

REVISTA DO OUT • DEZ 2023

# MINISTÉRIO PÚBLICO 176

TRIMESTRAL  
€ 18,00

## ESTUDOS & REFLEXÕES

**Anabela Miranda Rodrigues**

*More Regulation is Better Regulation?* – Compliance Cooperativo Inteligente na Prevenção e Luta contra o Branqueamento –

**Marta Chantal Ribeiro**

A repressão do tráfico de droga a bordo de embarcações estrangeiras no alto mar: subsídios para a interpretação do dever de resposta ‘sem demora’ do Estado do pavilhão à luz do direito internacional

**Nuno Brandão**

Punição do concurso de contra-ordenações e conexão processual

**Manuel Pelicano Antunes**

Prática restritiva da concorrência – busca e apreensão de mensagens das empresas por mandado do Ministério Público – o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023

**Patrícia Mendes • Delfina Fernandes • Marlene Matos**

A actuação do técnico especialmente habilitado no âmbito das Declarações para Memória Futura: contributos para boas práticas no Sistema de Justiça

**André Teixeira dos Santos**

A Inteligência Artificial e sua repercussão nos Direitos Fundamentais

DOCUMENTAÇÃO • VÁRIA

---

## ESTUDOS & REFLEXÕES

- 9 | *More Regulation is Better Regulation? – Compliance Cooperativo Inteligente na Prevenção e Luta contra o Branqueamento –*  
Anabela Miranda Rodrigues
- 41 | A repressão do tráfico de droga a bordo de embarcações estrangeiras no alto mar: subsídios para a interpretação do dever de resposta ‘sem demora’ do Estado do pavilhão à luz do direito internacional  
Marta Chantal Ribeiro
- 89 | Punição do concurso de contra-ordenações e conexão processual  
Nuno Brandão
- 105 | Prática restritiva da concorrência – busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico pela Autoridade da Concorrência nas instalações das empresas por mandado do Ministério Público – o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023  
Manuel Pelicano Antunes
- 141 | A actuação do técnico especialmente habilitado no âmbito das Declarações para Memória Futura: contributos para boas práticas no Sistema de Justiça  
Patrícia Mendes, Delfina Fernandes, Marlene Matos
- 171 | A Inteligência Artificial e sua repercussão nos Direitos Fundamentais  
André Teixeira dos Santos

## DOCUMENTAÇÃO

- 201 | Consultative Council of European Prosecutors  
Opinion No. 18 (2023): on Councils of Prosecutors  
as key bodies of prosecutorial self-governance

## VÁRIA

- 229 | À guisa de recensão de “A execução de penas e medidas  
na comunidade – *probation*, vigilância electrónica  
e justiça juvenil – no futuro digital”  
André Lamas Leite
- 250 | Resumos : Abstracts

# À guisa de recensão de “A execução de penas e medidas na comunidade – *probation*, vigilância electrónica e justiça juvenil – no futuro digital”<sup>[1]</sup>

André Lamas Leite

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto  
Investigador Integrado do Centro de Investigação Interdisciplinar  
sobre Crime, Justiça e Segurança (CJS) da FDUP*

[1] O texto que ora se dá à estampa resulta de um convite que nos foi dirigido pelo coordenador da obra que agora se recenseia, no sentido de focarmos os seus aspectos mais salientes. Para além de o termos feito, introduzimos também algumas notas críticas em geral sobre o sistema de execução das sanções criminais, pelo que se trata de uma recensão que igualmente contém aspectos da nossa lavra.

I. A obra que se analisa, coordenada por NUNO FRANCO CAIADO e editada pela *Nova Causa, Edições Jurídicas* é, no dizer de JOSÉ MOURAZ LOPES, que subscreve o prefácio, uma verdadeira “pedrada no charco”. Num país que está ainda mais acostumado a obedecer que a questionar, porventura fruto do regime fascista em que viveu durante quase meio século, em que “o respeitinho é muito bonito” e em que, em regra, se tem horror à mudança, ainda que a constância seja sofrível, ousar pôr em causa o sistema vigente de execução de medidas e penas na comunidade é já um exercício de verdadeira cidadania.

O coordenador já a tal nos habituou, por conjugar experiência de terreno durante largos anos como director de serviços da vigilância

electrónica (VE) a um corpo teórico vertido em vários artigos e monografias sobre o “terceiro território punitivo”, como bem designa aquele que foge da *summa divisio* entre penas e medidas de segurança e abrange as penas de substituição, em especial as cumpridas na comunidade, mas também o modo de fiscalização em que se traduz a VE – em si mesmo nenhuma pena ou medida – e que tanto sucesso tem que nos faz ser, em termos relativos, o Estado que mais a aplica no âmbito da proibição de contacto no crime de violência doméstica (VD), apesar das inúmeras dificuldades práticas. Dificuldades que vão desde a falta de recursos humanos (e amiúde materiais) a uma difícil percepção sobre o que se deseja da VE, o que para ela se estabelece como missão, valores e visão, algo de absolutamente básico, de entre outros aspectos, em qualquer política pública que se empreenda, para já não falar no pânico colectivo existente a propósito da avaliação de um qualquer projecto. Por muito que, a partir de 2006, a Criminologia, p. ex., tenha – com atraso de cerca de 150 anos em relação a países como a Suíça, afirmado a sua primeira licenciatura e Escola de Criminologia, herdeira de uma importante tradição nacional que remonta aos Institutos de Criminologia e a vultos de renome internacional como MENDES CORRÊA, depois descontinuados e sem que exista hoje uma entidade governamental responsável por uma análise empírica do efeito e impacto da adopção de qualquer diploma ou política pública, o que faz com que se legisle ao sabor do “*achismo*” e de interesses mais ou menos inconfessados – irrompido, a obra parte da inexistência desses estudos rigorosos sobre a matéria em estudo.

A esta ausência respondeu-se com a convocatória de uma série de especialistas de várias áreas do saber, desde técnicos de reinserção social, juristas (magistrados judiciais e professores universitários), sociólogos, engenheiros, filósofos, na boa tradição de que um qualquer fenómeno humano só pode ser analisado em perspectiva multidisciplinar.

Nota-se que a liberdade na escrita foi uma pedra de toque, o que poderia redundar em incongruências internas. Foi um risco calculado que, ao invés, funcionou muito bem. Sem que houvesse reuniões preparatórias, cada um, no âmbito que domina e à sua maneira, concluiu, no essencial, o seguinte: o actual quadro executivo das reacções criminais, das medidas de coacção processual e de mecanismos de oportunidade e consenso, como a suspensão provisória do processo, está profundamente desgastado, a carecer de reforma urgente (até se levanta a dúvida sobre se um Código Penal com mais de cinquenta alterações continua a obedecer aos mesmos mandamentos político-criminais e dogmáticos ou se não seria já tempo de, por via de uma comissão representativa de todos os actores do sistema judicial, se aprovar um novo corpo de leis, nunca no que ficará para os anais da História como algo tão caricato quanto a tentativa de uma Ministra da Justiça criar em cerca de seis meses novos Códigos Civil e Penal). Os sinais de preparação para o advento da inteligência artificial (IA), para novas formas das tecnologias da informação e da comunicação, para a digitalização em massa, para, enfim, todas as manifestações do que se considera já ser a Quarta Revolução Industrial, em que a IA, a *internet of bodies* e a robotização do ser humano serão realidade presente num tempo que é para as nossas vidas, são pífios e limitam-se a manuais de agregação de informação e a projectos que tendem a anonimizar as decisões judiciais, permitindo a sua consulta por todos em pleno respeito pelo Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados.

Que mais nos dizem os autores de uma forma transversal: aquilo que desde sempre venho dizendo aos meus estudantes, assumindo, *hic et nunc*, a minha quota-parte de responsabilidade: as Universidades e as suas Faculdades de Direito deixam os futuros juristas à porta dos estabelecimentos prisionais. Ensinamos-lhes o que, de um prisma substantivo e adjectivo, acontece desde a aquisição da *notitia criminis* até à condenação transitada em julgado,

com leves afloramentos em sede de institutos de natureza especial que são verdadeiros incidentes de execução das penas, como sucede com a liberdade condicional. E pouco mais. O tempo não chega – sobretudo após a malfadada Declaração de Bolonha a que nós, como sempre, dissemos um sim incondicional, qual bons alunos sempre aplicados e obedientes, quando Estados como a Alemanha, em boa parte, já a abandonaram – e o Código da Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade não é objecto de um estudo estruturado, mas apenas de referências incidentais a propósito de outros temas. Por outras palavras: um jurista recém-formado sabe o que sucede até que o condenado se enfrenta com uma decisão transitada e aplicativa de uma reacção criminal da dupla via que temos entre nós. Mas não domina os seus incidentes mais relevantes, as saídas administrativas e jurisdicionais, o que se pode e não pode fazer dentro de um estabelecimento prisional (EP), como se organiza e se aplica o poder disciplinar, que tipo de dificuldades práticas existem a um verdadeiro cumprimento do mandamento constitucional segundo o qual o condenado é um cidadão de corpo inteiro, titular dos direitos e dos deveres como os demais, excepcionados aqueles que são limitados ou coarctados por via de uma decisão judicial. Aliás, como vimos chamando a atenção<sup>[1]</sup>, é para nós materialmente inconstitucional que os reclusos não tenham sempre um defensor que os assista durante o cumprimento da pena ou da medida de segurança. É como se alguém que é operado a uma doença grave deixasse de ter os médicos por perto no tempo do recobro e do pós-operatório, de tal modo que uma cirurgia magistral pode ser fatal apenas porque se entendia que não se justificava – até por custos económicos – que o apoio médico fosse disponibilizado nessa sede. Esta cultura de

[1] Para além de artigos de opinião no *Público*, veja-se «Considerações sobre a Lei n.º 94/2021, de 22 de Dezembro e algumas propostas de

revisão do Código Penal», in: ANDRÉ LAMAS LEITE (org.), *Contributos para uma (urgente) reforma da Justiça*, Braga: Nova Causa, 2022, pp. 35-111.

desprezo pela execução das reacções criminais em espaço fechado ou aberto vai ao ponto de que Universidades existem em que estas matérias, pura e simplesmente, foram erradicadas dos *curricula* ou desterreadas para o terreno das unidades curriculares facultativas. Diz-nos a experiência também de formador da Ordem dos Advogados que é muito complicado, em formação breve, que ainda por cima está, ao que tudo indica, prestes a terminar, colmatar esta enorme lacuna e que, para além do mais, é logo das primeiras tarefas práticas com que se depara um advogado, mas também um magistrado judicial ou do Ministério Público.

E assim vamos, “cantando e rindo”, porque os reclusos são os esquecidos dos esquecidos, ninguém – ou quase – lhes dá voz, por não renderem votos e os tempos de populismo – que também são abordados na obra – aconselham tudo menos isto. Se um partido político disser, em campanha, que vai destinar uma maior fatia do Orçamento do Estado à execução das reacções criminais, terá, por certo, menos votos, quando as preocupações são de outro tipo, os reclusos são cerca de 14 000 em Portugal e a *vox populi* entende que o mínimo que com eles se gastar é o ideal.

Quando a política se guia por aquilo que são as representações que os operadores dessa arte entendem ser o pensamento do eleitorado, está formado o caldo perfeito para a actual situação: um parque prisional muito envelhecido e em muitos casos a não cumprir as regras internacionais a que Portugal se vinculou, ainda que haja algumas condenações junto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, uma estrutura de poder subvertida, em que quem realmente manda nos estabelecimentos prisionais não são os seus legítimos directores, mas os chefes da guarda prisional, detentores do poder (FOUCAULT sempre tão actual), uma míngua exasperante de técnicos de reinserção social, atolados em processos e pareceres e com os tribunais quase sempre nada compreensivos para com um sistema que há muito rebentou pelas costuras. Técnicos, por isso, desmotivados e

mal remunerados para as actividades de grande responsabilidade que têm entre mãos e que, ironia suprema, agora parecem poder desaparecer de vez, por se tornarem redundantes, ante uma parafernália de instrumentos de *software* e do mundo digital que, num mundo dado ao *Diktat* da IA, já são o elemento essencial, p. ex., os EUA, para decidir quem pode ou não beneficiar de liberdade condicional (*parole*), de outro tipo de saídas antecipadas ou no terreno do correspondente às nossas medidas cautelares, de *bail* ou outras injunções pré-julgamento que evitam a restrição da liberdade antes desse momento central.

Todos somos culpados. Ninguém tem as mãos limpas, por acção ou omissão, como nos ensina o *Credo* de Niceia. Não têm os ditos “operadores judiciários”, por calarem o que não devem, o poder político detentor das funções legislativa e executiva do Estado, pois a ele cabe a condução superior da vida em comunidade, os educadores e os meios de comunicação social, que se limitam a notas de rodapé quando deviam ensinar e divulgar em massa o que é o sistema de justiça e quais os seus cancros (no caso dos *media* até é de difícil percepção, uma vez que tal renderia audiências) e a sociedade como um todo que vive um “estado de letargia saloia” que não acordou com o pós-25 de Abril de 1974 e que se prepara para comemorar com pompa e circunstância 50 anos de suposta democracia e Estado de Direito.

Se não for a sociedade civil a exigir dos políticos que se tratem os reclusos com a humanidade que eles merecem, não apenas nos frios textos de Direito Internacional Público e de Direito interno, mas na vida actuante, tudo permanecerá na mesma. Se não fosse por mais nada, a obra de que ora se fala teria tido já o mérito de se aventurar por um terreno de águas fétidas, porque praticamente paradas há muito tempo, e onde não importa começar a limpeza, pois já se sabe que o *statu quo* é sempre preferível para quem exerce o poder que qualquer tipo de mudança que se desconhece. É a mais lídima condição humana, como diria MALRAUX.

II. Não é este o espaço nem o tempo<sup>[2]</sup> para se abordar a emergência da pena de prisão, filha do Iluminismo, que se torna verdadeira pena na transição do séc. XVIII para o séc. XIX, e muito menos para discutirmos se a primeira foi uma qualquer *Rasphuis* do que são hoje os Países Baixos ou Bridwell. Também não releva aqui que um instituto jurídico relativamente jovem, na economia do que é o tempo na História, tenha, pouco tempo depois da sua criação, passado a afirmar-se sempre em crise, até ao famoso *What works? Nothing works*, de MARTINSON (embora não seja exactamente isso que o autor escreveu), passando pelos abolicionismos de HULSMAN, BARATTA ou CHRISTIE, para apenas citar os mais destacados.

Releva sim deixar clara esta esquizofrenia patente: os estudos científicos existentes sensivelmente desde a década de Sessenta da centúria transacta demonstram-nos que a prisão não cumpre as suas finalidades que, entre nós, até estão plasmadas no artigo 40.º, n.º I, do Código Penal, nomeadamente, não ressocializa. O que veio de dizer-se, em especial o constante subfinanciamento, justifica uma boa parte do que se disse, a par de um populismo penal que surge em primeiro lugar, em termos históricos, na execução das reacções criminais, segundo o qual um cêntimo para o sistema de execução das medidas penais é um cêntimo perdido. Do mesmo passo, a explicação empírica da Criminologia de que um cêntimo gasto em programas de ressocialização a sério e em programas de intervenção junto dos ofensores, sobretudo em crimes como a VD, em que urge parar o ciclo da violência, é um cêntimo poupado nos enormes custos sociais da reincidência, não consegue ser

[2] Para mais desenvolvimentos, entre tantos, cf. a nossa dissertação de doutoramento *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática*,

Porto: FDUP, 2015, *passim*, e os nossos «Contributo para a evolução histórica das penas substitutivas», in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 5, 3 (2019), pp. 153-257, e «Subsídios para a história das

penas de substituição no ordenamento jurídico português», in: *Revista do Ministério Público*, 158 (2019), pp. 9-39.

encarada com a seriedade que deveria. Temos sim, depois, fenómenos estranhos como a recente lei de amnistia e perdão de penas por ocasião da realização em Lisboa da Jornada Mundial da Juventude, nitidamente com o único propósito de, administrativamente, se reduzir o número da população prisional, com uma lei mal feita e confusa e que, no momento em que escrevemos, está a levantar inúmeras dúvidas hermenêuticas aos Tribunais, que vai ocupar várias instâncias e consumir escassos recursos que deveriam ser direccionados para o que realmente importa.

E o que realmente interessa? Acabar ou pelo menos tentar terminar com a dita esquizofrenia de saber que a pena privativa de liberdade não cumpre as finalidades que a lei lhe assinala e, mesmo assim, com poucos sobressaltos, todos vivemos bem com este enorme paradoxo. Já se não trata de citar RADBRUCH, quando demandava algo melhor que o Direito Penal em vez dos esforços em melhorar o existente ramo de Direito. Trata-se sim de que *esta deveria ser a luta das nossas vidas* e não o é. Explico-me e coloco as coisas nos seus devidos termos: não patrocino qualquer abolicionismo e muito menos entendo que a justiça restaurativa, em especial a mediação penal de adultos, seja um qualquer novo “paradigma” (KUHN) da justiça penal ou panaceia universal<sup>[3]</sup>. Ela pode ser um instrumento complementar de grande utilidade. Mas até nisso somos *sui generis*. Temos uma lei de 2007 sobre o tema que, pura e simplesmente, se não aplica, sendo um verdadeiro *zombie* jurídico. O Programa do actual Governo previa a sua revitalização. Até agora não se conhece qualquer medida nesse sentido. Donde, de entre a plêiade de formas de punir a prática de um crime ou

[3] Veja-se o nosso *A mediação penal de adultos: um novo «paradigma» de justiça penal? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12/6*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*.

de um ilícito-típico, a prisão é entendida – e bem – como aquela que consegue uma melhor optimização entre as necessidades da sociedade e os direitos fundamentais dos condenados. Mas tal não significa que ela funcione: é apenas um mal menor, a que funciona menos mal e, por isso, temos naturalmente de a manter enquanto não lhe encontrarmos melhor substituto. Só com esta premissa em mente não cederemos ao “canto da sereia” de populismos ou de construções fantasiosas, das mais belas na teoria, mas de nulo efeito prático.

O que não pode acontecer é não fazermos este esforço e é exactamente essa omissão dolosa ou negligente que se pode e deve censurar. Claro que não temos uma resposta pronta, mas, como vários, vimos reflectindo sobre o tema. Estamos hoje convencidos que as penas de privação de direitos serão uma eventual boa resposta alternativa à prisão, deixando-a para os delitos mais graves, apostando também na mediação para casos de pequeno e médio potencial ofensivo, no aumento das soluções de oportunidade e consenso e na análise séria dos delitos existentes, uma vez que o Penal se tem transformado de *ultima* em *prima ratio*, o que faz implodir todos os seus fundamentos e as ferramentas de que dispõe. Igualmente se impõe estudar se, como e depois avaliar os resultados da elevação do que são hoje penas acessórias a principais, nomeadamente a de inibição de conduzir veículos com motor.

Outro ponto que nos deve preocupar e que é novamente salientado por MOURAZ LOPES e por NUNO CAIADO é a circunstância de sermos quase campeões na duração média das penas de prisão aplicadas. Este deveria ser um tema de primeira linha e já devia estar no terreno uma estratégia para combater este triste resultado, em especial em um Estado em que – e bem – não conhece qualquer forma de prisão perpétua, o que vai sendo uma raridade no espaço da União Europeia e transforma-nos num oásis daqueles que crêem na prevenção geral positiva, e que tem dos limites

máximos mais baixos de privação da liberdade, fixada em 25 anos. São várias as hipóteses de trabalho, desde uma excessiva severidade dos juizes, o que levanta a séria questão da punitividade e da enorme dificuldade em medi-la, a eventual necessidade de se reverem as molduras penais abstractas dos delitos mais representativos da criminalidade julgada pelos nosso Tribunais e que para isto contribui, como eventualmente os crimes previstos na dita “Lei da Droga” (Decreto-Lei n.º 15/93, de 22/1), a dificuldade com que os juízos de execução das penas deferem a concessão da liberdade condicional e de outros incidentes de flexibilização de cumprimento da pena de prisão, a quase nula aplicação da antecipação à liberdade condicional do artigo 62.º do Código Penal, a inexistência de uma verdadeira rede de casas de transição, como existe em tantos países do nosso entorno jurídico-cultural, o que permitiria aos tribunais deferir mais facilmente um juízo de prognose favorável em sede de prevenção especial, desde logo para efeitos da verificação dos requisitos do artigo 61.º do Código Penal e que sempre teriam um grande impacto na quebra das taxas de reincidência, por há muito se saber que vários são os condenados que, finda a pena, não dispõem de qualquer rede de apoio familiar ou profissional. De novo, cada cêntimo gasto seria rentabilizado, não bastando actuais respostas desgarradas e descoordenadas entre a Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, a Segurança Social e associações de Direito privado, por mais boa vontade que tenham.

III. Apelando a uma refundação da *probation*, NUNO CAIADO lembra que um dos traços fundamentais do instituto reside na relação humana que se estabelece entre o agente ou suspeito da prática do ilícito e o técnico de reinserção, chamando a atenção para que mecanismos como a IA podem fazer terminar essa imprescindível ligação humana. Se apela a uma refundação, aponta a

falência do actual modelo e que em parte já deixámos assinalada, embora reconheça que áreas como a justiça juvenil podem estar a receber um pouco mais de atenção, fruto da mediatização de vários processos nos últimos tempos, o que significa que o poder político – qualquer que seja – é mais sensível às sondagens de opinião que aos factos cientificamente suportados. É também claro ao defender que o sistema de *probation* se deveria libertar das bagatelas penais e focar-se nos casos de médio e médio-alto risco, até pela escassez de recursos já assinalada.

A falta de mediatização da *probation* é desenvolvida por PAULA TORRES DE CARVALHO, que aponta algumas explicações para essa invisibilidade, desde a dificuldade de acesso à informação (mas que só colhe até determinado momento processual, naqueles que estão submetidos a segredo de justiça, o que representa uma pequena percentagem do volume), à falta de fontes e à natural dificuldade de quem se encontra em *probation* falar para a comunicação social. Todos sabemos, como refere a autora, que é a fase de inquérito aquela que concita mais interesse, por ser também a mais preche a violações do segredo de justiça, a condenações no pelourinho sem garantias de defesa, enfim, é aquela em que há mais “sangue” que, em julgamento, pode bem conduzir – como tantas vezes conduz – à absolvição dos arguidos. Como bem afirma, «as exigências do imediatismo e da concorrência levam igualmente a que, muitas vezes, se opte por dar relevância ao “interessante” em detrimento do “relevante”, esbatendo os limites entre a informação e o entretenimento».

Em linha com CAIADO, JOSÉ MANUEL PUREZA afirma, com total propriedade, que «em Portugal [...] não temos uma política pública de execução das penas [...] Ou talvez melhor: a ausência de estratégia parece ser a estratégia adoptada», concluindo que se não dá real cumprimento ao disposto no artigo 42.º do Código Penal. Uma certa esperança é-nos transmitida pela criação de uma

Sub-Comissão para a Reinserção Social e Assuntos Prisionais no âmbito da Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

IV. Mas, afinal, que grandes impactos serão trazidos pela IA e demais meios digitais de um futuro que já é presente à execução das medidas e das penas cumpridas extra-muros?

Cumpre salientar, antes de mais, que usamos o termo IA, apesar das críticas a que está sujeito, tal como actualmente consta da proposta de regulamento da União Europeia sobre o tema. Proposta essa que, ao menos para já, dividindo os mecanismos de IA e as suas respectivas utilizações em níveis de perigo (ou de segurança), coloca o seu uso na justiça no grau mais exigente dos requisitos esboçados e que necessitam de ulterior densificação, pelo que, ao menos por agora, se proíbe a substituição da decisão judicial humana por uma decisão maquinal, seja ela de *deep learning*, de *machine learning*, de manipulação de algoritmos ou quaisquer outras formas conhecidas de IA<sup>[4]</sup>. Tal já não é claro no que contende com o trabalho dos técnicos de reinserção social na *probation* e nos demais campos de actuação em que se movem, pelo que bem podemos ter relatórios para os quais hoje são essenciais a experiência e o conhecimento desses técnicos e que, num futuro não muito longínquo, podem vir a ser produzidos por mecanismos de IA.

HUGO LUZ DOS SANTOS chama a atenção para esse facto e para os seus perigos, nomeadamente no que contende com os algoritmos discriminatórios que, em virtude do modo como vão sendo criados, baseados na experiência que em si mesmo amiúde se

[4] Sobre o tema, *inter alia*, veja-se o nosso «Prevenção policial e inteligência artificial no “Direito Penal da (pós-) modernidade”», in: *Revista Lex de Criminologia & Vitimologia*, 3, 8 (2023), pp. 167-186.

encontra enviesada, pode conduzir a resultados altamente injustos e materialmente inconstitucionais, por violação clara do princípio da igualdade do artigo 13.º da Constituição. A “ditadura digital da IA”, como lhe chama o autor, pode ser terreno fértil, uma vez mais, para populismos, sempre muito perigosos no terreno sensível do penal, passando para a História como uma marca indelével da já citada Quarta Revolução Industrial, a qual tem como fundamentos a IA, a robótica e todo o cortejo de tecnologias da informação e comunicação. Poder-se-á assistir, defende LUZ DOS SANTOS, a uma «convergência funcional entre o homem e a máquina», i. é, à «robotização do ser humano» que, a prazo, por via da panóplia de mecanismos preditivos que estarão disponíveis, poderá conduzir a uma «sociedade de criminalidade zero», onde nenhum dos operadores judiciários seria mais necessário. É evidente que, nas transformações tecnológicas, o simples bom-senso aconselha a não se fazerem afirmações grandiloquentes de que isto ou aquilo é impossível, mas permita-se-nos que mantenhamos as nossas reservas. Por muito que haja *machine learning*, temos muitas dúvidas que haja *sensitive machine learning*, sabido como é que a inteligência emocional é essencial em qualquer decisão judicial e na sua execução. Quando as máquinas forem capazes de igual tipo de inteligência em relação à humana, então os mais fantásticos sonhos de ORWELL terão sido “contos de infância” e as máquinas terão substituído os seres humanos. Se estes cavarem a sua própria sepultura, então é porque a sua inteligência – em qualquer das dimensões em que ela se espartilha – não terá sido suficiente, pois é complicado encontrar um designativo para uma espécie que se auto-destrói. Bem vistas as coisas, porém, nada em que o ser humano não tenha sido sempre pródigo, bastando pensar no modo como tratou o planeta, esta nossa Casa Comum que, dizem-nos os cientistas e com razão, mantendo-se o nível de exploração actual, não existirá para as gerações vindouras.

MÁRIO FERREIRA MONTE, FRANCISCO PACHECO DE ANDRADE e PEDRO MIGUEL FREITAS tratam de um tema similar, focando-se mais propriamente na realidade portuguesa, começando por salientar, com inteira razão, que inexistente um verdadeiro sistema de *probation*, que foi instituído na versão originária do vigente Código Penal de 1982, mas que temos sim na suspensão executiva da pena privativa de liberdade com regime de prova (artigos 53.º e 54.º) o mais próximo desse sistema típico da família anglo-americana, quando o nosso sistema se acha mais próximo da *sursis* franco-belga, embora recebendo influências da *probation*<sup>[5]</sup>. Em extrema súmula, depois de um périplo por vários específicos tipos legais de crime, os autores concluem que a Lei n.º 33/2010, de 2 de Setembro, não obstante as previsíveis alterações a que terá de ser sujeita por via da introdução de mecanismos de IA, consegue um bom balanceamento entre os direitos fundamentais dos afectados e os fins da VE. Sublinham que a «falta de transparência e explicabilidade» do funcionamento de formas de IA aplicadas nos EUA e a «perpetuação de vieses discriminatórios que sistémica e sistematicamente afectam certas comunidades» são os maiores óbices conhecidos, defendendo, por fim, a necessidade da maior cautela na proposta de regulamento da IA aplicada à justiça e o pleno respeito pelo artigo 22.º do RGPD, em especial na «proibição de decisões tomadas exclusivamente pela máquina, incluindo a utilização de perfis».

JORGE LANGWEG vai ao âmago do sistema da justiça penal, pois que o mesmo só pode existir e ser defensável se e na medida em que tutele adequadamente a confiança comunitária que no sistema foi depositada, para o que será essencial cumprir os ditames

[5] Já nos pronunciámos sobre o tema, *de iure condendo*, em «Pela elevação de penas de substituição ou acessórias a penas principais e por

um verdadeiro sistema de *probation* em Portugal?», in: *Sombras e Luzes*, 2 (2019), pp. 117-139.

do Estado de Direito – que analisa –, que repousam na dignidade do ser humano. Passa depois em revista o que significa um sistema de justiça penal eficiente, desconstruindo mitos sobre as pendências em Portugal e sublinhando – com inteira propriedade – a inexistência de uma política criminal consequente. Por fim, foca a sua atenção sobre a Carta Europeia de Ética sobre o Uso da IA em Sistemas Judiciais e seu Ambiente, de 2018, em especial os seus traços fundamentais: o princípio do respeito pelos direitos fundamentais, da não-discriminação, da qualidade e segurança, da transparência, imparcialidade e equidade e do “controlo do usuário”, de acordo com o qual quem usa estes instrumentos deve estar sempre em condições de conhecer o seu funcionamento e o respectivo racional e não ser um mero “joguete” nas mãos do sistema. Essencial se torna colocar as exigências derivadas dos artigos 203.º e 205.º, ambos da Constituição, no centro destes novos mecanismos, sempre em visão antropocêntrica, dando como exemplo o recente Guia Prático da Justiça, baseado em tecnologia GPT, apenas limitado a gerir tarefas burocráticas de compilação e análise de grande volume de informação e a anonimizar as decisões judiciais, por forma a que, previsivelmente, todas elas possam ser publicadas, no que tem sido um objectivo já assumido pela tutela.

Uma outra aplicação concreta da IA e dos novos meios técnicos é explorada por NUNO CAIADO no domínio da VD, salientando, antes de mais, o sucesso que tem sido a aplicação da VE como meio de fiscalização de medidas coactivas, de suspensão provisória do processo e de penas acessórias (e, claro está, na antecipação da liberdade condicional, o que não é típico deste crime e que conta com uma aplicação quase residual). A geolocalização assume-se como uma resposta de primeira linha de grande relevo, mesmo com as suas deficiências, tais como a «perda do paradeiro do infractor, e falhas das baterias quando os equipamentos entram em esforço». Dá-nos ainda importantes elementos de informação

sobre o agente e a vítima, em termos de padrões de deslocação e de outras atitudes comportamentais. A elegibilidade para tais programas deve ser criteriosa, abrangendo, quase sempre, apenas hipóteses de risco moderado, e baseando-se na centralidade da adesão do agente e da vítima, exactamente por se tratar de mecanismo sem cuja colaboração nada se consegue. É ainda relevante prever que a VE possa não ser usada durante todo o tempo da intervenção criminal e que ela seja combinada com formas de *probation* mais clássicas, como a intervenção psico-social com agressor e vítima, sempre com a preocupação da estrita observância da protecção de dados.

Ainda no domínio das aplicações práticas destas novas tecnologias, também NUNO CAIADO desenvolve a questão de saber se mecanismos como *smartphones* são ou não adequados a transformarem-se em formas de fiscalização de medidas e penas comunitárias, para tal explorando «desafios, potencialidades e riscos». Para além da «popularidade e disseminação» e do seu baixo custo, na actual conjuntura do conhecimento, os *smartphones* não se mostram adequados a servir as finalidades expostas, desde logo porque «os modos de relacionar os dispositivos com o seu utilizador legítimo mostra-se disfuncional e inseguro», para além de poder conduzir a reais hipóteses de *net-widening*, em especial nos agressores de menor potencial ofensivo.

V. As instituições internacionais como a CEP – *Confederation of European Probation* ocupam também um lugar de destaque na economia da obra, não apenas no que tange à *probation* em geral, mas particularmente nas iniciativas que GERRY McNALLY descreve em sede de uso de IA e de tecnologias da informação e comunicação. Também aqui se pode inserir o capítulo de MIKE NELLIS sobre «os serviços de *probation* na era da IA», em especial dando-nos conta dos avanços que o *Council of Europe's Penological Affairs Com-*

*mittee* tem empreendido, partindo da definição de IA dada pelo *High Level Expert Group* (HLEG), que tende a ser mais completa que a já citada da proposta de regulamento sobre a matéria, sendo de pensar se a do HLEG não deveria ser a adoptada. A fidedignidade da IA é uma preocupação estrutural e constante, mas sempre «centrada no ser humano». Exactamente porque o autor antecipa uma quase total substituição do trabalho dos humanos na *probation* com a implementação em massa da IA e por saber que ainda não estamos para tal preparados, defende – o que subscrevemos – uma moratória para a *probation*. Se assim não for, um modelo que foi sempre pensado como tendo o ser humano no centro das suas preocupações, pode bem transformar-se – acrescentamos nós – numa máquina que desfaz o pouco de humano que restará num sistema apenas controlado pela IA e que perde a confiança e o *be friendly* que precursores como JOHN AUGUSTUS ou BONNEVILLE DE MARSANGY foram, cada um do seu lado do Atlântico, do fulcro do que é ser agente de reinserção social.

Do mesmo passo, algum estudo de Direito Comparado é desenvolvido através do artigo de WELLITON CAIXETA MACIEL, que nos apresenta as soluções em termos de penas de substituição que existem no Brasil e as suas semelhanças e diferenças com as portuguesas, sobretudo em termos de *sursis*, para além de nos dar nota do que sabemos serem condições degradantes do prisma do tratamento dos reclusos nos espaços a tal destinados. Destaca-se o monitoramento electrónico, com crescimento muito grande no país e o “Sistema Saef”, que já usa mecanismos de IA, com reconhecimento facial e utilizado na liberdade condicional, sendo mesmo já pensado para a pena suspensa. Se bem entendemos, tratam-se de concretizações práticas de IA que já auxiliam os juízes na tomada de decisões em sede de incidentes executivos do cumprimento da pena de prisão. Ficamos ainda a saber que, na sua perspectiva pura, a *probation* também não existe no Brasil, que se mantém, como nós, num sistema de *sursis*.

Olhar para a VE importa também a implementação de políticas públicas, cujas principais características encontramos no contributo de PEDRO FERREIRA MARUM, bem como um determinado *design* desses mesmos serviços digitais, a cargo de STEVEN VAN DE STEENE, que termina o seu artigo de forma eloquente, defendendo que a interacção entre técnicos e supervisionados não pode nunca ser totalmente eliminada de sistemas de IA ou similares, pelo simples facto de que, desse modo, já não estaremos no domínio do humano. Mesmo a visão da indústria – e bem – é convocada, pelas vozes de LEO MILSTEIN e OFER FRIEDMAN, os quais apontam a continuidade dos serviços de VE, a adaptação às novas tecnologias e a mudança de paradigma com a entrada em cena destas últimas como os maiores desafios que o negócio conhece, mas sempre em visão antropocêntrica. Não anda longe desta conclusão o interessante artigo, na óptica da Psicologia, de CONCEIÇÃO MOURATO e MADALENA PINTÃO, que, ao fim e ao cabo, é corroborada pela visão filosófica de PORFÍRIO SILVA, que se bate pela não fungibilidade entre o ser humano e as máquinas, assinalando sim específicos campos de intervenção a cada um deles, por certo aptos a formas de colaboração, mas nunca de substituição plena.

Fruto de um profícuo diálogo entre MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, NUNO OTERO, CARLA DELGADO e MARGARIDA MACEDO, é dado particular enfoque ao modo como a justiça juvenil pode beneficiar da VE, da IA e demais técnicas da informação e comunicação neste mundo digital, sendo exacto que a idade dos intervenientes ainda aconselha maiores cautelas. Em extrema súpula, cremos de saudar o ênfase dado à responsabilidade, criatividade, privacidade, confiança e à preocupação de evitar vieses discriminatórios que os autores propõem quanto ao modelo a defender.

VI. Não temos dúvidas em afirmar que a obra que vem de se re-censear – e que peca por defeito – se tornará numa referência para todos quantos desejam estudar o fenómeno do impacto das novas tecnologias da informação e da comunicação, da era digital e da IA no domínio da *probation*, entendida esta em sentido amplo como todo o conjunto de formas de acompanhamento das medidas e das penas cumpridas na comunidade, um esteio da política criminal contemporânea. O jeito crítico com que o actual estado de coisas é apresentado não se limita a meras queixas inconsequentes, mas traz propostas de solução e aponta novos caminhos, para além de assinalar a traço grosso os principais entraves e perigos de uma tecnologia que, como qualquer outra, deve estar sempre ao serviço do ser humano e nunca substituí-lo. Na verdade, preferiremos sempre – com as contradições e limitações co-naturais a tudo o que é humano – ser julgados por outros seres iguais a nós que apenas e tão-somente por máquinas, sem deixar de estar atentos às vantagens como mero instrumento de apoio, de compilação e de auxílio na decisão judicativa na sua respectiva execução.

Bem-haja, portanto, aos autores que se lançaram neste exigente empreendimento!