



A RECONSTITUIÇÃO INFORMÁTICA E AS PROVAS ATÍPICAS EM PROCESSO PENAL¹

The computer reconstruction and atypical evidence in criminal procedure

MARA AFONSO
Mestre em Direito

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a matéria das provas atípicas em Processo Penal, em geral, e sobre a admissibilidade da prova por reconstituição do facto feita por meios informáticos, em particular.

O enquadramento geral das provas atípicas no sistema processual penal português é fundamental para perceber de que forma o plano da legalidade se pode relacionar com o plano da atipicidade da prova, sem ultrapassar os limites impostos pelas proibições de prova.

É, por isso, importante perceber se é possível defender a existência de um processo penal aberto no qual tudo o que não for proibido possa ser valorado como meio de prova admissível.

¹ O presente trabalho corresponde, no essencial, à dissertação de mestrado defendida na FDUNL, em Junho de 2017, sob a orientação do Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto.

Trata-se de uma questão aplicável à reconstituição informática do crime, como nova modalidade da prova penal científica com uma vocação potencial para se constituir como meio de prova legítimo.

O objectivo deste trabalho será, portanto, o de explorar a contraposição existente entre a legalidade e a liberdade de prova e a sua repercussão na questão da admissibilidade da reconstituição informática do crime como meio de prova no Processo Penal português e, subsequentemente, perceber qual o regime aplicável a este novo instrumento probatório, considerando a necessidade de assegurar o respeito pelas garantias processuais legalmente previstas.

PALAVRAS-CHAVE

Prova; legalidade; atipicidade; proibições de prova; reconstituição informática; princípio do contraditório.

ABSTRACT

This paper deals with the theme of atypical evidence in Criminal Procedure in general, and the admissibility of proof by computer reconstruction of the fact, in particular.

The general framework of atypical evidence in the portuguese criminal procedure system is fundamental to understand how the legality plan can be related to the atypicality level of evidence, without exceeding the limits imposed by prohibitions of proof.

It is therefore important to see if it is possible to defend the existence of an open criminal procedure in which everything that is not prohibited can be valued as an admissible proof.

This is a question applicable to the computer reconstruction of crime, as a new form of scientific criminal evidence with a potential vocation to constitute itself as a legitimate means of proof.

The purpose of this paper is to explore the contrast between legality and freedom of evidence and its repercussion on the question of the admissibility of the computer reconstruction of crime as a means of proof in the Portuguese Criminal Procedure and, subsequently, to understand what the applicable regime to this new proof instrument, taking into account the need to ensure compliance with legally established procedural safeguards.

KEYWORDS

Proof; legality; atypicality; prohibitions of proof; computer reconstruction; principle of the contradictory.

“Não há ciência sem factos (...) São, pois, três as etapas essenciais no caminho a percorrer pelo emitente de um juízo científico: os factos; a razão científica ou, se se preferir, a metodologia científica, e suas relações com a conclusão, o juízo científico emitido.

Portanto, uma base factual irrepreensível será condição essencial do acerto do «juízo científico» e da sua aceitabilidade judicial”.

João Henrique Gomes de Sousa – «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial». In Revista Julgar, n.º 15. Coimbra: Coimbra Editora (2011), p. 41.

Sumário

Introdução; I – Delimitação do Plano da Legalidade e da Atipicidade da Prova; II – A admissibilidade da reconstituição informática; III – O regime aplicável. Conclusões

Introdução

A matéria da prova reveste uma elevada importância no que diz respeito ao Processo Penal, conhecido como um sistema assente num pilar de garantia de direitos dos sujeitos processuais, ao mesmo tempo que zela pelo cumprimento dos deveres necessários para a manutenção da paz social em Estado de Direito Democrático.

Mas a prova pode ter vários campos de aplicação: o da legalidade ou o da atipicidade, mas nunca o da ilegalidade, delimitado pelas proibições de prova, sendo, por isso, fundamental estabelecer a devida ligação entre o que é e o que pode ser permitido,

e o que é de todo proibido, por manifestamente inadmissível à luz dos princípios que enformam o sistema jurídico.

A reconstituição informática como meio de prova admissível em processo penal está dependente desta análise prévia dos conceitos de legalidade e de atipicidade da prova, pois só assim se poderá concluir pela sua integração num destes planos, ou em ambos, e de que forma tal integração pode ser realizada, sem com isso ultrapassar os limites das proibições de prova.

Assim sendo, é importante conhecer e perceber o alcance do regime das proibições de prova, ou seja, os limites aí estabelecidos e que não podem, em caso algum, ser subvertidos em nome de uma necessidade probatória invocada como absolutamente indispensável para a descoberta da verdade.

A caracterização material da reconstituição do crime realizada por meios informáticos é também relevante para perceber qual poderá ser o seu campo de aplicação efectivo no ordenamento processual penal português, com base no exemplo de alguns ordenamentos estrangeiros.

Por fim, e a admitir-se a existência de um novo meio probatório, caberá aferir do seu valor e do seu grau de vinculatividade no ordenamento processual penal, bem como da sua interferência naquela que é a posição do arguido no processo e no exercício do seu direito ao contraditório.

I – Delimitação do Plano da Legalidade e da Atipicidade da Prova

1. A legalidade e a atipicidade da prova a produzir em juízo representam duas faces de uma mesma realidade: a da busca pela descoberta da verdade dos factos².

Com efeito, é nessa procura que assenta o processo penal, ainda que não unicamente de base acusatória, pois ao juiz deve ser dada a possibilidade de actuar activamente, ainda que sempre de forma isenta e imparcial, de modo a obter a melhor decisão da causa. Assim, e como afirma GERMANO MARQUES DA SILVA, “o tribunal

² Há que salientar que esta busca pela verdade dos factos não poderá ser entendida de uma forma absoluta, pois como refere MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, “O homem só pode pretender, como meta possível, (...) a verdade relativa, equivalente à máxima probabilidade. A certeza começará, na matéria de facto, onde se perde, subjectivamente, a consciência da probabilidade sem que, objectivamente, deixe de ser porventura probabilidade”, in *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, 1986, p. 7.

não tem, pois de limitar os meios de formação da sua convicção aos fornecidos pela acusação ou pela defesa, mas tem o dever de investigação autónoma da verdade”³.

Porém, tal não deve significar que ao juiz seja conferida uma permissão de livre arbítrio judicial, traduzida numa busca ilimitada e irrestrita do circunstancialismo associado à prática dos factos.

É esta ideia, aliás, que permite compreender o alcance do art. 127.º do CPP, porquanto a livre apreciação da prova não pode ser sinónimo de arbitrariedade na valoração da prova produzida em juízo.

Por outro lado, constitui elemento fundamental para a concretização desta livre apreciação a necessidade de garantir a imediação probatória ao longo da realização de toda a actividade probatória, pois que, sem o cumprimento dessa exigência legal, muito dificilmente se poderá obter uma decisão final fundamentada e integrada naquele que é um sistema de garantias assente na realidade dos factos *sub judice*⁴.

Com efeito, a demonstração que seja feita da realidade dos factos nada valerá se a prova produzida e trazida a juízo tiver sido conseguida fora daquele que é o quadro legal exigido, assente, eminentemente, no respeito pela dignidade humana e pelas garantias de defesa, co-naturais ao processo penal^{5/6}.

Trata-se, portanto, de assegurar que o processo seja justo, em cada uma das suas diferentes fases e considerando sempre o papel desempenhado pelos respectivos intervenientes⁷.

³ Cfr. *Curso de Processo Penal*, II, 5.ª edição. Lisboa: Editorial Verbo, 2011, p. 158.

⁴ Para uma análise do princípio da livre apreciação da prova e da sua relação com a necessidade de fundamentação da decisão final, v. ROSA VIEIRA NEVES – *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na decisão final penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 127 a 154.

⁵ A este respeito, V. JOÃO CONDE CORREIA – «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial». In *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 4 (2006), pp. 179 a 184.

⁶ Neste sentido, cfr. anotação ao art. 125.º do CPP, feita por JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, V. ANTÓNIO HENRIQUES GASPARET [et al] – *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 427 a 440. Sobre o regime anterior, previsto no art. 173.º do CPP de 1929, e a sua relação com o regime vigente, V. INÊS ROBALO, *Verdade e Liberdade: a atipicidade da prova em processo penal*. Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2012, pp. 45 a 69.

⁷ Para uma análise do processo justo, no âmbito do Direito Processual italiano, V. PAOLO TONINI, *La Prova Penale*, 4.ª edição. Padova: CEDAM, 2000, pp. 6 a 17; *idem*, *Il diritto delle prove penali*. Milão: Giuffrè Editore, 2014, pp. 18 a 20.

2. Foi com o advento do Estado de Direito que surgiu a ideia de que, a cada direito fundamental deveria corresponder uma adequada tutela da sua intangibilidade, subordinada, por sua vez, àquilo que resultasse da respectiva Lei Fundamental.

Assim, a proibição de prova surge como uma consequência necessária do princípio da legalidade probatória, com um amplo âmbito de aplicação quanto aos sujeitos abrangidos, pois “aplica-se não apenas aos arguidos e autoridades judiciárias, mas a todas as pessoas que estejam envolvidas na obtenção e produção de prova com relevância para o processo. (...) As provas proibidas são processualmente inadmissíveis em qualquer nível ou momento em que surjam”⁸.

Diferentes das proibições de prova são as nulidades, cuja distinção pode ser feita se considerarmos que, de um lado temos regras sobre a violação de proibições de prova, cuja consequência será a da proibição de valoração e utilização das provas em causa (nos termos do art. 126.º do CPP), e de um outro lado, temos disposições sobre a violação de regras sobre a produção de prova, que provocam a destruição de todos e quaisquer efeitos que hajam sido produzidos pelo acto nulo, ou seja, nulidades de carácter formal, “substancialmente *diversas* das nulidades enumeradas no artigo 32.º, n.º 8, da CRP”⁹, por não estar aqui em causa a violação de direitos fundamentais, enquadrando-se, portanto, no regime do art. 122.º do CPP¹⁰.

Por outro lado, e apesar de, em regra, as proibições de prova estarem expressamente previstas como tal, no CPP, a verdade é que tal não impede que, nalguns casos, as mesmas possam ser enunciadas de forma implícita – v. art. 187.º do CPP, ou que possam resultar de um outro instrumento legal¹¹.

Se assim é, caberá perguntar se estará verdadeiramente respeitado o princípio da segurança jurídica no que respeita à regulamentação de uma matéria tão importante na

⁸ TERESA PIZARRO BELEZA; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO – «Provas Proibidas». In Jorge Bacelar Gouveia; Sofia Santos (coord.), *Enciclopédia de Direito e Segurança* (2015), pp. 350 e 351.

⁹ V. ac. TC n.º 192/2001.

¹⁰ Ainda sobre as proibições de prova, e a relação com o regime alemão, V. ERNST BELING, «Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal». In *Las Prohibiciones Probatorias*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2009, (tradução de Oscar Julián Guerrero) pp. 3 a 56; KAI AMBOS, «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán». In *Las Prohibiciones Probatorias*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2009, (tradução de Óscar Julián Guerrero) pp. 59 a 149; KARL-HEINZ GÖSSEL, «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (1992). Lisboa: A.2, 3.º, Julho-Setembro (tradução de Manuel da Costa Andrade), pp. 397 a 441; PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, 3.ª Reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 177 a 198;

¹¹ Neste sentido, cfr. G. MARQUES DA SILVA – *Curso...* (cit. nota 2), p. 177.

prática processual penal, como é a das proibições de prova, se algumas dessas proibições forem, afinal, implícitas. Se a resposta for afirmativa, será que a atipicidade de certas provas eventualmente trazidas ao processo, poderá ver, então, alargado o seu campo de aplicação?

Ora, só haverá uma prova proibida se, da sua produção tiver resultado a violação de um direito, aferindo-se, então, se se tratará de uma proibição absoluta, nos termos previstos no art. 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP ou, ao invés, de uma proibição relativa, prevista no n.º 3 do mesmo preceito, quer em relação à produção da prova, quer quanto à respectiva valoração no processo¹².

Por outro lado, e à semelhança do que faz a jurisprudência constitucional nos Estados Unidos da América, poder-se-ia considerar as proibições como uma solução de *ultima ratio*, aferindo-se, em concreto, as razões justificativas das mesmas e a sua relação com o princípio da verdade material do caso.

Temos, portanto, que as proibições de prova são instrumentos que valem globalmente para todos os meios de prova legalmente admissíveis.

Relevante nesta matéria, é a ideia de liberdade da prova, que deve ser entendida no quadro da legalidade processual vigente, onde é permitido o recurso a qualquer um dos meios de prova (desde que idóneos para a resolução do caso concreto), sem que exista qualquer hierarquia ou pré-vinculação entre um certo facto criminoso e o meio de prova utilizado para a sua consideração em juízo^{13/14}.

Ainda assim, a liberdade de prova não poderá ser entendida como uma permissão de alteração da legalidade prevista para cada um dos meios de prova, antes se devendo respeitar o seu regime legal e aplicá-lo em função daquilo que o caso exigir. Esse regime

¹² Neste sentido, e falando da necessidade de “uma cuidada *formalização do procedimento probatório*”, cfr. A. MEDINA DE SEIÇA – «Legalidade da Prova e Reconhecimentos “Atípicos” em Processo penal: Notas à margem de Jurisprudência (quase) constante». In Manuel da Costa Andrade (org.) *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora (2003), p. 1390.

¹³ Sobre o tema das proibições da prova, e as consequências da sua autonomização em processo, v. LUÍS OLIVEIRA – «Da autonomia do regime das proibições de prova». In Teresa Beza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coord.), *Prova Criminal e direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantia de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina (2011), pp. 257 a 290; LUÍS ROSA – «Consequências processuais das proibições de prova». In *Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, n.º 2 (Abril-Junho) (2010), pp. 219 a 277; SANDRA OLIVEIRA E SILVA – «Legalidade da prova e prova proibida». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4 (Out.-Dez.) (2011), pp. 545 a 591.

¹⁴ Para a análise da relação entre legalidade e oportunidade da prova, v. JOSÉ GONÇALVES DA COSTA – «Legalidade versus Oportunidade». In *Revista do Ministério Público*, Ano 21.º, n.º 83 (Julho-Set.) (2000), pp. 83 a 95.

é a sua fonte de legitimidade cujo desrespeito levará à inadmissibilidade¹⁵ do seu uso em juízo e à consideração da mesma como prova ilícita, insusceptível, por isso, de valoração.

3. O princípio da legalidade da prova é uma das bases mais importantes do ordenamento processual penal português. Todavia, e porque o sistema admite todas as provas que não sejam proibidas por lei, há que conjugar esse princípio com o princípio da atipicidade dos meios probatórios que, não obstante não ser densificado no CPP, não deixa de poder ser aqui considerado. De facto, e como bem nota PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “o CPP consagra a regra da não taxatividade dos meios de prova. Ao invés do art. 189.º do CPP italiano, a lei portuguesa não estabelece um critério substantivo especial para a admissibilidade das provas não previstas na lei, pelo que a admissibilidade das provas não previstas na lei rege-se pelos critérios substantivos gerais do art. 340.º”¹⁶.

Com efeito, o art. 189.º do CPP it é um importante bastião da atipicidade da prova^{17/18}, pois que, mesmo admitindo a produção de prova por meios não tipificados expressamente na lei, mas também não proibidos pela mesma, não deixa de prever, simultaneamente, a idoneidade do processo de delimitação do tema da prova, que seja concretamente relevante em face do caso em apreço, assim como, o respeito pela liberdade moral da pessoa e pelo exercício do contraditório pelo sujeito contra quem essa prova tiver sido produzida¹⁹.

¹⁵ Nesta matéria, e referindo-se ao conceito de “inutilizzabilità”, v. P. TONINI, *La Prova Penale* (cit. nota 9), pp. 58 a 60.

¹⁶ Cfr. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 332.

¹⁷ Em sentido divergente em relação a este preceito do CPP it, V. ORESTE DOMINIONI, que afirma que “nella prima parte dispone circa i presupposti speciali di ammissibilità della prova atipica e nell’ultima disciplina il potere-dovere del giudice di predeterminare in via atipizzante la fonte formale (...); non si occupa invece di stabilire se e in quale misura sia legittimata nel sistema l’atipicità probatoria”, in *La prova penale scientifica – gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, p. 88, ficando, portanto, nesta perspectiva, por regular a forma de aplicação da regra da atipicidade ao caso concreto.

¹⁸ Para uma análise deste preceito, no âmbito da atipicidade probatória no Processo Penal italiano, v. LUIGI PAOLO COMOGLIO – «Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo C.P.P.». In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, V. 33, N.º 1-4, (1990), pp. 113 a 147; DELFINO SIRACUSANO – «Prova nel nuovo Codice di Procedura Penale». In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXV, 4. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani (1991), pp. 1 a 14; MASSIMO NOBILI, anotação ao art. 189.º do CPP it. In Mario Chiavario (coord.) *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, vol. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (1990), pp. 397 a 400; GIUSEPPE LA GRECA – anotação ao art. 189.º do CPP it.. In *Nuovo Codice di procedura Penale – progetto preliminare del 1988*, vol. IV. Padova: CEDAM, 1990, pp. 552 a 555.

¹⁹ Para uma análise do actual sistema italiano da prova atípica, V. GIAN RICCI – *Le Prove Atipiche*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, pp. 73 a 80 e 524 a 541, e «Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão: A. LVI, n.º 2, (Junho de 2002), pp. 409 a 452. Para uma análise do sistema italiano da prova atípica, anterior

Desta forma, e mais do que tentar encontrar na lei uma consagração expressa desenvolvida desta ideia de atipicidade, há que perceber se a mesma é compatível com o espírito do sistema e com os interesses ou direitos que nele possam intervir e que são merecedores de tutela constitucional e legal^{20/21}.

O ponto de partida deverá ser, portanto, o art. 340.º do CPP, devidamente conjugado com os arts. 125.º, 126.º e 127.º do mesmo diploma, enquanto concretizações das garantias constitucionais do processo penal, assim como, com o princípio da proporcionalidade, no sentido de assegurar que o meio atípico a utilizar é o necessário e o mais adequado a alcançar o conhecimento verdadeiro das circunstâncias nas quais o facto em análise ocorreu.

Tudo isto, em articulação com a investigação realizada conducente à descoberta da realidade dos factos.

Assim, e como refere PAULO DÁ MESQUITA, “num esquema em que o juiz é co-responsável pela actividade indagatória, em prol dos interesses operativos de *descoberta da verdade e boa decisão da causa*, esse magistrado tem de proceder a permanentes operações de valoração evolutiva, nomeadamente durante a audição da prova apresentada, para *no final* dizer a verdade. Uma vinculação teleológica à verdade que sustenta a possibilidade de o tribunal, a todo o tempo, poder assumir iniciativas integradoras não tipificadas. (...) A verdadeira tensão não incide no valor da verdade, mas nos mecanismos para a atingir, entre perspectivas epistemológicas antagónicas, em que a liberdade de acção probatória do tribunal se apresenta como corolário de um compromisso axiológico, entre a *virtude da acção* e a *virtude da passividade*”²².

Com isto, procura-se alcançar um ponto de equilíbrio entre a intervenção de todos os sujeitos processuais, de modo a que a produção e consequente valoração da prova não tipificada não seja tida como ilegítima.

ao CPP it de 1988, V. ENZO ZAPPALÀ – *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, pp. 93 a 242, com referência aos vários meios de prova atípicos aí já considerados.

²⁰ A CRP consagra um sistema de direitos e garantias que relevam no âmbito do processo penal, nomeadamente nos seus arts. 1.º, 2.º, 19.º, 20.º, 27.º a 32.º, destacando-se o número 8 deste art. 32.º relativamente à inadmissibilidade de todas as provas obtidas que sejam atentatórias da dignidade humana e, cuja concretização, é feita nos arts. 126.º e 125.º do CPP.

²¹ Sobre esta matéria da atipicidade probatória e a relação entre o sistema italiano e o sistema de *common law*, v. ENNIO AMODIO – «Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo». In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno XLII, fasc. 1, Jan-Março (1999), pp. 3 a 9.

²² Cfr. *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento – Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 255.

A integração da prova atípica no espaço de desenvolvimento da actividade probatória é, então, uma das formas de assegurar a adaptação do processo penal às novas exigências impostas por uma nova criminalidade, cada vez mais eficiente e sofisticada, em relação à qual a resposta dos meios probatórios aceites e tradicionalmente utilizados, já não se revela satisfatória.

Sendo, portanto, a realidade física e criminológica, a base na qual assenta o processo penal, e sobre a qual ele próprio se desenvolve, a mesma constitui uma importante variável a considerar quando confrontados com a ocorrência de factos associados à prática de um crime.

Uma das características dessa realidade é, precisamente, a sua constante mutabilidade, que exige, por conseguinte, uma permanente adaptabilidade do processo penal, em geral, e dos seus instrumentos de acção, em particular²³.

Ora, dentro desses instrumentos destacam-se os meios de prova, pelo seu papel na descoberta e desenvolvimento de conhecimentos de investigação na solução de novos problemas. A ciência evoluiu, sendo cada vez mais visível o impacto da inovação e das novas tecnologias no desenvolvimento do processo penal como um sistema aberto, permeável à entrada de novas realidades e, assim, composto por elementos de legalidade e de atipicidade²⁴.

Por outro lado, há que atender ao facto de o desenvolvimento de novas formas de criminalidade (ou de sofisticação das formas de crime já existentes) poder ter uma influência decisiva na criação de meios de prova atípicos ou no aperfeiçoamento dos meios de prova já existentes. Pelo que, haverá sempre que perceber de que forma é que os mesmos poderão encontrar legitimidade no sistema probatório português.

²³ Como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, "(...) muitos dos «novos» problemas são mesmo «velhos» problemas, só que apresentados hoje – e, porventura, mais marcadamente amanhã – expressões exasperadas que, de algum modo, os transubstanciaram e os converteram em algo diferente e, por isso, de novo", in *Bruscamente no Verão Passado – A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 123.

²⁴ Para uma análise da informática no fenómeno probatório, v. VALENTÍN CARRASCOSA LOPEZ [et al.], *El Derecho de la Prueba y la Informática: problemática y perspectivas*. Mérida: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991, pp. 57 a 62.

II – A Admissibilidade da Reconstituição Informática

1. A reconstituição realizada através de meios informáticos pode ser apresentada, segundo alguma doutrina, como uma nova modalidade de “prova penal científica”²⁵, que não deverá ser tida como absolutamente inadmissível à luz do sistema legal da prova, sem antes perceber o que a caracteriza verdadeiramente como potencial instrumento probatório posto ao serviço daqueles que são os fins do processo penal.

Assim, e partindo daquilo que é aceite como reconstituição do facto em processo penal, esta pode ser definida, nos termos do disposto no art. 150.º do CPP como o meio de prova através do qual se pretende aferir da verosimilhança da ocorrência de um crime, num certo tempo, e num certo lugar, e cujo ponto de partida é o próprio circunstancialismo, tal qual fora apreendido pelos intervenientes presentes nesse mesmo momento, sem que, com isso, se busque repetir o que, por si só, é irrepetível. Daí que, tal diligência corresponda, apenas, a “uma encenação de uma versão provável do facto. (...) Mas não se trata de um meio de prova subsidiário do meio de obtenção de prova do exame, pois a reconstituição pode ser necessária, mesmo que tenham sido recolhidos vestígios do cometimento do crime

Desta forma, podemos dizer que a legitimação da actividade probatória realizada em processo penal passará, inevitavelmente, pela articulação estabelecida entre o que se pretende demonstrar (o tema da prova), e os meios através dos quais tal poderá ser obtido (através do meio de obtenção da prova) e conseqüentemente valorado/utilizado (como meio de prova), atendendo à respectiva caracterização da figura concretamente em causa nos autos.

Quanto à reconstituição informática, esta é susceptível de ser caracterizada como uma “animação informática” ou, em alternativa, como uma “simulação informática”, tudo dependendo do fim pretendido pelo sujeito que a apresente em juízo como meio probando e do grau de confiança associado aos princípios científicos invocados aquando de uma simulação realizada por computador²⁶.

²⁵ Neste mesmo sentido, V. O. DOMINIONI – *La prova penal* (cit. nota 22), pp. 107 e 108. Falando numa “metodologia nova e de alta especialização técnico-científica”, cfr. PAOLO TONINI, *Il diritto delle prove penali* (cit. nota 9), pp. 323 e 324.

²⁶ KRISTIN L. FULCHER – «The jury as witness: forensic computer animation transports jurors to the scene of a crime or automobile accident». In *IBP Law Journal and Magazine*, 1998, pp. 58 a 62, referindo que, “A court determines which label to give a computer reconstruction by examining the attorney’s purpose for including it as evidence. If the purpose for inclusion of a computer exhibit is to illustrate a witness’s testimony, then courts often refer to the evidence as an animation. (...) Computer simulations, however, contain

No âmbito do direito norte-americano, o campo de aplicação da reconstituição do crime feita por meios informáticos é, essencialmente, o dos crimes de homicídio e os acidentes de viação, ajudando a perceber de que forma é que os factos respectivamente associados poderão ter ocorrido.

Atendendo à existência de características não inteiramente coincidentes entre estas duas figuras, caberá então perguntar se, afinal, o *nomen iuris* “reconstituição informática” ou “reconstituição do crime realizada por meios informáticos” será o mais adequado para definir esta realidade, atendendo a que o objecto desta figura não é inteiramente coincidente com o da reconstituição do facto, tal como prevista no art. 150.º do CPP.

Assim, e quanto à hipótese de a reconstituição informática do crime poder ser encarada como uma sub-espécie da reconstituição do facto do art. 150º do CPP, e embora reconhecendo que estas duas figuras podem não ser totalmente diferentes, entre si, não podemos deixar de considerar o facto de as mesmas apresentarem características específicas, com potencial relevância no caso concreto a decidir e que permitirá, então, justificar o seu tratamento de forma autónoma, ainda que partilhem o mesmo objectivo: o da descoberta da verdade dos factos, aferindo se um dado facto poderia ou não ter ocorrido de certa forma, ou seja, aferindo da sua verosimilhança atendendo ao contexto em que o mesmo teria ocorrido.

É verdade que podem ser feitas aproximações, mais ou menos credíveis, é certo, mas o facto continuará sempre a ser historicamente irrepetível. Se assim não se entendesse, estar-se-ia a conferir a este instrumento científico um papel algo irrealista e desprovido de sustentação material, pois por mais real que o facto *reconstituendo* possa parecer, a verdade é que tal pode, afinal, não corresponder ao facto realmente ocorrido. Daí a importância de percorrer todas as etapas do *iter* reconstrutivo, analisando todos os dados recolhidos e trazidos ao conhecimento da investigação, de modo a conferir um maior grau de confiança à prova por reconstituição informática e a reduzir o impacto negativo a si associado.

scientific or physical principles, and courts require proof of the validity of the science before allowing the proponent to include it as evidence”.

Assim, esta reconstituição só poderá, então, ser considerada válida se e quando, com ela, se pretender perceber se um facto poderia, ou não, ter ocorrido de uma certa forma ou, se tal meio se revelar inadequado a conseguir obter esse fim^{27/28}.

Caberá, então, perguntar se a esse instrumento estará, ou não, associado um grau de essencialidade capaz de justificar a sua consideração como um meio de prova atípico autónomo e, por conseguinte, independente do prévio recurso à reconstituição tida como tradicional.

Ora, esse grau de essencialidade terá de ser aferido através da análise feita do caso concreto e da respectiva complexidade, e *modus operandi* a considerar à luz dos princípios constitucionais e dos fundamentos do processo penal.

Relevante nesta matéria, será também determinar em que medida a aplicação de uma prova atípica estará, ou não, dependente da existência (e suficiência) de uma prova típica previamente utilizável, no caso concreto.

Sobre este tema das provas atípicas, ALBERTO MEDINA DE SEIÇA afirma que “(...) os meios de prova previstos pelo legislador constituem as formas que a sedimentação histórica considerou como as mais adequadas para a aquisição da informação necessária ao esclarecimento e resolução do problema penal que no processo se discute”²⁹, o que não significa, todavia, e segundo o entendimento do mesmo Autor, que não seja possível considerar outros meios que se venham a revelar, em concreto, mais adequados ao prosseguimento do processo e à obtenção do fim pretendido, devido, por exemplo, a exigências decorrentes das inovações tecnológicas.

Neste sentido, e a propósito dos reconhecimentos atípicos, tem sido defendido que “o princípio da não taxatividade dos meios de prova se liga, no aspecto aplicativo, a um sistema de taxatividade das formas probatórias”³⁰.

²⁷ Neste sentido, V. EURICO BALBINO DUARTE – «*Making of* – A Reconstituição do facto no processo penal português». In Teresa Pizarro Beleza; Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coord.), ***Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal***, Coimbra: Almedina (2011), pp. 12 a 14. Do mesmo Autor, V. ***A Reconstituição do facto no processo penal português: rewind and replay***, 2011, pp. 3 e 4; 7 a 10.

²⁸ Defendendo uma posição mais restritiva daquele que poderá ser o contributo da reconstituição informática como meio de prova, v. FRED COHEN – ***Challenges to Digital Forensic Evidence***, 2.ª Edição, 2007, p. 43, “(...) Just because a computer says so doesn't make it so”.

²⁹ Cfr. do mesmo Autor, «Legalidade da Prova...», cit. nota 11, p. 1409.

³⁰ ANNA MARIA CAPITTA, ***Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penale***. Milão: Giuffrè, 2001, p. 188, apud MEDINA DE SEIÇA – «Legalidade da Prova...» (cit. nota 15), p. 1411.

A este respeito, e tentando estabelecer um ponto de equilíbrio entre a valoração probatória atípica e as exigências de uma legalidade probatória, MEDINA DE SEIÇA refere como requisitos essenciais para a admissão da prova atípica em processo penal, a *necessidade* e a *fungibilidade* da mesma, que pressupõem, por sua vez, a realização de “um juízo *ex ante* sobre a sua abstracta funcionalidade”³¹.

É certo que, eficácia não pode, nem deve ser sinónimo de arbitrariedade, porquanto, num Estado de Direito, impera a legalidade como o primeiro de um conjunto de princípios que não permitem a mera instrumentalização da prova trazida a um determinado processo aos fins que se pretendam alcançar com o mesmo, por algum dos sujeitos em relação aos outros.

Por eficácia deve ser entendido, sim, a aptidão/susceptibilidade de ser produzida a prova que permita alcançar o conhecimento dos factos e, portanto, a verdade associada à narrativa apresentada em juízo.

Assim, e atendendo às dificuldades de percepção da utilidade da informatização da reconstituição do facto criminoso, e aos problemas que daí possam resultar, devido à complexidade desta figura, caberá então perguntar se, falar em “prova fabricada”³² como aquela que poderá resultar desta reconstituição, poderá significar uma perda da fiabilidade desta figura enquanto meio de prova, ou se, pelo contrário, estaremos a seguir uma linha de vanguarda importante para o desenvolvimento do processo penal.

2. Para perceber se, falar em “prova fabricada” quanto à reconstituição feita por meios informáticos, pode corresponder a uma perda de autenticidade da prova trazida para o processo, deve considerar-se algum do labor jurisprudencial já existente quanto a esta matéria.

Como ponto de partida, temos o **Ac. do TC, n.º 137/2001, de 28 de Março**, relativo à prova por reconhecimento e à admissibilidade/inadmissibilidade de reconhecimentos atípicos como meios de prova em processo penal, onde é claramente rejeitado o alargamento do âmbito normativo do princípio da livre apreciação da prova relativamente a momentos anteriores ao momento da aquisição da prova, atendendo a que, se tal fosse

³¹ Cfr. «Legalidade da prova...», cit. nota 11, pp. 1405 a 1413.

³² Sobre este conceito e suas implicações no processo, v. FRED COHEN, *ibidem*, cit. nota 44, pp. 36 a 45 e pp. 85 a 88, quanto ao carácter “malicioso” apresentado relativamente ao uso abusivo que é feito dos computadores.

permitido, o art. 147.º, n.º 4 do CPP perder aplicação e, assim, o princípio da legalidade da prova ser violado pela admissão de provas não previstas pelo sistema processual penal.

Por outro lado, a admissibilidade da reconstituição informática, como meio atípico de prova, e dos limites ao seu âmbito de aplicação, tem vindo a ser tratada em particular pela jurisprudência norte-americana, ainda que de forma não uniforme.

O tratamento desta matéria corresponde à designada *Novel Science*, sustentada pelas decisões proferidas no âmbito dos casos de referência nesta matéria, como o são o caso *Frye v. United States of America*, de 1923 e o caso *Daubert v. Merrel-Dow Pharmaceuticals*, de 1993³³, nos quais é avaliada a admissibilidade da prova produzida através do contributo do perito e o papel que a mesma poderá desempenhar no processo penal.

No primeiro destes casos é posto em evidência o chamado critério/teste da aceitação geral, fazendo depender a admissibilidade da prova científica em processo, da sua aceitação como parte integrante do conjunto de princípios científicos aplicáveis pela comunidade científica.

Contudo, tal critério viria a ser criticado pelo facto de a aceitação desses mesmos princípios, tida como geral (ou pelo menos como tendencialmente geral), poder não ser, afinal, suficiente para resolver o caso, temporalmente localizado, e enquadrado num certo contexto histórico e social, cuja influência na admissibilidade de métodos científicos pode vir a dificultar o consenso necessário a essa mesma aceitação geral³⁴.

No segundo caso, e já no sentido de se conferir ao juiz um papel mais interventivo naquilo que constitui o processo de produção e valoração da prova, foram estabelecidos alguns parâmetros de avaliação do papel do perito e do seu testemunho quando chamado a intervir na investigação criminal, donde se destaca, desde logo, o da *testabilidade* da técnica apresentada em juízo, no sentido de perceber se estamos perante uma mera teoria ou se, pelo contrário, se trata de uma teoria com vocação prática, capaz de ser aplicada em concreto, na descoberta da solução do caso.

³³ Para uma análise mais detalhada sobre estes casos e sobre o seu papel precursor na definição dos limites da admissibilidade na nova prova científica, v. DOMINIONI, *La prova penale...*, cit nota 16, pp. 115 a 177; KRISTIN L. FULCHER – «*The jury as witness...*», cit nota 25, pp. 65 a 66; KAREN D. BUTERA - «Seeing is Believing: A Practitioner's Guide to the Admissibility of Demonstrative Computer Evidence, 1998 John Manos Writing Competition on Evidence». In *Cleveland State Law Review* 511 (1998), pp. 525 a 527;

³⁴ Neste sentido, v. GARY EDMOND - «Science, Law and Narrative: helping the "facts" to speak for themselves». In *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 23, 1999, p. 562.

Um segundo critério a ter em conta, logicamente subsequente a este primeiro, será o da *controlabilidade* da técnica concretamente em causa, mediante a realização de uma segunda análise dessa mesma técnica e, eventual revisão, no caso de a sua aplicação não se revelar eficaz, ou se se entender que não reúne, pelo menos até àquele momento, o acordo da comunidade científica.

Por fim, seria possível aferir da *admissibilidade* da teoria então apresentada, atendendo a todas as provas apresentadas no decurso do processo penal, em geral, e considerando a prova científica produzida, em particular.

Há que referir que para este labor jurisprudencial, foi importante o contributo dado pelas designadas *Federal Rules of Evidence*. Na verdade, trata-se de regras que são normalmente tidas em conta pelos tribunais norte-americanos, porquanto correspondem a parâmetros de decisão auxiliares da formação da convicção judicial^{35/36}.

Assim, pode considerar-se que, segundo estas regras, ao juiz é conferido um papel de guardião das garantias processuais, *maxime* de defesa do direito ao contraditório, o que adquire especial importância no âmbito do sistema processual penal norte-americano onde a valoração da prova é feita por um júri.

Por outro lado, releva também o facto de o conhecimento demonstrado pelo perito estar alicerçado num sistema científico de valor reconhecido e de o mesmo ser aplicado correctamente pelo especialista, com base na idoneidade da prova do facto em causa.

Ponto importante, e concretização do princípio da lealdade processual, é a exclusão de toda a prova que, ou por poder gerar equívocos perturbadores do bom esclarecimento do julgador ou, por poder provocar o aumento da duração do processo em termos desproporcionais em fase da complexidade da causa, não contribuir para a descoberta da verdade ou não o permitir dentro do prazo razoavelmente exigível.

Quanto à admissibilidade de uma prova eminentemente científica, e como bem sintetiza INÊS ROBALO, “na sequência do caso *Daubert*, não foi, pois, estabelecido, na

³⁵ Segundo DÁ MESQUITA – *A prova do crime...*, cit. nota 21, p. 207, tais regras constituem o “código federal de direito probatório que deu origem a um processo espontâneo e inédito de harmonização das legislações estaduais. (...) As *Federal Rules of Evidence* constituem um sistema normativo com assumidas preocupações funcionais de descoberta da verdade, revelada em várias fases do processo legislativo, em particular na controvérsia e rejeição parlamentar do inovador capítulo sobre as *prerrogativas* probatórias.

³⁶ Para uma análise da evolução dos critérios de admissibilidade da prova científica, v. BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da prova penal: Bruscamente a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2010, pp. 621 e 622. Ainda sobre as *Federal Rules of Evidence*, v. O. DOMINIONI – *La prova penale...*, cit nota 16, pp.132 a 135.

jurisprudência norte-americana, um elenco fechado de critérios de admissibilidade da prova científica, permitindo-se que o juiz recorra a outros juízos válidos e idóneos para a aferição da fiabilidade deste tipo de prova nova. No que aos meios científicos de prova diz respeito, quando (verdadeiramente) atípicos, a verificação da sua idoneidade, para efeitos de admissão de tal meio no processo, passará, inevitavelmente, por juízos de credibilidade do meio ou método escolhido no próprio ambiente ou campo científico em que o mesmo se insere³⁷.

Desta forma, e quanto aos requisitos que têm de estar preenchidos para uma realização válida da reconstituição informática do crime, há que considerar o que se definiu no caso *Kudlacek v. Fiat S.p.A*, de 1994: há que garantir, desde logo, que o computador a utilizar na reconstituição está a funcionar correctamente para depois inserir as regras matemáticas necessárias, assim como de todos os dados relevantes para a realização do *iter* reconstrutivo, devendo assegurar-se simultaneamente que o programa/sistema utilizado nesta operação é o correcto e, comunicar previamente a todos os sujeitos processuais envolvidos todos os elementos utilizados nesta actividade probatória, para efeitos de exercício pleno do princípio do contraditório.

No caso *People v. Duenas*, de 2012, o Supremo Tribunal da Califórnia veio admitir a realização da reconstituição informática do crime, tal como já havia decidido o tribunal *a quo*, tendo sido negado que as animações que foram informaticamente realizadas mediante a reconstituição dos factos poderiam revelar-se prejudiciais pelo facto de poderem persuadir indevidamente o júri desse processo.

Com efeito, um dos principais argumentos contra a admissibilidade deste instrumento como meio de prova reside, precisamente, no papel ou influência que o mesmo é susceptível de exercer sobre o júri, podendo, até, facilitar a sua actividade de sistematização da prova trazida a juízo, ao apresentar uma narrativa virtual já construída, o que ganha particular relevância no caso de ao júri ser apresentado um cenário para si completamente desconhecido e em relação ao qual poderá ter dificuldades de compreensão imediata o que, favorecerá a aceitação acrítica dessa representação³⁸.

³⁷ Cfr. *Verdade e Liberdade...* (cit. nota 5), p. 116.

³⁸ Neste sentido, cfr. MEGAN DUNN [et al] – «The Jury Persuaded (and Not): Computer Animation in the Courtroom». In *Law and Policy*, Vol. 28, n.º 2, Abril (2006), p. 230.

Uma solução para este problema poderá ser encontrada na criação de mecanismos eficazes de controlo, apresentados no caso *Verizon Directories v. Yellow Book USA*, de 2004, a utilizar/valorar pelos juízes no sentido de acabar com a pré-compreensão negativa ainda existente quanto à reconstituição informática do crime³⁹, de modo a evitar a manipulação do subconsciente do espectador que, no caso norte-americano, é o júri do processo.

Um contributo aqui importante que também pode ser dado sempre que haja o recurso à reconstituição do crime por meio informático, e à semelhança do que se verificou no caso *supra* referido, *People v. Duenas* de 2012, diz respeito à intervenção do especialista responsável pela reconstituição que, neste caso, advertiu, antes de se proceder à visualização da reconstituição realizada, de que o que se iria ver não teria acontecido exactamente daquela forma, antes se tratando de um instrumento criado com base na compilação dos dados recolhidos, ajudando a recriar a versão apresentada dos factos pela acusação, neste caso em especial, e segundo a interpretação feita da evidência já produzida através de todos os meios disponíveis para tal.

Um outro argumento apontado contra a admissão da reconstituição informática como meio de prova e, ainda relacionável com o anterior, diz respeito à falta de fiabilidade ou de confiança da situação objecto da reconstituição em concreto⁴⁰.

Assim, e apesar de a reconstituição informática não ser, ainda hoje, uma técnica probatória de admissibilidade consensual⁴¹, podemos dizer que é já uma prática que se

³⁹ Cujas concretizações foram feitas neste caso através da enumeração das categorias de exposição aqui relevantes quanto a este meio de prova, a saber: i) imagens estáticas (como os mapas, gráficos e tabelas); ii) imagens em movimento (animações, nas quais as imagens estáticas são sucessivamente apresentadas em movimento); iii) Recriações (que permitem simular a natureza dos factos ocorridos); iv) modelos criados por computador (baseados em fórmulas matemáticas que são simplificadas); v) imagens melhoradas (resultam da junção entre imagens estáticas e imagens em movimento).

⁴⁰ Neste sentido, cfr. o caso *Lopez v. Foremost Paving, Inc.*, no qual se concluiu que na reconstituição realizada de um acidente com um camião de brinquedos, não foram tidas em consideração aspectos essenciais como a neblina e a escuridão existentes ao tempo e no local do acidente, pelo que tal reconstituição não foi admitida em juízo.

⁴¹ Tal deve-se ao facto de haver decisões jurisprudenciais que admitem e valoram a prova obtida mediante a reconstituição informática, por contraposição a outras que a rejeitam, por considerá-la inadmissível à luz do sistema probatório vigente. Neste sentido, cfr. KRISTIN L. FULCHER – «The jury as witness...», cit. nota 25, pp. 57 e 58, e ver ainda a jurisprudência aí referida pela Autora. Há também, por parte de alguma doutrina norte-americana, hesitações quanto à admissibilidade desta reconstituição informática como meio de prova, principalmente no que diz respeito à sua potencial influência prejudicial na formação da convicção do júri. Neste sentido, cfr. MEGAN DUNN [et al] – «The Jury Persuaded...», *idem*, cit. nota 37, pp. 228 a 248 (utilizando uma linguagem mais analítica e matemática); KATHERINE GODDEN – «Cartoon Criminals: the nuclear future of computer animation in the Minnesota Criminal Courtroom – *State v. Stewart*». In *William Mitchell Law Review*, vol. 30, Art. 19 (2003), pp. 361 a 363; JOHN SELBACK – «Digital Litigation: the prejudicial effects of computer-generated animation in the courtroom». In *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 9 (1994), pp. 353 a 362.

tem vindo a afirmar na jurisprudência norte-americana, baseada numa aplicação segundo padrões comuns de admissibilidade.

Deste modo, e apesar da importância reconhecida à prova pericial como uma das manifestações assumidas pela figura da prova científica⁴², há que perceber como é que a utilização dos meios informáticos pode contribuir para uma maior credibilização da reconstituição como meio de prova em processo penal ou, pelo contrário, confirmar o entendimento segundo o qual estamos perante um meio de prova de carácter falível.

Há já autores italianos que consideram esta reconstituição informática, em parte, como uma “substantive evidence”⁴³, com uma autonomia própria devida ao seu carácter inovador e de cariz técnico-científico, aplicável no campo judiciário⁴⁴. Assim sendo, e tal como é apontado por alguma doutrina sobre esta matéria, o grau de confiança da reconstituição informática como meio de prova está dependente da verificação de certos requisitos, que dizem respeito à qualidade técnica demonstrada pelo *software* e *hardware* utilizados, mas também a competência do perito interveniente e a garantia de que os dados de base são os correctos, face à situação que se pretende reconstruir⁴⁵.

O juiz poderá desempenhar, neste campo, uma função de controlo específica, justificada, por um lado, nos seus poderes de gestão processual, e por outro lado, na posição de agente/interveniente *supra partes*, com a imparcialidade necessária e exigida para a formação da sua convicção.

3. Em processo penal, e atendendo ao importante princípio da imediação, a prova deve ser produzida em audiência de julgamento e perante todos os sujeitos processuais, com excepção das situações de obtenção da prova nas fases preliminares do processo. Isto mesmo resulta do disposto no art. 355.º do CPP. Pelo que, mais uma vez

⁴² Para uma caracterização da prova pericial como prova científica, à luz do art. 220.º do CPP it. e a sua relação com a regra probatória assente num silogismo judiciário, por contraposição com a regra do silogismo probatório, v. PAOLO TONINI, *Il diritto* (cit. nota 6), pp. 52-60.

⁴³ A este respeito, M. J. HENKE – «Admissibility of Computer-Generated Animated Reconstructions and Simulations» In *Trial Lawyer's Guide*, 1992, p. 434.

⁴⁴ Cfr. O. DOMINIONI, *ibidem* (cit. nota 16) pp. 77 e 78, “Può essere che la novità giudiziaria di uno strumento di prova abbia modo di essere compensata dal fatto che questo costituisce patrimonio acquisito della comunità scientifico-tecnica. In tale situazione, nell'affrontare i problemi posti dal fatto che uno strumento probatorio è inedito all'esperienza giurisprudenziale (è il caso appena richiamato, per quanto riguarda la realtà italiana, della ricostruzione del fatto mediante *computer*), il giudice può attingere ai contributi di consolidate verifiche della sua validità in campo scientifico-tecnico”.

⁴⁵ Cfr. M. J. HENKE, *ibidem* (cit. nota 42), pp. 434 a 438.

constatamos que não é admissível um regime que preveja a existência de uma liberdade plena quanto à aquisição da prova.

Ora, se assim é, como poderá, então, ser valorada a prova produzida através da reconstituição informática do crime, se considerarmos que a mesma pode ser criada através da intervenção de apenas um sujeito processual, e fora dos limites físicos do tribunal?

O consentimento manifestado pelos restantes sujeitos processuais pode desempenhar aqui alguma importância, mas não pode ser encarado, sem mais, como a única solução ou como a solução legitimadora da valoração da prova obtida mediante a reconstituição informática⁴⁶.

Com efeito, esse consentimento não pode, nem deve ser entendido em termos amplos, ou de uma forma ilimitada, legitimando-se uma convicção formada sem a devida fundamentação.

Assim, uma escolha consciente pelos sujeitos intervenientes num processo tem de ser precedida de um esclarecimento igualmente lúcido e fundamentado, o que pressupõe, por sua vez, um entendimento claro daquilo que poderá vir a constituir um meio idóneo para ajudar a descobrir a verdade dos factos⁴⁷.

Para que o juiz possa intervir sem, com isso, comprometer a imparcialidade que lhe é exigida como legítimo julgador, há que ter presente que, “a objectividade decorrente da prova produzida é intermediada, na decisão final, pela natural subjectividade do julgador, na medida em que se consubstancia em um acto humano. O *quid* de onde brota o convencimento ou a convicção do julgador pode ser constituído pelos factos carreados e produzidos em um determinado processo (...) ou em outros elementos de natureza extra-processual, pelo que importa definir se todos têm a mesma relevância processual”⁴⁸.

⁴⁶ Como afirma G. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, I, 4.ª edição. Lisboa: Editorial Verbo, 2000, pp. 51 e 52, “sem olvidar que a jurisdição é sem dúvida elemento relevantíssimo e fundamental do processo penal, ao destacar-se o relevo e essencialidade da jurisdição, não deve minorar-se a também importantíssima função da acusação e da defesa num processo com estrutura acusatória, não só na própria génese da actividade jurisdicional como na determinação do seu alcance e limites”.

⁴⁷ Como refere ROSA VIEIRA NEVES, *idem* (cit. nota 3), pp. 152 a 154, “o princípio da legalidade da prova é o precedente lógico do princípio da livre apreciação, que rege a valoração da prova e que significa a não vinculação a critérios de valoração probatória pré-estabelecidos. O juízo valorativo inerente à livre apreciação da prova, enquanto critério da decisão penal, constitui um momento de legalidade vinculada, na medida em que só é admissível como válida uma única solução: aquela que contém o acerto jurídico, quer a decisão se consubstancie em uma condenação ou em uma absolvição. O princípio da livre apreciação da prova é uma *condictio* para bem julgar. (...) assenta na obrigação do dever de fundamentação (...) que não é um limite ao princípio da livre apreciação da prova, antes deve ser entendido como o sustentáculo material legitimador da decisão final. A decisão final comporta três partes: a da verificação dos factos, a da valoração desses factos e a da aplicação do direito.

⁴⁸ V. ROSA VIEIRA NEVES, *idem* (cit. nota 3), p. 147.

Ora, no caso da prova científica, nomeadamente a prova obtida através da reconstituição informática do crime, é possível enquadrá-la no âmbito de uma “*superperizia*”⁴⁹, sujeita a um controlo do juiz, com base no seu saber comum, mas aplicado em função da complexidade do problema em juízo⁵⁰.

Por outro lado, e tratando-se de um instrumento ainda controverso e cuja utilização exige uma grande especialização, cabe aqui também referir um outro mecanismo específico de controlo da prova por esta reconstituição informática do facto: a regra n.º 2.504.3, integrada nas denominadas “*Maryland Rules of Practice and Procedure*”, em 1998⁵¹, pelo Tribunal de Apelação de Maryland, definindo os termos da sua utilização e os respectivos limites.

Ora, de entre esses limites, é possível indicar, desde logo, o que diz respeito à informação que é considerada e inserida no computador para, através dela, se reconstruir o facto *restituendo*. Tem de haver um controlo técnico eficaz nesta matéria, para evitar uma reconstituição errática, que diminua a credibilidade que lhe é exigida para poder valer como meio de prova em processo.

Um outro aspecto a ter em consideração, é a possibilidade de ocorrer algum tipo de erro no computador utilizado que inviabilize a correcta reconstituição dos factos.

Assim, podemos afirmar que o juiz pode desempenhar aqui um papel importante na construção de uma linha de acção direccionada no sentido da admissibilidade da reconstituição informática como prova penal científica válida. Senão vejamos.

Ao juiz é exigido que julgue segundo a sua prudente convicção, e sempre no quadro dos princípios que regem a actividade probatória.

⁴⁹ Nas palavras de O. DOMINIONI, *idem* (cit. nota 16), pp. 72 e 73, “L’intreccio fra «sapere comune» e «specifiche competenze» può far registrare articolazioni ben maggiori del mero subentro, nella ricostruzione del fatto, delle seconde al primo e, nell’ulteriore sequenza procedurale, dell’impiego delle risorse ricavate dal «sapere comune» per controllare l’operato dell’esperto. (...) Per la testimonianza, ad esempio, l’elaborazione giurisprudenziale fornisce, in un continuo lavoro ricostruttivo, criteri che ne assicurino una razionale, controllabile e controllata valutazione e che sono ricavati ora da massime di comune esperienza, ora dai saperi scientifici e tecnici quali la scienza del comportamento e la psicologia della testimonianza. Il che fa parte del «sapere comune» del giudice e delle parti, quando e in quanto da esso assimilati. Il problema valutativo può tuttavia presentarsi particolarmente complesso, tanto da richiedere «specifiche competenze»”.

⁵⁰ DOMINIONI, *ibidem*.

⁵¹ Esta regra, com a epígrafe “Computer-Generated Evidence”, consta do *West’s Annotated Code of Maryland Rules (Refs & Annos)*, Título 2 – Civil Procedure – Circuit Court, Capítulo 500, Trial, disponível em:

[https://govt.westlaw.com/mdc/Document/N712F09B09CEA11DB9BCF9DAC28345A2A?viewType=FullText&originationContext=document&transitionType=CategoryPageItem&contextData=\(sc.Default\)](https://govt.westlaw.com/mdc/Document/N712F09B09CEA11DB9BCF9DAC28345A2A?viewType=FullText&originationContext=document&transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)) (consultado a 10 de Setembro de 2016).

No entanto, a prova científica e a atipicidade⁵² que a certas manifestações da mesma pode estar associado enquanto meio de prova processualmente legítimo, assente num procedimento técnico orientado para a obtenção de resultados, exige um especial conhecimento dos limites existentes quanto à integração da mesma no elenco dos meios passíveis de consideração em juízo.

4. Atendendo à modernização constante das diferentes formas de criminalidade, caberá perguntar se o impacto dessa inovação poderá justificar a aplicação da reconstituição informática apenas à criminalidade já objecto de análise através da reconstituição clássica do facto, designadamente a que diz respeito aos crimes de homicídio e à que se tenha verificado no âmbito de acidentes de viação ou se, poderá ir mais além.

Neste âmbito, podemos considerar como sendo o ponto de partida o art. 124.º do CPP, fazendo depender a prova da relevância jurídica manifestada pelos factos que a sustentam e que podem contribuir para a boa decisão do processo.

Referindo-se à reconstituição do facto prevista no art. 150.º do CPP, EURICO BALBINO DUARTE entende que, e embora “não se verificando qualquer entrave normativo ao objecto susceptível de reconstituição, este encontra, no entanto, uma limitação na própria natureza dos factos probandos. (...) nem todos os elementos fácticos são reconstituíveis. Tal poderá ocorrer, por um lado, em função da sua impossibilidade lógica (...) ou, por outro lado, em razão da sua manifesta inutilidade prática”⁵³. Como exemplo dessa impossibilidade lógica, este Autor refere a reconstituição do facto da paternidade, relativamente à qualificação do homicídio (art. 132.º, 2, a), do CP); e como exemplos de inutilidade prática, o Autor indica a reconstituição do facto do crime de difamação (art. 180.º do CP) e do crime de emissão de cheque sem previsão (art. 11.º do DL n.º 316/97, de 19 de Novembro)⁵⁴.

Com efeito, parece ser este o melhor entendimento, porquanto à reconstituição não pode ser conferido um papel de meio de prova absoluto ou universal,

⁵² Lembrando que nem toda a prova científica é susceptível de ser integrada no fenómeno da atipicidade probatória, O. DOMINIONI, **La prova penale...** (cit. nota 16), pp. 30 a 37; RICCI, **Le prove atipiche** (cit. nota 18), p. 529.

⁵³ Cfr. «*Making of – A Reconstituição do facto...*» (cit. Nota 26), p. 23.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 23.

antes se devendo compatibilizar com outros meios probatórios, em função daquilo que o caso concreto exigir em termos de procura e valoração dos factos respectivos.

Contudo, quanto à reconstituição informática, poder-se-á justificar um outro entendimento, pois que, e ainda que se possa considerar esta figura como sendo tributária da reconstituição clássica do facto, a verdade é que as suas especificidades técnicas permitem um maior grau de abrangência naquele que é, ou pode ser, o campo de aplicação da actividade probatória em processo penal⁵⁵.

III – O regime aplicável

1. A reconstituição informática do crime pode ser considerada como uma figura tributária da reconstituição do facto prevista no art. 150.º do CPP⁵⁶.

Com efeito, e relacionando o que resulta deste preceito com os fundamentos da reconstituição informática, podemos concluir que estamos perante duas espécies de uma mesma realidade: a reconstituição. Partilham os mesmos fins, fundamentos e pressupostos, tendo como objecto potencial comum o mesmo tipo de casos (ainda que a reconstituição informática possa ter um campo de aplicação mais alargado), alicerçados em certo tipo de factos, designados de *reconstituendos*, partilhando também a parte essencial do seu *nomen iuris*.

No entanto, e apesar destas similitudes, a verdade é que o carácter informatizado da reconstituição lhe confere, inevitavelmente, uma complexidade acrescida que, não poderá bastar-se com a simples regulamentação da reconstituição clássica do facto. Por outro lado, a aplicação *mutatis mutandis* desse mesmo regime do art. 150.º do CPP à reconstituição informática, em função das características específicas desta última, também não é admissível, pelo facto de tal aplicação revestir um carácter vago e algo indeterminado, por ser de difícil concretização/adequação à nova figura aqui em análise. Além disso, revelar-se-ia contrário ao espírito do sistema jurídico defender a aplicação (algo irrestrita) da regulamentação legal de um meio probando típico, a um outro meio ainda que este revelasse já vocação probatória.

⁵⁵ Segundo HENRY LEE – *Crime Scene Investigation*. Taoyuan, Taiwan: Central Police University Press, 1994, p. 1, “Reconstruction not only involves the scientific scene analysis, interpretation of scene pattern evidence and laboratory examination of physical evidence, but also involves systematic study of related information and the logical formulation of a theory”.

⁵⁶ Sobre a *ratio* da reconstituição do facto como meio de prova, v. JERRY CHISUM – «Crime Reconstruction». In *The Forensic Laboratory Handbook: Procedures and Practice*, 2006, pp. 70 a 73.

A essa vocação está associada a complexidade da reconstituição informática, que é o resultado da junção, na mesma figura, da influência exercida pela prova por reconstituição, pela prova pericial e pela prova documental, pelo que, a integração e consequente valoração pelo sistema terá de ser realizada adaptando essa realidade à prática existente e legalmente prevista.

Com efeito, a prova pericial reveste uma particular importância no âmbito do Processo Penal, na qual “o perito pode funcionar como mero descobridor da prova recorrendo a métodos científicos únicos a permitirem a sua apreensão (exames dactiloscópicos e alguns toxicológicos) ou pode-se exigir ao perito não apenas a percepção ou descoberta científica desses factos mas, essencialmente, a sua apreciação (exame às faculdades mentais, perícia à personalidade, etc.)”⁵⁷.

Contudo, e no que à reconstituição informática do facto diz respeito, o papel do perito terá de ser considerado como algo mais. O foco terá de ser o da prova da verosimilhança do facto reconstituído, à luz do que resultar das declarações do arguido e do depoimento de outros intervenientes, de tal modo que a ideia apresentada como demonstração do facto criminoso corresponda a uma teoria válida e assente em bases científicas suficientemente sólidas e credíveis para se poder legitimar o *iter* reconstutivo como âncora da verdade que se procura alcançar.

De facto, trata-se aqui de actuar segundo o método da tentativa e erro (pelo menos até uma certa fase do *iter* reconstutivo), pelo que, às experiências realizadas deve corresponder, já, um grau de conhecimento razoável das circunstâncias em que ocorreu o crime⁵⁸.

O objectivo será, sempre, o de chegar a uma decisão devidamente fundamentada e alicerçada na prova produzida no processo⁵⁹.

2. A reconstituição informática do crime estará, então, a meio caminho entre aquela que é a reconstituição clássica do facto e a designada prova pericial, pelo que, podemos dizer que se trata de uma *reconstituição informática atípica*, em virtude de não existir, até

⁵⁷ MARQUES FERREIRA, «Meios de Prova», In Centro de Estudos Judiciários (org.), *Jornadas do Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina (1991), p. 254.

⁵⁸ Referindo-se à reconstituição do facto como método que não pode ser utilizado sem toda a prova, como decorrência do respeito pela ética, v. JERRY CHISUM – «Crime Reconstruction», (cit. nota 55), pp. 74 e 75.

⁵⁹ Afirmando ser a decisão final a finalidade a atingir através da produção da prova, v. PAOLO TONINI – *La Prova Penale* (cit. nota 6), p. 27.

ao momento, e em relação à mesma, previsão expressa no ordenamento jurídico português.

O facto de se tratar de uma figura com aspectos semelhantes aos verificados em relação a outros meios de prova (como o da reconstituição do facto, o da perícia e o da documental) não significa que deva ser considerada, por natureza, como um deles, nem como uma combinação híbrida de todos.

A reconstituição informática vale por si mesma como uma nova realidade atípica, cabendo, sim, perguntar de que forma é que a mesma poderá vir a vincular os sujeitos de um processo onde venha a ser utilizada.

É certo que no nosso ordenamento jurídico o precedente judicial, associado à consolidação de uma certa prática, não constitui fonte de direito, nem é, tão pouco, vinculativo para os tribunais.

No entanto, esse facto não pode, nem deve retirar valor ao contributo que a reconstituição do facto realizada mediante meios informáticos pode dar como meio de prova admissível em direito. A complexidade desta figura e a respectiva ausência de regulamentação no ordenamento jurídico português são aspectos fundamentais para responder à questão da sua admissibilidade e valoração em processo penal.

A resposta passará pela integração no espaço restante de atipicidade possível deste ordenamento, e segundo uma lógica necessariamente gradativa, em função daquilo que é ditado pelas exigências de legalidade da prova e de garantia dos direitos do arguido.

Por outro lado, o facto de o precedente judicial não ser admitido no nosso ordenamento jurídico, não exclui que não se possam considerar os exemplos passados, nomeadamente de casos já decididos noutros ordenamentos jurídicos, como o norte-americano, quando as matérias em causa assim o exigiam.

Neste sentido, a ideia de atipicidade da prova pode, então, adquirir aqui uma verdadeira efectividade/aplicabilidade se e quando estivermos perante provas integráveis no espaço permitido de direito, no qual os elementos de atipicidade constituiriam um complemento aos elementos de legalidade, no sentido em que, através daqueles poderá ser possível obter a verdade, ainda que, só aplicáveis em relação a certo tipo de casos.

As provas atípicas, como a reconstituição informática do crime, podem, assim, representar um *plus* em relação às provas típicas. Não se trata de tentar legitimar o que o

não pode ser, por si só, legitimável, nomeadamente no que respeita à matéria das provas proibidas. Trata-se, sim, de encontrar soluções que, sem desrespeitarem as exigências do sistema, possam contribuir para uma maior efectividade do mesmo.

Neste âmbito, volta a ser importante falar na verosimilhança como característica essencial da prova por reconstituição realizada por meios informáticos. Esse juízo verossímil (ou de verossimilhança) passaria, em primeiro lugar pela análise dos factos conhecidos, classificados em assentes e não assentes, e em segundo lugar, pela tentativa de estabelecimento de uma ligação entre eles de modo a aferir do seu grau de correspondência com a realidade⁶⁰.

Ora, essa análise dos factos conhecidos, que precede a formulação desse juízo de verossimilhança, tem a si subjacente uma actividade de investigação, realizada segundo certos parâmetros jurídicos e científicos, mas sempre integrados numa lógica de controlo dessa mesma acção de investigação, estabelecida pelos ditames do sistema jurídico⁶¹.

Assim, e atendendo à divisão estrutural do processo penal, por várias fases, e com condutores específicos em função dos objectivos a alcançar em cada uma dessas fases, há que atender à distinção fundamental entre *juízo de probabilidade* e *juízo de certeza* (aferidos em função de conhecimento já obtido quanto à possibilidade de condenação futura do arguido)⁶².

Temos, portanto, que o processo penal tal como se encontra estruturado no âmbito de um Estado de Direito Democrático, exige a correcta e legal articulação entre o conceito de indícios e a sua influência para a obtenção dos resultados da actividade investigativa e, entre a garantia de que o arguido não é julgado em momento anterior ao do encerramento da produção de toda a prova a produzir em juízo.

⁶⁰ Como afirma ELIOMAR DA SILVA PEREIRA – *Investigação, Verdade e Justiça – A investigação criminal como ciência na lógica do Estado de Direito*. Porto Alegre, Núria Fabris Editora, 2014, pp. 124 e 125, tendo por referência a concepção defendida por Irving Copi, "(...) a investigação criminal se desenvolve segundo o padrão de investigação científica, em que o raciocínio parte de factos prováveis, para chegar a explicações razoáveis. Não se chega a conclusões verdadeiras, no sentido em que se espera da lógica dedutiva, mas a conclusões verossímeis. Reconhece-se, assim, na lógica investigativa do crime, o carácter limitado da indução, o que significa reconhecer os limites epistémicos do conhecimento científico a respeito de factos".

⁶¹ Segundo refere ELIOMAR DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, "(...) na lógica investigativa, encontram-se elementos especificamente cognitivos que concernem ao conhecimento em geral e sua pretensão de verdade, além de outros especificamente jurídicos que concernem à pretensão de justiça, pela limitação do poder. (...) De facto, necessidade de prova, possibilidade de refutação e convicção reflectem na investigação dos crimes aspectos da lógica da pesquisa científica, que no processo penal assumem um carácter jurídico".

⁶² ROSA VIEIRA NEVES, *Idem*, pp. 150 e 151.

Assim sendo, o valor da reconstituição do facto realizada informaticamente poderá ser limitado em virtude do (s) seu (s) grau (s) de vinculatividade, considerados de forma gradativa em função das exigências probatórias verificadas *in concreto*.

Num primeiro momento, falaríamos de uma *vinculatividade restrita*, porquanto associada ao plano da atipicidade, cujo regime seguiria os parâmetros de validade tal como se encontram previstos pelos princípios constitucionais e de processo penal, nomeadamente o regime do art. 340.º e do art. 125.º, ambos do CPP.

Num segundo momento, já poderíamos falar de uma *vinculatividade condicionada mas potencialmente plena* da reconstituição informática pois, e apesar da sua forte vocação para se constituir como um meio de prova e da sua eventual consolidação na prática processual como um efectivo meio de prova atípico (mas legítimo porque capaz de assegurar a eficácia garantística do processo penal relativamente aos direitos de todos os sujeitos processuais envolvidos), a verdade é que essa consolidação prática não seria, ainda, suficiente para garantir uma vinculação do tribunal a este novo instrumento probatório. Antes estaria condicionada à existência de uma regulamentação específica, criada *ex novo*, que densificasse o regime actualmente existente quanto à admissibilidade de provas atípicas em processo penal. Neste caso, deveria ser desenvolvido o regime previsto nos arts. 125.º e 340.º do CPP, podendo, para tal, ser importante considerar o saber de experiência feito ao nível do direito probatório norte-americano, aplicável *mutatis mutandis* ao ordenamento jurídico português.

Poderia ser também útil considerar aqui o regime das provas atípicas existente no ordenamento processual penal italiano, nomeadamente o art. 189.º do CPP it, garantindo-se os direitos de defesa, a ser exercidos de forma eficaz no caso concreto, através do estabelecimento de um critério substantivo adequado à admissão das provas atípicas em processo penal.

Havendo essa densificação do plano da atipicidade, no sentido de permitir delimitar com maior precisão o que pode ou não integrar o espaço permitido das provas atípicas, tornar-se-ia desnecessário recorrer a outras vias de solução, como o sejam a criação de um regime legal aplicável especificamente à reconstituição informática do crime como novo meio de prova, autónomo dos demais.

A efectividade do processo penal deve ser considerada em articulação com a proporcionalidade das soluções apresentadas, de modo a evitar uma regulamentação excessiva e vazia de conteúdo útil,

Assim, parece ser a melhor solução a que diz respeito ao desenvolvimento do regime da atipicidade probatória no sentido de garantir que meios de prova científicos adquiram a força probatória necessária para evitar a desconfiança em relação à sua utilização.

A reconstituição informática atípica pode revelar-se de grande utilidade como meio de prova, principalmente se se considerar a existência, num único caso, de um grande número de acontecimentos ou de circunstâncias de cariz muito complexo, que requeiram uma simplificação daquilo que é apresentado como a realidade do facto ocorrido.

Uma vez produzida, essa prova terá ser valorada pelo julgador, de modo a legitimar a decisão tomada a final, com base num dos dois modelos existentes de apreciação da prova (cfr. arts. 127.º e 163.º, ambos do CPP)

É de realçar o contributo dado pelo juiz neste âmbito, pois que, a reconstituição informática do crime não se basta com os conhecimentos periciais do técnico trazido a juízo. Antes se exige que esses sejam complementados pelas regras da experiência⁶³ e pelo saber jurídico, *cientificando* os dados *sub judice*.

Assim, poderemos falar de uma apreciação probatória da *reconstituição informática atípica* em termos tais que não fosse retirada ao julgador a possibilidade de livre apreciação dessa prova produzida pelo perito, nos termos do art. 127.º do CPP⁶⁴.

A participação do *perito reconstrutor* e o juízo científico por si formulado estariam sempre assegurados, não no sentido de subtrair ao julgador a sua livre apreciação, mas sim, no sentido de permitir que este apreciasse a prova ora produzida, de acordo com a sua experiência comum.

⁶³ Quanto às regras da experiência, afirma ROSA VIEIRA NEVES – *A Livre Apreciação da Prova...* (cit. nota 3), p. 149, “As regras da experiência comum podem reconduzir-se a dois grupos: de um deles farão parte aquelas regras da experiência comum cujo carácter técnico é fácil e potencialmente apreensível, encerrando o conhecimento de um homem de cultura média; o outro grupo será integrado pelo conjunto daquelas regras cujo carácter técnico transcende o conhecimento comum (neste último caso, impõe-se que o julgador se socorra dos meios técnicos e do conhecimento técnico daqueles que efectivamente o detêm, pois só nesta medida tais factos poderão adquirir relevância).

⁶⁴ Trata-se de um princípio também ele sujeito a limites, correspondentes: “(...) a. Ao grau de convicção requerido para a decisão. b. À proibição de meios de prova. c. À observância do princípio da presunção de inocência. d. À observância do princípio *in dubio pro reo*. Os três primeiros são limites endógenos ao exercício da apreciação da prova, no sentido de que condicionam o próprio processo de formação de convicção e de descoberta da verdade material. O último é um limite exógeno, no sentido de que condiciona o resultado da apreciação da prova” – cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE – *Comentário do CPP* (cit. nota 15), pp. 345 e 346.

3. Enquanto sujeito do processo penal, o arguido não deve ver diminuídas as suas garantias de defesa, enquadráveis numa realidade mais ampla como o é a dignidade da pessoa humana.

Não é aqui de somenos importância o facto de o nosso processo penal ser reconduzido, essencialmente, a uma estrutura de base acusatória, por contraposição a um sistema de base inquisitória⁶⁵.

De facto, à previsão das garantias de uma defesa justa e equitativa deve corresponder uma aplicabilidade efectiva, sem reservas, pois que, “o que está aqui fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de auto-responsabilidade. Na liberdade de declaração espelha-se, assim, o estatuto do arguido como autêntico *sujeito processual*”⁶⁶.

Com efeito, a um “direito à prova”⁶⁷ deverá corresponder, necessariamente, um direito à defesa a exercer de acordo com o quadro constitucional e legal existente. Assim se compreende que, também em relação à prova científica, os direitos do arguido não podem ver diminuído o seu âmbito de aplicação”⁶⁸.

Por outro lado, e o facto de a reconstituição clássica do facto ser feita, na sua maioria, através do contributo do arguido, poderá colocar a questão de saber se tal circunstância acarretará, afinal, a inobservância das suas garantias de defesa.

Segundo, EURICO BALBINO DUARTE, “(...) uma vez que tal colaboração é susceptível de representar um forte constrangimento dos mais elementares direitos de personalidade daquele sujeito processual, só pode a mesma ser exigida como *ultima ratio*: isto é, quando a prova dos mesmos factos não for possível por meios menos

⁶⁵ PAOLO TONINI, *La Prova Penale* (cit. nota 6) pp. 1 a 6.

⁶⁶ M. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão da Edição de 1992. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 121 e 122. Sobre as declarações anteriores do arguido probatoriamente utilizáveis em julgamento, V. PAULO DÁ MESQUITA – «A utilizabilidade probatória no julgamento das *declarações processuais anteriores do arguido* e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal». In André Lamas Leite (org.), *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma “cirúrgica”?*. Coimbra: Coimbra Editora (2014), pp. 133 a 152.

⁶⁷ Expressão utilizada por P. TONINI, *La Prova Penale* (cit. nota 6) pp. 66 a 73; *idem*, *Il diritto*, (cit. nota 6), pp. 60 a 68.

⁶⁸ Cfr. ELIOMAR DA SILVA PEREIRA – *Investigação...* (cit. nota 59), p. 81.

intrusivos, que não se sirvam do próprio corpo do arguido como elemento de prova ou de obtenção de prova”^{69/70}.

Ora, estes problemas podem, também eles, ser colocados em relação à reconstituição informática, pois que, havendo a possibilidade e o arguido ter participado nesta diligência probatória, o mesmo também poderá ter contribuído para a sua auto-incriminação.

Com efeito, a produção da prova científica, *maxime*, através da reconstituição informática do facto criminoso, é susceptível de perder credibilidade enquanto meio de prova se não permitir o pleno gozo das garantias de defesa, nomeadamente através do exercício do direito ao contraditório.

É isso mesmo o que defende PAOLO TONINI, relativamente ao sistema processual penal italiano (mas que vale inteiramente para o sistema português, tributário do primeiro), concretizando a ideia de um “direito à prova”, referindo que “(...) todas as partes têm o direito à prova técnico-científica. Disso decorre que as partes têm o direito de investigar as fontes e elementos de prova; têm o direito a apresentar os dados científicos ao juiz; têm o direito de nomear assistentes técnicos e de requerer a sua admissão; têm o direito de inquirir os assistentes técnicos e os da parte contrária. [Por outro lado] nenhuma parte pode modificar ou alterar a fonte ou elemento de prova sem que tenha sido instaurado o contraditório com a parte contrária”⁷¹.

Desta forma, todos os sujeitos do processo terão oportunidade de construir a sua defesa e de a exercer, em igualdade de armas face aos restantes, não obstante estar em causa um instrumento de prova potencialmente assente na possibilidade de produção de provas *reconstituendas* previamente constituídas em relação à audiência de julgamento⁷².

Por outro lado, e sendo o arguido um dos intervenientes na reconstituição do facto a si imputado, há que considerar a hipótese de ele próprio, conduzir a reconstrução do acontecido segundo o seu próprio interesse com a possibilidade, portanto, de

⁶⁹ Cfr. **A Reconstituição do facto...** (cit. nota 26), p. 65.

⁷⁰ Para uma análise desta situação de “Reconstituição confessional”, v. do mesmo Autor, «*Making of – A Reconstituição do facto...*» (cit. nota 26), pp. 62 a 64. Sobre este tema e o seu tratamento pela jurisprudência portuguesa, v. INÊS ROGEIRO, **A reconstituição do facto feita pelo arguido no processo penal português – análise jurisprudencial** Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2013.

⁷¹ Cfr. «Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano». In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, 48, Maio-Junho (2004), pp. 205 e 206 (tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz).

⁷² Sobre o mecanismo das provas pré-constituídas e a sua influência no exercício do contraditório e na relação de lealdade entre os sujeitos processuais, v. P. DÁ MESQUITA, **A Prova do Crime...**, (cit. nota 21), pp. 336 a 355.

comprometer a descoberta da verdade⁷³. Neste caso, haverá que avaliar a posição do arguido, articulando-a com a demais informação conhecida e a prova entretanto produzida, de modo a encontrar eventuais incongruências susceptíveis de pôr em causa o seu contributo no *iter* reconstutivo.

Quanto à reconstituição informática do crime, também aqui a posição do arguido deve ser devidamente assegurada, em prol dos princípios que enformam o Estado de Direito Democrático, em geral, e do princípio da dignidade da pessoa humana, tal como está previsto no art. 1.º da CRP. Neste sentido, e como bem refere FIGUEIREDO DIAS, “(...) não se depara aqui com um simples princípio programático, ao qual não pertença conteúdo prático-normativo (...). Por isso, quando em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa, nenhuma transacção é possível, havendo, pois, que dar prevalência à finalidade do processo penal que dê total cumprimento àquela garantia constitucional – cfr. arts. 1.º, 13.º, n.º 1 e 25.º, n.º 1 da CRP”⁷⁴.

Por outro lado, e no que toca às declarações do arguido, e à sua eventual participação na diligência reconstitutiva, deveria ser pensada a criação de um regime aplicável ao arguido no âmbito da prova por reconstituição que permitisse conciliar o princípio do contraditório desse sujeito processual, com o princípio da lealdade da prova produzida.

Com efeito, há que relacionar a necessidade de assegurar o contraditório com uma investigação lealmente realizada, como duas representações de uma mesma realidade processualmente determinada pelas exigências colocadas pelo sistema processual penal, marcadas também pela objectividade associada às intervenções de cada um dos sujeitos processuais⁷⁵.

⁷³ Neste sentido, v. SILVIA BUZZELLI - «Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto». In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie (Anno XXXIII, Fasc. 3, Lug.-Sett, 1990), p. 885.

⁷⁴ V. *Direito Processual Penal*. Coimbra, 1988, p. 26.

⁷⁵ Como refere DÁ MESQUITA – *A prova do crime...* (cit. nota 21), p. 337, “Acusatoriedade e contraditoriedade centram-se na legitimidade procedimental (*fairness*), enquanto o princípio de investigação focaliza-se na justiça da decisão (*descoberta da verdade e boa decisão da causa*). (...) a contraditoriedade reportada a um singelo direito de *discutir, contestar e valorar* as provas pode conviver, no plano conceptual, com o princípio da investigação (condicionado por um dever de audição reforçado. Se ao direito de ser ouvido e de discutir as provas acresce o direito de confrontar as provas adversas, o problema acentua-se quando as provas não são formalmente da acusação, mas do tribunal, perdendo-se a horizontalidade pressuposta num contraditório pleno”. Segundo o mesmo A., *ibidem*, pp. 347 e 348, “(...) numa estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação judicial, o reconhecimento do núcleo de alguns deveres na interacção subjectiva do processo tem de se articular com uma marcha sustentada num paradigma de objectividade. (...) a ideia de *fair trial* implica que as expectativas de tutela da confiança da defesa, por força de acções ou abstenções prévias de órgãos do Estado, se reportem à órbita do poder repressivo criminal incluindo (...) o poder do tribunal”.

Assim, a verdade subjacente ao processo em curso deve enquadrar-se nas fronteiras delimitadas pelo objecto do mesmo, podendo falar-se na prevalência da “*virtude da acção*” sobre os riscos psicológicos na formação de juízos hipotéticos pela indagação judicial, não só por força da amplitude do acesso aos autos como por via do seu comprometimento com a descoberta da verdade na produção de prova. (...) o tribunal não pode proceder a juízos valorativos sobre a relevância da prova indicada pelas partes, apenas modestos limites quantitativos que podem ser derogados sem um escrutínio procedimental pré-definido (arts. 283.º, n.º 7, 284.º, n.º 2, 285.º, n.º 3, 315.º, n.º 4, do Código de Processo Penal) e relativamente às próprias iniciativas probatórias supervenientes o enfoque é colocado nos seus objectivos («necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa», art. 340.º, n.º 1 do CPP), sem expressa menção legal de limites (v.g. superveniência do conhecimento, ponderação de custos para a marcha processual, comprovação da relevância), em sentido distinto do direito probatório federal dos Estados Unidos da América, em que o juiz é responsável por esse escrutínio”⁷⁶.

Constatamos, assim, que o nosso sistema jurídico, ao nível da actividade probatória e do papel desempenhado pelo juiz, fica um pouco aquém daquilo que seria, em muitos casos, relevante ou desejável para a descoberta da verdade. Partindo, uma vez mais, da referência ao art. 340.º do CPP constatamos que, este preceito é essencial para perceber a influência que o juiz pode, e está legitimado a exercer no decurso do processo ao nível da produção dos meios de prova.

Dentro do âmbito dessa influência terá de estar sempre o poder de garantir o princípio da imediação que, como garantia no processo, deve também ser tida em conta aquando da utilização da reconstituição informática como meio de prova.

De facto, e nos termos do disposto no art. 355.º do CPP, não podem ser utilizadas as provas que tiverem sido produzidas fora da audiência de julgamento, com excepção das situações previstas nas disposições seguintes.

Ora, e no que respeita à reconstituição informática do crime, em particular, este princípio não sairá prejudicado. Não obstante tratar-se de um meio de prova científico e cujo *iter* é realizado fora dos limites físicos do tribunal, a verdade é que a realização do mesmo só é possível mediante a competente autorização judicial e depois de analisados

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 353 e 354.

os factos que, no caso, apresentam um grau de verosimilhança suficiente para serem reconstituídos e que ajudem à descoberta da verdade.

O estabelecimento daqueles que possam ser os factos relevantes nesta sede pressupõem que todos os sujeitos processuais possam apresentar a sua versão dos factos e, com isso, exercer o contraditório respectivo.

Temos, portanto, que a essa imediação, deverá estar sempre associado o princípio do contraditório, permitindo ao arguido: i) decidir se pretende participar na actividade de reconstrução informática; ii) uma vez decidindo participar, de que forma o irá fazer (de forma activa ou reactiva) e que consequências poderá ter esse acto para a produção da prova; iii) ou invés, decidindo não participar, considerar qual a influência dos depoimentos dos outros intervenientes no processo reconstutivo.

Quanto a este último aspecto, há que perceber que depoimentos são esses e qual o grau de credibilidade dos mesmos, de modo a aferir da necessidade da sua utilização em processo, à luz dos ditames do princípio da celeridade processual (que não permite a realização de diligências que promovam uma situação de morosidade processual injustificada), bem como, dos ditames do princípio do contraditório (que exigem uma correcta ponderação entre a ideia de verdade e a de liberdade na actividade de produção da prova em juízo).

Assim, tratar-se-ia de assegurar que, à tentativa de simplificação reconstitutiva dos factos mediante meios informáticos, correspondesse uma percepção clara dos mecanismos técnicos, também por esses outros intervenientes, relativamente à informação objecto da prova que é tratada informaticamente e levada ao conhecimento do tribunal.

Conclusões

1. O princípio da legalidade não permite que a liberdade probatória possa ser entendida como um qualquer sinal de arbitrariedade da produção da prova trazida a juízo.
2. Essa prova deve assentar num conjunto ordenado de factos, situados historicamente num certo momento, e dos quais seja possível aferir da realidade subjacente ao acto criminoso considerado.

3. Para que seja passível de produção e valoração no processo, a prova deve estar prevista de forma típica ou, se assim não for, deve, pelo menos, não ser proibida, ou seja, encontrar-se num plano de atipicidade que permita a sua integração no espaço valorativo da prova permitida.

4. A prova penal científica desempenha um papel central naquele que é, hoje, o processo penal como um sistema aberto, permeável à mudança e à admissão de métodos técnico-científicos no plano probatório, mas sem deixar de considerar a dignidade dos sujeitos que nele intervêm e as respectivas garantias de defesa.

5. A reconstrução do facto feita por meios informáticos é um dos novos métodos científicos em relação aos quais se questiona a sua admissibilidade, e conseqüente integração no elenco dos meios de prova permitidos, segundo os princípios que regem o direito probatório em processo penal.

6. A doutrina e a jurisprudência norte-americana têm desempenhado aqui um papel relevante e precursor na caracterização desta nova modalidade de prova científica, ainda que com opiniões divergentes quanto às conseqüências para o processo onde se aplique e ao seu grau de funcionalidade, por contraposição a outros meios de prova. Tudo se resume a dois grandes desafios: um de carácter formal e correspondente à questão do enquadramento no plano de atipicidade que ainda for possível realizar; e um outro, de carácter substancial, e que diz respeito à questão da autenticidade da prova produzida (*versus* fabricada) através da reconstrução informática do crime.

7. O facto de no regime português de produção da prova em processo penal não ser feita uma densificação da regulação da prova atípica, semelhante à que é feita no correspondente regime italiano, não permite concluir pela irrelevância desta matéria, mas apenas perceber a necessidade de adoptar uma perspectiva mais abrangente daquele que é o ordenamento jurídico português, considerando, nomeadamente, as disposições constitucionais em matéria de direitos, liberdades e garantias aqui aplicáveis e, ainda, as disposições gerais que orientam a produção da prova ao longo do respectivo *iter* processual.

8. A reconstrução informática do facto pode representar uma nova figura no quadro dos meios de prova admissíveis, ainda que de forma atípica, tudo dependendo do respeito pelas regras probatórias já existentes nesta matéria e do desenvolvimento possível e legítimo das mesmas.

9. O recurso aos meios informáticos para a realização da reconstituição não permite descaracterizá-la como tal, ou seja, continua a existir uma reconstrução do facto criminoso ocorrido historicamente num certo espaço e num certo tempo, atendendo às versões conhecidas e tidas em consideração para aferir da verosimilhança desse facto.

10. Todavia, a reconstituição do facto, tal como se encontra prevista no art. 150.º do CPP, não é suficiente para regular as muitas especificidades técnicas e probatórias desta nova figura. Trata-se de um regime criado e aplicado relativamente a um instrumento probatório com certas características, não inteiramente coincidentes com as características do instrumento que exige uma elevada especialização, como a reconstituição informática.

11. Um complemento importante pode ser dado pela prova pericial, na qual a figura do perito assume uma posição de destaque na percepção e/ou apreciação dos factos relevantes para a boa decisão da causa, através dos seus conhecimentos, manifestados em declaração de ciência, e contextualizados segundo as regras da experiência. Posição esta, diferente daquela que se verifica na reconstituição clássica do facto, na qual a presença do perito, a existir, se restringe à execução de certas operações e de forma acessória.

12. Na reconstituição informática, o papel do perito reconstrutor é necessário para a concretização científica da *operação reconstituenda*, ao contrário do que acontece na reconstituição clássica do facto, onde o perito, a intervir, é a título meramente eventual e através de um papel de auxiliar. Pelo que, a reconstituição (ou reconstrução) informática vai *para além* da simples reconstituição do facto.

13. A reconstituição informática não exclui a livre apreciação do juiz de acordo com a sua experiência comum, ficando, neste ponto, *alguém* do que se encontra regulado em relação à prova pericial típica.

14. Podemos, então, falar numa *reconstituição informática atípica*, na qual a actividade reconstrutiva é realizada por um perito que assume a gestão do respectivo procedimento científico que é, ele mesmo, todavia, distinto, porque atípico, em relação àquilo que resulta do regime típico da prova pericial. Pelo que, continuaremos a ter uma figura que, embora enquadrável *ab initio* como uma reconstituição do facto e, posteriormente, como uma reconstituição científica, continua a revelar elementos de

atipicidade, a aferir e a avaliar em concreto em função da relevância que manifestarem no caso a decidir.

15. Por isso, defendemos a existência de uma escala gradativa de vinculatividade de evolução progressiva: começando num grau restrito até alcançar um grau de maior relevância que, embora de carácter condicionado à existência de uma regulamentação mais completa sobre a admissibilidade de provas atípicas em processo penal, revela um potencial de vinculatividade plena, assim se densifique o espaço restante de atipicidade possível.

16. Mais do que a denominação ou a caracterização substantiva da figura, há que perceber de que modo é que a mesma poderá, de facto, operar em termos processuais como instrumento probatório.

17. Ponto importante é que a posição processual do arguido não seja afectada no sentido de prejudicar as suas garantias de defesa, num processo que se pretende justo e equitativo. Ao arguido deve ser dada a conhecer a possibilidade de participação na diligência de prova conducente à reconstituição informática do facto, optando por referir a sua versão dos factos ou por se remeter ao silêncio.

18. A reconstituição por meios informáticos pode ser realizada, também, através dos depoimentos de quem adquiriu um conhecimento directo dos factos *reconstituendos*. Mas a valoração desses depoimentos dependerá sempre de um juízo de veracidade/verosimilhança, a realizar pelo juiz, assim como do respeito pelo direito do arguido ao contraditório, atendendo às circunstâncias do caso e à própria complexidade da matéria.

19. A cientificidade da prova produzida mediante a reconstituição informática dos factos reforça o direito a um contraditório mais eficaz, procurando eliminar toda a dúvida razoável ainda existente e alcançar a verdade necessária para a boa decisão da causa, através do encontro possível das versões apresentadas pelos diferentes sujeitos processuais.