proibida mas que foram obtidos posteriormente, que se consagrou a designada pelos tribunais e doutrina norte-americanos, «*fruit of the poisonous tree doctrine*», segundo a qual uma proibição de valoração probatória se estende também aos meios de prova obtidos indirectamente.

Compreende-se a perspectiva de que se deve admitir um efeito extensivo das proibições de prova, pois de outra forma as proibições probatórias podiam ser iludidas com grande facilidade (pense-se na paradigmática salvaguarda dos direitos do arguido sujeito a interrogatório).

Mas também se tem entendido *que essa afectação não deve ser indiscriminada*, pelo que se discutem os critérios de concretização do *efeito-à-distância*.

Desde logo no que concerne às provas mediatas resultantes dos métodos proibidos de prova impostos ao arguido, para cuja resolução são apresentados critérios diversificados como os de:

- **Roxin** que se socorre do «alto grau de probabilidade» de obtenção das provas mediatas, aferição que deve ser feita nos seguintes termos: «*em face do desenvolvimento precedente das investigações as provas também teriam sido obtidas muito provavelmente sem violação das regras do procedimento*»;
- **Beulke** que prefere valorar *pro reo* os coeficientes de dúvida (o que salvo o devido respeito não é um critério para a resolução dos problemas concretos que sirva de efectivo contraponto ao de Roxin).

Mas o efeito à distância parece que, em certos casos, não pode afectar de todo as provas mediatas.

É o caso das provas resultantes das testemunhas de *ouvir dizer*<sup>39</sup>, que aliás, de acordo com a própria lei, podem/devem determinar a produção de outros meios de prova<sup>40</sup> (*infra* § 4.7).

---

<sup>39</sup> Assim Costa Andrade, 1992: 317.

<sup>40</sup> Vd. o art. 129.º, n.º 1, do CPP português.

Assim a definição do âmbito do efeito à distância depende, de forma essencial, da situação específica e do meio de prova envolvido e ainda do curso hipotético da investigação.

## 2.4 – Prova Livre

Como Damaška esclarece «a retórica da prova livre ressoa de forma diferenciada nas jurisdições continentais e nas de *common law*. Nas primeiras, a livre apreciação da prova foi elevada à posição de princípio regulador de grande importância na argumentação legal contra as regras de valoração obrigatórias. Por outro lado, nos países de *common law*, a prova livre carece de estatuto normativo e não é sequer um termo da arte. O sistema legal aspira de forma aberta a que os julgadores do facto sejam orientados na sua análise da prova. Se apesar dessas características, *common law* pode ser associado com a prova livre, é fundamentalmente porque os veredictos dos júris não fundamentados, são de facto essencialmente imunes à intimação. Neste sentido descritivo, quem estabelece os factos no sistemas de *common law* é, em termos efectivos, essencialmente 'livre' no seu processo decisório»<sup>41</sup>.

O mesmo autor não deixa também de constatar que tendo em atenção essas diferenças:

*«Subsiste apenas um entendimento comum de prova livre que pode ser com segurança empregue na generalidade dos sistemas legais ocidentais. Nesse ponto, a retórica da prova livre expressa a preferência por um regime de estabelecimento (descoberta) dos factos em que os julgadores (adjudicators) estão autorizados a utilizar processos de cognição comuns, livres para seguirem os mesmos procedimentos que as pessoas informadas para atingirem o veredicto. As jurisdições continentais e de common law parecem subscrever esta preferência – pelo menos em princípio – como um esquema organizatório para disposições técnicas»<sup>42</sup>.*

E como já se destacou, existe desde logo uma forte limitação nesse modelo por força dos limites decorrentes das proibições de prova, já que estas geram uma discrepância entre valor probatório material e informação legalmente admissível.

E aqui encontra-se, desde logo, uma das particulares dificuldades das proibições de prova:

---

<sup>41</sup> Damaška, 1995: 347.

<sup>42</sup> Damaška, 1995: 347.

- por um lado, os efeitos à distância das proibições de prova que podem determinar nomeadamente uma prognose póstuma sobre as cognições de investigadores e titulares da acção penal<sup>43</sup>;
- por outro o contágio dos julgadores de facto por informação proibida com a qual entraram em contacto, a qual gera dificuldades em todos os sistemas de justiça.

*«A fonte dessas dificuldades é o facto de, nessa situação, a lei impedir o tribunal de decidir com base naquilo que efectivamente sabe; os julgadores não são livres para decidir o caso de acordo com aquilo que consideram ser verdade»<sup>44</sup>.*

A progressiva cientificização (*infra* § 3.2) da prova gera provavelmente os maiores problemas para o modelo da *prova livre*, pois o senso comum e fontes de informação convencionais vão de forma crescente sofrer a concorrência de princípios científicos.

O que é essencial reter é que:

*«A prova livre não é um valor por si mesmo: a falta de regulação em matéria de processamento da prova apenas é justificável epistemologicamente enquanto não se puderem estruturar boas normas sobre o tema. Se se afigurar que a eficiência do julgamento do facto pode ser melhorada pela exploração de conhecimento científico, uma previsão exigindo o seu emprego é garantida – desde que valores colaterais à verdade (como a privacidade e a dignidade humana) não sejam violados. Mesmo o recurso a métodos comuns de cognição, a base do actual modelo de julgamento do facto, apenas pode ser defendido como uma alternativa de processo decisório e não genericamente aceite como superior»<sup>45</sup>.*

Daqui importa não esquecer que o princípio da livre convicção corresponde a um estágio histórico que foi precedido por um sistema baseado em *regras de prova legal*, o qual se baseava na pré-definição de soluções decisórias com modelos de ponderação genéricos e tendencialmente rígidos<sup>46</sup>.

O princípio da livre apreciação (consagrado no art. 127.º, do CPP português) relaciona-se com o princípio da prova livre (consagrado no art. 125.º do mesmo diploma) que prescreve, seguindo Roxin (1998: 186):

---

<sup>43</sup> *Supra* § 2.3.

<sup>44</sup> Damaška, 1995: 351-352.

<sup>45</sup> Damaška, 1995: 357.

<sup>46</sup> Vd. por todos Roxin, 1998: 103 e ss..



«que o tribunal pode investigar todas as circunstâncias não sujeitas a uma prova necessária através da prova livre, quer dizer, pode socorrer-se de qualquer meio» ou de acordo com o art. 125.º do CPP «são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei».

E importa reter que, mesmo na Alemanha, onde o princípio «não é mencionado expressamente pelo STPO, impôs-se de forma geral tendo por raiz trabalhos de Belling e de Ditzgen, contudo não teve até hoje uma fundamentação suficiente do ponto de vista teórico»<sup>47</sup>.

Pelo que o princípio da prova livre e em especial o princípio da livre convicção pode ser afastado, em especial por força de:

- a) Determinados conhecimentos das ciências naturais<sup>48</sup>;
- b) Critérios processuais superiores<sup>49</sup>;
- c) Normas positivas expressas.

Na análise dos diversos problemas sobre apreciação / valoração de prova, importa destacar que se podem distinguir três correntes em termos de linhas gerais, sobre os corolários do sistema probatório e em particular dos princípios da livre apreciação da prova e da liberdade dos meios de prova:

- A visão maximalista da liberdade de apreciação da prova (*substancialismo judicial*);
- Uma moderna tipificação dos meios de prova que serão tendencialmente taxativos (*formalismo radical*);
- A moderação da liberdade de apreciação da prova e as proibições de prova (nem *substancialismo judicial* nem *formalismo radical* – modéstia epistemológica ou racionalidade intersubjectiva).

## 2.5 – Regra da Corroboração

Uma das mais recentes construções limitadoras da livre apreciação probatória é a que se sustenta na exigibilidade de que, certos meios de prova, para poderem ser

---

<sup>47</sup> Roxin, 1998: 186.

<sup>48</sup> Ex. afastamento da paternidade com base em exames de sangue; teor de álcool no sangue; detector de velocidade quando as hipóteses de erro estão afastadas; DNA segundo Roxin pode excluir a responsabilidade mas em termos de comprovação positiva só proporciona probabilidade estatística.

<sup>49</sup> Ex. no caso do arguido o silêncio total não pode ser valorado contra ele, mas o silêncio quanto a determinados pontos pode ser valorado porque o arguido se converte por livre decisão em meio de prova; o critério é semelhante para a testemunha com direito a não falar.

valorados, exigem a corroboração por outros elementos, pelo menos, que a decisão quanto a enunciados de facto centrais não se baseie apenas nesses meios de prova mais sensíveis<sup>50</sup>.

Tal repercutiu-se em especial na regra de que «nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada»<sup>51</sup>.

## 2.6 – Prova Vinculada

No sistema de prova livre também é possível surpreender pontuais *taxatividades das formas probatórias* conexas com determinados resultados cognitivos, em que se exige um determinado juízo pericial ou científico para se provar um determinado enunciado de facto.

Paradigmático dessa situação é a prova da anomalia psíquica, já que a mesma compreende um juízo com uma determinada base pericial, pelo que existem regras não só quanto a sua aquisição como quanto à sua valoração<sup>52</sup>.

Isto é, existem em certos domínios *regras legais de prova*, que têm de ser identificadas e analisadas de forma especificada num sistema de prova livre e com particulares cautelas, pois o respectivo fundamento, como sublinha Giulio Ubertis, não se circunscreve a um parâmetro unívoco, pois decorre «*quer de exigências de carácter político (ou substancial) de salvaguarda de concretos direitos (sobretudo, de raiz constitucional), quer de razões epistemológicas (ou processuais), pelas quais se confere dignidade normativa a um conjunto de critérios de judicatura que o legislador entende não dever ser deixado ao cuidado deontológico do aplicador*»<sup>53</sup>.

## 2.7 – Conhecimentos e Achamentos Fortuitos

Como é de calcular, as indagações estaduais podem vir a permitir a obtenção accidental de informação criminalmente relevante mas não pretendida, ao iniciar a acção que se dirigia para outro fim (exemplos: numa busca para encontrar a arma de um crime de homicídio é encontrada uma grande quantidade de

---

<sup>50</sup> Vd. *infra* § 4.4 e 4.6. Sobre a aplicabilidade dessa regra ao aproveitamento probatório dos depoimentos dos co-arguidos, vd. A. Medina Seça, 1999: 212 e ss..

<sup>51</sup> Art. 19.º, nº 2 da Lei nº 93/99, de 14-7 e acórdãos Doorson e Kostovski do TEDH, vd. ainda Anabela Rodrigues, 2003: 19.

<sup>52</sup> Cfr. arts. 159.º, 160.º e 163.º do CPP português articulados com o art. 91.º do CP português.

<sup>53</sup> G. Ubertis, 2002: 143.

estupefaciente, numas escutas telefónicas relativas a uma investigação de tráfico um dos interlocutores fala sobre um homicídio passional).

Desde logo importa destringir os conceitos de conhecimentos fortuitos do de conhecimentos da investigação (o aproveitamento destes deriva apenas da legitimidade da actividade de obtenção de prova).

Quanto ao aproveitamento processual dos conhecimentos fortuitos, a questão prende-se em primeira linha com o meio de obtenção de prova envolvido.

A questão foi suscitada essencialmente a propósito das escutas telefónicas<sup>54</sup>, que por regra só são admissíveis para crimes previamente elencados na lei (doutrinariamente designados como *crimes de catálogo*).

A tendência maioritária é no sentido de se admitir a utilização dos conhecimentos fortuitos para a investigação dos crimes de catálogo<sup>55</sup>, tendo-se inclusive consagrado na Alemanha, após alguma polémica doutrinária e jurisprudencial, esse critério<sup>56</sup>.

Um outro requisito, que persiste ainda como particularmente discutido, é o do *estado de necessidade investigatório*.

Mas a questão pode também ser suscitada no quadro de outras actuações intrusivas, como buscas ou revistas, no quadro das quais podem ocorrer *achamentos ocasionais ou fortuitos* e consequentes apreensões.

Aí, não existindo *catálogo*, a orientação maioritária é no sentido da admissibilidade do aproveitamento desses elementos estar apenas condicionado pela legalidade da actuação intrusiva (quer seja no quadro de investigação criminal quer no de controlos administrativos) e pela oportuna comunicação ao MP e ratificação por este<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> *Infra* § 3.5.

<sup>55</sup> Vd. sobre este ponto Costa Andrade (1991: 370 e ss.; 1992: 301 e ss.) e G. Marques da Silva (1999-II: 205) são de parecer que apenas se admitem os conhecimentos fortuitos relativos a crimes do catálogo; de acordo com Gössel (1992: 413) na jurisprudência alemã, designadamente do próprio tribunal constitucional, era deixada a porta aberta à valoração desse meio de prova para crimes não pertencentes ao catálogo no que concerne à pessoa perseguida, mas relativamente ao interlocutor da pessoa perseguida é que se tem circunscrito a abrangência de valoração apenas a crimes do catálogo (Gössel, 1992: 414).

<sup>56</sup> O § 100b, n.º 5 do StPO estabelece que «as informações pessoais obtidas pelas escutas só podem ser utilizadas como meio de prova em outros processos na medida em que delas resultem elementos cujo conhecimento é necessário para o esclarecimento de um crime mencionado no § 100a (tabela)».

<sup>57</sup> Vd. arts. 78.º, n.º 4, do CPP português e § 108.º do StPO, e ainda Roxin, 1998: 318.

## 2.8 – Iniciativa Probatória dos Órgãos do Estado e de Particulares

Para Roxin e a doutrina maioritária na Alemanha, as disposições sobre proibições de prova *«estão apenas dirigidas aos órgãos estaduais da repressão criminal, pelo que as provas obtidas por particulares são em princípio valoráveis e a única excepção vale para casos extremos de violação de direitos humanos, por exemplo quando um particular consegue extrair uma confissão através de torturas insuportáveis»*<sup>58</sup>.

A utilização de meios técnicos por parte do particular suscita problemas específicos em termos de direito probatório (*infra* 3.4 e 3.12)

## 2.9 – A Protecção Contra a Auto-Incriminação

O conhecido acórdão Miranda, proferido pelo Supremo Tribunal dos EUA em 13-6-1966, baseia-se no louvável princípio da proibição de auto-incriminação, tendo-se então chegado a uma ponderação dos direitos da defesa que ainda hoje permanece como controversa<sup>59</sup>.

A doutrina desse acórdão constitui hoje uma base de análise de diferentes situações em que se suscita auto-incriminação, pelo que, um dos primeiros pontos que se suscita, é o limitar do seu alcance imediato a casos que são diversos no plano probatório, pense-se nas questões que podem ser suscitadas, força do recurso a diferentes meios desde os tecnológicos (recolhas de imagem e som sem conhecimento do visado), aos científicos (recolha de vestígios), a técnicas de investigação (por ex. os homens de confiança) ou mesmo meios tradicionais (como seja a sujeição à integração numa linha de reconhecimento de pessoas).

Por outro lado, levanta-se a questão do alcance das proibições de auto-incriminação, em especial o respectivo efeito à distância<sup>60</sup>.

Como base de discussão, importará assim, recordar a doutrina essencial desse acórdão: *«a acusação não pode usar depoimentos, no sentido da justificação ou da culpabilização, extraídos de interrogatório ao arguido sob detenção, a não ser que demonstre o uso de garantias (processuais) que assegurem o direito contra a auto-incriminação»*.

---

<sup>58</sup> Roxin, 1998: 206, Gössel aponta para uma maior limitação da utilizabilidade das provas obtidas por particulares com violação de direitos do arguido (1992).

<sup>59</sup> Cfr. Demleitner, 1999: 530n.

<sup>60</sup> Vd. *supra* § 2.3.

E a doutrina *Miranda* compreendeu cinco directivas:

- 1) «Antes de qualquer interrogatório a pessoa deve ser avisada de que tem direito a guardar silêncio; que qualquer depoimento que faça pode ser usado contra ela e que tem direito à presença de um advogado constituído ou designado;
- 2) O arguido pode renunciar a estes direitos desde que a renúncia seja feita voluntariamente e com plena consciência;
- 3) Se, contudo, ele indicar por qualquer forma e em qualquer fase do processo que pretende consultar um advogado antes de falar, não pode haver interrogatório;
- 4) Do mesmo modo, se o arguido estiver sozinho e por qualquer meio der a conhecer que não deseja ser interrogado, a polícia não o pode interrogar.
- 5) O mero facto de ele poder ter respondido a alguma pergunta ou ter prestado declarações voluntariamente, não o priva do direito de se abster de responder a mais perguntas até ter consultado um advogado e consentir então em ser interrogado»<sup>61</sup>.

## 2.10 – Acusatório, Prova e Contraditório, Inter-subjectividade e Escrutínio do Julgamento do Facto

Como se sublinhou acima, o acusatório tem implicações na produção de prova e compreende a contraditoriedade sobre a prova:

- as regras sobre a *verdade judicial* no exercício repressivo do *ius puniendi*, têm como pressuposto a contraditoriedade expressa na contemporânea comunicação intersubjectiva durante o julgamento, pois a ideia de processo dinâmico e necessariamente participado, determinou que, por força da intercomunicação de princípios, a função judicial, para além de ser realizada por titulares com *garantias de independência subjectiva*, se concretize *através de um procedimento dialéctico*, vinculando-se a *última palavra* do juiz no exercício da repressão à prévia comunicação intersubjectiva dos sujeitos com intervenção processual, isto é, ao contraditório.

Importará assim ter presente que todas as análises sobre meios de prova específicos têm de integrar e ter presente o princípio do contraditório «*que possibilita a participação das partes na formação da prova. Em relação à prova declaratória*

---

<sup>61</sup> Socorremo-nos da tradução deste acórdão que consta de *Sub iudice / novos estilos*, nº 12, pp. 103 e ss..

isso ocorre quando as partes formulam as perguntas e realizam as contra-inquirições. Desse modo, os elementos de prova formam-se na dialética das partes (tem-se o contraditório “para a prova”). O juiz tem condições de valorar a credibilidade do declarante e a idoneidade de suas declarações. No sistema acusatório, é interesse da justiça que o averiguação crime ocorra de acordo com o modo dialético: ao mesmo tempo, isso garante às partes o direito à prova. Nesse sentido, a oralidade contribui para o contraditório pois viabiliza o máximo da dialética processual»<sup>62</sup>.

## 2.11 – Prova e Ponderação de Valores – Questões Metodológicas

A concordância prática de valores é essencial no processo penal quando a resolução de problemas compreende a colisão de valores e isso vale, quer para a *constitutional doctrine*, quer para *constitutional theory*<sup>63</sup>

O princípio da «concordância prática» implica que os conflitos de direitos fundamentais não sejam superados pelo sacrifício total de um deles e que a salvaguarda do núcleo essencial de todos os direitos, paradigma que deve conformar as instâncias formais (em especial o legislador e os tribunais) que para a defesa de direitos fundamentais estão sujeitos a *imperativos de protecção* (*Schutzgebote*)<sup>64</sup>.

Pelo que, em casos de conflito de valores constitucionais, «há que proceder a uma tarefa de concordância prática, comprimindo o alcance de ambas as normas, em proporção a apurar, tendo em conta a ponderação constitucional de cada uma das normas conflituantes»<sup>65</sup>, pois na mesma linha refere «o princípio jurídico constitucional da proporcionalidade, vinculante em matéria de restrição de direitos fundamentais, e segundo o qual se deve obter a “harmonização” ou “concordância prática” dos bens em colisão, e uma “optimização”, traduzida numa mútua compressão por forma a atribuir a cada um a máxima eficácia possível»<sup>66</sup>.

No que concerne ao domínio específico da investigação criminal, tem de se ter em particular atenção a concordância prática das *finalidades primárias*, a cuja realização o processo penal se dirige que, de acordo com Figueiredo Dias, «são:

- de uma parte a realização da justiça e a descoberta da verdade, como formas necessárias de conferir efectividade à pretensão punitiva do Estado;

---

<sup>62</sup> Paolo Tonini, 2002: 88-89.

<sup>63</sup> Sobre esta disção, vd. Luna, 1999: 392.

<sup>64</sup> Costa Andrade, 1996: 34.

<sup>65</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991, p. 57

<sup>66</sup> Figueiredo Dias, 1982: 102.

- *de outra parte a protecção face ao Estado dos direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente do arguido;*
- *e de outra parte ainda, o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a consequente reafirmação da validade da norma violada» e como o mesmo autor sublinha, «o erigir qualquer uma das finalidades conflitantes em finalidade única ou mesmo absolutamente determinante da estruturação do processo coloca-o em conflito irredimível com os fundamentos do Estado de Direito»<sup>67</sup>.*

---

<sup>67</sup> Figueiredo Dias, 1998: 202.

### III – PROVA NA CRIMINALIDADE ORGANIZADA E MEIOS TECNOLÓGICOS – REGISTOS DE VOZ E IMAGEM

#### 3.1 – Os Valores em Confronto

Tendo presente a *teoria dos três graus* ou das *três esferas* acompanha-se Costa Andrade quando preconiza que se exclui da «*esfera da intimidade* um conjunto de práticas susceptíveis de configurar ilícitos criminais em domínios como a corrupção ou *os crimes contra a economia*» pois «para além de estarem em causa condutas normalmente pertinentes à *esfera da publicidade*, a sua relevância jurídico-criminal é, em qualquer caso, bastante para impor a exclusão da esfera da privacidade / intimidade»<sup>68</sup>.

Como se referiu acima (*supra* § 2.2), podem distinguir-se as proibições de valoração independentes das dependentes e quanto às primeiras, quando se atinge a *simplex* esfera da privacidade, o entendimento maioritário aponta para que se deve «*fazer uma ponderação entre os interesses da perseguição penal e da protecção da personalidade do arguido, de modo que tratando-se de crimes particularmente graves a valoração se afigura admissível*»<sup>69</sup>.

Quando não se atinge a privacidade não havendo nenhum bem jurídico, especificamente protegido pela lei [no caso português exige-se que seja protegido pela lei penal], a valoração da prova não sofre objecções.

Daí que assuma grande importância ter em atenção «*a relatividade histórico-cultural da privacidade, isto é, a oscilação das fronteiras entre o privado e o público ao rito das transformações civilizacionais, (...) mesmo de factos ou eventos em geral pertencentes à esfera da privacidade ou até da intimidade. Quando tal se dá, quando tais factos ou eventos contendem com o interesse comunitário, eles deixam de pertencer à privacidade/intimidade, configurando objectos legítimos de devassa e discussão públicas*»<sup>70</sup>.

Existe uma valoração que se apresenta como totalmente inadmissível: quando a mesma «*provoca uma lesão no núcleo intangível da personalidade e, dessa forma, da*

---

<sup>68</sup> Figueiredo Dias (org.), 1999: 729.

<sup>69</sup> Roxin, 1998: 204

<sup>70</sup> Costa Andrade in Figueiredo Dias (org.), 1999: 730.



*dignidade humana*»<sup>71</sup>, embora esta avaliação deva ter em atenção o tipo de crime em investigação.

Exemplos para discussão:

- O recurso a anotações íntimas constantes de um diário, relativas a uma relação sexual no quadro da investigação de um crime de falsas declarações. (BGHSt, 19, 325);
- O recurso a anotações íntimas constantes de um diário, relativas a uma relação sexual com um menor no quadro da investigação de um crime de violação sobre a pessoa desse menor por parte do autor dessas anotações.

Para além da intimidade e da privacidade existem outros direitos e valores que podem ser atingidos através dos novos meios tecnológicos, como o **sigilo das telecomunicações** e que é merecedor tutela, nomeadamente jurídico-constitucional, autónoma (objecto de análise *infra* em 3.5 e 3.6).

Mas para além desses valores mais comumente protegidos pelas diversas ordens jurídicas, nalgumas ordens jurídicas prevê-se ainda uma específica preservação da **imagem** e da **volatilidade da palavra falada** relativamente, por um lado, às fotografias e filmagens ilícitas e por outro às gravações ilícitas, consagrando-se protecção autónoma face à privacidade e intimidade<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Roxin, 1998: 203.

<sup>72</sup> É o que sucede em Portugal onde *A palavra* e a *imagem* são protegidos «como dois bens jurídicos autónomos, nomeadamente face à *privacidade / intimidade* em cujo seio começaram por se revelar» (Costa Andrade in Figueiredo Dias, 1999: 818). Daí a opção sistemática expressa no Código Penal, que passou a iniciar o capítulo VIII «dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais» com o «O art. 199.º que contém duas incriminações autónomas (a saber: *gravações e fotografias ilícitas*) preordenadas à tutela de dois bens jurídicos distintos: o *direito à palavra* (nº 1) e o *direito à imagem* (nº 2)» (*idem, ibidem*, p. 817). A gravação da palavra é ilícita logo que obtida *sem consentimento*. O *direito à própria palavra, direito à volatilidade da palavra*. A palavra falada. Estão excluídas todas as formas de comunicação não oral (gesto, escrito, Morse, transmissão digital de dados) e todas as formas de expressão oral que não se articulem em palavras (gemidos, suspiros, choro, trautear uma melodia sem pronunciar as palavras correspondentes) (*idem, ibidem*, p. 826). Mas a palavra falada é protegida independentemente do seu conteúdo (*idem, ibidem*, p. 826-827). A exigência de se tratar de «palavras não destinadas ao público» limita o tipo. Para Costa Andrade «deve privilegiar-se o *elemento subjectivo* (o que avulta nas representações e na vontade do autor da palavra) sobre o elemento objectivo (as circunstâncias objectivas). Contudo o autor considera «*não públicas as palavras que, segundo a vontade de quem as profere, se destinam a a círculos de pessoas individualizadas ou numericamente determinadas ou ligadas por vínculos recíprocos*» mas que «o mesmo valendo outrossim para as palavras que 'objectivamente só são acessíveis a tais círculos de pessoas'» (*idem, ibidem*, p. 827-828). O que já nos parece um alargamento excessivo pois a nossa lei ao contrário da alemã de cuja doutrina o prof. de Coimbra se socorre nesta parte não fala de «palavras não proferidas em público», embora nos pareça que em regra essa circunstância levará à conclusão fáctica de que não se destinava ao público!

### 3.2 – A Invasão do Sistema Probatório pelas Inovações Tecnológicas

Pode considerar-se que hoje, os desafios mais sérios que se colocam ao direito probatório, decorrem do processamento da prova derivada de transformações científicas ou tecnológicas da vida social que tiveram lugar no sec. XX.

O que, para além de questões específicas suscitadas por esses meios de prova, coloca uma questão de ordem mais global, pois «*A confiança nos processos de cognição comuns – uma pré-condição básica para a livre apreciação da prova – já não está tão firmemente ancorada na prática social como já esteve*»<sup>73</sup>.

No plano geral destacam-se os seguintes factores essenciais:

- a) Muitos factos de importância podem actualmente apenas ser estabelecidos por sofisticados instrumentos e não de forma directa pelo aparelho sensorial humano (impressões digitais, DNA, etc.);

---

Existe uma vinculação do ilícito típico à utilização do gravador. «As condutas típicas circunscrevem-se à *gravação arbitrária* e à *audição arbitrária* da gravação. Para além da *gravação não consentida* só é típica a manipulação não consentida (ouvindo ou permitindo que outros oiçam) da palavra coisificada ou ‘conservada’» (*idem, ibidem*, p. 825). Assim o conteúdo da palavra «deixa de pertencer à área de protecção logo que se desliga daquela (da palavra corporizada) e se converte em objecto de um *relato oral* ou é transmitido através da escrita» (Lenckner *apud* Costa Andrade, 1999: 825). *Gravar significa o registo técnico das palavras num suporte (fita magnética, disco, cassete, etc.) que torne possível a sua ulterior audição* (*idem, ibidem*, p.829). Também se exclui do ilícito típico «a gravação com conhecimento do autor das palavras» (*idem, ibidem*, p. 829-830). Utilizar a gravação é também «*ouvir* (de novo) as palavras anteriormente ‘conservadas’. O que significa mais uma vez a exclusão da tipicidade dos atentados que *não supõem a mediação do gravador*» (*idem, ibidem*, p. 830). Mas utilização sem consentimento é proibida e punida das gravações «mesmo que licitamente produzidas» o que corresponde à consagração da tese dualista. «Só não será típica (nem ilícita) a utilização sem consentimento de *uma gravação feita pelo próprio autor das palavras gravadas*» Pois a al. b) do nº 1 reporta-se à gravações referidas na al. anterior (*idem, ibidem*, p. 831). Permitir que um terceiro utilize as gravações - «*Tanto pode realizar-se colocando o gravador fisicamente à disposição do terceiro, como reproduzindo perante ele a gravação por forma a que ele possa ouvi-la*» (*idem, ibidem*, p. 832). A fotografia só será ilícita desde que produzida *contra a vontade*. O art. 79.º, nº 2 do C. Civil (direito à imagem) dispensa «o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. O «objecto da acção é a imagem física da *pessoa* susceptível de ser captada e registada de forma estática (pela câmara fotográfica) ou em movimento (vídeo, cinema, etc)» (*idem, ibidem*, p. 829). A tutela penal da imagem está vinculada à utilização de processos técnicos (fotografia, vídeo, cinema, televisão, etc.) de captação ou divulgação. Nestes termos, a incriminação não abrange formas (arbitrárias) de captação, registo ou exposição como a *pintura*, o desenho ou a caricatura» (Costa Andrade, 1999: 825). Só assumem relevância típica «as fotografias ou filmes de ‘outra pessoa’: quem se fotografa ou filma a si próprio não preenche a factualidade típica. Por vias disso, também não é típica a utilização sem consentimento destas fotografias» (*idem, ibidem*, p. 831).

<sup>73</sup> Damaška, 1995: 352.

- b) Abertura do âmbito de matérias em que a ajuda do auxílio especializado é procurado no julgamento, em que especialistas estabelecem informação de base que habilita o julgador do facto com lentes interpretativas, através das quais pode apreciar a prova apresentada no tribunal (por ex. na compreensão dos depoimentos das vítimas de crimes sexuais, detectores de mentiras, recurso a estudos sobre ‘perfis psicológicos’;
- c) O recurso a informação estatística para análise de probabilidades;
- d) O processamento informático de dados.

Ao nível do recurso a técnicas de gravação e registo da voz e imagem ao nível jurídico, tem compreendido um tratamento de dois níveis diferenciados: enquanto meios de prova típicos (especificamente regulados na lei) ou atípicos (em que os problemas suscitados, nomeadamente sobre admissibilidade e inadmissibilidade têm de ser analisados à luz de normas e princípios gerais).

### **3.3 – Critério Geral nos Sistemas de Liberdade de Meios de Prova e Regras Particulares Quanto ao Recurso a Determinados Meios Tecnológicos**

Hoje a questão do recurso a meios de prova de recolha e gravação de imagem e palavras suscita-se essencialmente em dois planos:

- estando especificamente regulado na lei o recurso a um método de gravação deverá ter-se em atenção o respectivo regime;
- faltando esse regime a resposta à admissibilidade da sua utilização em julgamento parte, de forma essencial, da licitude da captação<sup>74</sup>.

### **3.4 – Decomposição Analítica: a Gravação de Palavras, o Filmar e o Fotografar e a Utilização desses Registos**

A gravação de palavras, o filmar e o fotografar, compreende esse momento e um outro que é o da utilização do registo ou a permissão da utilização do registo<sup>75</sup>.

Essa distinção determina que, em sede de iniciativas probatórias de particulares neste segmento (vd. em geral *supra* § 2.8), se deva ponderar se a utilização da

<sup>74</sup> É esse o sentido do art. 167.º, do CPP português, na Alemanha a resposta também se tem suscitado por essa via (vd. Roxin, 1998: 247-248), discutido-se se as fitas ou outros suportes são documentos ou objectos de uma prova por inspecção (*idem, ibidem*).

<sup>75</sup> Daí que no art. 199.º do CP português se distingam a) o tipo de *gravar* ou *registar* e, por outro, b) o tipo de *utilizar* e c) o tipo de permitir a utilização.

gravação ou da filmagem, cuja recolha foi ilícita em termos jurídico-penais, não pode traduzir-se numa nova violação de direitos humanos<sup>76</sup>.

Pelo que, é muito importante avaliar da licitude da actuação inicial (da captação de imagem ou som) para aferir da admissibilidade da sua utilização no processo penal – confrontando-se a análise com dois planos cognitivos, o que determinou a actuação inicial e o que se sabe quando se suscita a sua utilização no processo (vd. quanto às captações por particulares de imagem e som, *infra* § 3.12).

### 3.5 – Escutas Telefónicas

As escutas telefónicas constituem um meio que simultaneamente atinge valores com relevo fundamental (sigilo das telecomunicações, privacidade e podendo ir até à intimidade) que simultaneamente se revela um instrumento essencial na repressão de formas criminalidade mais grave e complexa.

Pelo que o recurso a escutas telefónicas tende a ser admitido mas com limites, destacando-se por um lado o carácter subsidiário que deve determinar o recurso a esse meio, apenas quando ele se revele particularmente necessário e por outro, a exigência de regulamentação legal (em particular dos crimes em que é possível o recurso a escutas, com respeito do princípio da proporcionalidade).

Sendo reconhecido que escutas relativas a domicílios ou locais profissionais constituem uma ingerência na vida privada da pessoa e da sua correspondência, a jurisprudência do TEDH pode servir de base de abordagem dos problemas e aqui aponta-se para ideia de que:

*«Esta ingerência contrariará o disposto no art. 8.º da Convenção, salvo se, prevista na lei, for necessária numa sociedade democrática a um dos objectivos ali enumerados: segurança nacional, bem-estar económico do país, defesa da ordem e prevenção de infracções penais, protecção da saúde ou da moral, protecção dos direitos e das liberdades de terceiros»<sup>77</sup>.*

Sobre problemas específicos pode-se apontar para algumas ideias:

- 1) A lei deve ser clara e precisa<sup>78</sup>;
- 2) Quando não há base legal a ingerência nunca pode estar justificada<sup>79</sup>;

---

<sup>76</sup> Roxin, 1998: 207.

<sup>77</sup> Ireneu Barreto, 2003: 46-47.

<sup>78</sup> Cfr. Acórdãos: Kruslin e Huvig.

<sup>79</sup> Acórdão: Chipre / Turquia de 10-5-2001.

- 3) A medida restritiva deve ser a menos gravosa das disponíveis (ponderação de valores em concreto)<sup>80</sup>;
- 4) A necessidade no caso concreto deve estar estabelecida de forma convincente<sup>81</sup>;
- 5) Proporcionalidade em relação aos fins, pertinência e adequação dos motivos invocados<sup>82</sup>;
- 6) Sendo possível estabelecer um elenco de garantias mínimas<sup>83</sup>.

Em sede de escutas também se apresenta como particularmente sensível o problema das escutas realizadas por particulares<sup>84</sup>, apresentando-se como particularmente controversa a valoração da eventual responsabilidade da autoridade pública pelas escutas<sup>85</sup>.

### 3.6 – Intercepção de Outros Meios de Telecomunicação

O alargamento das tecnologias gerou a questão da admissibilidade do alargamento da possibilidade aberta pelas escutas telefónicas a outros meios de telecomunicação.

Dada a pluralidade de entendimentos sobre esse ponto, sobre a possibilidade de extensão teleológica do regime das escutas telefónicas<sup>86</sup>, verifica-se uma tendência para alargar de forma expressa tal regime às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras forma de transmissão de dados por via telemática<sup>87</sup>.

### 3.7 – Intercepção e Gravação de Comunicações “face a face”

A existência de meios técnicos que permitem a captação e gravação de conversas *face a face*, gerou a tendência para o recurso aos mesmos pelas autoridades de investigação, quer como meio de prova, quer essencialmente, como *pura* técnica de investigação ou até sistema de segurança.

<sup>80</sup> Acórdãos: Beldjoudi de 26-3-1992; Veloza Barreto de 21-11-1995; Sürek de 8-7-1999.

<sup>81</sup> Acórdãos: Vogt de 26-10-1995; Chapman de 18-1-2001

<sup>82</sup> Acórdãos: Zana de 25-11-98; Özgür Günden de 16-3-2000

<sup>83</sup> Ireneu Barreto, 2003: 57 e acórdão Valenzuela Contreras de 30-7-98.

<sup>84</sup> Barreto, 2003: 58-60; Acórdãos: Schenk de 12-7-88 (utilização de gravação apesar de ilegal); Khan de 12-5-2000 (apesar da ingerência não prevista na lei o processo terá sido equitativo no conjunto).

<sup>85</sup> Barreto, 2003: 60 e ss. Acórdãos: A. / França de 23-11-93 (colaboração relevante do agente policial); M.M. Holanda de 8-4-2003. Esta problemática determinou, inclusive, posições diametralmente opostas sobre os mesmos casos, merecendo especial reflexão a divergência de Roxin relativamente à orientação recente do Supremo Tribunal Federal alemão.

<sup>86</sup> A doutrina e jurisprudência maioritárias na Alemanha admitiam-na, Costa Andrade divergia (1999: 838-839).

<sup>87</sup> Vd. o art. 190.º do CPP português após a reforma de 1998.

Aqui o problema já não incide sobre o sigilo das telecomunicações mas sobre a privacidade e a volatilidade da palavra falada, sendo por regra admitida a concreta concordância prática de valores na falta de norma específica.

De qualquer modo, também nesse domínio se vai verificando a previsão de algumas normas legais específicas<sup>88</sup>.

### **3.8 – A Gravação de Palavras Auto-incriminatórias do Arguido**

O problema da gravação de palavras auto-incriminatórias tem compreendido a distinção de categorias de casos que, embora merecendo uma leitura interligada, devem ser decompostos analiticamente:

- 1) Conversas entre arguidos ou do arguido com terceiros sem que exista qualquer combinação prévia de qualquer dos interlocutores com as autoridades de investigação;
- 2) Conversas entre arguidos ou do arguido com terceiros em que um dos interlocutores está consciente e voluntariamente articulado com as autoridades de investigação. E aqui podem subdividir-se duas sub-hipóteses:
  - O arguido responde a questões que lhe são colocadas;
  - O arguido fala de forma voluntária e espontânea.
- 3) Conversas entre arguidos e autoridades de investigação.

### **3.9 – As Conversas com o Defensor**

As conversas do arguido com o defensor merecem uma especial cautela, que se relecte quer na jurisprudência do TEDH<sup>89</sup> e que se reflectem quer num tratamento doutrinário autónomo<sup>90</sup>, quer mesmo em específicas proibições de prova, pelo menos quando não houver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Em Portugal merecem referência o art. 190.º, do CPP procedeu de forma directa e inequívoca ao alargamento do regime das escutas «às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras forma de transmissão de dados por via telemática, bem como à interceptação das comunicações entre presentes». E também importa ter presente o art. 6.º, da Lei nº 5/2002 de 11-1 em que relativamente aos crimes de tabela mencionados nesse diploma (art. 1.º, nº 1) se admite o registo de voz «por qualquer meio» «sem consentimento do visado» desde que exista autorização (inquérito) ou «ordem de um juiz», aplicando-se com as necessárias adaptações o art. 188.º, do CPP.

<sup>89</sup> Cfr. Ireneu Barreto, 2003: 75 e acórdãos S. / Suíça de 28-11-91 e Öcalan de 12-3-2003.

<sup>90</sup> Roxin, 1998: 306 e ss.

<sup>91</sup> Art. 187.º, nº 3, do CPP português.

### **3.10 – As Conversas Privadas**

No caso em que se considere que é possível a captação e gravação de conversas, importa ainda avaliar se a mesma abrange as conversas de forma indiscriminada.

Nesta matéria entende-se que não tendo virtualidade probatória, a gravação deve ser retirada dos autos, embora se discuta em que termos se deve fazer valer o contraditório quanto a essa apreciação.

Em relação a regimes específicos em que se autoriza de forma expressa a conduta intrusiva, o entendimento maioritário aponta para que a mesma atinja o reduto da privacidade e não apenas o sigilo da comunicação não privada.

### **3.11 – Registos de Imagem**

A questão da imagem incide em dois planos:

- por um lado a protecção de valores autónomos como a privacidade e a intimidade;
- por outro a específica tutela do direito à imagem.

Daí que essa dupla dimensão tenha de ser perspectivada, quer quando não exista regime processual específico de captação da imagem, quer quando este exista, para no fundo, saber-se o que se legitima em nome das finalidades de investigação criminal<sup>92</sup>.

### **3.12 – Redução Vitimo-dogmática da Ilícitude do Gravar, Filmar e Fotografar**

Sublinhe-se que sendo associada a possibilidade da utilização dos meios de prova à licitude da conduta originária, que relativamente a actuações de particulares em que por via de gravação ou filmagem se preenche um tipo de crime (que protege a privacidade, a palavra e/ou a imagem), se costuma proceder a uma redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático<sup>93</sup>.

Em síntese, trata-se de *«fundamentar a exclusão da responsabilidade penal (uma solução prático-jurídica, de resto, consensual) das gravações (ou fotografias) feitas sem consentimento:*

---

<sup>92</sup> Daí que a recente introdução em Portugal de um regime específico pelo art. 6.º da Lei 5/2002 não tenha afastado ou sequer diminuído a controvérsia.

<sup>93</sup> Costa Andrade, 1992: 254 e ss.; 1993: 480 e ss.; 1999: 834 e ss..

- a) pelas vítimas de crimes de **extorsão, injúrias, ameaças, coacção**;
- b) por aqueles que recebem propostas de **corrupção** e, em geral, incitamentos à prática de comportamentos ilícitos ou eticamente censuráveis;
- c) por quem pretenda reunir provas para obviar a comportamentos processualmente ilegítimos ou de má fé, etc.»<sup>94</sup>.

Neste segmento, as principais divergências incidem não tanto sobre o resultado mas sobre a fundamentação, em especial em face de uma divisão entre uma doutrina minoritária, para a qual por força de Limites imanentes dos direitos fundamentais, o comportamento censurável da vítima das gravações ou fotografias, determina a perda dignidade penal e a caducidade da protecção jurídica e uma doutrina maioritária, que resolve o problema pela via da justificação da ilicitude<sup>95</sup>.

### 3.13 – As Vigilâncias Policiais

As vigilâncias policiais podem suscitar problemas em diferentes horizontes.

No que concerne à utilização de meios técnicos de captação e/ou gravação voz e/ou imagem as questões suscitam-se ao nível dos planos analisados acima.

Situação discutida é a de saber se no caso de utilização ilícita de meios técnicos existe um efeito extensivo, à distância, da proibição de prova sobre a prova obtida pelos agentes policiais (sobre este conceito *supra* 2.3) que procederam à audição das conversas interceptadas através dos meios técnicos.

O Supremo Tribunal Federal Alemão entendeu que a proibição de prova atinge apenas «as declarações de testemunhas e do acusado que se baseiem directamente na apresentação dos autos ilícitos da vigilância» e que «não implica a proibição de valoração que as autoridades de investigação provavelmente tenham chegado à pista do arguido apenas em virtude da vigilância ilícita», orientação que é criticada por Roxin<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Costa Andrade, 1999: 834.

<sup>95</sup> Para além das tradicionais (em particular legítima defesa e direito de necessidade) têm sido invocadas aqui derimentos como: *adequação social; ponderação de bens ou interesses; prossecução de interesses legítimos e situação-de-quase-legítima defesa*. Mas como Costa Andrade assinala a dispersão é mais doutrinal do que prático-jurídica (1999: 837) devendo-se antes de lançar mão de novas derimentos «explorar-se as virtualidades das justificativas já consagradas».

<sup>96</sup> 1998: 205-206.



## IV – CRIMINALIDADE ORGANIZADA E PROTECÇÃO DE TESTEMUNHAS

### 4.1 – A Prova Testemunhal na Criminalidade Organizada

A prova testemunhal continua a ter grande peso na justiça penal e tal não sofre excepção na criminalidade organizada.

Neste segmento, contudo, o Estado confronta-se com um dever autónomo que é a segurança das testemunhas, sejam vítimas ou não.

No entanto, importa ter presente uma outra dimensão do choque entre finalidades preventivas e repressivas, entre segurança e perseguição do crime, em que os órgãos do Estado e em particular o MP<sup>97</sup>, devem proceder à concreta *ponderação dos interesses em conflito*.

E no quadro da direcção do inquérito e do exercício da acusação penal, o MP pode ser confrontado com tal conflito (por exemplo iniciativa probatória ou coerciva e segurança de testemunhas ou de actividade preventiva em curso).

E como em geral em qualquer situação de ponderação de valores exige-se a *concordância prática*<sup>98</sup> e não tendo, nomeadamente, fundamento jurídico-constitucional uma genérica prevalência da *perseguição criminal* sobre a *prevenção do perigo*<sup>99</sup>.

Isto é, exige-se em sede de selecção de meios de prova da acção penal, uma ponderação da relevância probatória de determinadas provas pessoais e da concreta pretensão punitiva do Estado e das consequências colaterais da respectiva indicação.

As considerações das sessões vão incidir essencialmente sobre o outro segmento, os mecanismos de protecção de testemunhas, com relevo para o julgamento do facto e a ponderação de valores em colisão, nomeadamente a colisão da defesa dos direitos individuais das testemunhas e dos direitos da defesa.

---

<sup>97</sup> Mas não só, pois também os órgãos de polícia criminal são obrigados a proceder À ponderação de valores no quadro de medidas cautelares e de polícia (assim também A. Francisco de Sousa, 2003a: 71) já que aí na aplicação da lei não existe a mediação do MP, pelo que o problema já carece de resposta distinta se se suscitam no quadro da actuação por encargo.

<sup>98</sup> *Supra* § 2.11.

<sup>99</sup> Assim também A. Francisco de Sousa, 2003a: 71.

## 4.2 – A Protecção de Testemunhas e o Confronto com Princípios de Direito Probatório

Antes do mais importa ter presente que «o objecto da prova testemunhal *não são questões jurídicas nem juízos de valoração, mas declarações relativas a factos passados ou presentes*»<sup>100</sup>.

Como se destacou acima, um dos corolários do sistema acusatório é não só a tendencial intransmissibilidade da prova pessoal como o contraditório sobre a prova<sup>101</sup>.

Daí que o problema essencial que se suscita nesta matéria incida nas exigências, por um lado de protecção das testemunhas e por outro nos direitos de defesa, em especial as diversas dimensões do contraditório sobre a prova.

Mas tal deve integrar a análise e discussão concretizadora do conceito de *testemunha particularmente vulnerável*, isto é, aquela testemunha cuja protecção justifica a derrogação de regras do *normal* rito processual<sup>102</sup>.

## 4.3 – A Antecipação da Prova Pessoal

Um método que muitas vezes é utilizado nesta matéria é o recurso a declarações para memória futura, anteriores à audiência de julgamento (com o objectivo da frescura da prova mas também de preservação da testemunha, quer para evitar que a vítima seja obrigada a repetir uma vivência dolorosa, quer para integrar a testemunha num programa administrativo de segurança).

Aqui a questão que se suscita é por um lado, a previsão da derrogação aos princípios da oralidade e imediação (em especial quando a diligência não decorre perante os julgadores de facto, caso em que o recurso a filmagens e gravações pode ter especiais virtualidades) e por outro, o assegurar da contraditoriedade, sendo a diligência presidida por um juiz com intervenção contemporânea de MP e defesa.

---

<sup>100</sup> Schlüchter, 1999: 121. «Em consequência, o *perito* não é uma testemunha, já que o primeiro deve manifestar os seus conhecimentos técnicos ao Tribunal. «A figura da testemunha competente / pericial (*sachkundiger Zeuge*) é distinta, é uma testemunha que faz declarações sobre factos, mas que os percebeu em virtude do seu conhecimento técnico *sem a mediação de um comando ou solicitação de uma autoridade*».

<sup>101</sup> *Supra* § 2.10.

<sup>102</sup> Cfr. Anabela Rodrigues, 2003: 11 e Lopes da Mota, 2001: 681.

#### 4.4 – O Testemunho Anónimo

O aproveitamento do testemunho de pessoa não identificada e o respectivo enquadramento processual traduz, provavelmente, o *nó górdio* das questões processuais em sede de protecção de testemunhas e que vai merecer o tratamento mais desenvolvido em sessões, pelo que aqui se vão enunciar apenas alguns dos tópicos dos problemas processuais, em especial a variação de sancionamento entre a proibição de prova e a regra especial de valoração de prova<sup>103</sup>.

Com esse desiderato, aponta-se como casos de estudo para identificação de questões pertinentes e vias de resolução, os acórdãos decididos pelo TEDH com os títulos Van Mechelen; Doorson e Kok / Holanda.

#### 4.5 – Protecção da Imagem da Testemunha

O problema da protecção da testemunha incide também já não apenas nos limites à preservação da identidade civil da testemunha, mas também o confronto visual com a mesma, no fundo avaliar se o *right of confrontation* compreende um necessário *eye contact between the defendant and an accusing witness* ou apenas um mais substancial *cross-examination*<sup>104</sup>.

O que, por outro lado, compreende as respostas operativas que as novas tecnologias podem proporcionar e as leituras jurídicas suscitadas a propósito da sua integração processual<sup>105</sup>.

#### 4.6 – Confronto da Testemunha, Inquirição Cruzada e Protecção de Testemunhas

O recurso às novas tecnologias podem ainda determinar que o afastamento da testemunha da sala de audiência possa ser feito sem prejuízo da contemporânea inquirição e contra-inquirição e preservando mesmo o princípio da oralidade e da concentração do julgamento, segmento em que uma vez mais importa destacar as diferentes modalidades de recurso à vídeo conferência (quer em termos de soluções positivas encontradas por exemplo em Portugal, Itália e Alemanha, quer em termos de perspectivas problematizantes de *iure condendo*).

---

<sup>103</sup> *Supra* § 2.2 e § 2.5.

<sup>104</sup> Vd. Anabela Miranda Rodrigues, 2003: 9 e ss. e em especial 19 e ss. e ainda D. Curtoti Nappi, 1999: 528 e ss.

<sup>105</sup> Vd. em especial D. Curtoti Nappi, 1999: 487 e ss..

Neste segmento importará ainda destacar os problemas suscitados por outras situações de audição da testemunha em local distinto e consequências no contraditório, para o que vamos centrar-nos na análise dos casos do TEDH A. M. / Itália de 14-12-99 e S. E. / Itália de 12-1-99<sup>106</sup>.

#### 4.7 – Testemunho de *ouvir dizer* e *hearsay evidence*

Em sede de prova testemunhal diz-se que se está perante um *depoimento por ciência directa* «sempre que alguém relata um facto com base num conhecimento apreendido por si próprio através dos seus sentidos» e que se trata de um depoimento por ciência indirecta «quando o relata com base num conhecimento que obteve por intermédio de outrem ou por elementos informativos que não colheu de forma imediata (v.g. por ouvir dizer, através de um documento, de uma fotografia, de um filme, etc.)»<sup>107</sup>.

Mirjan Damaška a propósito da «testemunha que reproduz no tribunal um depoimento que ouviu» e do «documento apreciado pelo tribunal em que se descreve uma observação individual de factos que têm de ser provados»<sup>108</sup> sublinha que «em ambos os casos, os meios de prova (a testemunha e a carta) extraem a sua validade probatória de uma ulterior fonte informacional. Neste sentido são meios de prova derivados»<sup>109</sup>.

Não deixando de, em nota, destacar que «Fala em “meios de prova” para enfatizar que o tema se centra nas fontes de informação e não na informação em si mesma. Compreende essencialmente a confiança de certos mensageiros e menos a relevância (ou força probatória) das suas mensagens»<sup>110</sup>.

O regime anglo-americano sobre o *hearsay*, muitas vezes tido como «uma flor única do jardim do common law é apenas uma das muitas reacções a esta aquisição antiga»<sup>111</sup>, que contudo, influenciou de forma intensa a previsão dos Códigos de Processo Penal italiano e português, curiosamente numa fase em que a proibição de valoração do depoimento indirecto no modelo anglo-americano tem vindo compreender progressivas excepções.

---

<sup>106</sup> Este último inédito mas analisado por Ireneu Barreto, 2003: 65-66.

<sup>107</sup> Simas Santos / Leal-Henriques, 1999: 710

<sup>108</sup> Aspecto que n sistema anglo-americano também costuma ser abrangido pela clausula relativa à *hearsay evidence* ao contrário do que sucede no sistema continental em que tal só se alarga à testemunha que leu um escrito elaborado por outrem e baseado nas percepções deste.

<sup>109</sup> 1992: 426.

<sup>110</sup> 1992: 426n.

<sup>111</sup> Damaška, 1992: 426, Shapira, 2001: 1771.

O enquadramento do problema no específico ambiente processual<sup>112</sup> afigura-se desde logo essencial porque os *transplantes* em matéria probatória, têm sempre um destino incerto<sup>113</sup>.

Daí que as respostas apresentadas pelos diferentes sistemas às questões suscitadas pelo depoimento indirecto, possam servir de uma interessante base de reflexão, não só no que concerne aos limites de utilização dessa prova, como às derrogações a esses limites, que em larga medida permitem afloramentos dos pilares essenciais da respectiva filosofia processual.

Daí que nas sessões se vá proceder à análise de alguns casos concretos e à resolução que os mesmos merecem à luz dos sistemas:

- a) Norte-americano;
- b) Italiano e português;
- c) Alemão.

Destaque-se que a chamada deste tema no quadro da protecção de testemunhas se justifica porque o mesmo tem particular importância em sede de protecção de testemunhas e em especial, dos chamados agentes encobertos e *homens de confiança*, pois «frequentemente o concreto agente encoberto ou o informador não está à disposição do tribunal – devido a falta de autorização para que preste declarações por parte da autoridade ou porque esta se recusa a fornecer o seu nome e o local onde pode ser notificado – e apenas está disponível um funcionário que, por sua vez, inquiriu o informador que permanece sob anonimato»<sup>114</sup>.

Num segundo plano, a questão suscita-se da identificação do núcleo essencial, que não pode ser atingido pela admissão do *testemunho de ouvir dizer* em termos de respeito dos princípios essenciais de um processo penal equitativo (nível em que pode constituir uma interessante base de análise dos acórdãos do TEDH, em especial o conhecido caso Lüdi de 15-6-92 e o mais recente acórdão Calabrò proferido em 21-3-2002<sup>115</sup>).

---

<sup>112</sup> Vd. Damaška, 1992: 427 e ss.

<sup>113</sup> Damaška, 1997: 838 e ss.

<sup>114</sup> Roxin, 1998: 402-403.

<sup>115</sup> E analisado por A. H. Gaspar, 2003: 107 e ss..

#### **4.8 – Protecção de Testemunhas Vítimas e Proibição de Temas Probatórios (o caso dos crimes sexuais)**

Uma outra modalidade de protecção de testemunhas que tem tido essencialmente aplicação no mundo anglo-americano e com incidência ao nível dos crimes sexuais, deriva da fixação de proibição de temas probatórios relativamente ao passado sexual da vítima.

Aspecto que tem sido objecto de legislação específica, em larga medida influenciada pelas «*forças combinadas das mulheres e dos incipientes movimentos de defesa dos direitos da vítimas*»<sup>116</sup>.

#### **4.9 – Medidas Executivas de Protecção das Testemunhas**

Importará, por fim, analisar uma outra dimensão, a aplicação de medidas executivas de protecção das testemunhas, nomeadamente através dos chamados *programas especiais de segurança*, que podem compreender desde a protecção policial, à alteração da identificação civil, alteração do aspecto fisionómico ou aparência do destinatário, colocação com suporte por parte do Estado em novos locais da testemunha e respectiva família, criação de condição para angariação de meios de subsistência e mesmo concessão de subsídio de subsistência<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Demleitner, 1999: 529-530.

<sup>117</sup> Cfr. arts. 20.º e ss. da Lei n.º 93/99, de 14-7 e arts. 14.º e ss. do DL n.º 190/2003, de 22-8.

## V – ACESSO A INFORMAÇÃO SIGILOSA – DADOS BANCÁRIOS E DADOS DA ADMINISTRAÇÃO

### 5.1 – Estabelecimento dos Circuitos Financeiros e Quebra de Sigilo Bancário

O sigilo bancário insere-se no domínio dos segredos profissionais, pelo que se afigura importante assumir uma pré-compreensão<sup>118</sup>: a ponderação de valores nesta matéria não pode ser objecto de uma análise estritamente objectiva, de contraposição, segredo *versus* informação, sem atender aos agentes das relações comunicacionais: os detentores da informação, os elementos que pretendem aceder à informação e, eventualmente, os divulgadores.

Daí que, o tratamento dos segredos tutelados juridicamente tenha de se fundamentar no elemento subjectivo, os agentes da informação, atentas as respectivas funções: autoridades judiciárias, órgãos auxiliares, arguidos, defensores, vítimas, profissionais portadores de segredos alheios, outros participantes processuais, agentes da comunicação social.

Em coerência com a pré-compreensão já assumida, não se vai adoptar uma dicotomia “direitos de informação *versus* deveres de segredo”, nem como um confronto “opacidade *versus* transparência”, pois o segredo bancário não é um princípio autónomo, mas um elemento instrumental de valores constitucionais<sup>119</sup> (sobre ponderação de valores, vd. *supra* § 2.11).

A primeira questão que se suscita neste domínio é a de saber se a tutela do segredo bancário compreende a protecção da reserva da intimidade, caso em que, como já vimos acima (*supra* § 3.1), se está perante um reduto relativamente

---

<sup>118</sup> No sentido explicitado por Karl Larenz: «no início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma “pré-compreensão”, com que penetra o texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutra aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma “conjectura de sentido”» (1989: 244). Autor que distingue a pré-compreensão «no sentido da hermenêutica, como uma condição (positiva) da possibilidade de compreender a questão de que se trata» da «parcialidade daquele que ajuíza com pré-juízos, que dimanam do seu meio social, da sua origem e formação e determinam iniludivelmente o seu acto de julgar» (1989: 248-249).

<sup>119</sup> Aliás a comunicação fechada é sempre um valor instrumental, pois como Faria Costa destaca (1998: 88), o que conta, o que é substancial, é o fluxo informacional coberto pela comunicação fechada.

intangível dos direitos de personalidade, daí que se deva ressaltar a distinção fundamental entre este segredo e outros segredos profissionais, como o médico (em que para além de se proteger uma relação de confiança particularmente sensível se pode atingir o núcleo da intimidade do paciente pelo que a ponderação a realizar deva ser particularmente cuidadosa).

A perspectiva maioritária é de que<sup>120</sup> o fundamento do segredo bancário reside «na esfera da privacidade (e não da intimidade) da vida privada e familiar que abrange naturalmente também a situação patrimonial e a vida económica dos cidadãos»<sup>121</sup>.

Pelo que, esse segredo pode ser derogado em nome de valores constitucionais como os presentes nas necessidades estaduais de repressão da criminalidade, em especial da organizada e mesmo à luz dos interesses relativos à administração fiscal, em particular a equidade tributária<sup>122</sup>.

Ao nível da investigação criminal revela-se ainda de crescente importância, não só o acesso às informações bancárias mas também outras modalidades, como o controlo de contas bancárias, consubstanciado na obrigação imposta à entidade bancária junto da qual a mesma se encontre aberta de comunicar quaisquer movimentos sobre a conta à autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal dentro das 24 horas subsequentes à respectiva realização<sup>123</sup>, ou da suspensão de movimentos «quando tal seja necessário para prevenir a prática do crime de branqueamento de capitais»<sup>124</sup>.

## 5.2 – Acesso a Base de Dados Pessoais em Poder da Administração

As questões relativas ao acesso de bases de dados da administração, no quadro da investigação criminal, são menos complexos no plano jurídico do que os suscitados pela derrogação de segredos profissionais.

Com efeito, nessa matéria, a questão que se suscita é essencialmente a do dever de reserva da administração, único aspecto que aqui vai ser tratado, pois outra

---

<sup>120</sup> Sem prejuízo do princípio de reserva de lei que está consagrado em muitas constitucionais o regulamentar de forma normativa do acesso a informações protegidas pelo segredo bancário, e das concretas regras de competência que se entendam adequadas (plano em que verifica-se uma tendência crescente para o decréscimo da reserva judicial, vd. a este respeito a Lei n.º 5/2002 de 11-1 que consta dos anexos).

<sup>121</sup> Casalta Nabais, 1998: 617.

<sup>122</sup> Sobre este ponto vd. J. Saldanha Sanches, 1999.

<sup>123</sup> Vd. art. 5.º da Lei n.º 5/2002.

<sup>124</sup> Vd. art. 5.º n.º 3 da Lei n.º 5/2002



questão relacionada com este ponto, mas que não foi elencada no programa das presentes sessões, é a que concerne, não ao acesso a bases de dados mas quanto à criação e organização de bases de dados para efeitos de investigação criminal (em particular a criação de bases de dados de <sup>125</sup>perfis genéticos).

Ao nível do acesso por parte da investigação criminal a bases de dados da administração organizadas para outros fins, vai ser abordado de forma sintética, um problema que se tem suscitado com especial acuidade que é relativo a informações protegidas pelo sigilo fiscal<sup>126</sup>.

A perspectiva de que essas informações incidem sobre o núcleo da intimidade confronta-se, desde logo, com a circunstância de se tratarem de dados que os cidadãos estão obrigados a revelar ao Estado, para os fins da Administração Fiscal, pelo que se incidissem sobre a intimidade seria ilegítimo ao Estado exigir a sua revelação por razões financeiras.

Pelo que, o entendimento maioritário é o de que se tratam de dados que abrangem a privacidade, podendo considerar-se que esse é o principal traço que têm em comum com os dados protegidos pelo segredo bancário.

Pelo que, o acesso a esses dados reservados, na medida em que se afigure funcionalmente necessário para a investigação criminal e julgamento de factos penalmente relevantes, tende a ser genericamente reconhecido e aceite pelas jurisdições constitucionais e mesmo referido como um imperativo constitucional (por força das *finalidades primárias* do processo penal<sup>127</sup>), em especial em domínios como o da criminalidade organizada.

Daí que se tenda a alargar progressivamente o acesso, por parte das autoridades judiciais e dos órgãos de polícia criminal com competência para a investigação, às bases de dados da administração fiscal<sup>128</sup>, acesso este que poderá revestir-se de essencial importância, em particular por força dos crescentes regimes em matéria de perda de produtos (directos e indirectos) do crime<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Sobre esta matéria e respectivo relevo para a investigação criminal, vd. M. Fátima Pinheiro, 1998 e 1999.

<sup>126</sup> Em Portugal o sigilo fiscal está actualmente consagrado como norma geral no art. 64.º da Lei Geral Tributária (LGT) – aprovada pelo DL 398/98, de 17 de Dezembro, na redacção dada pela Lei n. 100/99, de 26 de Julho), que dispõe no seu n.º 1: «Os dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes e os elementos de natureza pessoal que obtenham no procedimento, nomeadamente os decorrentes do sigilo profissional ou qualquer outro dever de segredo legalmente regulado».

<sup>127</sup> *Supra* § 2.11.

<sup>128</sup> Vd. o art. 2.º, n.º 6 da Lei n.º 5/2002 junta aos anexos.

<sup>129</sup> Aspecto que será tratado pelo dr. Euclides Dâmaso Simões na derradeira semana desta acção.

## VI – ENTREGAS CONTROLADAS

A designação de entregas controladas refere-se, antes do mais, a uma técnica de investigação criminal consubstanciada na temporização da intervenção policial, relativamente a operações por esta conhecidas de entrega de substâncias ilícitas ou directamente relacionadas com actividades ilícitas, com o objectivo primacial de identificação e responsabilização do maior número de agentes da infracção (que pode compreender outras finalidades como o potenciar da recolha de meios de prova).

Naturalmente este regime não suscita especiais problemas ao nível da sua legitimidade no plano interno, exigindo-se essencialmente, um respeito das regras de competência em matéria de repressão criminal a partir do momento em que já existe notícia do crime (relações Ministério Público e polícia).

Também é sabido que esta técnica tem particular importância na repressão do tráfico de estupefacientes e compreende-se que a mesma, desde há muito, suscite questões específicas ao nível da cooperação judiciária, em especial por parte dos países de trânsito, já que o acordo destes na entrega controlada pode implicar, não só uma derrogação ao princípio da legalidade, como uma verdadeira renúncia à pretensão punitiva do Estado (pois já não se irá aplicar a respectiva lei penal a um ou mais agentes num caso em que a mesma seria aplicável).

Destaque-se que tal método pode compreender que, quando se esteja perante substâncias proibidas ou perigosas, as mesmas possam ser substituídas parcialmente por substâncias inócuas.

Dada a importância dessa técnica de investigação, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas<sup>130</sup>, prevê expressamente no artigo 11.º a possibilidade de as Partes adoptarem as medidas necessárias para permitir o recurso a entregas controladas a nível internacional, a fim de identificar as pessoas implicadas nas infracções previstas no respectivo artigo 3.º e de instaurar processo contra elas.

---

<sup>130</sup> Concluída em Viena em 20-12-1988, assinada por Portugal, em Nova Iorque, em 13-12-1989 foi aprovada, para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n. 29/91, de 20 de Junho, tendo sido ratificada pelo Decreto do Presidente da República n. 45/91, de 6-9-91 e publicada no DR Série I-A, de 6-9-1991.

E no n.º 3 do referido artigo 11.º prevê-se ainda, de forma expressa, que:

*«as remessas ilícitas cuja entrega controlada tenha sido acordada podem, com o acordo das Partes interessadas, ser interceptadas e autorizadas a prosseguir intactas ou depois de os estupefacientes ou substâncias psicotrópicas que continham terem sido retirados ou substituídos, total ou parcialmente».*

Importa ainda dar notícia de que, também enquanto modalidade de cooperação, o regime das entregas controladas ou vigiadas tem vindo a ser alargado progressivamente a outros ilícitos penais, além do tráfico de estupefacientes.

Sendo disso reveladora a actual redacção do artigo 160.º-A nº1 da Lei de Cooperação Judiciária portuguesa<sup>131</sup>, que dispõe: *«pode ser autorizada, caso a caso, pelo Ministério Público, perante o pedido de um ou mais Estados estrangeiros, nomeadamente se previsto em instrumento convencional, a não actuação de órgãos de polícia criminal, no âmbito de investigações criminais, transfronteiriças relativas a infracções que admitam a extradição, com a finalidade de proporcionar, em colaboração com o Estado ou Estados estrangeiros, a identificação e responsabilização do maior número de agentes da infracção».*

Norma que expressa uma tendência, particularmente evidente ao nível da União Europeia, de alargamento da cooperação judiciária e policial no quadro das entregas controladas<sup>132</sup>.

Procurando-se um delicado equilíbrio com o poder soberano do Estado de trânsito e a eficácia da repressão da criminalidade transnacional, daí que, por exemplo na lei portuguesa, se ressalve que persiste o direito de agir das autoridades portuguesas e que a direcção do controlo das operações de investigação criminal

---

<sup>131</sup> Lei n.º 144/99, de 31-8 embora a norma em causa tenha sido introduzida pela Lei n.º 104/2001 de 25-8.

<sup>132</sup> Vd. o artigo 73.º, n.º 1 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen prevê que «de acordo com a respectiva Constituição e ordem jurídica nacional, as Partes Contratantes comprometem-se a tomar medidas no sentido de permitir as entregas vigiadas no tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas», resultando, ainda, do mesmo que a decisão de recurso a tais operações será tomada caso a caso, com base em autorização prévia de cada Parte contratante em causa, sendo que cada Parte contratante manterá a direcção e controlo da operação no respectivo território, encontrando-se habilitada a intervir. O artigo 12.º, n.º 1 da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia de 29-5-2000, que estabelece que «todos os Estados-Membros se comprometerão a permitir, a pedido de outro Estado-Membro, que sejam efectuadas no seu território entregas vigiadas no âmbito de investigações criminais relativas a infracções criminais que permitam a extradição» decisão que deverá ser tomada, caso a caso, pelas autoridades competentes do Estado-Membro requerido, tendo em conta a respectiva legislação nacional (art. 12.º, n.º 2).

cabem às autoridades portuguesas, sem prejuízo da devida colaboração com as autoridades estrangeiras competentes, sendo que, ainda que concedida a autorização para a realização das entregas controladas ou vigiadas, os órgãos de polícia criminal intervêm se as margens de segurança tiverem diminuído sensivelmente ou se se verificar alguma circunstância que dificulte a futura detenção dos agentes ou apreensão de substâncias ou bens.

Sublinhe-se ainda que a renúncia à acção, por parte do Estado de trânsito (em favor do Estado de destino), não se apresenta incondicionada, pelo que na lei portuguesa, sublinha-se de forma expressa, que a autorização concedida não prejudica o exercício da acção penal pelos factos aos quais a lei portuguesa é aplicável e só é concedida quando as autoridades estrangeiras competentes:

- a) Assegurem que a sua legislação prevê as sanções penais adequadas contra os agentes e que a acção penal será exercida;
- b) Garantam a segurança de substâncias ou bens em causa contra riscos de fuga ou extravio;
- c) Se comprometam a comunicar com urgência, informação pormenorizada sobre os resultados da operação e os pormenores da acção desenvolvida por cada um dos agentes da prática das infracções, especialmente dos que agiram em Portugal.

Acresce que, o não cumprimento das obrigações assumidas pelas autoridades estrangeiras, pode constituir fundamento de recusa de autorização em pedidos futuros (art. 160.º-A, n.º 6 da Lei de Cooperação Judiciária).

## VII – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OFF-SHORES

De acordo com o entendimento maioritário, zonas Offshore são regiões perfeitamente demarcadas, que integram o território aduaneiro de um país e que têm por objecto a realização de actividades comerciais, industriais, financeiras e de serviços, sem sujeição às disposições da legislação interna e ao pagamento de direitos aduaneiros.

Percebe-se assim que as regras excepcionalmente benéficas da legislação fiscal, que em muitos casos isentam de impostos os rendimentos ali obtidos, tenham determinado um grande crescimento nos últimos 40 anos desse tipo de regiões também designadas como *paraísos fiscais*.

*«Hoje são mundialmente conhecidos um sem número de paraísos fiscais, espalhados pelos quatro cantos do mundo. Citam-se alguns dos mais conhecidos, como sejam; as Antilhas no mar das Caraíbas que se apresenta como sendo o local onde existe uma maior concentração, pontificando aí as ilhas Virgens Britânicas, as ilhas Caimão, Costa Rica, ilhas Turks & Caicos, Aruba, St. Kitts & Nevis, etc, as ilhas atlânticas das Bahamas e das Bermudas; as ilhas do canal (ou Anglo-Normandas) de Jersey, Guernesey, Sark e Alderney; a ilha de Man no mar da Irlanda. São também conhecidos outros locais tão diversos como Campione, Gibraltar, Bahrein, Hong Kong, Libéria e Panamá (para registo de navios), Chipre, Luxemburgo, Liechtenstein e Dublin; ilhas da Polinésia Francesa, Vanuaatu (ex. Novas Hébridas) no Oceano Pacífico».*

Importa contudo destacar que, para a investigação criminal, o que mais releva não é tanto o factor tributário mas o carácter cooperante ou não cooperante das autoridades dos diferentes locais.

Pois sendo sabido que os capitais se deslocam fundamentalmente, não por causa do segredo bancário mas por causa da maior ou menor tributação, este aspecto apenas tem uma conexão com o segredo bancário e a cooperação judiciária não constituindo o seu núcleo.

Isto é, em termos analíticos, os problemas suscitados pelos *off-shores* relativamente à justiça criminal acentuam-se quando ao carácter de *paraíso fiscal* se associa um forte segredo bancário e uma atitude (expressa ou tácita) de não colaboração das autoridades locais, servindo a ocultação de actividades ilícitas.

Veja-se como revelador que o grupo que integrava a designada lista negra referida no relatório 2001/2002 do GAFI, não é apenas formado por *off-shores*: Ilhas Cook, Egipto, Granada, Guatemala, Indonésia, Myanmar, Nauru, Nigéria, Filipinas, St. Vincent e as Granadinas, Rússia, República Dominicana, Niue, Ilhas Marshall e Ucrânia<sup>133</sup>.

Pelo que o problema da investigação criminal e *off-shores* no plano jurídico-processual é, essencialmente, um problema de segredo bancário (em especial no caso dos *off-shores* situados no território nacional do Estado que procede à investigação criminal) e de cooperação judiciária em sede de aquisição da prova<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Embora estes últimos cinco territórios tenham sido recentemente retirados desta lista.

<sup>134</sup> Sobre este conceito vd. Cristiana Valentini, 1998: 3 e ss.; esta matéria será tratada no quadro da derradeira semana da acção no âmbito das sessões ministradas pelo dr. E. Dâmaso Simões.

## VIII – O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Desde a primeira guerra mundial foram oficialmente criadas cinco comissões de inquérito internacionais:

- Comissão de 1919 sobre as responsabilidades dos autores da guerra e a aplicação das penas;
- Comissão das Nações Unidas de Crimes de Guerra de 1943;
- Comissão e a aplicação das penas;
- Comissão de 1946 para o extremo oriente;
- Comissão de Peritos de 1992 (criada em execução da Resolução n.º 780 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, para investigar os crimes de guerra e outras violações ao direito humanitário internacional na ex-Jugoslávia, e a Comissão Independente de Peritos de 1994, criada em aplicação da Resolução n.º 935 (1994) do Conselho de Segurança das Nações Unidas, para investigar graves violações do direito internacional humanitário no território do Ruanda.)

Foram também criados quatro tribunais penais internacionais (especiais ou *ad-hoc*):

- Tribunal Militar Internacional, para julgar os grandes criminosos de guerra no teatro europeu conhecido como Tribunal de Nuremberga (1945);
- Tribunal Militar Internacional, para julgar os grandes criminosos de guerra do extremo oriente, também conhecido como Tribunal de Tóquio (1946);
- Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia (1993);
- Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (1994).

O estabelecimento dos tribunais penais internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda foi aprovado, respectivamente, pelas Resoluções n.º 827 (1993) e 955 (1994) do Conselho de Segurança das Nações Unidas<sup>135</sup>.

O Tribunal Penal Internacional, de acordo com o preâmbulo do respectivo Estatuto, visa «*pôr fim à impunidade dos autores desses crimes (que compreendem*

---

<sup>135</sup> M. Cherif Bassiouni, 2000: 1 e ss..

*violações do direito internacional humanitário) e contribuir para prevenir a prática de futuros crimes, através da instituição de um tribunal internacional penal permanente e ligado ao sistema das Nações Unidas, com competência sobre os crimes mais graves que ofendem toda a comunidade internacional».*

O Tribunal Penal Internacional, consagrado como tribunal permanente pelo Estatuto de Roma, compreende um conjunto de características semelhantes às dos tribunais internacionais *ad-hoc* que o precederam, seguindo João Silva Miguel, destacam-se, as seguintes:

- a) O direito aplicável é, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º do Estatuto, o próprio Estatuto e o Regulamento Processual (18), sendo ambos instrumentos de direito internacional, naquele se inscrevendo, no que se refere ao direito substantivo, os tipos de crime sobre os quais o tribunal pode exercer a sua jurisdição (artigos 5.º a 8.º);*
- b) Além disso, o Tribunal aplica, ainda, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados e na sua falta, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, bem como, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos (alíneas b) e c) do artigo 21.º);*
- c) A composição do tribunal reflecte também essa projecção internacional, sendo os magistrados eleitos pela Assembleia de Estados Partes, por escrutínio secreto, de entre pessoas com elevados padrões morais, de imparcialidade e integridade reconhecidas, com as qualificações requeridas nos respectivos países para o desempenho das mais altas funções composição do tribunal. A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, uma representação geográfica equitativa e uma representação equitativa entre homens e mulheres (artigo 36.º, n.o 7);*
- d) Igualmente, no que respeita às partes no processo, o Procurador, a quem, além do mais, cabe receber denúncias e informações devidamente fundadas relativas a crimes do tribunal, examiná-las, dirigir o inquérito e Sustentar a acusação perante o tribunal, para quem são exigidas qualificações idênticas às dos juizes, é eleito pela Assembleia dos Estados Partes, à maioria absoluta dos votos (artigo 42.º do Estatuto);*
- e) Quanto aos arguidos, a competência exerce-se apenas sobre pessoas singulares, não tendo sido consagrada a possibilidade de poderem ser responsabilizadas criminalmente pessoas colectivas (art. 25.º, n.º 1);*



f) *Por último, os Estados têm legitimidade para intervir processualmente, nos termos previstos no Estatuto e no Regulamento Processual, designadamente para impugnar a competência do tribunal (artigo 19.º, n.º 2, do Estatuto).*»<sup>136</sup>

Mas o Tribunal Penal Internacional também apresenta características peculiares<sup>137</sup>:

- a) É uma instância permanente (cfr. art. 1.º do Estatuto);
- b) É uma instância obrigatória, no sentido de que não está na disponibilidade dos Estados suscitar a sua intervenção. Pelo que, verificados os pressupostos de que depende o exercício da jurisdição, o Tribunal assume a sua competência e emite as suas decisões, as quais os destinatários, incluindo os Estados, devem respeitar e cumprir;
- c) É complementar das jurisdições nacionais (arts. 1.º, 12.º, 17.º e 19.º), pois as jurisdições nacionais têm a primazia para julgar e punir os infractores, só tendo o TPI a obrigação de intervir, quando estas não puderem fazê-lo (art. 17.º, n.º 1, alínea a) do Estatuto,) ou não quiserem fazê-lo porque o respectivo sistema não cumpre as obrigações de perseguir e julgar os suspeitos da prática de crimes relevando (art. 17.º, n.º 1, al. b));
- d) No âmbito dos princípios enformadores do direito internacional penal, o Tribunal Penal Internacional absorve os princípios fundamentais universalmente reconhecidos e aceites (arts. 20.º, 22.º, 23.º, 24.º, 27.º, 28.º, 30.º e 32.º);
- e) Define-se no estatuto um modelo de processo penal de características acusatórias, que nomeadamente, compreende um Ministério Público e a pontal intervenção de um *juiz de liberdades* para actos mais sensíveis e a consagração dos direitos da defesa;
- f) cuidando com particular cuidado do estatuto de procuradores e juizes.

Importa por fim destacar que, mais do que os mecanismos processuais, o problema do TPI compreende essencialmente o confronto de perspectivas diversas sobre o direito penal internacional<sup>138</sup>, mas acima de tudo, de política internacional e sobre o papel da ONU e aqui, independentemente das perspectivas ideológicas, um ponto parece consensual, parafraseando Ferrajoli: *«a única coisa que se afigura certa é que hoje, mais do que nunca, o futuro da ordem internacional se encontra largamente indeterminado»*<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> J. S. Miguel, 2002: 63-64.

<sup>137</sup> Para uma análise exaustiva do estatuto do TPI vd. a monografia de Nicolás Cabezedo Rodríguez, 2002.

<sup>138</sup> Vd. os argumentos contrapostos de Fernanda Palma (2001: 7 e ss.) e Pedro Caeiro (2001: 39 e ss.)

<sup>139</sup> Ferrajoli, 2003: 89.

## **IX – EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS**

Cumprido por fim referir, muito brevemente<sup>140</sup>, a temática da execução de sentenças estrangeiras, impondo-se sublinhar que a mesma não apresenta, por regra, especiais peculiaridades em sede de criminalidade organizada.

Esta é uma temática em que valem essencialmente os tradicionais valores da soberania, o que implica a preservação da exigência da dupla incriminação<sup>141</sup>, reservando ainda os Estados o poder de exigir condições especiais derivadas da respectiva ordem jurídica<sup>142</sup>, condicionalismos de extradição<sup>143</sup> e natureza das sentenças estrangeiras e, fundamentalmente, das reacções criminas impostas<sup>144</sup>.

No fundo do que se trata é de uma delegação de uma função do Estado requerente, em que o Estado requerido fixa previamente condições para aplicação na sua ordem jurídica da reacção imposta pelo requerente.

---

<sup>140</sup> Sublinhe-se que a existência de uma menção relativamente a este item deriva do programa de acção a que o autor é totalmente estranho e, por outro lado, da divisão de tarefas dos docentes responsáveis pelas 4 semanas de sessões.

<sup>141</sup> Vd. art. 96.º, n.º 1, al. d) da Lei de Coop. Jud. Portuguesa.

<sup>142</sup> Cfr. art. 96.º, n.º 1 do mesmo diploma.

<sup>143</sup> Cfr. art. 96.º, n.º 3 e n.º 6 do mesmo diploma.

<sup>144</sup> Cfr. art. 96.º, n.º 1 als. i) e j), n.º 4 e n.º 5 do mesmo diploma.

## Referências Bibliográficas

### NOTA PRÉVIA

As referências bibliográficas *infra* mencionadas limitam-se às obras citadas e não compreendem, todas as consultas e muito menos uma indicação exaustiva de bibliografia sobre o tema.

As citações obedeceram à seguinte metodologia:

- Ao longo do texto, adoptou-se um sistema sintético de referência autor, data de edição e página, devendo essas informações ser completadas com as da presente bibliografia;
- As datas mencionadas nas notas de rodapé e nesta bibliografia são as da edição consultada (no caso de reimpressões ou de novas edições não revistas pelo autor indica-se a data da edição de base);
- No caso em que foram consultadas traduções a data indicada é a da edição na língua original (quando conhecida), mencionando-se na presente bibliografia o título da tradução consultada e os elementos da edição desta.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

1992 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora.

BARRETO, IRENEU CABRAL

2003 «A investigação criminal e os Direitos Humanos», *Polícia e Justiça*, III série, n.º 1, pp. 43-86.

BASSIOUNI, M. CHERIFF

2000 «Cour Pénale Internationale», in *Revue Internationale de Droit Penal*, 71eme Année, pp. 1-32.

CAEIRO, PEDRO

2001 «“Ut Puras Servaret Manus”», *RPCC*, XI, pp. 39-66.

CANOTILHO, JOAQUIM GOMES / MOREIRA, VITAL

1993 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora (3ª edição).

CARDOSO, EGÍDIO

2003 «Off-Shore – Uma abordagem ao fenómeno», *Polícia e Justiça*, III S., n.º 2, pp. 183-189.

CHIAVARIO, MARIO

1995 «Direitos Humanos, Processo Penal e Criminalidade Organizada», *Rev<sup>a</sup> Brasileira de Ciências Criminais*, ano II, n.º 5, pp. 27-38.

CLUNY, ANTÓNIO FRANCISCO

2000 «O Ministério Público e o princípio constitucional da igualdade», in *A democracia, a igualdade dos cidadãos e o Ministério Público* (org. por Sindicato dos Magistrados do Ministério Público), Lisboa, Cosmos, pp. 39-50.

CORREIA, SÉRVULO

1994 «Polícia», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, pp. 393-408.

COSTA, JOSÉ DE FARIA

- 1994 «As relações entre o Ministério Público e a polícia: a experiência portuguesa», *BFD*, vol. LXX, Coimbra, pp. 221-246.  
1998 *Direito Penal da Comunicação - Alguns escritos*, Coimbra, Coimbra Ed<sup>a</sup>.

DAMAŠKA, MIRJAN R.

- 1986 *The Faces of Justice and State Authority* (tr. it. de Andrea Giussani e Fabio Rota com o tit. *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 1991).  
1992 «Of Hearsay and Its Analogues», *Minnesota Law Review*, n. 76, pp. 425-459.  
1995 «Free Proof and its Detractors», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n. 3, pp. 343-357.  
1997a *Evidence Law Adrift*, Yale University Press (tr. it. de Francesca Cuomo Ulloa e Valentina Riva com o tit. *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003).  
1997b «The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments», *American Journal of Comparative Law*, n. 49, pp. 839-853.  
1998 «Truth in Adjudication», *Hastings Law Journal*, 49, pp. 289-309.

DELMAS-MARTY, MIREILLE

- 1992 *Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne* (org.), Paris, PUF.  
1992b *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF.  
1995 *Procédures Pénales d'Europe*, Paris, PUF (organização e introdução).  
1999 «A caminho de um modelo europeu de processo penal» (tr. port. de Anabela Muralha revista por A. Barbosa de Melo), *RPCC*, ano IX, fasc. 2<sup>o</sup>, pp. 229-243.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO

- 1974 *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2 volumes (Reimp. de 1981).  
1989 *Direito Processual Penal* (lições coligidas por M<sup>a</sup> João Antunes), Coimbra, policopiado – secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.  
1998 «Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal», *RPCC*, VII, fasc. 2<sup>o</sup>, pp. 199-213.  
1999 *Comentário Conimbricense do CP* (org.), tomo I, Coimbra, Coimbra Editora.

FERRAJOLI, LUIGI

- 1998 *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Ed. Laterza (5<sup>a</sup> ed., 1<sup>a</sup> ed. de 1989).  
2003 «Duas hipóteses sobre a ONU», *RMP*, n<sup>o</sup> 95, pp. 79-89.

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE

- 1955 *Curso de Processo Penal*, 3 vols., Lisboa (reimpressão de 1981 da Univ. Católica).  
1986 *Curso de Processo Penal*, 2 vols., Lisboa, Danúbio.

GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES

- 1999 «Anotação ao ac. Van Mechelen do TEDH», *RPCC*, IX, pp. 131-165.  
2003 «Anotação ao ac. Calabrò do TEDH», *RPCC*, XIII, pp. 107-121.

GLEIZAL, JEAN-JACQUES / GATTI-DOMENACH, JACQUELINE/ JOURNES, CLAUDE

- 1993 *La police - Le cas des démocraties occidentales*, Paris, PUF.

GOMIEN, DONNA / HARRIS, DAVID / ZWAAK, LEO

- 1997 *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe.

GÖSSEL, KARL-HEINZ

1980 «Überlegungen über die Stellung der StA im rechtsaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei» (tr. esp. de M. Polaino Navarrete com o tít. «Ministerio Fiscal y Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 60, 1996, pp. 611-632).

1992 «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha», *RPCC*, II, fasc. 3º, pp. 397-441.

GREVI, VITTORIO

1998 «Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale», *RIDPP*, XLI, fasc. 3, pp. 726-760.

HASSEMER, WINFRIED

1999 *Persona, mundo y responsabilidad* (tr. esp. de Francisco Muñoz Conde e de Mª del Mar Díaz Pita de artigos dispersos), Valencia, Tirant lo Blanch.

LARENZ, KARL

1989 *Metodologia da Ciência do Direito* (tr. port. de José Lamego do original alemão *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed. 1983), Lisboa, F. C. Gulbenkian.

LUNA, ERIK G.

1999 «The Models of Criminal Procedure», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 2, pp. 389-535.

MESQUITA, PAULO DÁ

2003 *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora.

MIGUEL, JOÃO MANUEL DA SILVA

2002 «Justiça Penal Internacional – Tribunal Penal Internacional», *RMP*, n.º 90, pp. 57-78.

MOTA, JOSÉ LUÍS LOPES

2001 «Potecção de testemunhas», *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora.

NABAIS, CASALTA

1998 *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, Coimbra Editora.

NAPPI, DONATELLA CURTOTTI

1999 «L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principio garantistici», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, a.42n., pp. 487-537.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

1968 *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, policopiado.

PALMA, FERNANDA

2001 «Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal», *RPCC*, XI, pp. 7-39.

PINHEIRO, MARIA DE FÁTIMA

1998 «Actualidades sobre Biologia Forense», *RMP*, n.º 76, pp. 89-96.

1999 «Utilidade da análise do cromossoma Y e do DNA mitocondrial em Biologia Forense», *RMP*, n.º 80, pp. 141-156.

RODRIGUES, ALMIRO

2001 «O Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e seus contributos para o direito (penal) internacional», *RPCC*, XI, pp. 355-378.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA

- 2003 «A defesa do arguido – uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo”», in *O arguido e a sua defesa*, Santarém, Associação Forense de Santarém, pp. 5-22.

RODRÍGUEZ, NICOLÁS CABEZUDO

- 2002 *La corte penal internacional*, Madrid, Dykinson.

ROXIN, CLAUS

- 1969 «Rechtsstellung und Zukunftaufgaben der Staatsanwaltschaft» (tr. esp. de J. B. J. Maier e F. J. Córdoba com o tít. «Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público» in J. B. J. Maier, 1993: 37-60).
- 1998 *Straverfahrensrecht*, München, C. H. Beck (tr. esp. da 25ª ed. alemã realizada por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor com o tít. *derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000).

SANCHES, JOSÉ SALDANHA

- 1999 «O segredo bancário em Portugal: a singularidade do caso português», *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra, Coimbra Editora.

SANTOS, SIMAS / LEAL-HENRIQUES, MANUEL

- 1999 *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, Lisboa, Rei dos Livros.

SEIÇA, A. A. MEDINA

- 1999 *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra, Coimbra Editora.

SCHLÜCHTER, ELLEN

- 1999 *Das Strafverfahren* (tr. esp. de Iñaki Esparza Leibar e de Andrea Planchadell Gargallo com o tít. *Derecho processal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999).

SCHMIDT, EBERHARD

- 1957 *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, (Teil 2), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- 1964 *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, (Teil 1), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.

SILVA, GERMANO MARQUES DA

- 1999 *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa, Verbo (2ª ed.).
- 2000 *Curso de Processo Penal*, vol. III, Lisboa, Verbo (2ª ed.).

SIRACUSANO, DELFINO / DALIA, ANDREA A. / GALATI, A. / TRANCHINA, G. / ZAPALLÀ, E.

- 1991 *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè.

SHAPIRA, RON A.

- 2001 «Saving Desdemona», *Cardozo Law Review*, vol. 22, pp. 1771-1789.

TONINI, PAOLO

- 2001 *La prova penale* (tr. Port. De Alexandra Martins e Daniela Mróz com o tít. *A prova no processo penal italiano*, São Paulo, Ed. Revª dos Tribunais, 2002).

UBERTIS, GIULIO

- 2002 *Argomenti di procedura penale*, Padova, CEDAM.

VALENTINI, CRISTIANA

- 1998 *L'acquisizione della prova – tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, CEDAM.

*Parte 3*

**COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA  
INTERNACIONAL**

**Dr. Euclides Dâmaso Simões**  
(Procurador Geral Adjunto)





# Sub-índice

<b>I – MECANISMOS DE CONTROLO E TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO – FINANCEIRA .....</b>	<b>139</b>
<b>1 – O Agente Encoberto / Infiltrado .....</b>	<b>139</b>
<b>2 – Perda de Proveitos Patrimoniais (em favor do Estado) .....</b>	<b>151</b>
<b>II – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL .....</b>	<b>159</b>
<b>1 – Institutos da Cooperação Judiciária Internacional em Geral .....</b>	<b>159</b>
<b>2 – Institutos em Especial .....</b>	<b>167</b>
2.1 – Auxílio Judiciário Internacional .....	167
2.2 – Meios de Prova: Aquisição e Validade .....	170
2.3 – Detecção e Apreensão dos Produtos do Crime .....	173
2.4 – Extradicação e Mandado de Detenção Internacional .....	176
2.5 – Aspectos Práticos do Processo de Extradicação Passiva na Lei Portuguesa. O Mandado de Detenção Internacional .....	183
2.6 – Aspectos Práticos do Processo de Extradicação Activa na Lei Portuguesa. O Mandado de Detenção Internacional .....	187
2.7 – Transferência de Pessoas Condenadas .....	188
<b>3 – Instrumentos Operacionais e Modelo Prospectivo de Rede Judiciária .....</b>	<b>193</b>
<b>4 – Cooperação Policial Internacional .....</b>	<b>197</b>



## I – MECANISMOS DE CONTROLO E TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO-FINANCEIRA

### 1 – AGENTE ENCOBERTO/INFILTRADO

1.1 – Trata-se de uma das mais polémicas vias de aquisição de prova em processo penal.

A crítica reconduz-se, especialmente, ao risco resultante da fluidez da fronteira entre o agente infiltrado ou encoberto por um lado (*under cover agent*, *polizeispitzel*) e o agente provocador (*Lockspitzel*, *agent provocateur*, *entrapment*) por outro.

Não se justifica qualquer diferenciação, ao nível conceitual, entre agente encoberto e agente infiltrado. Trata-se de uma e da mesma espécie da categoria de “*homens de confiança*” (“*Vertrauens –Manner*”) em que se incluem também, os agentes provocadores. Face à lei portuguesa, cremos que a questão suscitada por alguns autores, foi cabalmente esclarecida pelos textos da Lei 101/ 2001, de 25 de Agosto e da Lei 104/2001, de 25 de Agosto, igualmente.

Ambos os diplomas se referem ao regime das acções encobertas, sendo que o primeiro constitui a mais pormenorizada regulamentação do seu regime de utilização até hoje conseguida em Portugal, ao passo que o segundo refere-se à utilização desse meio de obtenção de prova no domínio da cooperação judiciária internacional em matéria penal.

Há autores mais propensos à crítica da tendência do moderno direito penal para restringir direitos e garantias fundamentais sob o argumento de que, só por essa via, se consegue mais eficácia no domínio da perseguição ou combate ao crime organizado.

Para esses autores, entre os quais emerge Winfried Hassemer, instaura-se um dilema, ao permitir-se que agentes da polícia cometam infracções penais no exercício da sua actividade, pois desapareceria a fronteira entre a criminalidade e o combate ao crime. E isto porque, segundo os mesmos, a admissão do agente

infiltrado na acção criminosa será natural e frequentemente condicionada a uma espécie de “baptismo de fogo”, em que ele terá que se submeter a provas ou testes de fidelidade e capacitação que consistirão, muitas das vezes, na prática de crimes ou de actos instrumentais para a sua consumação.<sup>(1)</sup>

Outros autores, que entestam correntes diversas, consideram por seu turno que, sem infiltração policial, nenhuma sociedade civilizada teria a menor possibilidade de penetrar nos cartéis internacionais e de paralisar e destruir o crime organizado.

Conta-se, entre eles, Jean Ziegler que, não obstante, não diverge do entendimento de que a infiltração policial é um meio de investigação excepcional, cuja aplicação deve restringir-se às hipóteses de crime organizado e quando houver a impossibilidade de a prova ser recolhida por outros meios<sup>(2)</sup>

A Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, assinada em Palermo, em Dezembro de 2000, prescreve cautelosamente no seu artigo 20º, sob a epígrafe “*técnicas especiais de investigação*”, o seguinte:

*“Sempre que o permitam os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro das suas possibilidades e nas condições prescritas pelo seu direito interno, as medidas que sejam necessárias para permitir o recurso à entrega controlada e quando considere apropriado, a utilização de outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância electrónica ou de outra natureza e as operações encobertas, pelas suas autoridades competentes no seu território com o objectivo de combater eficazmente a criminalidade organizada”.*

No âmbito da União Europeia emerge, com indiscutível significado, o art. 14º da Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 29 de Maio de 2000. Aí se prevê claramente que

*“Os Estados Membros - requerente e requerido podem acordar prestar auxílio mútuo na realização de investigações criminais por agentes encobertos ou que actuem sob falsa identidade (investigação encoberta)”;*

Aí se estipula também que o Estado requerido aplicará, na execução de cada pedido, o seu direito e os seus procedimentos (ao contrário do regime geral da nova Convenção, que adopta complementarmente o princípio “*forum regit actum*”,

---

(1) Cfr., para maiores desenvolvimentos, Susana Aires de Sousa, “Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas reflexões” (in “Liber Discipulorum” de Figueiredo Dias, 2003, pags. 1207 a 1235).

(2) Jean Ziegler, “Os Senhores do crime: novas máfias contra a democracia”, Terramar, 1999, pag.233.

ou seja, da aplicação da lei do Estado requerente) e que os Estados Membros envolvidos cooperarão no sentido de assegurar a preparação e a supervisão da investigação encoberta e de tomar as medidas necessárias à segurança dos agentes que actuem encobertos ou sob falsa identidade.

Ciente, porém, do melindre da questão, consta também desse artigo da Convenção a possibilidade de qualquer Estado Membro declarar, em momento próprio, que não está por ele vinculado, isto é, que não se sente obrigado a cooperar na execução desse tipo de acções.

**1.2** – Importa pois, para que se possa utilizar este contundente meio de aquisição de prova, atentar na satisfação dos pressupostos seguintes:

- a) Clara e inequívoca diferenciação entre a figura do agente infiltrado ou encoberto e a figura do agente provocador.
- b) Rigorosa regulamentação legal da actuação do agente infiltrado ou encoberto onde se dê guarida às seguintes condições básicas de validade processual dos seus actos:
  - legalidade
  - necessidade
  - proporcionalidade

A pedra angular da diferenciação entre as figuras do agente infiltrado ou encoberto e do agente provocador poderá pois, no seguimento da doutrina e jurisprudência americanas acerca da "*plea of entrapment*", encontrar-se no seguinte:

- Provocador é o agente que desencadeia efectivamente o crime, não se limitando a revelar ou trazer à luz uma já subsistente propensão para o seu cometimento.
- A linha ténue de separação das águas residirá pois, na pré – existência, por parte dos agentes do crime, de um plano, um projecto, para o seu cometimento, na elaboração do qual não tomou parte o agente infiltrado. Este (agente infiltrado) só intervirá quando aquele plano ou projecto estiver suficientemente delineado e tenha começado a ser executado ou posto em prática. Aí então serão lícitos, por parte do agente encoberto:
  - Actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria imediata, desde que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

**1.2.1** – O requisito de **legalidade** deverá ser satisfeito por forma a que o regime de utilização ganhe o nível de certeza e segurança adequado. A não previsão expressa, em sede constitucional ou de lei ordinária, da possibilidade de utilização desta forma evasiva de investigação torná-la-á **abusiva**, face à protecção outorgada, pela generalidade dos textos constitucionais modernos, à intimidade da vida privada, à inviolabilidade do domicílio, do sigilo de correspondência e de outros meios de comunicação privada.

**1.2.2** – O requisito da **necessidade** será observado quando o interesse (usualmente consagrado em termos constitucionais) na administração da justiça se possa sobrepor aos direitos fundamentais dos cidadãos e provocar restrições aos mesmos. Isso sucederá, por exemplo, quando esse meio de obtenção de prova se apresentar como o único meio ao dispor para impedir a verificação dos efeitos da infracção e para obter provas da identidade dos responsáveis pelo seu cometimento.

Assim, haverá que cuidar-se da demonstração processual de que não eram viáveis, com iguais probabilidades de evidência probatória, outras técnicas menos evasivas (vigilância electrónica, escuta telefónica, interceptação de correspondência, etc.)

**1.2.3** – O requisito da **proporcionalidade** obterá satisfação quando houver justo equilíbrio entre o bem que se irá sacrificar e o interesse que, em concreto, se pretende alcançar.

Tal princípio, que a doutrina germânica denomina “*proibição do excesso*” (“*Übermassverboten*”), acaba por constituir-se como o pressuposto fundamental de toda a intervenção restritiva de direitos e garantias individuais em sede de investigação criminal.

Ele é o mecanismo destinado a promover um equilíbrio entre interesses estatais e preservação de direitos e garantias individuais.

Destina-se a regulamentar a confrontação indivíduo/Estado. De um lado, interesses estatais na realização da investigação criminal e da perseguição penal em juízo, visando o exercício do “*ius puniendi*”, do outro lado o cidadão investigado ou acusado, titular de direitos e garantias individuais, que tem interesse na preservação do “*ius libertatis*”.

Tem a finalidade, portanto, de equilibrar essa relação aparentemente contraditória de interesses, para evitar tanto a violação dos direitos fundamentais do particular, como o comprometimento da actividade do Estado na repressão da criminalidade. <sup>(3)</sup>

---

<sup>(3)</sup> Eduardo Araújo da Silva, in “Crime organizado: procedimento probatório”, São Paulo, Atlas, 2003, pags. 55, 56.

**1.3** – Sem pretensões de estabelecer modelos ou paradigmas acabados, vejamos de que modo se poderão satisfazer, na prática, os requisitos de legalidade, de necessidade e de proporcionalidade que vimos de analisar.

- É indispensável a produção de uma lei que contemple a utilização de agentes infiltrados ou encobertos, isto é, a realização de acções encobertas para fins de prevenção e de investigação criminal.

No âmbito dessa lei será aconselhável:

**1.3.1** – Admitir a intervenção, como agentes encobertos ou infiltrados, não somente de funcionários policiais como também de terceiros, desde que actuem sob controlo do órgão policial competente.

Nos Estados de menor dimensão e de menor capacitação das forças policiais, para estas difíceis operações “*undercover*”, maior será a tendência para a utilização de terceiros, isto é, de indivíduos não pertencentes a organismos de “*law enforcement*”.

O mesmo se dirá em relação à disponibilidade de meios logísticos – mais facilmente se achará alguém com meios de transporte adequados à execução de certos tipos de tráfico na denominada sociedade civil; mais correntemente poderá suceder que sejam essas pessoas, detentoras desses meios e conhecedoras das suas formas de utilização, contactadas pelos delinquentes que pretendam a sua colaboração para a execução daqueles tipos de tráfico.

Não deverá surpreender o facto de esses “*terceiros*” serem pessoas com passado criminal, quer na área em que são chamados agora a intervir quer noutras áreas.

Pessoas estranhas ao “*milieu*” não são tendencialmente contactadas pelos delinquentes para actos de colaboração em acções criminosas de envergadura.

Além disso, pessoas estranhas ao “*milieu*” não dominam os circuitos, não conhecem os códigos de conduta do ambiente criminal nem sequer o jargão dominante.

Isto é, por maior que seja a sua capacidade de representação teatral, nunca estarão suficientemente à vontade em cena.

**1.3.2** – Fixar um catálogo de infracções para cuja prevenção e repressão seja admissível a utilização de acções encobertas. Tais infracções devem ostentar um nível de gravidade, dentro do sistema de reacção penal de cada Estado, que não ponha em crise o já analisado princípio da proporcionalidade.

O catálogo deve, além disso, ser taxativo, isto é, a prática de actos de infiltração ou de acções encobertas na prevenção ou investigação de outros tipos de crime deve

ser considerada método proibido de prova, com consequência de nulidade absoluta e possibilidade de procedimento disciplinar e criminal contra quem os utilize e venha, por exemplo, a cometer actos ilícitos.

Aponta-se como exemplo, entre outros, de um **catálogo proporcional**, face ao quadro jurídico penal português, o estabelecido no artigo 2º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto. Aí se contemplam os crimes seguintes:

- a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido;
- b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes;
- c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados;
- d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns;
- e) Organizações terroristas e terrorismo;
- f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão;
- g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas;
- h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios;
- i) Associações criminosas;
- j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- k) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos;
- l) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências;
- m) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção;
- n) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática;
- o) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional;
- p) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem;
- q) Relativos ao mercado de valores mobiliários.



**1.3.3** – Exigir, “*expressis verbis*”, que as acções encobertas sejam adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais concretamente colocados e bem assim proporcionais, quer às finalidades de conseguimento de material probatório, quer à gravidade do crime em investigação.

Dá-se assim, consagração ao princípio da subsidiaridade ou de “*ultima ratio*”, derivado do princípio da necessidade, já enunciado, bem como ao também já referido princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

Por outras palavras: devem estabelecer-se requisitos que evitem a banalização do recurso a um meio de obtenção de prova que, pela sua natureza invasiva e compressora de direitos fundamentais, deve ser de natureza excepcional.

**1.3.4** – Fazer depender a realização da acção encoberta da prévia autorização da autoridade judiciária que, nos termos da lei, tenha a seu cargo a direcção da investigação criminal.

Nos casos em que os órgãos de polícia não estejam funcionalmente vinculados, no domínio da investigação criminal, a uma autoridade judiciária, deve ainda ser cometida a estas (M. P. ou Juiz de Instrução) a competência exclusiva para tal tipo de autorizações.

Sugere-se que se sigam, na atribuição de competências nesta área, procedimentos análogos aos adoptados para outros métodos de obtenção de prova igualmente evasivos como as escutas telefónicas e ambientais, as buscas domiciliárias e a violação de correspondência.

**1.3.5** – Obrigar o órgão de polícia criminal que execute a acção encoberta a fazer o relato da mesma à autoridade judiciária que a tiver autorizado num prazo breve (idealmente não superior a cinco dias) após o seu termo.

Nesse relato deve referir-se, com suficiente detalhe, os actos preparatórios ou de execução de infracções em que o agente encoberto participou, com vista à delimitação da respectiva isenção de responsabilidade.

**1.3.6** – Consagrar, “*expressis verbis*”, a não punibilidade da conduta do agente encoberto que se consubstancie na prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da investigação e da autoria mediata, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade.

**1.3.7** – Impor à autoridade judiciária autorizante a fixação de um prazo para a realização da acção encoberta, prazo este consentâneo com as exigências da investigação e livremente prorrogável.

Vincar-se-á, deste modo, o controlo das autoridades judiciárias sobre a utilização de um meio de obtenção de prova assaz gravoso.

1.3.8 – Criar garantias de confidencialidade da acção realizada e do respectivo relato:

- a) Admitindo que, em regra, o expediente respeitante à acção, nomeadamente o pedido, a autorização, eventuais prorrogações e o relato final, não seja junto ao processo;
- b) Exigindo a verificação de situação de excepcional e absoluta indispensabilidade para que a autoridade judiciária possa ordenar a junção do dito expediente ao processo;
- c) Permitindo que, pela entidade ministerial competente, possa ser atribuída aos agentes infiltrados ou encobertos, por período a fixar, uma identidade fictícia;
- d) Permitindo que, tendo que ser chamados a depor, os agentes encobertos possam, mediante autorização da autoridade judiciária competente na respectiva fase processual, prestar depoimento sob a identidade fictícia que lhes tenha sido atribuída;
- e) Permitindo que, além disso, nessas circunstâncias, os agentes encobertos beneficiem de medidas adequadas de protecção de testemunhas, entre as quais a audição por teleconferência, com distorção de voz e imagem e não revelação da identidade verdadeira.

1.4 – Já se deixou entrever que a estratégia de defesa nos casos em que houve notícia de ter sido utilizada acção encoberta ou agente infiltrado tem passado, uniformemente, por fazer inserir essa intervenção no conceito de **provocação ao crime**, que arrasta consigo a nulidade de toda a prova obtida, através da utilização de “*meios enganosos*”.

A jurisprudência portuguesa tem, unanimemente, considerado inadmissível a figura do agente provocador.

Merece referência uma sentença de 1ª instância (Tribunal de Oeiras), de 5 de Março de 1993. Nela é feita a caracterização substantiva do agente provocador nos termos seguintes:

- a) Aquele que determina outrem à prática do crime, isto é, que toma por qualquer meio a iniciativa e provoca uma actividade criminosa que, sem ela, não teria lugar;

- b) Aquele que induz à prática de actos ilícitos criando, ele próprio, as condições para a verificação de uma nova infracção;
- c) Embora sem querer a sua realização;
- d) Mas tão somente que o provocado seja punido, em ordem a um interesse público, qual seja o da confirmação das suspeitas levantadas acerca da actividade do investigado. (4)

**1.4.1** – Em consonância com as correntes doutrinárias dominantes tem-se, em resumo, entendido que:

- a) Importa distinguir os casos em que a actuação do agente policial cria uma intenção criminosa até então inexistente, pois o autor não tinha nenhuma intenção de cometer o crime e este resulta apenas do acto do provocador,
- b) Dos casos em que o sujeito apenas põe em marcha aquela decisão, pois o autor tinha já a intenção de cometer crimes do tipo do proposto e mesmo, provavelmente, teria anteriormente cometido já outros crimes da mesma natureza.

Nesta segunda hipótese cabe a figura do agente infiltrado ou encoberto, que tem vindo a ser admitida pela jurisprudência portuguesa, desde o princípio da década de 80, quando pela primeira vez foi prevista, pelo art.º 52º do Dec. Lei 430/83, no domínio do combate ao tráfico de estupefacientes.

**1.4.2** – O Tribunal Constitucional português tem, por seu turno, afirmado que vigorando embora o princípio da liberdade da prova em processo penal e o dever ético e jurídico de procurar a verdade material, existe também outro dever ético-jurídico, que leva a excluir a possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal, em homenagem ao dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas, que implica a observância de um dever de lealdade processual.

No entanto, depois de reconhecer que a utilização de agentes infiltrados na investigação criminal representa sempre o emprego de alguma deslealdade, acabou o Tribunal Constitucional por reconhecer também que essa deslealdade não era superior à que implica, por exemplo, o emprego de escutas telefónicas como meio de obtenção de provas em processo criminal.

---

(4) Sub *judice*, 4, 1992, pag. 71 e segs. e Manuel Augusto Alves Meireis, “O Regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal”, Almedina, 1999, pags. 144 a 150.

No seu Acórdão de 14/10/1998<sup>(5)</sup>, ponderando os perigos que a técnica do agente infiltrado comporta, o Tribunal Constitucional português concluiu pela inadmissibilidade da prova obtida pelo agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir.

Mas concluiu, por outro lado que, não obstante esses perigos, estando em causa certos tipos de criminalidade grave (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada) é impossível renunciar ao serviço do “*undercover agent*”.

E isto porque, acrescenta-se no aresto, “*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 excepcionalidade no meio de obter as provas*”.

Acentuou-se nesse acórdão que a utilização de métodos encobertos de investigação (maxime o recurso ao agente infiltrado) há-de fazer-se sempre sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia de Estado de Direito, não podendo, na ânsia de dar combate ao crime grave, que mina as bases da sociedade, legitimar-se comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas.

E concluiu-se: do ponto de vista da legitimidade constitucional da intervenção do agente infiltrado, o que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática do crime que, de outro modo, não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar.

**1.4.3** – No domínio da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem constata-se, porém, sensível evolução conceptual.

Assim, enquanto no seu Acórdão de 9 de Junho de 1998, proferido no caso Teixeira de Castro versus Portugal, o T.E.D.H. condenou o Estado Português a pagar a Indemnização de dez milhões de escudos (50.000 Euros, aproximadamente) ao referido Indivíduo que havia sido condenado pelos tribunais portugueses por tráfico de droga, por concluir que agentes da PSP, com ocultação da sua identidade, ao procederem à sua detenção, no momento em que lhes entregou certa porção de heroína, que insistiram em comprar, não actuaram como agentes infiltrados mas sim como verdadeiros agentes provocadores do crime, no

---

<sup>(5)</sup> in D.R. II, n.º 48, de 26/2/1999.

Acórdão de 21 de Março de 2002, proferido no caso Calabro versus Itália (Queixa 59895/00), moderou o rigor. E moderou-o no sentido de considerar como intervenção própria do agente infiltrado a conduta do “homem de confiança” que organiza uma operação de importação de grande quantidade de cocaína e procura comprador com a única finalidade de determinar uma situação de flagrante delito.

Diz-se no Acórdão:

*“Diferentemente do caso Teixeira de Castro, no caso vertente o agente infiltrado limitou-se a fazer conhecer a sua disponibilidade para importar e vender os estupefacientes. Foi também o requerente que contactou espontaneamente o agente infiltrado (de nome Jurgen), que lhe entregou dinheiro e organizou o encontro para a entrega, demonstrando que estava inserido no seio de uma rede ligada ao tráfico internacional de estupefacientes”. “Em face desses factos, não se pode concluir que a acção do agente infiltrado tenha provocado, exercendo uma pressão de natureza a incitar, o cometimento de uma infracção que, sem a sua intervenção, não teria sido cometida”.*

Operando excelente síntese de todas essas teses jurisprudenciais dominantes, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça Português, no seu mais recente e completo acórdão sobre este tema: <sup>(6)</sup>

- a) Têm sido, em geral, admitidas medidas de investigação especiais, como último meio, mas como estritamente necessárias à eficácia da prevenção e combate à criminalidade objectivamente grave, de consequências de elevada danosidade social, que corroem os próprios fundamentos das sociedades democráticas e abertas, e às dificuldades de investigação que normalmente lhe estão associadas, como sucede com o terrorismo, a criminalidade organizada e o tráfico de droga;
- b) A pressão das circunstâncias e das imposições de defesa das sociedades democráticas contra tão graves afrontamentos tem imposto, em todas as legislações, meios como a admissibilidade de escutas telefónicas, a utilização de agentes infiltrados, as entregas controladas;
- c) No quadro normativo vigente, a actuação do agente provocador é normalmente considerada como ilegítima, caindo nos limites das proibições de prova, sendo patente o consenso da doutrina e da jurisprudência de que importa distinguir os casos em que a actuação do agente policial (agente encoberto) cria uma intenção criminosa até então inexistente, dos casos em que o sujeito já está implícita ou potencialmente

---

<sup>(6)</sup> Acórdão de 20 de Setembro de 2003, processo n.º 4510/2002; relator - Conselheiro Simas Santos.

inclinado a delinquir e a actuação do agente policial apenas põe em marcha aquela decisão. Isto é, importa distinguir entre a criação de uma oportunidade com vista à realização de uma intenção criminosa e a criação dessa mesma intenção;

- d) Com efeito, na distinção e caracterização da proibição de um meio de prova pessoal é pertinente o respeito ou desrespeito da liberdade de determinação de vontade ou de decisão da capacidade de memorizar ou de avaliar. Desde que estes limites sejam respeitados, não será abalado o equilíbrio, a equidade, entre os direitos das pessoas enquanto fontes ou detentoras da provas e as exigências públicas do inquérito e da investigação. A provocação, em matéria de proibição de prova, só intervém se essas actuações visam incitar outra pessoa a cometer uma infracção que, sem essa intervenção, não teria lugar, com vista a obter a prova duma infracção que sem essa conduta não existiria.
- e) Não se verifica a actuação de agente provocador, mas sim de agente infiltrado se:
  - 1) Já está em execução uma operação de importação e introdução na Europa de 1.105 Kg de cocaína, através de Portugal, com a droga a bordo de uma embarcação em alto mar, quando é contactado um português, livre e autonomamente escolhido pelos traficantes, para colaborar na transferência dessa substância no mar, no desembarque em território português e depósito até ser transportada para Espanha;
  - 2) Esse cidadão se oferece para colaborar com a Polícia Judiciária, o que esta aceita;
  - 3) Obtém uma embarcação, com outros agentes encobertos e efectua o transbordo, com a presença de um representante dos traficantes que é o único que detém as coordenadas do ponto de encontro e o número do telefone satélite da outra embarcação;
  - 4) São os traficantes que decidem onde deve ser finalmente descarregada e depositada a droga, tendo enviado um casal para estar presente no arrendamento da casa destinada a depósito;
  - 5) E são presos quando carregavam parte daquela substância para a levar para Espanha.
- f) Neste caso, também não se pode dizer que os agentes infiltrados tenham tido o total domínio do facto.

**1.5** – Ciente da importância actual desta técnica de investigação, cuidou a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia, de 29/05/2000 de a prever expressamente

como objecto de pedidos de auxílio (enviados, naturalmente, sob a forma de cartas rogatórias) – cfr. art. 14º.

Em conformidade com essa disposição convencional foram já introduzidas na lei portuguesa de cooperação judiciária novas normas sobre a matéria, segundo as quais:

- a) Os funcionários de investigação criminal de outros Estados podem desenvolver acções encobertas em Portugal, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses;
- b) Esse pedido de auxílio deve basear-se em acordo, tratado ou convenção internacional e (cumulativamente, portanto), na observância do princípio da reciprocidade. (7)

## **2 – PERDA DE PROVEITOS PATRIMONIAIS (EM FAVOR DO ESTADO)**

Uma das marcas dominantes da criminalidade organizada é a da sua vocação para gerar elevados proventos económicos.

As organizações criminosas, pelo menos aquelas de que trata a Convenção de Palermo, têm o lucro por escopo:

*“Por grupo criminoso organizado deverá entender-se um grupo estruturado de três ou mais pessoas que exista durante certo tempo e actue concertadamente com o propósito de cometer um ou mais crimes graves ou crimes tipificados nos termos da presente Convenção com vista a obter, directa ou indirectamente, um benefício de ordem material (art. 2º, alínea a)“.*

O tratamento da criminalidade organizada não ultrapassará pois a fase platónica se não se voltar para a recuperação dos fundos, isto é, dos bens e produtos gerados pelas actividades ilícitas. As intenções ético-retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só lograrão plena satisfação se, a par do sancionamento com as penas adequadas, os condenados sofrerem o abalo económico resultante do perdimento em favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido.

O estabelecimento de regimes eficazes de apreensão e confisco ou perdimento de bens e produtos gerados pela actividade criminosa tem, por isso, sido uma constante nos textos dos principais instrumentos convencionais produzidos no seio da O.N.U..

---

(7) cfr. art. 160º B da Lei 144/99, na redacção introduzida pela lei 104/2001, de 25 de Agosto.

Vejamos, pois:

**2.1** – A Convenção de Viena de 1988, contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas:

- a) impõe que os Estados autorizem o perdimento ou confisco, entre outros, do produto dos crimes tipificados ou bens cujo valor seja equivalente ao desses produtos (art. 5º, 1, a),
- b) impõe que os Estados adotem as medidas necessárias para permitir a identificação, a detecção, o embargo ou a apreensão do produto, dos bens, dos instrumentos ou de quaisquer outros elementos relacionados com a actividade criminosa, com vista ao seu eventual perdimento (art. 5º, 2),
- c) impõe que os Estados facultem aos seus tribunais ou outras autoridades competência para ordenar a apresentação e apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais, sem possibilidade de invocação do segredo bancário (art. 5º, 3),
- d) impõe que quando o produto se tenha transformado ou convertido noutros bens estes possam ser objecto das medidas aplicáveis àquele produto (art. 5º, 6, a),
- e) e que quando o produto se tenha misturado com bens de proveniência lícita, se possa declarar o perdimento desses bens até ao valor estimado do produto misturado (art. 5º, 6, b).

Consagra, além disso, a dita Convenção, *“a possibilidade de inverter o ónus da prova com respeito à origem do suposto produto ou de outros bens sujeitos a perdimento, na medida em que isso seja compatível com os princípios do seu direito interno e com a natureza dos seus processos judiciais e outros procedimentos”* (art. 5º, 7º).

**2.2** – A Convenção de Palermo contra a criminalidade organizada transnacional contém, nos n.os 1 a 6 do seu artigo 12º, normas coincidentes com as anteriormente citadas.

Porém, no n.º 7 desse artigo 12º, em vez de propor abertamente a possibilidade de adopção de um regime de inversão do ónus da prova prevê que:

*“os Estados Parte poderão considerar a possibilidade de exigir a um delincente que demonstre a origem lícita do presumível produto do crime ou de outros bens sujeitos a perdimento, na medida em que isso seja conforme com os princípios do seu direito interno, com a natureza do processo ou outros procedimentos conexos”.*



**2.3** – A Convenção da ONU contra a corrupção, aberta à assinatura em Dezembro de 2003, na cidade do México, consagra, no art. 42º, normas idênticas às das duas Convenções anteriormente referidas sendo que, no domínio da ónus da prova, optou pela solução menos polémica, coincidente com a da Convenção de Palermo.

**2.4** – Tem havido, na redacção dos últimos grandes textos convencionais da ONU, a preocupação de não ferir o princípio, aceite constitucionalmente pela maioria dos Estados modernos, da “*presunção de inocência*”.

O Comité de Direitos Humanos da ONU tem exigido que não se possa presumir a culpabilidade até que tenha sido produzida prova fora de toda a dúvida razoável.

Ora, entre os elementos integrantes da “*presunção de inocência*”, avultam precisamente:

- a) o de que o ónus da prova incumbe à parte acusadora;
- b) o de que o critério da prova é o de que esteja fora de toda a dúvida razoável;
- c) e o de que o método probatório se ajuste ao princípio da equidade.<sup>(1)</sup>

A essa luz bem se compreende o cuidado posto na consagração, não de uma pura e dura inversão do ónus da prova, mas sim de um compromissório e mitigado regime de “*alívio*” do ónus da prova.

“*Aliviar*” o ónus da prova não deve confundir-se com “*transferir*” o ónus para a pessoa acusada.

Deverá considerar-se que “*aliviar*” o ónus da prova é estabelecer um equilíbrio justo entre os direitos da pessoa acusada e os interesses da comunidade em situações em que, sem menosprezo daqueles direitos, o senso comum sugira que deve pedir-se uma explicação a um funcionário que dispõe de um património desproporcionado.<sup>(2)</sup>

**2.5** – Não oferecem dúvidas as formas de adoptar os modelos de perdimento sugeridos pelas Convenções anteriormente citadas. Poderá validamente tomar-se como exemplo o regime consagrado na Lei Portuguesa sobre tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (Dec. Lei 15/93, de 22 Janeiro).

---

<sup>(1)</sup> Cfr. NIHAL JAYAWICKRAMA e outros, in “*Foro sobre el delito y la sociedad*”, O.N.U., 2002, pag. 29.

<sup>(2)</sup> Cfr. NIHAL JAYAWICKRAMA, ob. cit., pag.32.

Aí se estipula a perda, a favor do Estado, dos objectos que tiverem servido ou estivessem destinados à prática de um crime ou que por este tivessem sido produzidos (art. 35º, 1), perda essa que terá lugar ainda que nenhuma pessoa possa ser punida pelo facto (art. 35º, 3).

Aí se estipula igualmente a perda de coisas ou direitos relacionados com o facto, isto é:

- a) das recompensas dadas ou prometidas (art. 36º, 1);
- b) dos objectos, direitos e vantagens que tiverem sido directamente adquiridos (art. 36º, 2);
- c) dos objectos, direitos e vantagens obtidos mediante transacção ou troca com os anteriormente referidos (art. 36º, 3);
- d) do valor respectivo quando a recompensa, os direitos, objectos ou vantagens não puderem ser apropriados em espécie (art. 36º, 4);
- e) dos bens em que tiverem sido transformados ou convertidas as recompensas, objectos, direitos ou vantagens (art. 37º, 1).

Prevê-se também que:

- a) se as recompensas, objectos, direitos ou vantagens tiverem sido misturados com bens lícitamente adquiridos, são estes perdidos a favor do Estado até ao valor estimado daqueles que foram misturados (art. 37º, 2);
- b) há procedimentos ágeis para a defesa de direitos de terceiros de boa fé (art. 36º - A).

**2.5.1** – Ainda a título de exemplo aponta-se o regime consagrado, em matéria de apreensão e perda, no título sétimo do Código Penal da Alemanha (Secções 73 e 74).

**2.6** – As dúvidas maiores surgem quanto à forma de “aliviar” o ónus da prova, com vista à agilização e aumento de eficácia do regime de perdimento dos bens e produtos do crime.

Deve desde logo acentuar-se que não estamos perante a hipótese de inversão do ónus de provar os elementos (objectivos e subjectivos) integradores do ilícito típico. Essa é matéria incontroversamente considerada, em todos os Estados de Direito, como pertencente aos encargos da acusação.

Trata-se, isso sim, de flexibilizar o estabelecimento da origem dos bens ou produtos apreendidos a quem, com pleno respeito pelos já referidos pressupostos da presunção de inocência, tenha sido condenado pela prática de determinada infracção de natureza criminal.

Em determinados sistemas a declaração de perda é considerada uma questão civil, estando-lhe associada a norma do “*equilíbrio de probabilidades*”.

Noutros sistemas a perda é considerada um efeito penal da condenação, à qual deverá ser aplicada a norma mais exigente de “*para além da dúvida razoável*” (pressuposto do princípio da presunção de inocência).

Abre-se ainda a possibilidade de os legisladores nacionais não exigirem uma condenação penal prévia como requisito para a obtenção de uma decisão de perdimento, permitindo-o com base numa prova menos exigente a produzir em Juízo.

**2.6.1** – Cremos que é nesta última modalidade que enfileira actualmente a Lei Portuguesa.

Pretendendo-se incrementar a eficácia do combate à criminalidade organizada e económico-financeira foi produzida a Lei 5/2002, publicada em 11 de Janeiro.

Nela se estabelece um regime especial de recolha de prova, de quebra do segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado, relativa a um catálogo específico de infracções de elevado desvalor ético-jurídico, integrantes dos conceitos (contudo vagos e abstractos) de criminalidade organizada e económico-financeira.

O regime de perda de bens a favor do Estado, que agora nos interessa, está previsto no Capítulo IV do referido diploma.

Aí se estipula que:

- a) em caso de condenação por um dos crimes do catálogo fixado e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da actividade criminosa, a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito (art. 7º, 1).

Para definição do rendimento lícito julgo que poderemos validamente reportar-nos às declarações de rendimento que anualmente o arguido tenha produzido para efeitos fiscais.

A lei cuida, depois, de especificar o que se deve entender por património do arguido (art. 7º 2), como é que o Ministério Público deve proceder para promover a perda dos bens (art. 8º), como é que o arguido pode provar a origem lícita dos

bens que constituem o seu património e bem assim, ilidir a presunção de que outros, certos e determinados, constituem vantagem de actividade criminosa (art. 9º), como é que se procede ao arresto de bens do arguido para pagamento do valor da vantagem auferida da actividade criminosa (art. 10º) e como é que o tribunal deve proceder para declarar a perda a favor do Estado (art. 12º).

2.6.2 – Devo porém alertar apara o facto de esta opção legislativa não ser isenta de críticas.

Surgiram já pela pena do Doutor Damião da Cunha, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica. (3)

Considera tratar-se, o regime do Capítulo IV da Lei 5/2002, de *“um novo instrumento repressivo, uma nova forma sancionatória”, “uma nova sanção”*.(4)

Considera, ainda, que a lei:

*“ao não prever qualquer dever por parte do M.P. de demonstrar a existência de uma anterior actividade criminosa, põe sobre o condenado um ónus excessivo e tem ainda por consequência, quando exige a prova da licitude dos rendimentos ou dos bens, que o património a ser retirado possa nada ter a ver com os crimes do catálogo”*.

Conclui por isso, que não está em causa apenas o princípio da presunção de inocência do arguido *“mas, antes de tudo, a própria legitimidade do processo e da sanção nos quadros de um Estado de Direito democrático”*.

Considera por último que o fim político da dita sanção é *“garantir um efectivo combate aos lucros ilícitos provenientes de actividade criminosa”* e que tal tipo de sanção é uma necessidade premente no direito nacional que poderá até implicar alguns desvios aos princípios tradicionais do processo e do direito penal, mas que não poderá atingir o núcleo essencial do principio da presunção de inocência quanto à questão principal.

Sem ousar negar a valia de alguns dos argumentos expendidos, resta esperar para saber como é que a jurisprudência, mormente a do Tribunal Constitucional, tratará o assunto.

---

(3) José Damião da Cunha, *“Perda de bens a favor do Estado”*, C.E.J., 2002. Cfr., também, Jorge Godinho, *“O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”*, in *“Liber Discipulorum”*, de homenagem a Figueiredo Dias, pags. 1315 a 1363.

(4) Figueiredo Dias afirma que a perda dos instrumentos, produtos ou vantagens do crime, a que se referem os artigos 107º, 108º e 109º do Código Penal, não é pena acessória (ou efeito penal da condenação) nem é medida de segurança, mas sim *“uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”* (in *“Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime”*, 1993, pags .628 a 638).

Numa coisa estamos concordantes com Damião da Cunha: um regime de perdimento semelhante a este (chama-se-lhe “sanção”, se se quiser) é uma necessidade premente no direito português.

Assim, sem prejuízo de eventuais aperfeiçoamentos legislativos que a jurisprudência venha a sugerir, julgo que se logrará bom efeito do texto actualmente vigente se se proceder à sua interpretação nos termos mais exigentes que esse autor propugna. <sup>(5)</sup>

Teríamos, pois, para ver aplicada tal “sanção”:

- a) que ver feita prova, pelo Ministério Público, segundo o critério tradicional da superação de “*dúvida razoável*”, de prática de um crime do catálogo do art. 1º;
- b) que ver demonstrado, pelo Ministério Público, segundo um mero *juízo de probabilidade* (e não já nos termos de maior certeza referidos na alínea anterior), que esse crime se insere numa determinada actividade criminosa (entendida aqui esta “*actividade*” como carreira ou actividade pregressa continuada, como consta de antecedentes históricos do diploma – exposição de motivos da proposta de Lei 94/VIII);
- c) e que ver demonstrada depois, pelo Ministério Público, a existência de um conjunto de bens que, por não serem congruentes com o rendimento normal do condenado, se deveriam presumir como vantagens de actividade criminosa. Essa presunção dispensaria o M.P. de demonstrar a imputação desses valores não congruentes com a actividade criminosa (isto é o estabelecimento de um claro nexo de causa/efeito entre ambos).
- d) Ao arguido caberia por seu turno demonstrar que, apesar da aparente incongruência do seu património, os bens têm outra fonte que não a actividade criminosa. Essa prova por parte do arguido não teria também de ser feita segundo o critério tradicional de superação da dúvida razoável, mas apenas em termos de plausibilidade argumentativa, que pudesse dar suficiente fundamento à convicção do julgador, algo semelhante à “*prova bastante*” da lei e da doutrina civilistas.

Porque esta interpretação tem suficiente suporte na letra da lei, em homenagem aos argumentos do ilustre autor e aos superiores interesses da celeridade e eficácia da justiça, sou de parecer de que deve ser perfilhada.

---

<sup>(5)</sup> Damião da Cunha, obra cit, pgs. 21 e segs.

Porque, retomando Damião da Cunha:

*“por um lado garantir-se-ia um mínimo de certeza quanto à existência de uma actividade criminosa; por outro, garantir-se-ia ainda que os bens patrimoniais que devessem ser retirados ao agente estivessem em directa ligação com o tipo de criminalidade – aquela que o legislador entendeu merecer este sancionamento e não outra”.*

2.6.3 – No plano do direito a constituir será, a meu ver, pertinente sugerir que se melhore a capacidade de resposta dos sistemas nesta importante área, curando de melhor desenho e designação do instituto do perdimento de instrumento e produtos do crime. Tal desiderato será tanto mais conseguido quanto mais se afaste esse instituto do conceito de “sanção” ou de providência sancionatória e se coloque na área do direito civil, por forma a auferir-se pleno rendimento dos adequados mecanismos das presunções legais e dos níveis de exigência das provas tendentes à sua infirmação.

## II – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

### 1 – INSTITUTOS DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL EM GERAL

A necessidade de expansão das economias, beneficiando das facilidades de meios de transporte e de comunicação à distância, determinou o conhecido fenómeno da globalização.

A globalização gerou repercussões não apenas ao nível dos procedimentos lícitos como também ao nível das práticas criminosas.

Note-se, a propósito, que os exemplos actualmente mais significativos da criminalidade grave e organizada são fenómenos de traficância, isto é, de actos que superam fronteiras e se repercutem em mais de um Estado: tráfico de estupefacientes, tráfico de pessoas, tráfico de viaturas e tráfico de armas.

Facilmente se concluirá pois, que a concepção, tradicionalmente reinante, de intangibilidade da soberania dos Estados em matéria de aplicação da lei penal, vá sendo paulatina mas seguramente superada por ideias de abertura à cooperação. De forma breve dir-se-á que, ao desafio global que o crime hoje constitui, só pode opor-se uma resposta também global por parte dos Estados:

*“...a pressão de uma criminalidade cada vez mais internacionalizada e, em regra, mais organizada – e por isso mesmo mais ameaçadora para a estabilidade e subsistência das sociedades democráticas – torna necessário um aprofundamento da cooperação judiciária internacional em matéria penal como forma de tornar mais eficaz o combate a essa criminalidade. É hoje necessário derrubar de forma mais radical as velhas fronteiras judiciárias” (1)*

**1.1** – É já em decorrência deste entendimento que os textos convencionais de vocação universal, produzidos por exemplo no âmbito da O.N.U. sobre o combate ao crime, vêm consagrando cada vez mais espaço, cada vez maior atenção, às

---

(1) José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, in “Cooperação internacional penal”, Centro de Estudos Judiciários, 2 000, vol. I, pag. 25.

questões da cooperação internacional, “Cooperação” entendida aqui em sentido lato, por forma a abranger desde as formas mais solenes, em que pontifica a extradição, até às mais simples e tendencialmente menos formais, como são os actos denominados de auxílio mútuo, formulados através de cartas rogatórias.

Tomemos como exemplo duas Convenções recentes da O.N.U., actualmente já em vigor e com elevado nível de aceitação mundial.

**1.1.1** – A Convenção de Viena de 1988 contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas tem dois extensos artigos respeitantes ao tema: o artigo 6º, respeitante à “extradição” e o art. 7º respeitante ao “auxílio judiciário mútuo”.

Na parte respeitante à “extradição” emergem, de forma clara:

- a) o incentivo aos Estados para que concertem acordos bilaterais e multilaterais para realizarem a extradição e aumentarem a sua eficácia;
- b) o convite a que, sendo exigido tratado para a realização da extradição e não o havendo com a parte requerente, os Estados consideram aquele texto convencional como base jurídica da extradição;
- c) a imposição, aos Estados – Partes, dos deveres de agilizar os procedimentos de extradição e de simplificar os requisitos probatórios;
- d) a imposição, aos Estados – Partes, dos deveres de darem consagração legal e observância aos princípios “*aut dedere aut judicare*” e “*aut dedere aut punire*”.<sup>(2)</sup>

Na parte respeitante ao “auxílio judiciário” sobressaem:

- a) a preocupação de elencar os tipos principais de actos de auxílio;
- b) a imposição, aos Estados – Partes, da obrigação de designarem uma ou mais autoridades para recepção e se necessário, cumprimento dos pedidos de auxílio;

---

(2) Princípios nucleares em matéria de extradição que visam evitar, no plano internacional, “a criação de situações de impunidade efectiva, decorrentes de uma recusa de cooperação internacional, na medida em que o Estado que não extradita por determinados motivos, legal ou convencionalmente previstos, se compromete a definir a sua competência, material e processual, para conhecer dos factos que motivaram o pedido recusado.

O reconhecimento convencional do princípio está ligado sobretudo aos casos de não extradição de nacionais, onde assume a natureza de verdadeira obrigação contratual”. (cfr. Lopes Rocha e Teresa Alves Martins, in “Cooperação judiciária em matéria penal”, Editorial Notícias, 1992, pag.75). Se a questão se colocar antes do julgamento aplica-se o princípio “*aut dedere aut judicare*”. Se a questão se colocar na fase post sentencial aplica-se o princípio “*aut dedere aut punire*”.



- c) o estabelecimento dos requisitos de forma a que devem obedecer os pedidos;
- d) o estabelecimento do princípio da aplicação do direito interno do Estado requerido temperado, sempre que possível, com os procedimentos que a parte requerente especifique e queira ver observados;
- e) a consagração do princípio “*ne bis in idem*”;<sup>(3)</sup>
- f) a obrigatoriedade de motivação das decisões de recusa dos pedidos de auxílio.

**1.2** – Iguais princípios logram acolhimento, em termos muito semelhantes, na mais recente Convenção contra a criminalidade organizada transnacional, de 15/11/2000, denominada “*Convenção de Palermo*” (artigos 16º, 17º e 18º).

Além disso é dado tratamento flexível ao princípio da “*dupla incriminação*”, permitindo-se que o Estado requerido preste o auxílio rogado independentemente de a conduta estar ou não tipificada como crime no seu direito interno (cfr. art.18º, 9).<sup>(4)</sup>

---

<sup>(3)</sup> O princípio “*ne bis in idem*” significa que “uma pessoa que foi objecto de uma sentença definitiva num processo penal não pode ser perseguida de novo com base no mesmo facto” (cfr. Lopes Rocha e Teresa Alves Martins, obra cit, pag. 53).

Confrontam-se actualmente duas teses sobre este princípio: uma considera que um Estado não está impedido de proceder criminalmente contra alguém por os factos em causa já terem sido sancionados num outro Estado, pois isso constituiria atentado ao princípio da soberania; outra, mais liberal, considera que a perseguição de um criminoso pelos mesmos factos, uma segunda vez, constitui um tratamento injusto e não equitativo.

Esta segunda tese é a acolhida na “Convenção entre os Estados Membros das Comunidades Europeias relativa à Aplicação do Princípio Ne Bis in Idem”, de 25/05/1987 e entre outros, na Convenção Europeia de Extradicação de 13/12/1957 e na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

Vide, sobre o assunto, José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, ob. cit., pag. 41.

Lopes Rocha e Teresa Alves Martins (in “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”, 1992, pags. 55 e 56) entendem, na esteira de conceitualizações mais recentes produzidas na Europa, que deve ser conferido um sentido mais lato ao princípio, alargando-o à simples pluralidade de processos criminais, pois visa-se evitar que uma pessoa seja acusada e julgada mais do que uma vez pela mesma infracção.

<sup>(4)</sup> O princípio da *dupla incriminação* baseia-se na ideia de que a extradicação pressupõe um acordo entre dois Estados quanto aos valores mercedores de protecção, pois segundo alguns não faria sentido que o Estado requerido colaborasse na repressão de um indivíduo por um determinado facto sem que também o censurasse à luz da sua ordem jurídica (cfr. Jean Pradel e Geert Corstens, in “Droit Penal Européen”, apud José Manuel Cruz Bucho e Luís Silva Pereira, obra cit., pag. 47).

Em sintonia com o texto da Convenção de Palermo “começa a intuir-se a necessidade de prever excepções a esse princípio no quadro do reforço do combate internacional à criminalidade organizada”. Assim, por exemplo, na Convenção de Extradicação de Dublin, de 27/9/1996, prevê-se que a extradicação por crime qualificado no Estado requerente como “conspiracy” ou associação criminosa, não possa ser recusada pelo facto de a lei do Estado Membro requerido não prever que o mesmo facto constitui uma infracção, quando a motivação desse crime se reporte ao terrorismo, tráfico de droga, crime organizado ou outros actos de violência, nas condições indicadas no seu art.º 3 (cfr. autores anteriormente citados).

Tal flexibilidade não se verifica, contudo, no domínio da extradição, onde, como tradicionalmente, continua a exigir-se que:

*“o crime pelo qual se pede a extradição seja punível nos termos do direito interno do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido”* (cfr. art. 16º, 1).

À natureza do instituto da extradição ficará, concerteza, a dever-se esta maior exigência.

Merecerá realce o facto de, na Convenção de Palermo, ser dada também consagração à não obrigatoriedade de extraditar, caso existam sérias razões para supor que a pessoa procurada será objecto de discriminação em razão do seu sexo, raça, religião, nacionalidade, origem étnica ou opiniões políticas. (cfr. art. 16º, 14).

Esta disposição, de cunho marcadamente humanista, está prevista no Tratado Tipo de Extradicação das Nações Unidas de 1990 bem como, entre outras, na Convenção sobre Extradicação da Comunidade Económica de Estados da África Ocidental, de 1994, na Convenção Europeia de Extradicação de 1957 e na Convenção Interamericana sobre Extradicação, de 1981.

Desta rápida incursão por duas recentes Convenções da ONU, logo colhemos noção da importância que este tipo de instrumentos de direito internacional tem no domínio da cooperação e do auxílio judiciário em matéria penal e do modo como nelas se acham plasmados os seus princípios estruturantes.

Necessário é pois, que os Estados se empenhem em acompanhar e participar na sua preparação e discussão e depois em proceder à sua ratificação e à consequente adaptação do seu direito interno às suas normas e princípios. <sup>(5)</sup>

**1.3** – Necessário é, além disso que, no plano bilateral, os Estados firmem acordos ou tratados entre si, abrangendo essas matérias de cooperação e auxílio. Sobretudo quando se intensifique, por razões de vizinhança, de afinidades culturais ou históricas, etc., o tráfego desses pedidos.

---

<sup>(5)</sup> Em Outubro de 2003 a Convenção de Viena de 1988, contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tinha já sido ratificada por Portugal, por Angola, por Cabo Verde, pela Guiné Bissau, por Moçambique e por S. Tomé e Príncipe. Nessa mesma data ainda não tinha sido ratificada por nenhum desses Estados a Convenção de Palermo de 2000 contra a criminalidade organizada transnacional. Além disso, não havia informação de que S. Tomé e Príncipe tivesse sequer assinado essa importante Convenção.

A título de exemplo caberá referir que Portugal celebrou acordos bilaterais sobre matérias de cooperação e auxílio:

- a) com Cabo Verde (em 1976, a que se seguiu, em 1991, um Protocolo Adicional, incidente sobre questões de extradição);
- b) com Moçambique (em 1990, a que se seguiu, em 1995, um Acordo específico sobre cooperação no domínio do combate ao tráfico ilícito de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e criminalidade conexa);
- c) com Angola (em 1995);
- d) com S. Tomé e Príncipe (em 1976);
- e) e com a Guiné Bissau (em 1988).

**1.3.1** – Convencida de que a conclusão de tratados bilaterais e multilaterais em matéria de extradição, auxílio judiciário mútuo em matéria de extradição, auxílio judiciário mútuo em matéria penal e de transmissão de processos penais contribuirá muito para aumentar a eficácia da cooperação internacional na luta contra a criminalidade, a Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua 68<sup>o</sup> sessão plenária, em 14 de Dezembro de 1990:

- a) Adoptou um tratado tipo de extradição, um tratado tipo sobre a transmissão de processos penais e um tratado tipo de auxílio judiciário mútuo em matéria penal. Este último é completado por um protocolo facultativo tipo, relativo à questão da apreensão e perda dos produtos do crime;
- b) convidando os Estados membros, “se estes não tiverem ainda estabelecido relações convencionais com outros Estados (...) ou se eles desejarem rever as relações convencionais existentes”, a terem esses tratados tipo em consideração, sempre que o façam.

Esses tratados tipo, que constituem ainda hoje, boas e actualizadas matrizes sobre tais matérias, acham-se traduzidos para língua portuguesa e publicados sob os auspícios do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República de Portugal.

Essa publicação data de 1995 e tem merecido ampla divulgação entre as autoridades dos países lusófonos. <sup>(6)</sup>

---

<sup>(6)</sup> Cfr. “Compilação das Normas e Princípios das Nações Unidas em matéria de prevenção do crime e de justiça penal”, G.D.D.C., Lisboa, 1995.

**1.3.2** – Pela relevância que, enquanto paradigmas universais, ostentam esses tratados tipo, será interessante pesquisar quais dos princípios estruturantes da cooperação e auxílio (a maior parte dos quais já anteriormente apontados e definidos) neles se acham presentes.

Essa pesquisa dar-nos-á o rumo predominante desses temas no meio da comunidade internacional, pelo menos em 1990.

No tratado tipo de extradição acolhem-se:

- a) o princípio da dupla incriminação (art. 2º, 1);
- b) o princípio “*ne bis in idem*” (art. 3º, d) e e));
- c) o princípio da proporcionalidade (arts. 3º f) e 4º d)) (7);
- d) o princípio “*aut dedere aut judicare*” (art. 4º, a) e f) );
- e) o princípio da especialidade (art. 14º) (8).

No tratado tipo de auxílio judiciário mútuo em matéria penal acolhe-se, em termos não peremptórios, o princípio “*ne bis in idem*” (art. 4º, d)) e prevê-se a possibilidade de acolhimento, entre outros, do princípio da dupla incriminação (art. 4º).

No tratado tipo sobre a transmissão de processos penais, que é emanção, ele próprio do princípio “*aut dedere aut judicare*”, acolhem-se, ainda:

- a) o princípio da dupla incriminação (art. 6º);
- b) e o princípio “*ne bis in idem*” (art. 10º).

**1.4** – Instrumentos de grande valia para o cabal cumprimento das modernas exigências de cooperação e auxílio judiciário mútuo são também as leis internas que os Estados adoptem sobre essas matérias.

---

(7) Segundo o “princípio da proporcionalidade” é possível a recusa de extradição com fundamento na desproporção, entre a extradição para determinado país em certas circunstâncias e a existência efectiva de outro meio de atender ao fim legítimo do pedido de extradição” (cfr. Eduardo Garcia de Enterría, apud José Manuel da Cruz Bucho, Luís Pereira e outros, obra cit, pag.42).

Tem sido, em diversos Estados e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, produzida jurisprudência que identifica como violação deste princípio os casos em que possa ser aplicada ao delinvente no país de destino, pena ou tratamento desumano ou degradante (cfr. ibidem, pags. 42 e seguintes).

(8) O “princípio da especialidade” traduz-se em limitar os factos pelos quais o extraditando será julgado, após a entrega ao Estado requerente, àqueles que motivaram essa entrega”. Segundo Anna Zairi a discussão doutrinária sobre o fundamento jurídico do princípio reparte-se entre uma perspectiva assente na ideia da protecção dos interesses dos Estados contratantes e uma concepção mais moderna, baseada na salvaguarda dos interesses do extraditando, sem prejuízo de teses ecléticas que combinam essas duas posições (apud José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, ob. cit., pag.40).

Usualmente colocadas na escala hierárquica abaixo do direito constitucional e do direito internacional convencional, nelas devem confluir os princípios estruturantes do sistema, recolhidos sobretudo dos textos convencionais ratificados e dos acordos bilaterais celebrados por cada Estado.

Devem, além disso, ser nelas plasmadas as minuciosas normas regulamentares de carácter substantivo e adjectivo, que dão corpo aos sistemas e são elemento de grande valia para os aplicadores e intérpretes.

A informação de que disponho aponta para que os Estados africanos de expressão oficial portuguesa não possuam ou raramente possuam, leis internas sobre cooperação e auxílio judiciário mútuo em matéria penal.

O facto não me causa grande perplexidade: Portugal, que é Estado soberano há séculos, só a partir de 1974 produziu tal tipo de leis. Repare-se, no entanto, que a primeira delas (o Dec. Lei 437/75, de 16 de Agosto) apenas versava sobre extradição.

Só a partir do Dec. Lei 43/91, de 22 de Janeiro, lograram consagração expressa em termos da lei interna outros tipos de cooperação e os actos de auxílio.

Actualmente rege a Lei 144/99, de 31 de Agosto, que é o terceiro diploma desta cronologia encetada em 1975.

Esta lei segue o modelo estrutural da lei anterior:

- a) inicia-se por disposições gerais, aplicáveis a todas as formas de cooperação judiciária internacional (em sentido lato, isto é, abrangendo também a subespécie auxílio) – cfr. título I (arts. 1º a 30º);
- b) E contempla, depois, com suficiente minúcia, regras específicas sobre:
  - 1) extradição activa e extradição passiva – título II (arts. 31º a 78º), incluindo normas respeitantes ao processo simplificado de extradição (arts. 74º e 75º) e à aplicação da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (arts. 76º a 78º);
  - 2) transmissão de processos penais, com as subdivisões passiva (delegação do procedimento penal nas autoridades judiciárias portuguesas – arts. 79º a 88º) e activa (delegação num Estado estrangeiro da instauração ou continuação de procedimento penal – arts. 89º a 93º);
  - 3) execução de sentenças penais, com as subdivisões passiva (execução de sentenças penais estrangeiras – art. 95º a 103º) e activa (execução, no estrangeiro, de sentenças penais portuguesas – arts. 104º a 113º) e um

- capítulo especificamente dedicado à regulamentação da transferência de pessoas condenadas de Portugal para o estrangeiro (arts. 117º a 121º) e do estrangeiro para Portugal (arts. 122º a 125º);
- 4) vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente – Título V (arts. 126º a 144º),
  - 5) e auxílio judiciário mútuo em matéria penal, este
  - 6) com enunciação, meramente exemplificativa, dos actos de auxílio;
  - 7) com descrição dos seus requisitos de forma;
  - 8) enumeração das vias transmissão admissíveis;
  - 9) e específica regulamentação de certos actos particulares de auxílio internacional (arts. 153 a 164º).

**1.5** – Não se conclua porém que, à falta de instrumentos convencionais validamente adoptados, tratados ou acordos bilaterais e leis internas regulamentadoras do assunto, os Estados estarão impedidos de praticar actos de cooperação ou auxílio judiciário mútuo em matéria penal.

É invocável, nesses casos, o princípio geral da *reciprocidade*, segundo o qual os Estados poderão cooperar com outros sem prévio tratado ou acordo internacional, mas apenas por via de compromissos especificamente assumidos para cada caso concreto. Sobre o mesmo dizem Lopes Rocha e Teresa Alves Martins. (9)

*“A reciprocidade é concebida como um acto de política internacional do Governo e como manifestação do princípio da igualdade entre os Estados”.*

O juízo acerca da aceitação da *reciprocidade* é um juízo político, reservado ao poder executivo e subtraído pela sua própria natureza à decisão do poder judicial.

O *princípio da reciprocidade* contempla, porém, algumas excepções, tais como em matéria de extradição de nacionais, onde por vezes (como sucede na lei portuguesa) se exige que a reciprocidade esteja estabelecida em convenção ou acordo internacional.(10)

Relativamente a certos Estados com os quais há relações de mútua confiança e situações de harmonia legislativa, como por exemplo os Estados da União Europeia ou do Conselho da Europa é, por outro lado, dispensável a concessão expressa e casuística de garantia.(11)

---

(9) cfr. Lopes Rocha e Teresa Alves Martins, obra citada, pag. 29.

(10) cfr. José Marques Guedes e Jorge Lacão, apud José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, in obra citada, pags. 38 e 39.

(11) Cfr. Lopes Rocha e Teresa Alves Martins, obra citada, pag. 30.

O princípio da reciprocidade, como base da cooperação judiciária, tem expressa consagração nos termos do art. 4º da Lei portuguesa n.º 144/99.

## **2 – INSTITUTOS EM ESPECIAL (AUXÍLIO/MEIOS DE PROVA – AQUISIÇÃO E VALIDADE)**

A vocação dos actos de auxílio mútuo é, essencialmente, a aquisição de elementos de prova destinados a um processo crime, em qualquer das suas fases.

*“Consiste fundamentalmente num acto de cooperação internacional, de âmbito intra processual, isto é, realizado no quadro de um processo penal instaurado no Estado requerente, com vista a carrear para o mesmo, informações e elementos de prova relevantes, essencialmente através da prática de actos de investigação ou de instrução, no território do Estado requerido e a pedido das autoridades judiciárias competentes do Estado requerente” (1).*

O conceito de processo penal é, para este efeito, bastante amplo, abrangendo todas as fases do normal iter processual, bem como post sentenciais. (2)

### **2.1 – Auxílio Judiciário Internacional**

O conteúdo do auxílio judiciário é definido de uma forma aberta, “susceptível de evoluir de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar, (...) das possibilidades de cooperação reconhecidas pela legislação interna de cada Estado e de modo significativo, da evolução das necessidades da cooperação internacional, em função da evolução do próprio fenómeno da criminalidade” (3).

Se compulsarmos o Tratado Tipo de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, da O.N.U. (art. 1º, 2), a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, de 1998 (art. 7º, 2 e 3), e a Convenção de Palermo contra a criminalidade organizada transnacional (art. 18º, 3), veremos que são, quase uniformemente, especificadas as seguintes diligências:

- a) recolha de depoimentos ou declarações de suspeitos, arguidos, testemunhas ou peritos;

---

(1) Lopes Rocha e Teresa Alves Martins, obra citada, pags. 198 e 199.

(2) Cfr. Ibidem.

(3) Cfr. Ibidem.

- b) obtenção de outros meios de prova;
- c) notificação de actos e entrega de documentos;
- d) revistas, buscas, apreensões, exames ou perícias;
- e) facilitação de informações sobre questões de direito e sobre antecedentes penais, informação bancária, financeira, social e comercial e entrega de originais ou cópias autenticadas de documentos ou outro expediente.

É, além disso, prevista a possibilidade de os Estados prestarem uns aos outros qualquer outra forma de assistência autorizada pelo direito interno da Parte requerida.

**2.1.1** – Como exemplo do que acabamos de afirmar, pode citar-se a lei portuguesa de cooperação judiciária internacional em matéria penal. Além de afirmar o carácter meramente indicativo, não taxativo, das diligências de auxílio enunciadas (artigo 145º, 1 e 2, da Lei 144/99), essa lei foi ultimamente enriquecida com a previsão de novos actos, em decorrência de compromissos assumidos no âmbito da União Europeia, tais como: <sup>(4)</sup>

- a) entregas controladas ou vigiadas (art. 160º - A);
- b) acções encobertas (art. 160º - B);
- c) interceptação de telecomunicações (art. 160º - C).

**2.1.2** – Os pedidos de auxílio judiciário revestem normalmente a forma de “carta rogatória”, embora possam adoptar formas mais simples, como quando se trate de meros pedidos de informação sobre antecedentes criminais, por exemplo.

“As cartas rogatórias podem definir-se como o mandato conferido por uma autoridade judiciária de um país a uma autoridade judiciária estrangeira para, em seu lugar, proceder a um ou mais actos especificados nesse mandato” <sup>(5)</sup>.

As cartas rogatórias podem, além disso, trocar-se entre autoridades administrativas que actuem no processo penal como auxiliares das autoridades judiciárias (isto é, os órgãos de polícia criminal – cfr. arts. 1º, 3 e 145º, 4) e entre autoridades responsáveis pelo processamento de infracções que constituem ilícito de mera ordenação social, cujos processos admitam recurso judicial (cfr. art. 1º, 3).

---

<sup>(4)</sup> Redacção introduzida pela Lei 104/2001, de 25 de Agosto, em conformidade com a Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia, de 29/05/2000.

<sup>(5)</sup> cfr. Lopes Rocha e Teresa Alves Martins, obra cit., pag. 199.



### **2.1.3 – A via de transmissão** tradicional das cartas rogatórias é a diplomática.

Na medida em que se verificam mais afinidades entre os Estados e em que se agudiza a necessidade de conferir maior agilidade e eficácia ao combate à criminalidade, a via diplomática vai sendo abandonada em favor da comunicação entre autoridades centrais ou até entre as entidades interessadas na sua emissão e as entidades directamente competentes para o seu cumprimento.

Esta via, da comunicação directa, sendo apenas admitida como excepção (em casos de urgência) na Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo de 1959 é, na nova Convenção dos Estados Membros da União Europeia sobre essa matéria, de 29/05/2000, elevada a regra.

Para concretizar esse importante objectivo de comunicação directa têm sido construídos, no seio da União Europeia, órgãos e instrumentos a que aludiremos mais adiante, neste trabalho.

Também no Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República de Angola e a República Portuguesa, assinado em Luanda em 30 de Agosto de 1995, foi consagrado que (art. 36º):

*“O auxílio efectuar-se-á por via directa entre as autoridades competentes dos Estados contratantes”.*

Fórmula precisamente igual foi, por seu turno, plasmada no art. 36º do Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República Popular de Moçambique, assinado em Lisboa em 12 de Abril de 1990.

No Acordo judiciário entre Portugal e a Republica de Cabo Verde, assinado em 16 de Fevereiro de 1976 prescreve-se, igualmente, o seguinte:

*“O pedido de cooperação judiciária será feito pelo Juiz ou pelo funcionário competente da Parte requerente e dirigido directamente à autoridade competente da Parte requerida”. (art. 12º).*

No artigo 28º desse Acordo, com a epígrafe “colaboração judicial e policial”, estabelece-se, por seu turno:

*“1 – As Partes contratantes, através das autoridades encarregadas da investigação e prevenção de crimes, permutarão, sempre que conveniente, as informações relativas a indivíduos ou organizações criminalmente suspeitas cuja actuação se reflecta em ambas.*

2 – *Idêntica colaboração será prestada no tocante à instrução processual, de modo a facilitar o apuramento das infracções praticadas e a caracterização da personalidade do infractor.*

3 – *Para o efeito do disposto neste artigo, as entidades referidas no n.º 1 poderão contactar directamente entre si, a fim de obterem as informações necessárias e desenvolverem diligências de investigação ou de prova de que careçam.*

4 – *De igual modo se procederá à necessária colaboração em matéria de técnica judiciária, processual e jurisprudencial.”*

No Acordo judiciário entre Portugal e S. Tomé e Príncipe, assinado em 23 de Março de 1976, consigna-se igualmente que o envio dos pedidos de cooperação judiciária (deve entender-se cartas rogatórias ou actos de auxílio judiciário, face ao restante texto do Acordo):

*“será feito pelo Juiz ou pelo funcionário competente da parte requerente e dirigida directamente à autoridade competente da parte requerida”*

(cfr. art. 12º, exactamente igual ao art. 12º do Acordo com Cabo Verde).

No Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné Bissau, concluído em 5 de Julho de 1998, consigna-se também que (art.37º):

*“O auxílio efectuar-se-á por via directa entre as autoridades competentes dos Estados Contratantes”.*

Também a Lei interna portuguesa sobre cooperação judiciária (Lei 144/99, já citada), prevê, no seu art. 152º, que as cartas rogatórias possam ser transmitidas entre autoridades judiciárias competentes.

## **2.2 – Meios de Prova: Aquisição e Validade**

A questão da **validade da prova recolhida** é, por outro lado, tema gerador de grande controvérsia, sobretudo ao nível teórico.

E bem se compreende que assim seja, pois que visando os actos de auxílio a recolha de prova no âmbito de um processo criminal pendente no Estado requerente, como já anteriormente se explicitou, é necessário que haja o cuidado de não tornar essa prova inválida, por estar ferida de nulidades, à luz do direito desse Estado requerente.

O princípio predominantemente acolhido é o de que os pedidos de auxílio serão cumpridos de harmonia com o direito interno (ou *“com a legislação e a prática”*) do Estado requerido (*“locus regit actum”*).

Acolhe-se, também, o princípio de que poderão observar-se procedimentos que tenham sido expressamente indicados pelo Estado requerente, na medida em que isso seja compatível com o direito interno (ou “*com a legislação e a prática*”) do Estado requerido (“*forum regit actum*”).

Podem encontrar-se tais princípios expressamente plasmados, além do mais:<sup>(6)</sup>

- a) no Tratado Tipo de Auxílio Judiciário Mútuo da O.N.U. (art. 6º);
- b) na Convenção de Viena de 1988, contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (art. 7º, 12);
- c) na Convenção de Palermo de 2 000, contra a criminalidade organizada transnacional (art. 18º, 17),

e também:

- a) na lei interna portuguesa sobre cooperação judiciária em matéria penal (art. 146º da Lei 144/99);
- b) no Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República Popular de Moçambique, assinado em Lisboa em 12 de Abril de 1990 (art. 38º);
- c) no Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola, assinado em Luanda em 30 de Agosto de 1995 (art. 38º);
- d) e, embora limitado, na previsão expressa, aos casos de extradição, no Acordo judiciário entre Portugal e Cabo Verde, assinado em 16 de Fevereiro de 1976 (art. 20º);
- e) e, também, no Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné Bissau, de 5 de Julho de 1998 (art.39º, 1 e 2).

No caso do Acordo Judiciário entre Portugal e S. Tomé e Príncipe, de 23 de Março de 1976, apenas se prevê expressamente essa regra para os processos de extradição (cfr. art. 20º), à semelhança do que ocorre no Acordo firmado entre Portugal e Cabo Verde.

---

<sup>(6)</sup> O primeiro princípio aparece complementado na nova Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os E.M. da União Europeia, de 29/05/2000. Aí foi dado acolhimento ao princípio “*forum regit actum*”, na medida em que se prevê que o Estado requerido respeitará as formalidades e procedimentos expressamente indicados pelo Estado Membro requerente, desde que não sejam contrários aos princípios fundamentais de direito do Estado Membro requerido (cfr. art. 4º 1). Consagram-se, porém, excepções a essa regra, traduzidas na opção pelo princípio “*locus regit actum*”, nos casos de o pedido de auxílio se referir a entregas vigiadas (art. 12º, 3), investigações encobertas (art. 14º) e escutas telefónicas no E. M. requerido (art. 18º, 2 b) e 5 b)).

**2.2.1** – Assim, porque é usual que os sistemas jurídicos coloquem o direito convencional (convenções e acordos ou tratados bilaterais), desde que recepcionado na ordem jurídica interna, em plano hierárquico superior ao do direito interno (embora normalmente em plano infra constitucional), poder-se-á, a meu ver, concluir que uma diligência de auxílio praticada seguindo a lei interna do Estado requerido, será válida no Estado requerente ainda que contrária a normas do seu direito interno. Só não será válida se for contrária a normas consagradas constitucionalmente, pois estas, como já se disse, estão em plano hierárquico superior às de direito convencional.

Por exemplo:

Um pedido de busca domiciliária enviado de Portugal para o Estado X.

Em Portugal a busca domiciliária só pode ser ordenada por uma autoridade judicial, por imperativo constitucional (art. 34º, 2 da Constituição).

No estado X a busca domiciliária pode ser autorizada pelo Ministério Público ou até, em certos casos, por um oficial de polícia.

Logo, neste caso, as autoridades portuguesas devem solicitar do Estado X que faça preceder a busca domiciliária da autorização de um Juiz. Sob pena de, por conflituarem com requisitos impostos ao nível constitucional, as provas obtidas através dessa busca estarem irremediavelmente feridas de nulidade.

Outro exemplo:

Um pedido de informação sobre movimentos de uma conta bancária, enviado de Portugal para o Estado Y.

Em Portugal as informações que impliquem derrogação do segredo bancário podem ser obtidas mediante autorização de um Juiz ou, em certos tipos de crimes, do Ministério Público. Tal tipo de salvaguarda não goza, porém, de assento constitucional, mas tão somente ao nível da lei ordinária (art. 268º C.P.P. e Lei 5/2002, de 11 de Janeiro).

No Estado Y a obtenção da informação bancária rogada apenas depende de ordem de um oficial de polícia.

Logo, neste caso, embora o possam fazer (por mera cautela, por exemplo, e desde que isso não conflite com a lei do Estado Y), as autoridades portuguesas não terão necessariamente que pedir a observância das formalidades exigidas pela sua lei interna quanto à autorização dessa busca. Isto é, se ela for executada, no Estado Y, mediante ordem de um oficial de polícia será válida a prova recolhida, porque

não resulta contrariado qualquer comando da Constituição portuguesa, mas tão somente preceitos de leis ordinárias, de grau inferior às normas convencionais em que se fundou a carta rogatória.

### **2.3 – Detecção e Apreensão dos Produtos do Crime.**

Já vimos a relevância que, em todas as latitudes, se dá aos institutos da apreensão e perdimento ou confisco de produtos resultantes da prática de crimes na estratégia de luta contra a criminalidade grave e/ou organizada.

Já passámos em revista as mais recentes disposições de direito convencional, tendentes a conferir aos sistemas de reacção penal de todos os Estados, agilidade e eficácia no domínio do perdimento ou confisco de bens e produtos de crimes, especialmente dos crimes graves e/ou cometidos de forma organizada.

Facilmente se adivinha pois, a importância de afeiçoar regras de direito internacional e de direito interno ao conseguimento dessa mesma agilidade e eficácia no plano do auxílio judiciário mútuo em matéria penal. Porque as fronteiras são cada vez mais próximas e permeáveis e o crime regista, a par da economia lícita, globalização crescente. Por outras palavras:

*“é necessário impedir que os criminosos tirem partido das fronteiras nacionais e das diferenças nos vários ordenamentos jurídicos, a fim de conservar os seus rendimentos ilícitos, o que lhes poderá permitir manter a viabilidade das suas actividades, mesmo em caso de acusação e condenação”.*<sup>(7)</sup>

**2.3.1** – Será pois tanto mais fácil operar estes actos particulares de auxílio, quanto mais certas e seguras forem as disposições normativas (convencionais e internas) em que assentem.

No plano multilateral foi a Convenção de Viena de 1998 que, pela primeira vez, consagrou regras relativas à possibilidade de perda de produtos provenientes de crimes relacionados com o tráfico ilícito de estupefacientes (art. 5º, 4).

No seu seguimento foram depois produzidas regras sobre essa matéria, por exemplo, na Convenção de Estrasburgo de 1990, relativa ao branqueamento, detecção apreensão e perda dos produtos do crime e na Convenção de Palermo, de 2000, contra a criminalidade organizada transnacional (art. 13º).

---

(7) Cfr. “Guia legislativo para a aplicação da convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional”, Vancouver, Março de 2003, pag. 144.

A O.N.U. cuidou também de redigir um Protocolo Facultativo Tipo relativo aos produtos do crime, anexo ao Tratado Tipo de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal. E isto porque, considerou então:

*“o auxílio com vista à apreensão e perda dos produtos do crime é hoje considerado um novo instrumento de cooperação internacional”.*

2.3.2 – As sobreditas Convenções de Viena e de Palermo coincidem na aceitação de duas vias alternativas de procedimento:

- a) o Estado Parte requerido transmitirá directamente o pedido às suas autoridades competentes para execução da decisão de perda emitida pelo Estado Parte requerente (cfr. art. 5º, 4, a) ii) da Conv. de Viena e art. 13º, 1, b) da Conv. de Palermo);
- b) ou o Estado Parte requerido transmitirá o pedido às suas autoridades competentes a fim de obter delas uma decisão de perda que, se for decretada, deverá ser executada pelo Estado Parte requerido (cfr. art. 5º, 4, a) i) da Conv. de Viena e art. 13º, 1,a) da Conv. de Palermo).

Estas importantes Convenções prevêm as duas alternativas para permitirem alguma flexibilidade aos Estados na escolha da forma como dão cumprimento aos pedidos de perda apresentados por outros Estados.

Em Portugal optou-se pela via exposta na alínea b):

- a autoridade portuguesa providencia pelo cumprimentos da decisão que decreta a perda de produtos do crime, proferida pelo tribunal estrangeiro, após revisão e confirmação dessa decisão estrangeira, nos termos dos artigos 232º, 1, d) do C. P.Penal e dos artigos 95º a 103º da lei 144/99 (lei de cooperação judiciária) – cfr. art. 160º, 3 deste último diploma.

2.3.3 – Na esteira de previsões adoptadas pela Convenção de Viena de 1988 (art. 5º, 4, b) e c)) e em sintonia com a posteriormente produzida Convenção de Palermo de 2000 (art. 13º, 2) e com o Protocolo Facultativo anexo ao Tratado Tipo de Auxílio Judiciário da ONU, que vem sendo referido (n.º 2 e 4), a lei interna portuguesa de cooperação judiciária em matéria penal prevê a realização, a pedido de outro Estado que demonstre interesse na declaração de perdimento, de diligências tendentes à identificação e localização de bens e a adopção de medidas cautelares adequadas a prevenir a sua dissipação, desde que permitidas pelo direito português (cfr. art. 160º, n.º 1,2 e 4 da lei 144/99).

Está em perfeita sintonia com a lei interna portuguesa acabada de analisar o art. 48º do Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola, de 1995.

Parece-me, também, que o mesmo se passa com o regime previsto nos artigos 99º e seguintes do Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República Popular de Moçambique, de 1990.

**2.3.4** – Intimamente relacionados com citado art.º 160 e formando com ele o regime relativo à identificação, apreensão e perdimento de instrumentos do crime e de bens ou produtos dele resultantes consagra ainda, a lei interna portuguesa, dois artigos respeitantes ao envio de objectos e valores (cfr. artigos 28º e 159º da Lei 144/99).

Segundo essas normas:

- a) O envio de objectos e valores obedece aos princípios da prevalência dos interesses do processo penal português (art.28º, 1) e da ressalva de determinados direitos ou interesses legítimos sobre esses bens (art. 28º, 3 e 4), do interesse para a decisão no processo penal estrangeiro (art. 159º, 1) e das conseqüentes possibilidades de envio sob condição de restituição (arts. 28º, 2 e 159º, 3) ou de envio diferido (arts. 28º, 2 e 159º, 4) (8);
- b) Os objectos e valores provenientes de uma infracção podem ser restituídos aos seus proprietários, mesmo sem dependência de procedimento instaurado no Estado requerente (art. 159º, 2).

**2.3.5** – Prevendo a importância que o tema poderá vir a assumir, em resultado de uma utilização cada vez maior deste tipo de auxílio, a Convenção de Viena de 1998, contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (art. 5º, b)) e a Convenção de Palermo de 2000, contra a criminalidade organizada transnacional (art. 14º, 2 e 3), consagram as soluções seguintes, em matéria de bens ou produtos declarados perdidos:

- Prioritariamente os produtos ou bens devem ser restituídos ao Estado Parte requerente para indemnização ou restituição às vítimas.

Considera-se, por isso, muito útil prever, no direito interno, um procedimento que permita a partilha dos bens declarados perdidos com as vítimas nacionais e estrangeiras.

---

(8) cfr., neste sentido, Lopes Rocha e Teresa Alves Martins, obra citada, pag. 223.

- O seu valor pode, também, ser entregue ao Fundo das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para a Justiça Penal, para utilização na luta contra o crime organizado (cfr. art. 30º, 2, c) da Convenção de Palermo) ou poderá ser entregue a organismos intergovernamentais especializados na luta contra o tráfico ilícito e o uso indevido de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (cfr. art. 5º, 5, b) i) da Convenção de Viena).
- Ou pode ainda ser partilhado com outros Estados Partes, de forma sistemática ou casuística.

*“A partilha de bens constitui uma arma poderosa e no entanto pouco utilizada, de luta contra o crime organizado. Pode estimular o reforço da cooperação entre as autoridades responsáveis pela aplicação da lei no domínio da localização, congelamento e perda dos produtos do crime, uma vez que as autoridades estrangeiras que prestam assistência, podem receber uma parcela dos fundos para utilização oficial nas futuras acções de combate ao crime. Existem já acordos celebrados entre diversos países que prevêm esta disposição de bens e produtos declarados perdidos com benefícios mútuos e os Estados são encorajados a estabelecer mecanismos análogos”. (9)*

## 2.4 – Extradução e Mandado de Detenção Internacional

A extradição é a forma mais emblemática e mais solene de cooperação judiciária.

Sendo a que mais toca a soberania dos Estados é, por isso mesmo, a que estes primordialmente cuidam de regular, quer por via da ratificação de convenções, quer por via do estabelecimento de acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais, quer por via da produção de leis internas.

Já vimos, a propósito dos *“Institutos da cooperação judiciária em geral”* (ponto 1 do tema 5), que princípios básicos regem nesta matéria, como foram assumidos pelos dois últimos grandes textos convencionais da O.N.U. (a Convenção de Viena de 1988 e a Convenção de Palermo de 2000), e o modo paradigmático como os plasma o Tratado Tipo de Extradução das Nações Unidas.

Proponho, pois, uma breve incursão analítica pela lei interna portuguesa de extradição. Porque não possuindo a maior parte dos Países africanos de língua oficial portuguesa leis específicas sobre a matéria, poderão aqui achar matrizes

---

(9) cfr. “Guia legislativo para Aplicação da Conv. das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional”, Março de 2003, pag.117.



para a sua futura construção. E também porque a intensidade das relações que esses Países mantêm com Portugal e o previsível incremento dos casos de cooperação nesta área torna útil para a vida prática de todos, o conhecimento das regras portuguesas, especialmente as da “*extradição passiva*”.

Há séculos que Portugal firma tratados bilaterais sobre extradição com Estados de todas as latitudes (1).

Não obstante, só em 1975 se produziu a primeira lei interna sobre a matéria (Dec. Lei 437/75, de 16 de Agosto), a que se seguiu o Dec. Lei 43/91 de 22 de Janeiro (abrangendo já outras matérias de cooperação e de auxílio judiciário além da extradição) e mais recentemente, a ainda vigente (e bastante actualizada) Lei 144/99, de 31 de Agosto.

Previamente importa, porém, esclarecer que o “*sistema português de extradição*” não se esgota na referida lei interna. Estrutura-se em três níveis:

**2.4.1** – A Constituição da República, que terá supremacia sobre as demais disposições do ordenamento jurídico nacional, sejam de origem internacional ou nacional, conforme se estipula no seu art. 277º, 1. (2) O art. 33º da Lei fundamental portuguesa é consagrado à expulsão, à extradição e ao direito de asilo.

**2.4.2** – O direito internacional a que Portugal se vinculou e que, comum ou convencional, tem primazia sobre o direito ordinário interno. (3)

Portugal tem, de forma crescente (até por força da sua integração na União Europeia), assumido compromissos em matéria de extradição no plano do direito internacional. Assim, integram hoje o nosso sistema extradicional normas:

- a) da Convenção Europeia de Extradicação de 1957 (dita Convenção de Paris), bem como dos seus dois Protocolos Adicionais;
- b) da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen;

---

(1) O primeiro de que há conhecimento foi estabelecido entre D. Pedro I de Portugal e D. Pedro I de Castela, tendo em vista a extradição dos assassinos de D. Inês de Castro, que se haviam refugiado em Castela (cfr. José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, obra citada, pags. 20 e 21).

(2) Sobre a polémica do relacionamento hierárquico entre normas constitucionais e normas de direito internacional geral ou comum e convencional cfr. José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, obra citada, pag. 27.

(3) cfr. *ibidem*.

- c) da Convenção relativa ao Processo simplificado de Extradicação entre os Estados Membros da União Europeia, de 1995;
- d) da Convenção relativa à Extradicação entre os Estados Membros da União Europeia, de 1996 (Convenção de Dublin);
- e) e da Convenção de Viena de 1988, contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Quando estiver terminado o processo de ratificação da Convenção de Palermo de 2000 que, como já vimos, contém normas específicas sobre matéria de extradição, também essas normas passarão a integrar o sistema português de extradição.

O carácter complementar que as Convenções estabelecidas no âmbito da União Europeia anteriormente referidas assumem em relação à Convenção Europeia de Extradicação de 1957 (a "*Convenção – mãe*") implica que, em caso de sobreposição de normas contraditórias, devem prevalecer as disposições das Convenções complementares. <sup>(4)</sup>

**2.4.2.1** – Além destes instrumentos convencionais integram ainda o sistema português de extradição, os inúmeros tratados bilaterais firmados ao longo dos tempos com Estados de todas as latitudes, como já se disse.

Entre eles contam-se, como também foi já referido:

- a) o Acordo judiciário entre Portugal e Cabo Verde, de 16 de Fevereiro de 1976 e os dois Protocolo Adicionais ao mesmo, um dos quais (versando sobre extradição) de 3 de Março de 1982;
- b) o Acordo judiciário entre Portugal e S. Tomé e Príncipe, de 23 de Março de 1976;
- c) o Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné Bissau, de 5 de Julho de 1988;
- d) o acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a república portuguesa e a república popular de Moçambique, de 12 de Abril de 1990;
- e) O Acordo bilateral de cooperação entre a República Portuguesa e a República de Moçambique no domínio do combate ao tráfico ilícito de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e criminalidade conexas, de 13 de Abril de 1995;
- f) e o Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola, de 30 de Agosto de 1995.

---

<sup>(4)</sup> cfr. António Pinto Pereira, in "O Regime de Extradicação", Rei dos Livros, Lisboa, 1999, pag. 12.

**2.4.3** – A lei interna, que actualmente se corporiza, como já foi dito, na Lei 144/99, de 31 de Agosto.

A Lei 144/99 contém cinco capítulos respeitantes ao instituto da extradição versando, sucessivamente, sobre a extradição passiva, a extradição activa, o processo simplificado de extradição e aplicação interna da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen e ainda sobre questões puramente adjectivas (gratuidade e férias – Capítulo III).

Não caberá nos limites deste trabalho dissecar cada um deles. Mas haverá pelo menos que reter o seguinte:

**2.4.3.1** – A Lei consagra princípios internacionalmente reconhecidos e plasmados em inúmeros textos convencionais, como já foi demonstrado, tais como o da reciprocidade (art. 4º), o da especialidade (art. 16º), o “*ne bis idem*” (arts. 8º e 19º), o da proporcionalidade (art.6º, 1, e) e f)), o da dupla incriminação (art. 31º, 2) e o “*aut dedere aut judicare*” (arts. 6º, 5 e 32º, 5).

**2.4.3.2** – A Lei estabelece um catálogo de fundamentos de recusa aplicáveis a todos os tipos de cooperação (em sentido lato) e, portanto, válidos também para a extradição: (5)

- a) não respeitar o processo de onde dimana o pedido de cooperação, exigências de instrumentos internacionais ratificados por Portugal, relevantes em matéria de direitos humanos (art. 6º, 1, a));
- b) haver razões fundadas para crer que o pedido de cooperação é formulado com o fim de perseguir ou punir pessoa em razão de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, convicções políticas ou pertença a grupo social determinado (art. 6º, 1, b));
- c) implicar o pedido de cooperação risco de agravamento da situação processual de pessoa em razão de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, convicções políticas ou pertença a grupo social determinado (art. 6º, 1, c));
- d) poder o pedido de cooperação levar a julgamento por tribunal de excepção ou a execução de sentença proferida por tribunal de excepção (art. 6º, 1 d));

---

(5) Vide, com mais detalhe, José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, obra citada, pags. 40 e segs..

- e) ser o facto a que respeita o pedido de cooperação punível com pena de morte ou pena de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa (art. 6º, 1, e);
  - salvo se o Estado requerente comutar previamente essas penas (art. 6º, 2, a));
  - ou aceitar a conversão dessas penas por tribunal português segundo a lei portuguesa aplicável a aquele crime (art. 6º 2, c));
  
- f) ser, ao facto a que respeita o pedido de cooperação, aplicável pena de prisão ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida (art. 6º, 1, f));
  - salvo se o Estado requerente retirar carácter perpétuo ou duração indefinida à pena ou medida de segurança (art. 6º, 2, a));
  - oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada (art. 6º, 2, b));
  - ou aceitar a conversão dessas penas por tribunal português segundo a lei portuguesa aplicável a aquele crime (art. 6º, 2, c));
  
- g) não estar garantida a reciprocidade, salvo se a cooperação quanto a esse pedido:
  - for aconselhável pela natureza do facto ou pela necessidade de combater certas formas graves de criminalidade;
  - puder contribuir para a melhoria da situação do arguido ou para a sua reinserção social;
  - ou servir para esclarecer factos imputados a cidadão português (art 6º, 4 em conjugação com art . 4º 3);
  
- h) respeitar o pedido de cooperação a facto que constitua crime de natureza política ou crime conexo com crime político, estando contudo excluídos dessa classificação infracções como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o terrorismo, etc. (art. 7º 1 a) e 2));
  
- i) respeitar o pedido de cooperação a facto que constitua crime militar não previsto simultaneamente na lei penal comum (art. 7º, 1, b));
  
- j) ter ocorrido, em Portugal ou noutro Estado em que tenha sido instaurado procedimento criminal pelo mesmo facto a que respeita o pedido de cooperação, a extinção do procedimento criminal respectivo, em sentido lato (art. 8º).

**2.4.4** – Cumulativamente a estes, são ainda previstos na Lei 144/99 os seguintes fundamentos de recusa exclusivos do instituto da extradição:

- a) Não ser o crime em causa punível, pela lei portuguesa e pela lei do Estado requerente, com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de máximo igual ou superior a um ano (art. 31º, 2);
- b) não ser a duração da pena ou medida de segurança privativa de liberdade por cumprir igual ou superior a quatro meses (art. 31º, 4);
- c) ter o crime sido cometido em Portugal (art. 32º, 1, a));
- d) ser a pessoa reclamada de nacionalidade portuguesa (art. 32º, 1, b));
  - salvo se a extradição de nacionais estiver estabelecida em tratado, convenção ou acordo de que Portugal seja parte (art. 32º, 2, a)), e desde que, cumulativamente:
    - os factos configurem casos de terrorismo ou criminalidade internacional organizada (art. 32º, 2, b);
    - a ordem jurídica do Estado requerente consagre garantias de um processo justo e equitativo (art. 32º, 2, c));
    - a extradição tenha lugar apenas para fins de procedimento penal (art. 32º, 3);
    - e o Estado requerente garanta a devolução da pessoa extraditada a Portugal, para cumprimento da pena ou medida que lhe venha a ser aplicada, após revisão e confirmação nos termos de direito Português, ressalvada a possibilidade de oposição dessa pessoa à devolução, por declaração expressa (art. 32º, 3) (6).

**2.4.4.1** – Em casos determinados em que seja excluída a extradição, prevê a lei interna portuguesa que intervenha, como válvula de segurança que evite a impunidade, o princípio “aut dedere aut judicare” (cfr. arts. 6º, 1, d) e f) e 32º, 1, a) e b)).

Segundo o mesmo, (plasmado nos artigos 6º, e 32º, 5), será nesses casos instaurado em Portugal procedimento penal pelos factos que fundamentam o pedido denegado, sendo solicitados ao Estado requerente os elementos necessários.

Este princípio básico da cooperação judiciária é, também, acolhido:

- a) na Convenção de Palermo de 2000, contra a criminalidade organizada transnacional (art. 16º, 10);

---

(6) Cfr. neste sentido, os comandos do art. 33º 3, da Constituição da República.

- b) na Convenção de Viena de 1988 contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (art. 6º, 9, a) e b));
- c) na Convenção Europeia de Extradicação de 1957, no que especificamente concerne à não extradicação de nacionais (art. 6º, 2);
- d) no Acordo judiciário entre Portugal e Cabo Verde, de 1976, no que especificamente concerne à não extradicação de nacionais (art. 17º, 2, na redacção introduzida pelo II Protocolo Adicional ao Acordo);
- e) no Acordo judiciário entre Portugal e S. Tomé e Príncipe, de 1976, no que especificamente concerne à não extradicação de nacionais (art. 18º, 2);
- f) no Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné Bissau, de 1988, quando se trate da não extradicação de nacionais ou de aplicabilidade de pena de morte ou de prisão perpétua (art. 47º, 3);
- g) no Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República Popular de Moçambique, quando se trate de não extradicação de nacionais ou de aplicabilidade de pena de morte ou prisão perpétua (art. 46º, 3);
- h) e no Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola, de 1995, quando se trate de não extradicação de nacionais, de infracção cometida no território do Estado requerido ou de aplicabilidade de pena de morte ou de prisão perpétua (art. 68º, 3).

Os Estados devem velar por que os processos instaurados, oficiosamente ou a pedido do Estado requerente, com base neste princípio, sejam alvo de empenho idêntico ao que as suas autoridades conferem aos demais procedimentos de idêntica natureza.

**2.4.4.2** – Noutros casos de recusa de extradicação além daqueles em que, por sua iniciativa, em observância do princípio “aut dedere aut judicare”, instaure procedimento criminal pelos factos que fundamentam o pedido (arts. 6º, 1, d) e e) e 32º, 1 a) e b)), a lei interna portuguesa prevê um outro mecanismo, tendente a evitar também situações de impunidade.

Trata-se da delegação do procedimento penal nas autoridades judiciárias portuguesas, minuciosamente regulado nos artigos 79º a 88º da Lei 144/99, que permite que, a pedido de um Estado estrangeiro, possa ser instaurado ou continuar em Portugal, procedimento penal por um facto praticado fora do território português.

Nos artigos 89º a 93º dessa mesma Lei consigna-se, por seu turno, o regime de delegação num Estado estrangeiro que as aceite, da instauração ou continuação de procedimento penal, por facto que constitua crime segundo o direito português.

## **2.5 – Aspectos Práticos do Processo de Extradicação Passiva na Lei Portuguesa. O mandado de detenção internacional.**

**2.5.1** – É frequente a utilização de um procedimento pré extradicional, iniciado com a formulação de um pedido de detenção antecipada.

Esse pedido de detenção é formulado pela entidade competente para o pedido de extradicação e directamente dirigido à autoridade competente do local onde se sabe ou suspeita fortemente que se encontra a pessoa a capturar (**detenção provisória** – art. 38º), ou é genericamente difundido através dos canais de polícia criminal (Interpol, geralmente) por diversos países, continentes ou mesmo a nível global (**detenção não directamente solicitada** – art. 39º).

A urgência aconselha a que o pedido de **detenção provisória** seja enviado às autoridades judiciais portuguesas directamente (quando se saiba qual é a concretamente competente) ou através da autoridade central portuguesa (a Procuradoria Geral da República) ou o que é mais usual, através da Interpol ou de órgãos centrais competentes para a cooperação policial internacional (arts. 29º e 38º, 4).

A **detenção não directamente solicitada** é, por natureza, executada pelas autoridades de polícia criminal, com base nas informações obtidas através dos circuitos oficiais de difusão, sem que as autoridades judiciais tenham que ter, até à data em que lhes é apresentado o detido, conhecimento do pedido.

O pedido de **detenção provisória** deve ser objecto de um juízo sobre a sua autenticidade, regularidade e admissibilidade, que é da competência de um Juiz da Secção Criminal do Tribunal da Relação territorialmente competente (art. 62º). Se for formulado um juízo positivo sobre essa matéria o Juiz desembargador emite um mandado de detenção provisória, que entrega ao Ministério Público, que o fará cumprir através dos órgãos policiais adequados.

Realizada a detenção, a entidade captora deve proceder à imediata apresentação do detido ao Ministério Público, junto do Tribunal da Relação, em cujo distrito judicial residir ou for encontrada a pessoa reclamada ao tempo do pedido (cfr. arts. 62º, 2 e 49º).

O Ministério Público junto do Tribunal da Relação:

- a) comunica de imediato à autoridade central (P.G.R.), a fim de que esta informe o Estado requerente, com vista à apresentação tempestiva do pedido de extradição e bem assim, a fim de que controle os prazos máximos de detenção previstos no art. 38º, 5;
- b) e promove a audiência judicial do detido, que terá que iniciar-se no prazo máximo de 48 horas após a detenção, para efeitos de decisão de validação e manutenção (art. 62º, 2).(7)

No caso de se tratar de **detenção não directamente solicitada**, a autoridade captora deve proceder à apresentação do detido ao Ministério Público, junto do Tribunal da Relação em cuja área a detenção foi efectuada (art. 64º, 1).

O Ministério Público promove a audiência judicial do detido, nos termos já referidos do art. 62º, 2 (8) mas só comunicará a ocorrência à autoridade central (PGR) no caso de a detenção ser confirmada judicialmente (art. 64º, 2).

A PGR comunicará a detenção, pela via mais rápida, à autoridade estrangeira a quem interessar, a fim de que informe, também urgentemente, se irá ser formulado o pedido de detenção.

No caso de **detenção provisória** cessa a mesma caso o pedido de extradição não seja recebido no prazo de 18 dias a contar do seu início, prazo que poderá prorrogar-se até 40 dias por razões atendíveis (art. 38º, 5).

No caso de **detenção não directamente solicitada**, o detido será posto em liberdade 18 dias após a detenção se nesse prazo não tiver chegado informação de que irá ser formulado pedido de extradição ou 40 dias após a detenção se, tendo havido informação positiva, o pedido de extradição não for recebido nesse prazo.

2.5.2 – Estes procedimentos pré-extradicionais, sendo embora de utilização muito frequente não são, como já se referiu, de carácter obrigatório. Isto é: o Estado requerente pode, sem prévia emissão de pedido de detenção, remeter ao Estado requerido o pedido de extradição.

---

(7) Sempre que não possa, por qualquer motivo (ser sábado ou dia feriado, por ex.) ser presente à Relação, será o detido apresentado ao Ministério Público junto do tribunal de 1ª instância da sede do Tribunal da Relação competente, exclusivamente para efeitos de validação e manutenção da detenção. O Ministério Público na 1ª instância deve fazer apresentar depois o extraditando ao Ministério Público no tribunal da Relação no primeiro dia útil subsequente (art. 53º, 5 e 6).

(8) Valendo o regime de urgência referido na nota anterior.



Mas, de uma forma ou de outra, como se procede ao envio do pedido de extradição? Sobre essa matéria regem, essencialmente, as Convenções e os Tratados bilaterais.

Assim, por exemplo:

- a) A Convenção Europeia de Extradicação de 1957 (dita “*Convenção de Paris*”) começou por prever primeiramente a via diplomática como regra (art. 12º, 1) e passou, com o segundo Protocolo Adicional, de 1978, a prever como regra a transmissão entre Ministérios da Justiça e como excepção a transmissão por via diplomática ou outra que as partes possam acordar entre si;
- b) A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen prevê também, que os pedidos de extradição sejam transmitidos entre “*os ministérios competentes*”, “*sem prejuízo da faculdade de recurso à via diplomática*” (art. 65º);
- c) A Convenção relativa à Extradicação entre os Estados Membros da União Europeia, de 1996 (dita “*Convenção de Dublin*”) estipula que a transmissão e recepção de pedidos de extradição seja feita entre autoridades centrais (art. 13º);
- d) os Acordos bilaterais de cooperação jurídica e/ou judiciária firmados entre Portugal e Cabo Verde, entre Portugal e S. Tomé e Príncipe, entre Portugal e a Guiné Bissau, entre Portugal e Moçambique e entre Portugal e Angola, já repetidamente identificados, consagram uniformemente a regra de que:
  - os pedidos de extradição serão apresentados por via diplomática ou consular aos Ministros da Justiça dos Estados contratantes;
  - e toda a correspondência posterior aos pedidos será trocada directamente entre os Ministros da Justiça.

2.5.3 – Recebido o pedido de extradição por qualquer destas vias, abre-se a respectiva fase administrativa.

A Procuradoria Geral da República, após verificar a regularidade formal do processo, submete-o à apreciação do Ministro da Justiça.

A decisão do Ministro da Justiça é de natureza político administrativa.

Se for de indeferimento (por razões de ordem política, de oportunidade ou de conveniência) o processo é arquivado, não havendo lugar a qualquer intervenção judicial. A decisão deve ser fundamentada e não admite recurso (art. 24º). É, depois, comunicada pela autoridade central à autoridade estrangeira que formulou o pedido (art. 24º, 3).

Se a decisão ministerial for de deferimento ou admissibilidade, o processo passa à fase judicial, sem que tal decisão vincule o tribunal quanto à procedência do pedido (art. 24º).

Através da PGR o processo é remetido ao Ministério Público junto do Tribunal da Relação competente, para promoção imediata do seu cumprimento.

O Juiz relator, apreciando a suficiência dos elementos que instruem o pedido e sua viabilidade, se entender que o processo deve ser logo arquivado, leva-o à decisão à primeira sessão seguinte.

Se o Juiz relator entender que o processo deve prosseguir, é passado mandado de detenção contra o extraditando, **se não tiver sido já detido antecipadamente**.

Procede-se, depois, à audiência judicial do arguido detido (art. 54º,1).

Se, nessa audiência, o extraditando declarar que consente na sua entrega ao Estado requerente segue-se o regime de tramitação simplificada da extradição, previsto no art. 40º, 2 a 5 (cfr. art.54º, 2).

Se o extraditando declarar opor-se à extradição segue-se a forma de tramitação comum do processo (art. 54º, 2).

A tramitação comum do processo obedece às regras dos arts. 55º a 59º.

Da decisão final do Tribunal da Relação cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (que tem efeito suspensivo quando for impugnada decisão positiva de extradição – cfr. artigo 49º, 3 e 4).

A entrega judicial do extraditado é executada através da entrega de certidão da decisão positiva da extradição ao Ministério Público, que a transmite, para o efeito, ao Gabinete Nacional da Interpol (sediado na Polícia Judiciária) – cfr. art. 60º, 1. Tem que ocorrer dentro do prazo de 20 dias após o trânsito em julgado da decisão (art. 60º, 2 e 61º, 1).

Note-se que as fases administrativa e judicial do processo comum de extradição têm regimes coincidentes, quer tenha ou não sido utilizado o procedimento de detenção antecipada. Apenas se registam diferenças quanto aos prazos, que são mais encurtados neste segundo modelo (arts. 62º a 64º). Quanto ao mais rege o formalismo previsto nos artigos 51º a 61º.<sup>(9)</sup>

---

<sup>(9)</sup> Cfr. José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, obra citada, pag. 66.

## **2.6 – Aspectos Práticos do Processo de Extradicação Activa na Lei Portuguesa. O mandado de detenção internacional**

A competência para formular o pedido de extradicação a um Estado estrangeiro cabe ao Ministro da Justiça que, usualmente, delega essa competência no Procurador Geral da República (arts. 69º 1 e 165º).

Assim, o Ministério Público junto do tribunal competente, envia a documentação pertinente à Procuradoria Geral República a fim de que esta Autoridade Central organize o processo de extradicação. Deverão ser seguidas pelo Ministério Público as instruções fixadas em circulares internas.<sup>(10)</sup>

**2.6.1** – Caso se pretenda formular um pedido de **detenção antecipada** da pessoa a extraditar, deverá ser emitido um mandado de detenção provisória (pelo Juiz de Instrução ou pelo Juiz da fase de julgamento) que será remetido pelo Ministério Público junto do tribunal do processo à PGR (art. 71º, 1). <sup>(11)</sup>

O mandado de detenção é remetido, pela PGR:

- a) ao Gabinete Nacional da Interpol para canalização para as autoridades competentes do Estado onde se saiba estar a pessoa procurada, ou caso se pretenda a difusão do pedido fora do espaço Schengen (art. 71º, 2);
- b) ou ao Gabinete Sirene, quando se pretende a sua inserção no Sistema de Informação Schengen, para difusão no espaço Schengen (cfr. art. 64º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen).

**2.6.2** – Com a aprovação da Decisão Quadro 2002/584/JAI, de 13 de Junho, a União Europeia operou uma quase revolução copernicana neste domínio, passando do regime tradicional de cooperação inter-estadual, para o regime de reconhecimento mútuo de decisões.

Constatou-se que, numa Europa onde as fronteiras físicas vêm, segundo a Convenção de Schengen, sendo progressivamente derrubadas, os procedimentos de extradicação, pela sua lentidão e complexidade, não se mostram adequados e pretendeu-se que os Estados Membros pautem as suas relações por um nível elevado de confiança e uma concepção exigente de Estado de Direito.

---

<sup>(10)</sup> Cfr. Circular 1/88, da PGR.

<sup>(11)</sup> Cfr. Circular 35/78, PGR.

As características principais deste regime do mandado de detenção (também conhecido por “Euro Ordem”) traduzem-se, em breve síntese, no seguinte:

- a) livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial como na fase post-condenatória;
- b) supressão da fase política da extradição tradicional, em benefício de uma execução essencialmente judiciária;
- c) supressão do princípio da dupla incriminação relativamente a um catálogo alargado de infracções de natureza grave;
- d) substancial restrição ao princípio da especialidade;
- e) transmissão directa dos pedidos entre autoridades judiciais (autoridade de emissão e autoridade de execução) com recurso, quando necessário, aos pontos de contacto da Rede Judiciária Europeia, para conhecimento da autoridade de execução competente;
- f) limitação do papel das autoridades centrais a um apoio prático e administrativo;
- g) consagração do princípio “*aut dedere aut punire*” em relação aos nacionais do Estado Membro de execução;
- h) supressão do impedimento à entrega de nacionais do Estado Membro de execução.

Este regime inovador substituirá as Convenções agora vigentes sobre extradição nas relações entre os Estados Membros da União à medida em que estes forem adaptando o seu direito interno à Decisão Quadro.

Não obstante o prazo limite para essa adaptação ter expirado em 31 de Dezembro de 2003, estão ainda em curso, em alguns Estados, os inerentes processos legislativos. Portugal cumpriu essa obrigação com a publicação, em 23 de Agosto, da Lei 65/2003.

## **2.7 – Transferência de Pessoas Condenadas**

A elevada mobilidade dos dias de hoje, que justifica o epíteto de globalização, na medida em que torna imprescindível o aperfeiçoamento dos mecanismos de cooperação judiciária de vocação repressiva (extradição, auxílio judiciário, transmissão de processos penais, vigilância de pessoas condenadas, etc.), acaba por conferir também relevância a um novo instituto de cooperação, de cunho acentuadamente protectivo ou humanista.

Trata-se da “*Transferência de Pessoas Condenadas*”, com o qual se pretende que uma pessoa condenada em pena ou medida de segurança, privativas da liberdade, por

um tribunal estrangeiro, possa ser transferida para o seu país de origem para ali a cumprir. É, afinal, mais uma profissão de fé na intenção regeneradora das sanções penais e na futura reinserção social do combate.

2.7.1 – O instituto começou por aflorar ao nível dos tratados de cooperação bilaterais e ganhou maior expressão com a “*Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas*”, assinada em Estrasburgo em 21 de Março de 1983.

Esta Convenção está aberta à adesão não somente dos Estados Membros do Conselho da Europa como também dos demais Estados que tenham participado na sua elaboração e ainda, por convite do Comité de Ministros do Conselho, a outros Estados (cfr. arts. 18º e 19º).

2.7.2 – Dos tratados bilaterais firmados entre Portugal e a Guiné Bissau (art. 106º), entre Portugal e Moçambique (art. 105º) e entre Portugal e Angola (art. 121º) consta uma norma intitulada “*Transferência*”, com o seguinte conteúdo:

*“se o condenado estiver detido no Estado requerente, deverá, salvo disposições em contrário da legislação deste Estado, ser transferido para o Estado requerido logo que o primeiro tenha sido informado da aceitação do pedido de execução.”*

2.7.3 – A Lei interna portuguesa integra normas sobre a aplicação deste instituto desde o primeiro diploma respeitante à cooperação judiciária (o Dec. Lei 43/91, de 22 de Janeiro). (1)

O regime actualmente vigente, plasmado em capítulo autónomo da Lei 144/99 (artigos 114º a 125), é sensivelmente coincidente com o anterior, ambos claramente inspirados pela já aludida Convenção de Estrasburgo de 1983.

Em breve súpula analítica da Lei interna portuguesa poderá dizer-se que:

- a) são previstas as hipóteses de transferência de pessoa condenada por tribunal estrangeiro para cumprimento da pena em Portugal e de transferência para o estrangeiro de pessoa condenada por um tribunal português (art. 115º, 1 e 2);
- b) a transferência só funcionará se o condenado der expressamente o seu consentimento para o efeito (art. 115º, 3 e art. 3º, 1, d) da Convenção de Estrasburgo de 1983);

---

(1) Cfr., com mais detalhe sobre esta matéria, José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, obra citada, pags. 115 e segs.

- c) a transferência depende de acordo entre o Estado em que foi proferida a decisão condenatória e o Estado a quem é solicitada a execução (art. 115º, 4 e art. 3º, 1,f) da Convenção).

#### 2.7.4 – No caso de **transferência de Portugal** para o estrangeiro:

- a) o procedimento pode ser iniciado ou pelo cidadão estrangeiro detido em cumprimento de pena de prisão ou medida de segurança em Portugal, que se dirigirá às autoridades portuguesas para o efeito (art. 117º, 1 e arts. 2º, 2 e 4º, 2 da Convenção);
- b) ou pelo magistrado do Ministério Público junto do tribunal da condenação (art. 118º, 1);
- c) ou pode logo o futuro Estado de execução dirigir a Portugal um pedido formal de transferência (art. 119º, 1 e art. 4º, 4 da Convenção).

##### 2.7.4.1 – O pedido é submetido a apreciação do Ministro da Justiça. Nessa fase (arts. 118º, 3 e 120º, 1):

- formula-se um juízo sobre a oportunidade ou a conveniência do pedido e pondera-se a eventual existência de razões de ordem política que possam influenciar uma decisão de indeferimento.

Esta competência atribuída ao Ministro da Justiça pode ser delegada no Procurador Geral da República (art. 165º).

O pedido vai instruído com a informação do Ministro da Justiça do Estado de execução sobre se aceita ou não a transferência, de harmonia com o art. 5º da Convenção, informação essa previamente obtida pela Procuradoria Geral da República, nos termos do art. 117º da Lei interna e do art. 4º, 3 da Convenção. A PGR só terá que cuidar da obtenção da declaração de aceitação quando o pedido de transferência tiver, nos termos do art. 4º, 4 da Convenção, sido formulado por esse mesmo Estado.

O despacho do Ministro da Justiça (ou do PGR, por delegação de competência) de rejeição do pedido de transferência deve ser sempre fundamentado e é irrecorrível (art. 24º, 2 da Lei interna).

Se o despacho administrativo não for de rejeição, o pedido é enviado ao Ministério Público junto do Tribunal da Relação competente, para se dar início à fase judicial (art. 120º, 1).

**2.7.4.2** – No Tribunal da Relação o condenado é ouvido por um Juiz Desembargador, que deverá assegurar-se de que o consentimento para a transferência foi dado voluntariamente e com plena consciência das consequências jurídicas que dele decorrem (art. 120º, 3 e 4).

Obtido formalmente o consentimento, o Tribunal decide então sobre a viabilidade do pedido, decisão essa que se limita à verificação de se encontrarem reunidos os pressupostos de que depende a transferência, uma vez que:

*“os Tribunais não dispõem de competência para decidir da cooperação de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, relacionados com os princípios de protecção de interesses de soberania, ordem pública e outros constitucionalmente definidos” . (2)*

A decisão judicial que defira ou indefira o pedido de transferência é passível de recurso, nos termos gerais.

**2.7.5** – No caso de **transferência para Portugal** de condenado cumprindo pena ou medida de segurança no estrangeiro, Portugal, aquando da ratificação da Convenção de Estrasburgo de 1983, formulou declaração de opção pela modalidade referida no art. 9º, 1, a) dessa Convenção.

Assim, nos termos do direito interno Português (arts. 100º, 1 e 123º da Lei 144/99 e art. 234º, 1 do Código de Processo Penal), a decisão condenatória proferida pelo Tribunal estrangeiro terá que ser previamente revista e confirmada pelo competente tribunal português.

**2.7.5.1** – O procedimento pode ser iniciado pelo detido no estrangeiro através de solicitação às autoridades do Estado da condenação, se este for parte na Convenção, para que formulem a Portugal um pedido de transferência (art. 4º, 2 da Convenção), ou dirigindo-se directamente às autoridades portuguesas, solicitando que estas formulem o pedido ao Estado estrangeiro (art. 4º, 4 da Convenção).

Esta segunda via é a única possível nos casos de detidos em Estados não aderentes à Convenção ou que não tenham um instrumento bilateral de cooperação com Portugal sobre esta matéria (o que, como já vimos, não sucede com a Guiné Bissau, Moçambique e Angola). (3)

O pedido pode ser também formulado por um Estado estrangeiro e dirigido ao Ministro da Justiça ou à Autoridade Central portuguesa (PGR).

---

(2) Cfr. Acórdão do STJ de 10/07/1996, (in B.M.J. 459, pag. 188), apud José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, obra citada, pag. 138.

(3) Cfr. José Manuel da Cruz Bucho, Luís Silva Pereira e outros, obra cit., pag.140.

**2.7.5.2** – O pedido, instruído com os elementos pertinentes, é apresentado ao Ministro da Justiça, para decisão (art. 120º, 1 e 2).

A decisão ministerial de rejeição deve ser sempre fundamentada e é irrecorrível (art. 24º, 2 da Lei interna).

Se o despacho ministerial não for de rejeição, o pedido é enviado ao Ministério Público junto do Tribunal da Relação competente, para que aí se proceda à revisão e confirmação da sentença estrangeira (art. 123º, 1), dando-se assim início à fase judicial do processo.

**2.7.5.3** – O Ministério Público junto do Tribunal da Relação requer o pedido de confirmação, suscitando a apreciação pelo Tribunal da verificação dos respectivos requisitos.

Esses requisitos são os gerais negativos da cooperação internacional (arts. 6º e 7º da Lei interna), as condições especiais de admissibilidade da execução de uma sentença penal estrangeira (art. 96º) e as exigências plasmadas no art. 237º do Código de Processo Penal.

Em caso de omissões, obscuridades ou insuficiência da matéria de facto da sentença estrangeira pode o Tribunal da Relação solicitar as informações necessárias ao processo do Estado estrangeiro (art. 100º, 2 a)).

Se se verificarem todos os requisitos fixados por lei é declarada revista e confirmada a sentença estrangeira.

Dessa decisão cabe recurso para o S.T.J. (art. 240º do CPP).

**2.7.6** – No caso de transferência de um condenado de Portugal para o estrangeiro o processo crime português deverá aguardar a comunicação do cumprimento integral da pena, que o Estado da execução efectuará em conformidade com o art. 15º a) da convenção de Estrasburgo de 1983.

No caso de transferência para Portugal de um condenado por sentença estrangeira o Estado português deverá comunicar ao Estado estrangeiro o termo do cumprimento da pena a que ali foi condenado, por força da citada disposição convencional.

**2.7.7** – Um Protocolo Adicional à Convenção de Estrasburgo de 1983, assinado em 18 de Dezembro de 1987 (a que Portugal ainda não aderiu), prevê a possibilidade de alguém, condenado num Estado estrangeiro com pena efectiva de prisão, subtraindo-se ao cumprimento desta, antes ou depois do início da sua execução e



refugiando-se no Estado de origem, caso não possa, em razão da sua nacionalidade, ser extraditado, poder cumprir a condenação (total ou remanescente) que lhe foi imposta no Estado de origem, a pedido do Estado de condenação.

Trata-se, afinal, uma vez mais, da consagração do princípio “*aut dedere aut punire*”.

### **3 – INSTRUMENTOS OPERACIONAIS E MODELO PROSPECTIVO DE REDE JUDICIÁRIA**

Vimos já como, no mundo globalizado de hoje, a criminalidade, especialmente a mais grave e organizada, tende a internacionalizar-se, isto é, a traduzir-se em actos praticados em mais do que um Estado ou a projectar consequências além fronteiras.

Deixámos também já entrever que este inelutável movimento globalizante não se coaduna com as fórmulas rígidas e antiquadas de cooperação judiciária.

Com efeito, os pontos cardeais no rumo futuro da cooperação judiciária, têm que ser a **abertura**, a **proximidade** e a **rapidez**.

**Abertura** dos Estados às Convenções internacionais produzidas e ao estabelecimento de tratados e acordos bilaterais sobre a matéria.

**Proximidade** entre as autoridades competentes de cada Estado, propiciando-se o seu conhecimento mútuo e a criação de canais apropriados de comunicação o mais directa possível.

**Rapidez** nas formas de transmissão, através da utilização das novas tecnologias de comunicação à distância.

Este caminho vem sendo paulatinamente trilhado, à medida das necessidades com que os Estados se confrontam e com as soluções que as afinidades entre eles reinantes permitem.

Nesse sentido, é desejável a evolução dos sistemas de cooperação judiciária vigentes entre os Países da lusofonia para patamares de maior modernidade, isto é, de maior **abertura**, **proximidade** e **rapidez**, de modo a que ganhe corpo e sentido o conceito emergente de “*Espaço Judiciário Lusófono*”.

Não será muito difícil avançar já algumas propostas de melhoramentos.

**3.1** – No domínio da **extradição** será importante abandonar o regime de transmissão dos pedidos por via diplomática ou consular, conforme exigem os tratados bilaterais vigentes entre Portugal e Cabo Verde, Portugal e S. Tomé e Príncipe, Portugal e a Guiné Bissau, Portugal e Moçambique e Portugal e Angola, que têm sido repetidamente citados.

Sugere-se, em alternativa, a adopção do regime de transmissão via autoridades centrais. Foi a solução que os Estados Membros da União Europeia acolheram na Convenção de Dublin de 1996, antes de chegarem ao estágio superior do reconhecimento mútuo de decisões que o Mandado de Detenção Europeu consagra.

Bons contributos para a diminuição dos riscos de impunidade resultantes da frequente dessintonia entre sistemas e práticas judiciárias serão ainda:

- a) o estabelecimento de um catálogo de crimes (consensualmente tidos como graves) relativamente aos quais se suprima a exigência de dupla incriminação (à semelhança da solução plasmada no Mandado de Detenção Europeu);
- b) e a flexibilização do princípio da especialidade em moldes aproximados, por exemplo, aos adoptados pela sobredita Convenção de Dublin (art. 10º) ou na Convenção de Bruxelas de 1995, relativa ao Processo simplificado de Extradicação (art. 9º).

**3.2** – No que respeita ao **auxílio judiciário mútuo** em matéria penal, será particularmente benéfico dar realização prática ao princípio da “transmissão directa” de pedidos que os tratados bilaterais firmados entre Portugal e cada um dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa saudavelmente acolheram (cfr. supra, ponto 2 a) deste Tema 5).

Com efeito, por razões diversas, a via directa permitida pelos tratados tem sido frequentemente postergada, em benefício de formas mais complexas, morosas e portanto menos eficazes, que chegam até à via diplomática.

Uma posição realista face aos processos de reconstrução dos PALOP e ao conseqüente estágio de desenvolvimento das respectivas instituições judiciárias, desaconselha claramente o entendimento da via de comunicação directa com a amplitude que hoje consagra, por exemplo, a Convenção relativa do Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia, de Maio de 2000.

Mas porque não explorar, para já, a via de transmissão das cartas rogatórias aos tribunais de segunda instância de cada um dos Estados, por exemplo, que se encarregarão depois de as cumprir eles próprios ou de as transmitir às instâncias inferiores com competência para o efeito?

Lembro que foi esta a solução alcançada na União Europeia através do art. 53º da Convenção de Schengen, mediante as declarações formuladas por vários dos Estados – Partes (França, Espanha e Itália, por exemplo).

**3.3.1** – Esta desejada aproximação no campo da cooperação e do auxílio judiciário mútuo em matéria penal será facilitada pela criação de órgãos e instrumentos vocacionados para tal efeito.

Constituirão boas matrizes ou fontes de inspiração para isso os progressos já conseguidos no seio da União Europeia e os projectos em curso de realização no âmbito dos Estados Ibero-americanos.

**3.3.2** – Proponho, concretamente, a instituição de uma Rede de pontos de contacto, tomando-se como exemplo a Rede Judiciária Europeia <sup>(1)</sup>, com créditos já firmados na União Europeia e a quem se deve, além do mais, a construção de valiosos instrumentos operacionais, como o Atlas Judiciário Europeu, o Glossário Sólon e as denominadas “*fichas belgas*”.

Penso que também a Rede Ibero-americana de cooperação judiciária, em fase de estabelecimento e igualmente desenhada à luz do modelo da Rede Judiciária Europeia, será boa fonte de inspiração e incentivo para a criação da “*Rede Judiciária Lusófona*”.

Os pontos de contacto poderão ser membros das autoridades centrais dos Estados, autoridades judiciárias ou outras autoridades competentes em matéria de cooperação judiciária. Serão em número variável, consoante a dimensão de cada País e a respectiva organização judiciária.

As funções dos pontos de contacto poderão, por exemplo, consistir:

- a) no fornecimento de informações jurídicas e práticas aos pontos de contacto e autoridades de outros Estados com competências na área da cooperação judiciária, de molde a facilitar nomeadamente a correcta formulação dos pedidos e o seu mais acertado direccionamento para a autoridade competente para o seu cumprimento;
- b) na intermediação activa traduzida, por exemplo, em intervenções tendentes ao atempado cumprimento do pedido ou sua aceleração ou em actos de coordenação das diligências rogadas, quando forem várias e da competência de entidades diversas;
- c) na construção de instrumentos operacionais que facilitem os actos de cooperação judiciária;

---

<sup>(1)</sup> Criada por Acção Comum de 29/06/1998 (in Jornal oficial L 191, de 7/7/1998).

- d) na participação em reuniões periódicas para conhecimento mútuo, troca de experiências e debate sobre a execução dos instrumentos operacionais adoptados.

3.3.3 – Proponho também, que se encare a possibilidade de os Estados estabelecerem *magistrados de ligação* quando a dimensão territorial do Estado onde sejam colocados e o volume de pedidos existentes o justifique.

O modelo consagrado na União Europeia para os *magistrados de ligação* <sup>(2)</sup> poderá constituir também uma boa fonte de inspiração para os Estados lusófonos.

3.3.4 – A par destes órgãos deverá, ainda, encarar-se a construção de instrumentos que confirmem maior operacionalidade à prática da cooperação judiciária. Por exemplo:

- a) Uma lista, permanentemente actualizada, com os nomes, direcções postais, números de telefone e telefax, endereços electrónicos e horários de contactabilidade dos pontos de contacto, agrupados por países;
- b) Um manual de “*boas práticas*” no domínio da cooperação judiciária. Poderá desenhar-se, tomando como modelos a “*Declaração de Boas Práticas*” instituída na União Europeia pela Acção Comum de 29/06/1998 <sup>(3)</sup> ou a “*Declaração de Boas Práticas*” dos Estado Ibero-americanos <sup>(4)</sup>.
- c) Na sequência desse manual de “*boas práticas*” será muito útil que, além do mais:
  - se institua um *modelo uniforme de cartas rogatórias* que facilite o disciplinamento da sua forma (com clara discriminação da matéria de facto em questão e sua leitura jurídica, das diligências rogadas, da fundamentação do pedido ao nível do direito internacional e com identificação da entidade requerente e da entidade requerida; <sup>(5)</sup>)
  - Se aprove um modelo uniforme de *notas de transmissão* de cartas rogatórias, que devem acompanhar os pedidos de auxílio, a fim de que a autoridade requerida acuse a respectiva recepção à autoridade requerente e facilite, assim, futuros contactos directos. <sup>(6)</sup>

---

<sup>(2)</sup> Criados por Acção Comum de 22/4/1996 (in Jornal Oficial L 105, de 27/04/1996).

<sup>(3)</sup> in Jornal Oficial L 191, de 7/7/1998.

<sup>(4)</sup> Aprovada na VIII Cimeira Ibero-americana de Presidentes dos Supremos Tribunais. Cfr. <http://WWW.iberius.org/>

<sup>(5)</sup> A Rede Judiciária Europeia criou um modelo em 2001, que está a ser aplicado com sucesso. Pode ser consultado no site <http://ejn.mj.pt> ou [WWW.atlas.mj.pt](http://WWW.atlas.mj.pt) (username-rje; password-dgsi).

<sup>(6)</sup> A Rede Judiciária Europeia criou um modelo que está a ser aplicado, também com sucesso. Pode ser consultado no site indicado na nota anterior.

#### 4 – COOPERAÇÃO POLICIAL INTERNACIONAL

Numa tentativa de breve precisão conceitual, caberá dizer que os actos de cooperação internacional desenvolvidos pelas polícias com funções de investigação criminal, não se inserem todos na “cooperação policial”, à luz das normas vigentes no sistema português.

Com efeito, ao assumirem a veste de órgãos de polícia criminal, com funções auxiliares ou de coadjuvação das autoridades judiciais com vista à realização das finalidades do processo (cfr. art. 55º do CPP), as polícias podem também, sempre sob orientação e dependência funcional do Ministério Público ou de magistrados judiciais (cfr. art. 56º do C.P.Penal), praticar actos de cooperação judiciária.

Esta conclusão resulta claramente, além do mais, <sup>(1)</sup> do teor do art. 1º, 3, da já citada Lei 144/99 (a Lei interna portuguesa de cooperação judiciária):

*“O presente diploma é subsidiariamente aplicável à cooperação em matéria de infracções de natureza penal, na fase em que tramitem perante autoridades administrativas...”*

Assim, a noção de “cooperação policial” será, a meu ver, integrada pelos actos respeitantes à actividade administrativa dos órgãos policiais, quer se trate de questões do domínio da prevenção criminal, quer se trate de assuntos do foro organizativo ou do foro técnico ou ainda de temas de formação ou capacitação profissional.

É cooperação policial a informação trocada e a formação ministrada sobre “*modus operandi*” dos delinquentes, sobre novos fenómenos criminais ou sobre técnicas investigatórias. Como é, também, *cooperação policial* a troca de experiências sobre modelos organizacionais, sobre técnicas de dispersão de manifestações públicas ou sobre métodos de vigilância preventiva de estações de metropolitano ou de estádios de futebol.

Conflui neste sentido, por exemplo, o Tratado da União Europeia, ao incluir no conceito de “cooperação policial” inserto no artigo 30º:

– “*cooperação operacional*<sup>(2)</sup> em matéria de prevenção e detecção de infracções penais, bem como de investigação criminal;

---

<sup>(1)</sup> Cfr., também, no que respeita especificamente ao auxílio judiciário, o art. . 145º, 4 e 5 a 9, da Lei 144/99.

<sup>(2)</sup> Note-se que é aos aspectos “operacionais” da investigação criminal que o normativo se refere, isto é, às questões de técnica policial, como sejam o seguimento e vigilância, a execução de escutas ambientais, a realização de inspecções judiciais, as técnicas computadorizadas de identificação dactiloscopia, etc.

- recolha, armazenamento, tratamento, análise e intercâmbio de informações entre as entidades nacionais competentes ou através da Europol, sem prejuízo da protecção de dados pessoais;
- formação, intercâmbio de agentes de ligação, utilização de equipamento e investigação forense;
- avaliação de técnicas de investigação no domínio da detecção de formas de criminalidade organizada”. (3)

Valem, pois, “*mutatis mutandis*”, no domínio da cooperação policial, os princípios de **abertura**, **proximidade** e **rapidez** que anteriormente quisemos imputar à moderna cooperação judiciária em matéria penal.

Em prol da realização desses princípios vêm desde há muito<sup>(4)</sup> sendo criados organismos e gerados instrumentos. Uns de abrangência planetária, como a Interpol, que congrega no seu seio a quase totalidade das polícias de investigação criminal do globo; outros de âmbito regional como, por exemplo, na União Europeia, a Europol.

Também em conformidade com a precisão conceitual que de início pretendi fixar, vemos que as funções específicas da Europol são (cfr. art. 3º da Convenção):

- a) facilitar o intercâmbio de informações entre os Estados Membros;
- b) recolher e analisar dados e informações e manter um sistema de informações relativo ao seu âmbito de actuação;
- c) fornecer todas as informações necessárias aos serviços nacionais competentes para a prevenção e combate à criminalidade, de forma a promover a eficácia das actividades operacionais nacionais;
- d) prestar apoio aos Estados Membros no domínio da formação e do desenvolvimento de métodos de prevenção e investigação da criminalidade.

De entre os instrumentos cumpre destacar, além do Acordo Interpol <sup>(5)</sup> e da Convenção Europol <sup>(6)</sup>, no âmbito da União Europeia, a Convenção de Aplicação

---

(3) Cfr. Constança Urbano de Sousa, in “Polícia e Justiça”, III Série, n.º 2 (Julho a Dezembro de 2003), pag. 26.

(4) “Com efeito, contrariamente ao discurso oficial, que insiste na grande novidade das medidas de Schengen ou da Europol, há muito que as polícias colaboram entre elas: veremos que instrumentos como a Interpol não são novos. A colaboração policial operacional é antiga ..”

(5) Cfr. <http://www.interpol.int> e “A Interpol e a cooperação policial internacional”, edição do Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais, Loures, 1995.

(6) Convenção Europol, assinada em 1995 e ratificada por Portugal em 1997 (in D.R.. I A, de 19/9/1997) é vigente desde 1998.

do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985 (vigente desde Março de 1995 e abrangendo treze dos actuais quinze Estados Membros, mais a Noruega e a Islândia).

Assumem ainda relevância neste domínio, normas que as duas mais recentes e abrangentes Convenções da ONU sobre questões criminais (a Convenção de Viena de 1988 relativa ao tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e a Convenção de Palermo de 2000, contra a criminalidade organizada transnacional) dedicam à questão da “*capacitação*” que releva, fundamentalmente, no domínio da cooperação policial – Cfr. artigo 9º do primeiro dos citados Convénios e art. 29º do segundo.

De elevada importância são também, nesta matéria, os acordos bilaterais firmados entre Estados bem como os protocolos de cooperação e os “memorandos de entendimento” estabelecidos entre organismos de polícia de diferentes países.

No âmbito dos Estados Membros da C.P.L.P. foram firmados acordos bilaterais de cooperação policial:

- a) entre Portugal e Angola, sobre combate ao tráfico de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e criminalidade conexas (Resolução da Assembleia da República 8/97, de 28 de Fevereiro);
- b) entre Portugal e Cabo Verde – sobre cooperação técnica no domínio da polícia (Dec. 35/90, de 9 de Agosto);
- c) entre Portugal e Moçambique – sobre combate ao tráfico ilícito de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e criminalidade conexas, de 13 de Abril de 1995;
- d) entre Portugal e S. Tomé e Príncipe – sobre cooperação técnica no domínio policial (Dec. 25/90, de 5 Julho).

Está institucionalizado um Conselho dos Directores de Polícia Judiciária e de Investigação Criminal dos Países de Língua Oficial Portuguesa que reúne periodicamente e que estabelece os já aludidos protocolos de cooperação e memorandos de entendimento.

