



Instituto Superior Bissaya Barreto

**“O Agente Infiltrado e o seu contributo para a
investigação criminal”**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre
em Ciências Jurídico-Forenses

Orientador: Professor Doutor Figueiredo Dias

Co-Orientador: Mestre Ana Pais

TIAGO SANTOS LAVOURA

Coimbra

2011

“ O AGENTE INFILTRADO E O SEU CONTRIBUTUTO PARA A
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ”

ÍNDICE:

Parte I

- Índice.....	2
- Lista de abreviaturas.....	4
- Introdução.....	5

Parte II

1.

- 1.1. Contextualização temática.....	7
- 1.2. A criminalidade organizada no Dto. Português.....	10
- 1.3. Origem histórica do agente provocador.....	12
- 1.4. Evolução do conceito.....	14

2.

- 2.1. Agente Provador vs Agente Infiltrado.....	19
- 2.2. O agente provocador/infiltrado nos vários ordenamentos jurídicos	
- 2.2.1 - Na doutrina continental.....	25
- 2.2.2 – Modelo norte-americano – “ entrapment defense”.....	27
- 2.2.3 – O agente infiltrado nos ordenamentos jurídicos europeus.....	29
- 2.2.4 – O agente infiltrado no ordenamento jurídico americano.....	33

Parte III

3.

- 3.1. Definição de agente infiltrado.....	35
- 3.2. Evolução legislativa.....	36
- 3.3. Regime Jurídico das Acções Encobertas – Lei 101/2001 de 25 de Agosto	
- 3.3.1. Princípios e requisitos.....	47
- 3.4. Regime das provas obtidas pelo agente infiltrado.....	49
- 3.4.1 – Nulidade da prova como consequência penal.....	53
- 3.4.2 – A isenção da responsabilidade do agente infiltrado.....	56
- 3.5. Evolução da figura na jurisprudência.....	63

- 3.6. O papel do MP e do JIC.....	75
------------------------------------	----

Parte IV

4.

- 4.1. O “modus operandi” do agente e o seu contributo para a investigação.	78
- 4.2. Modalidades de operações encobertas.....	80
- 4.3. O processo de selecção dos agentes.....	86
- 4.4. A identidade fictícia.....	88
- 4.5. O factor psicológico.....	93
- 4.6. Desvios no comportamento-----	95
- 4.7. Acórdão do T.E.D.H. – Estado português vs Teixeira de Castro.....	97
- 4.8. O princípio da presunção da inocência.....	99

Parte V

5.

- 5.1. Conclusões e apreciações críticas.....	108
- 5.2. Referências bibliográficas.....	111

Lista de abreviaturas

Ac.: Acórdão
Al.: Alínea
Art.: Artigo
BFDUC: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ: Boletim do Ministério da Justiça
C.C: Código Civil
C.P: Código Penal
C.P.P: Código Processo Penal
CRP: Constituição da República Portuguesa
DCIAP: Departamento de Investigação e Acção Penal
DL: Decreto-Lei
DLG: Direitos, liberdades e garantias
DR: Diário da República
DUDH: Declaração Universal dos Direitos do Homem
JIC: Juiz de Instrução Criminal
M.P.: Ministério Público
OPC: Órgãos de Polícia Criminal
PJ.: Polícia Judiciária
P.P.: Previsto e punido
P.S.P.: Polícia de Segurança Pública
RJAÉ: Regime Jurídico das Acções Encobertas
RLJ: Revista de Legislação e Jurisprudência
RMP: Revista do Ministério Público
RPCC: Revista Portuguesa de Ciências Criminais
STJ: Supremo Tribunal de Justiça
TR: Tribunal da Relação
TC: Tribunal Constitucional

INTRODUÇÃO

O presente texto que agora iniciamos, pretende dar um humilde contributo para o estudo e clarificação da figura, conceito e actuação do agente infiltrado num mundo global, marcado por grandes desafios e novas realidades criminológicas.

Desde logo, procederemos a comparações e distinções com as figuras afins: agente provocador, agente encoberto, informador, homens de confiança...

Pois, apesar da origem muito antiga e secular desta figura, só muito recentemente, entenda-se inícios do século XX, a mesma, começou a ter tratamento doutrinal e jurisprudencial nos diversos ordenamentos jurídicos mundiais.

Para tal, muito contribuiu a ambiguidade da delimitação conceptual da figura do agente infiltrado, muitas vezes confundido com o agente provocador, acrescida da multiplicidade de finalidades e possíveis intervenções deste tipo de agentes “à paisana”.

As divergências doutrinárias geradas, em particular entre estas duas figuras, espelham e revelam que o agente infiltrado tem o seu campo de actuação exactamente na zona de fronteira entre segurança e liberdade, num contexto permanente entre dois pólos distintos: de um lado a manutenção da segurança dos cidadãos através da prevenção e repressão do crime e do outro, as liberdades, direitos e garantias inerentes e presentes num Estado de Direito Democrático.

Assim, tendo sempre por base esta análise e esta dicotomia, bem como tentando nunca “perder de vista” os casos práticos “no terreno”, estruturámos o presente estudo em cinco partes, sendo que na Parte I, é feita uma breve introdução e abordagem programática ao tema.

Na Parte II, pretende-se fazer uma contextualização algo pormenorizada do surgimento destas figuras, inserindo-as no contexto da globalização e da criminalidade organizada, enquanto fenómeno social, económico e tecnológico, que exigiu por parte dos Estados novas respostas a novos paradigmas.

Iremos também percorrer a evolução nos “trilhos históricos” que estiveram na génese da criação destes “agent provocateur”... bem como proceder ao seu enquadramento jurídico-legal nos vários ordenamentos jurídicos, em particular em alguns ordenamentos europeus e do continente americano.

Já na Parte III, entraremos especificamente no tratamento desta figura no Dtº português, primeiramente conceitualizando a figura, explicando a sua evolução legislativa através do Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro – conhecido como a Lei da Droga, depois com o Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de Janeiro, posteriormente com a lei nº 36/94 de 29 de Setembro, que estendeu a possibilidade de recurso a um agente infiltrado aos crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira, com as alterações e acrescentos contidos na Lei nº 45/96 de 3 de Setembro e culminando com a Lei nº 101/2001 de 25 de Agosto, que vem consignar o Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal.

Estudaremos também, não só os requisitos e princípios a serem respeitados pelo agente infiltrado no “campus” da sua actuação como faremos uma breve resenha evolutiva do tratamento desta figura na doutrina e jurisprudência portuguesa.

Como não poderia deixar de ser, iremos também tentar destringir através de um quadro de comparações e distinções a figura do agente provocador vs agente infiltrado, passando também em revista os ensinamentos dos Srs. Professores Figueiredo Dias e Costa Andrade, sobre os meios enganosos de provas e respectivas valorações processuais penais.

Por fim, na Parte IV, iremos abordar as especificações do “modus operandi” dos agentes infiltrados, bem como tentar perceber um pouco melhor qual o seu real e verdadeiro contributo para a investigação criminal no âmbito da prevenção e repressão ao crime, fazendo para isso referência não só às diversas modalidades de actuação do agente, mas também dando exemplo de casos práticos de actuações de agentes ora provocadores ora infiltrados e consequente avaliação pelos Tribunais da legalidade da prova obtida e consequente valoração penal.

Faremos ainda uma análise ao 1º Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que versou sobre a actuação destes “agentes” no campo da investigação criminal e que culminou na condenação do Estado Português, prestando assim a nossa homenagem ao distinto advogado Dr. Joaquim Loureiro.

Para terminar na Parte V, faremos uma breve consideração conclusiva, não excluindo naturalmente as nossas apreciações críticas sobre o tema em estudo e análise.

Parte II

1.

1.1 Contextualização temática

O século XX, foi um século paradigmático em mutações e transfigurações sócio - económicas, tecnológicas, políticas e culturais.

Assistiu a 2 Grandes Guerras Mundiais, à Guerra Fria e a inúmeros outros conflitos militares espalhados por todo o Globo.

Assistiu na sua primeira metade, ao crescer da classe média, em virtude da industrialização e viu as condições de vida das populações melhorarem consideravelmente, ainda que, com avanços e recuos ao longo dos anos.

Também as vias de comunicação, infra - estruturais e informáticas conheceram um desenvolvimento e aperfeiçoamento extraordinários, caminhando-se assim para um mundo cada vez mais Global.

A Globalização, é assim, um fenómeno que caracteriza os tempos actuais.

É um fenómeno económico (marcado pela eliminação de restrições e pela ampliação dos mercados), político, tecnológico e cultural, impulsionado, sobretudo pelo progresso dos sistemas de comunicação.¹

É neste contexto de constante mutação e evolução, a chamada “Globalização”, tendente a grandes avanços mas também a vários constrangimentos, que se tem assistido ao desenvolvimento do fenómeno da criminalidade, um panorama que acarreta a necessidade, cada vez mais urgente, de implementação de medidas eficazes no seu combate.

Uma criminalidade marcada pela violência dos seus meios e objectivos, pela sofisticação da sua organização, planos de actuação e modalidades operativas, pelo aperfeiçoamento do método criminoso, e por atingir, não apenas países mais avançados, mas também países em vias de desenvolvimento.

Os agentes do crime conhecem agora as fraquezas dos vários sistemas jurídicos e munem-se das melhores técnicas para intervir nos Sistemas Económico-Financeiros, abalando o bem-estar social, a estabilidade económica, pondo em causa os Princípios do Estado de Direito Democrático.²

¹ Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES – “ A GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL – DA PIRÂMIDE À REDE OU ENTRE A UNIFICAÇÃO E A HARMONIZAÇÃO”, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, coord. António Meneses Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Januário da Costa Gomes, Almedina 2007 e ELSA MARGARIDA COSTA SANTOS, “O AGENTE INFILTRADO NA EXPERIÊNCIA PROCESSUAL PENAL PORTUGUESA”, dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, 2009, pag.11.

² In JOÃO DAVIN (2004), “ A criminalidade organizada transnacional. A cooperação judiciária e policial na U.E, Livraria Almedina pág. 20 e SOLANGE FERNANDA MOREIRA JESUS, “ O agente infiltrado como novo instrumento de política criminal”, dissertação de mestrado em ciências jurídico criminais, Coimbra, 2009, pág. 15

No passado, tínhamos um tipo de criminalidade de tipo singular ou ocasional, circunscrita a uma localidade, a um pequeno “bando”, ao invés com a Sociedade Moderna, temos a chamada criminalidade organizada, que não conhece barreiras ou fronteiras e é transnacional.

Esta nova criminalidade caracteriza-se segundo os seguintes aspectos: ao nível estrutural, caracteriza-se pela participação de conjuntos de pessoas estruturados hierarquicamente (quer sob forma de empresas, quer sob forma de associação criminosa), pela dissociação entre a execução material directa e a responsabilidade, o que permite que o resultado lesivo possa aparecer significativamente separado, tanto no espaço, como no tempo, da acção dos sujeitos mais importantes ligados à prática do crime; do ponto de vista material, a criminalidade organizada é uma actividade económica em sentido amplo, caracterizada nos efeitos danosos avultadíssimos, quer económicos, políticos e até sociais. Não respeita fronteiras, avança no sentido da internacionalização e mundialização e encontra-se dotada de meios sofisticados e poderosos.³

Numa tentativa de definição do conceito de “Criminalidade Organizada”, ou pelo menos numa tentativa de elencar as suas principais características, o XVI Congresso Internacional de Direito Penal, avança com uma lista de traços característicos de “Crime Organizado” “: o crime organizado almeja tipicamente a obtenção do poder / e ou lucro, através de uma organização fortemente estruturada.

As suas principais marcas são, entre outras: a divisão do trabalho e a dissolução da responsabilidade individual no seio da organização; a comutatividade dos membros; o segredo; a mescla de actividades legítimas e ilegais; a capacidade de neutralizar os esforços de aplicação da lei penal (nomeadamente através da corrupção ou da intimidação), a capacidade especial de transferência de ganhos e lucros. Ora tais características fazem, tendencialmente, frustrar o seu tratamento por meio de conceitos e instrumentos tradicionais da justiça penal, exigindo, por isso, uma resposta satisfatória e a adaptação do direito penal aos desafios da criminalidade organizada.”

Também a doutrina tem tentado identificar as coordenadas essenciais do conceito:

- José Francisco de Faria Costa, chega a caracterizar a estrutura típica da organização criminosa como “um projecto racionalmente elaborado que passa por três grupos, de certo modo independentes mas que têm pontes ou conexões: o grupo central ou nuclear que tem como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento e a distribuição de bens ilegais, um outro grupo tem como função a protecção institucional a toda a teia; um terceiro grupo tem como fim primeiro estabelecer a lavagem do dinheiro ilegalmente obtido”.⁴

³ ELSA MARGARIDA COSTA SANTOS, obra cit, pag. 13 e 24

⁴ JOSE FRANCISCO DE FARIA COSTA, “O fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2001, pag. 540 e ss. e MARIA ISABEL SOLNADO PORTO ONETO, dissertação de mestrado em ciências jurídico – criminais, “O Agente Infiltrado – Contributo para a compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas”, FDUC, Coimbra, 2002, pág. 25 e ss.

Nas palavras de João Davim, a Criminalidade Organizada é a que se constrói no contexto de “ um grupo estruturado, estável e tendencialmente permanente ou vitalício, que se dedica à prática de infracções visando obter benefícios financeiros ou materiais.”⁵

Estas modernas formas de criminalidade, designadamente, o terrorismo, o branqueamento de capitais e o tráfico de estupefacientes, frequentemente muito bem estruturadas e organizadas, são dotadas de meios tecnologicamente mais avançados e, por isso mesmo, particularmente eficazes no exercício das suas actividades criminosas, que atentam gravemente contra a segurança e interesses fundamentais dos Estados, bem como a saúde e o bem estar dos cidadãos.

Em face disto, e sobretudo devido à especial organização do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, as legislações dos vários países adoptaram diversas medidas de combate a este verdadeiro flagelo, entre os quais a figura do Agente Infiltrado.⁶

Figura essa, que nos propomos de seguida a estudar.

⁵ JOÃO DAVIM (2004), obra cit. Pag. 54

⁶ FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “ Lei e Crime – O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador – Os princípios do Processo Penal, Almedina, 2001, pag. 253

1.2– A criminalidade organizada no Dtº Português

O artigo 1º, nº2, do CPP refere-nos quais são os “ casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada”, e que são os previstos na alínea a) – crimes de associação criminosa (artigo 299º do CP), de organizações terroristas (artigo 300º CP) e de terrorismo (artigo 301 CP) – e na alínea b) – os crimes que “dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a cinco anos”.⁷

O artigo 1º, nº 2, refere que “ Para efeitos do disposto no presente Código, apenas podem considerar-se como casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada”, os crimes descritos nas alíneas a) e b) deste preceito, o que, acentua a expressa intenção do legislador de sublinhar o carácter excepcional e taxativo da enumeração.

A este preceito temos que acrescentar, entre outros, o artigo 28º do Decreto Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela Lei nº 45/96, de 03 de Setembro, que considerou também crime de associação criminosa: “ quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar alguns dos crimes previstos nos artigos 21º e 22º, tipificando estes os crimes de tráfico de estupefacientes e de precursores.

Nos termos do artigo 299, nº1 do CP, quem “ promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”; nos termos do nº 2, incorre na mesma pena “ quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos”; o nº3 pune com pena de 2 a 8 anos quem “ chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidas nos números anteriores.”⁸

O bem jurídico que se quer proteger é a paz pública, atenta a especial perigosidade deste tipo de crimes. Como refere JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, a intervenção da tutela penal não surge “ quando foi posta em causa a « segurança» ou a « tranquilidade», mas sim “ num estágio prévio, através de uma dispensa antecipada da tutela, quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda necessariamente perturbadas, mas se criou já um especial perigo de perturbação que só por si viola a paz pública.”⁹

⁷JOSE DA COSTA PIMENTA, assinala este critério misto (qualitativo/quantitativo), cfr. Código de Processo Penal Anotado, Lisboa, 1991, pag. 34 e MARIA ISABEL SOLNADO PORTO ONETO, obra cit. Pag. 37

⁸ISABEL ONETO, obra cit. Pág 38

⁹JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra, pag. 1157

De acordo com o Prof. Doutor Figueiredo Dias, o problema mais complexo de interpretação e aplicação deste preceito, reside na distinção entre “aquilo que é já associação criminosa, daquilo que não passa de uma mera participação criminosa”, nomeadamente quando um determinado grupo já tenha concretizado um crime. Em seu entender, o critério de distinção deve aferir-se quer na verificação da existência já de uma organização, quer na verificação de que “da mera associação de vontades dos agentes resultava sem mais um perigo, para bens jurídicos notoriamente maiores e diferentes daqueles que existiriam se no caso se verificasse simplesmente uma qualquer forma de participação criminosa.”¹⁰

Características deste tipo de organização são a sua duração e a existência de um mínimo de estrutura organizatória (que a distingue de bando), bem como de um processo de formação de vontade colectiva e de um sentimento comum de ligação entre os seus membros.¹¹ Esta organização terá de ter por escopo a prática de crimes, ainda que não seja “o seu objectivo último ou principal: bastará (...) que a prática de crimes seja pressuposto essencial à concepção do escopo da associação.”¹²

Quanto ao que deva considerar-se crime para efeitos de preenchimento do tipo objectivo de associação criminosa, Prof. Figueiredo Dias sustenta que além dos integrantes no direito penal clássico, devem integrar-se também crimes pertencentes ao âmbito do direito penal económico, face à “ressonância ética de tal modo profunda e estabilizada” que este tipo de crimes adquiriu na última década, tornando-se “no campo por excelência de actuação da criminalidade organizada”.¹³

Em resumo, a adopção da figura do Agente Infiltrado, deve ser entendido à luz da propagação de novos tipos de criminalidade, num contexto de constante mutação e evolução, associado aos avanços tecnológicos, ao desenvolvimento da criminalidade organizada e violenta, nomeadamente o “ciber-crime”, o bio-terrorismo e os atentados ao ambiente à escala planetária, as grandes redes internacionais de tráfico de droga, de tráfico de armas, de tráfico de substâncias radioactivas, de tráfico de capitais, de tráfico de obras de arte, de tráfico de órgãos humanos, de tráfico de crianças e de embriões, assim como aos crimes de natureza económica e financeira associados ao incontornável terrorismo nas suas mais diversas formas.

É esta nova dimensão de criminalidade e as exigências de eficácia que ela acarreta para as instâncias formais de controlo, que justificam o recurso a este método de prevenção e investigação oculto – o Agente Infiltrado, que vai ser o alvo e objecto do nosso estudo.¹⁴

¹⁰ Idem, págs 1161 e 1162)

¹¹ Ibidem, pág. 1162 e ISABEL ONETO, obra cit. Pág. 40)

¹² Ibidem pág 1163)

¹³ Ibidem págs. 1164-1165)

¹⁴ (ELSA COSTA SANTOS, obra cit. Pág. 9).

1.3. Origem histórica da figura

Segundo os escritos de Alves Meireis ¹⁵, “ historicamente a figura do agente provocador surge em França no período do Ancien Regime. O Parlement e o Chatelet, a quem estava confiado o policiamento de Paris, não conseguiam mais fazer face à onda de criminalidade que assolava a cidade. Para reforçar a prevenção e a perseguição dos crimes é então criado, por édito de 15 de Março de 1667, o “ lugar-tenente de polícia” – “ lieutenant de police”: “Foram Colbert e Luís XIV que deram a Paris o seu primeiro lugar-tenente de polícia”. Em “édito” foram definidas quais as áreas da vida urbana sobre as quais o novo funcionário deveria ter controlo.

Para auxiliar e coadjuvar o lugar-tenente foram contratados outros agentes, como os comissários e os inspectores, que consistiam nos “ seus olhos e ouvidos espalhados pela cidade “.

No entanto as múltiplas diligências que os inspectores e os comissários tinham que levar a cabo, tal o tamanho e população da cidade, levou a polícia a recorrer a outras pessoas. Alguns trabalhavam para o inspector “ clandestinos e por conta própria” e outros eram abertamente empregados, sendo-lhes impostas tarefas precisas, tornando-se os primeiros agentes provocadores da história europeia.

O povo chamava-lhes genericamente de “ mouches” ou “ mouchards”; a polícia preferia distinguir entre aqueles que trabalhavam encobertos, na clandestinidade, a quem chamava eufemisticamente de “ observateur” e aqueles que eram abertamente contratados, a quem, em linguagem popular, denominava de “ mouches”, ou “ sous inspecteurs”, “ commis” ou “préposés”.

A maior parte destes observadores/informadores, que colaboram com os inspectores de polícia, provém das classes sociais mais baixas, alguns são reclusos que negociam a sua libertação a troco de cooperação, nomeadamente através da infiltração nos locais tidos por “perigosos”; outros porém provinham de classes sociais mais abastadas, tudo dependia do “ meio”, onde o inspector se queria infiltrar., devendo estes escutar, informar, mas também provocar e prender os malfeitores sob vigilância.

São pagos pelo inspector e recebem “ bónus ocasionais” pelo trabalho bem feito.

As suas tarefas são as mais variadas: descobrir os autores de furtos, combater os jogos de azar, a vagabundagem, os “complôts” políticos, a imprensa clandestina e em geral, são utilizados sempre que se justifique uma investigação secreta.

Com a Revolução Francesa as coisas não mudaram e a actividade da polícia francesa, continuou a incluir a “ utilização dos espions de police”. Estes agentes passaram a ser utilizados pelo governo para se poder libertar dos sujeitos incómodos, mas contra os quais não havia prova suficiente de condenação.

¹⁵ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “ O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal”, Almedina, 2002, pág. 19 e segs.

Entre 1799 e 1815, os “ mouches” atingiram a sua pujança máxima: diz – se que Fouché tinha, só em Paris, dez mil colaboradores, que iam desde os domésticos introduzidos nas casas, aos introduzidos em cabarés, àqueles que frequentavam a alta sociedade, as prisões, os tribunais e ainda infiltrados entre os pequenos comerciantes e mercadores.

De salientar pois, o estrito relacionamento entre o agente provocador e a polícia: esta tem necessidade daqueles para prender os criminosos, estes têm necessidade daqueles pois só graças à sua actividade de colaboração poderão ganhar a liberdade ou obter benesses.

1.4 . Evolução do conceito

É uma realidade que quase todos os países do Mundo dispõem de agentes infiltrados, ainda que em alguns ordenamentos esta figura não esteja positivada.

A ambiguidade que tem caracterizado as suas funções (e mesmo a sua definição), permite que muitas vezes, sob a referência a agentes provocadores e infiltrados, se classifiquem também operações de pura espionagem, de carácter absolutamente político.

Ou mais grave ainda, que sob o pretexto de uma operação encoberta se vise atingir alvos políticos. A dificuldade de todas estas condutas é dificultada quando, com objectivos políticos, algumas organizações ou Estados recorrem a actos de terrorismo.^{16 17}

Segundo Alves Meireis, já atrás citado, os primeiros agentes provocadores da história europeia foram contratados por inspectores da polícia parisiense, em finais do séc. XVIII, e distinguiam-se entre aqueles que trabalhavam encobertos, na clandestinidade, a que chama eufemisticamente de “ observateur” e aqueles que são abertamente contratados, a quem em linguagem popular eram denominados de “ mouches”.

Munõz Sanchez¹⁸, sublinha que a “utilização do agente provocador como técnica de luta contra a criminalidade aparece em cena há já bastante tempo e tem sido uma constante fixa nas medidas táctico-policiais dos diversos regimes políticos. Segundo refere “ a origem desta instituição encontra-se no período do

¹⁶ ISABEL ONETO, obra cit., pág 5

¹⁷ São inúmeros os casos, relatados na imprensa, nomeadamente estrangeira, que envolvem agentes infiltrados em operações de carácter eminentemente político. Exemplificativo da ambiguidade do conceito de agente encoberto é o testemunho de um operacional pertencente à Segurança do Estado de Cuba no processo judicial que este país intentou contra o governo norte-americano, por “ responsabilidade civil por danos e prejuízos económicos causados ao povo cubano” Segundo um artigo publicado na edição de 24.03.2000 no diário “ Granma”, de Havana, o agente Ivan José Luís Joanicot e sua mulher, Maria Elena Reyer Ortiz, também agente de segurança cubana, viveram durante cerca de cinco anos infiltrados na FNCA – Fundación Nacional Cubano-Americana, com sede em Miami(EUA). Ivan Joanicot foi o último de mais de cem testemunhas deste processo e, ao iniciar o seu depoimento, afirmou: “ Com muito orgulho revolucionário, como agente de segurança do Estado Cubano, residi em Miami e arredores entre 8 de Julho 1993 e 29 Março de 1998. A partir de Outubro de 1993 estive infiltrado em várias organizações terroristas contra-revolucionárias com a tarefa de detectar e impedir acções contra o nosso país...Declaro voluntariamente tudo o que conheci, observei e no que participei, como prova da impunidade com que os inimigos do povo cubano actuam a partir do próprio território norte-americano...” Num depoimento de hora e meia, Ivan Joanicot, relatou as ligações de elementos da direcção da FNCA com agentes da CIA e do FBI, deu conta da existência de planos daquela organização para “ assassinar o Comandante e Chefe” (Fidel Castro) e referiu detalhes de alguns dos planos de atentados organizados e financiados pela FNCA e o Ex Club (outra organização contra o regime cubano), para serem executados na Colômbia e, se estes falhassem, no Vaticano, por ocasião das visitas que Fidel realizaria a esses estados em 1997. Um outro agente vem-nos do Peru, onde, de acordo com o depoimento de um agente, um sector do exército peruano formou um grupo de elite, designado Grupo Colina, constituído por 32 homens e 6 mulheres, com o objectivo de eliminar membros do Sendero Luminoso. Este agente afirmou ter participado num massacre, que vitimou crianças, com o apoio do exército e com o conhecimento do então Presidente Fujimori

¹⁸ JUAN MUNOZ SANCHEZ, “ La Moderna Problemática Jurídico Penal del Agente Provocador, Editora Tirant lo Blanch, Valência, 1995

absolutismo francês, no qual, para reforçar o regime, é criada a figura do delator, composta de cidadãos que descobriam os inimigos políticos para receberem favores do Estado. Nesta época a sua actividade limitava-se a espiar e a dar conhecimento dos factos às autoridades, sem que se realizasse no entanto, uma verdadeira e real actividade de provocação. Com o passar do tempo, a actividade deixou de ser suficiente para neutralizar a oposição, passando-se da espionagem à provocação.

Para Ruiz Antón,¹⁹ o termo “agent provocateur” espelhou um contexto socio-político, no qual o agente “ é mais um instrumento da mecânica subtil que utiliza a acção política como estratégia para conseguir os seus fins”.

Este autor, refere mesmo que “ a história e também o presente, revelam-nos como os mais diferentes sistemas políticos se serviram de agentes provocadores para conseguir resultados desejados”²⁰

Em Portugal, num texto de autor desconhecido, datado de 1906, intitulado “ Os agentes provocadores”, o autor considera “ o recurso a agentes provocadores uma forma de corrupção, utilizada por todos os regimes políticos, ao verem chegada a hora da sua decomposição, afim de protelarem um pouco mais a sua existência condenada”²¹

E se foi em França que historicamente surgiu a figura do agente provocador / infiltrado, foi a Alemanha que tomou a dianteira quanto ao seu enquadramento dogmático.

O alemão Glaser, em 1858, procedeu pela primeira vez, ao enquadramento jurídico-dogmático do agente provocador, rompendo definitivamente com a exclusiva referência do comportamento do agente provocador a casos em que operava por motivos políticos, ainda que já em 1848, Hepp, ainda num quadro de provocação ao crime político, ter “ suscitado dúvidas acerca do comportamento do agente provocador, ao perguntar-se se não deveria ser considerado um instigador de crimes de alta traição.”

Por sua vez foi Henckell quem, em 1882, na Alemanha, utilizou pela primeira vez o termo “ Lockspitzel” para expressar na língua alemã o significado de agente provocador.

O conceito de agente provocador, foi-se construindo ao longo de duas fases: uma dogmática ou monista e outra criminológica ou pluralista.

¹⁹ RUIZ ANTON, “ El Agente Provocador en el Derecho Penal, Madrid, 1982, pág. 6

²⁰ RUIZ ANTON, *idem*. Na nota 3, o autor dá conta das actividades de José Manuel del regato, um agente que se tornou célebre em Espanha, no início do séc.XIX. Neste texto, verifica-se que Regato utilizava não apenas técnicas de provocação, como de infiltração. Antón cita Pio Baroja, autor do livro Regato, El Agente Provocador, segundo o qual Regato frequentava assiduamente os cafés Lorencini e Fontana de Oro, para “ assim poder ter notícias de todos os círculos liberais, maçónicos, comuneros (partidários da oposição a Carlos V), anilleros e carbonários, conversar com os seus principais homens e dar informações autênticas ao rei. Regato aparecia sempre onde houvesse ruído, preparando a algazarra e motins, fazendo com que os grupos liberais parecessem insensatos e absurdos”

²¹ ISABEL ONETO, obra cit., pág. 8

A fase dogmática ou monista, tratada desde as origens oitocentistas até meados dos anos 70, apresenta-nos uma noção unitária de agente provocador tanto para a doutrina como para a jurisprudência. A figura não está legalmente prevista pois é tida como um problema da parte geral.

Conforme nos refere Isabel Oneto, a própria terminologia reflecte esta coerência de opiniões: da expressão originária “agent provocateur” desenvolve-se uma outra de origem alemã “polizeilicher” - “Lockspitzel”, literalmente espia- “Spitzel”- que atrai-“Locken”, que pretende ser mais do que a simples conversão em alemão do termo francês; trata-se, essencialmente, de uma diversa amplitude qualitativa, ainda que não totalmente rigorosa, entre “agent provocateur” (que pode ser qualquer um, simples cidadão privado ou policial, indiferentemente) e “Lockspitzel”, que ao invés, nos reconduz preferencialmente ao funcionário público.

A noção (dada por Glaser) é então uma definição doutrinária e nos seus primórdios o “agent provocateur” é aquele instigador que determina outrem à perpetração de um crime apenas porque quer que este seja acusado e punido.

Para Plate, nos inícios dos anos 70: “por agent provocateur” ou Lockspitzel entende-se, na penalística, todo aquele que instigue outro a um facto - crime para detê-lo depois do início da execução do mesmo crime e entregá-lo aos órgãos de prossecução penal.

Kleber, nos finais dos anos 80, dá-nos ainda outra noção: “como provocação ao crime deve entender-se a promoção de um crime com a consciência que o agente, contra as próprias expectativas, não escapará à pena e com o fim específico de alcançar com o crime, ou com a punição do seu autor, fins diversos do fim que o agente persegue”.

O surgimento destas designações reflecte uma realidade que no Reino Unido era naquela época uma prática corrente, uma vez que o uso de informadores para obter provas incriminatórias tem uma origem antiga naquele país. Refere-nos Sybil Sharpe que “para encorajar a captura de certos criminosos eram concedidas recompensas e imunidades àqueles que traziam à Justiça os criminosos”.²²

Sharpe refere que só em 1816, o Bennet’s Act aboliu o sistema de recompensas estabelecido pelo Parlamento, atribuindo contudo aos tribunais o poder discricionário de ordenar o pagamento aos cidadãos de prémios que contribuísem para a detenção de criminosos.

O termo “agent provocateur”, surge apenas pela primeira vez no Reino Unido, em 1928, numa definição da Royal Commission Police Powers, considerando aquele quem “incita outra a cometer uma determinada transgressão da lei que de outra maneira não teria cometido e que depois testemunha contra ela a propósito dessa infracção”.²³

²² SYBIL SHARPE, “Covert Police Operations at the Discretionary of Evidence” in *Criminal Law Review*, Londres, 1994 in ISABEL ONETO, obra cit., pág.10

²³ SYBIL SHARPE, obra cit., pág. 795 in ISABEL ONETO, obra cit., pág. 10

Também em Espanha, a figura do agente infiltrado ou do provocador “ embora não tenha merecido especial interesse por parte da doutrina, está muito arreigada, já que vem sendo utilizada desde a Inquisição até aos nossos dias”.²⁴

São vários os autores que conceptualizam o agente infiltrado como uma espécie da categoria de agente provocador. Se desde a origem do conceito “ agent provocateur” que nela se abarcou a figura do agente infiltrado, a verdade é que os desenvolvimentos doutrinal e jurisprudencial acabaram por manter este conceito amplo.

Neste sentido²⁵, veja-se a corrente jurisprudencial espanhola desenvolvida a partir da década de 70, que sustentou a punibilidade da “ provocation policial”.

Nesta tese, a figura do agente provocador é: “essencialmente caracterizada pelos seguintes elementos: agente provocador tem que ser um policial que pretende descobrir um crime cometido ou que se está cometendo e o provocador só não era punido se a sua interferência não fosse essencial para o crime, não o determinou, apenas desvendou”.²⁶

Para alguma doutrina italiana, temos a “autonomização da própria noção de agente provocador” em que se dispensa a perspectiva causal da participação como elemento característico da noção de agente provocador, sendo este integrado nos “ casos de simples predisposição da força pública”.

Dessa autonomização resulta ainda o facto de entrar na noção de agente provocador a figura do agente infiltrado, segundo as teses de Califano, Bettiol e Pagliaro, caracterizando o agente infiltrado como “ quem (em regra, um agente da polícia) se infiltra numa organização criminosa, participando em qualquer crime, com o fim de desmantelar e destruir a mesma organização”²⁷

A recente consagração da figura do agente infiltrado nos ordenamentos jurídicos permitiu a sua autonomização face ao agente provocador, para o que terá contribuído o desenvolvimento dado a esta figura no sistema Norte-Americano.

É com efeito, perante o aumento da criminalidade organizada, em particular no domínio do tráfico de droga e do terrorismo, que começa a surgir, a partir de 80, nos países europeus de doutrina continental, a figura do agente infiltrado, suscitando de novo o debate em torno do agente provocador, agora num quadro de referências que levou alguns autores a assinalarem que ambas as figuras necessitam de um tratamento normativo - dogmático distinto.

De notar que a figura desenhada pela chamada fase dogmática ou monista, não desaparece, antes surgem novas figuras, emergidas da prática criminológica e jurisprudencial e tipificadas pelo legislador do direito penal secundário e dos códigos de processo penal.

Surgem assim, novas figuras jurídicas: fala-se – retomando uma fórmula anglo-saxónica – de “ testemunhas da coroa” – “ kronzeugen” e, sobretudo dos

²⁴ – GABRIEL GARCIA PLANTAS, “ Consideraciones en torno al Agente Provocador” in Cuadernos de Política criminal, Madrid, 1982, pág. 378 e ISABEL ONETO, obra cit., pág. 10 e ss.

²⁵ ISABEL ONETO, obra cit., pág. 10

²⁶ ALVES MEIREIS, obra cit., pág. 59-60

²⁷ ALVES MEIREIS, obra cit., pág. 53

V-Mann, denominação que passará a aplicar-se a todas as várias formas de provocação ao crime.²⁸

Quanto à figura do V-Mann, não obstante a sua incerta etimologia²⁹, vem designar uma modalidade complexa de actividade provocatória levada a cabo por agentes directamente pertencentes ou controlados pela polícia e destinada a adquirir provas incriminatórias para o processo, mas à revelia das tradicionais formas de investigação. Trata-se de uma fórmula saída, especialmente nos anos 80, do seio da jurisprudência alemã, sendo esta a pessoa que “ por diversos motivos, seja para esclarecer o crime, ou para denunciar os agentes, seja útil ao impedimento e esclarecimento do crime e cuja identidade seja mantida secreta à disposição das entidades de instrução em cuja dependência tal pessoa opera”³⁰.

Do ponto de vista formal, surge um conceito lato: segundo o qual V-Mann será “ todo o que colabora activamente no esclarecimento do crime: pertencendo ou tendo pertencido ao < milieu> criminal, tenha sido recrutado da população ou tenha pertencido à polícia criminal como investigador secreto”

Para o conceito restrito: V-Mann, “ serão todas as pessoas que pertencendo oficialmente á polícia, ocasional ou regularmente, com ou sem recompensa, lhe fornecem informações secretas”

Do ponto de vista funcional, o modus operandi do V-Mann, geralmente definido sob o ponto de vista formal, tem um registo em abstracto muito amplo pois vai da simples observação do ambiente criminal à participação directa no crime e à sua provocação.

A escala de ingerência depende do tipo de criminalidade objecto de controlo.

Em alguns casos, basta a observação, em outros tem que se infiltrar e em outros casos deverá tomar a dianteira e levar as pessoas ao crime, provocando-o.

Se no primeiro grupo de situações a sua acção penal é irrelevante, já no segundo, o agente pode desempenhar um papel de participante na medida do necessário para obter a confiança do grupo, já no terceiro ver-se-á obrigado a desempenhar o papel de instigador ou de autor propriamente dito, com as consequentes incriminações penais...

²⁸ ALVES MEIREIS, obra ct., pág. 26 e ss

²⁹ De facto a expressão V-Mann é de controversa leitura e de polémica raiz etimológica. Geralmente lê-se < v> de <vertrauen> (de confiança): Vertrauen-Mann, como homem de confiança, (o confidente em sentido etimológico)

³⁰ ALVES MEIREIS, obra cit., pág. 28

2.

2.1 Agente Provocador VS Agente infiltrado

A figura do agente infiltrado tem suscitado uma discussão doutrinária que atravessa e é comum a vários ordenamentos jurídicos. Existe, por um lado, a “preocupação de que um aumento de poderes da polícia (...) possa acabar por perturbar o equilíbrio entre o poder da polícia e o poder dos tribunais e possa tornar-se indirectamente uma ameaça dos direitos humanos (...)”; por outro lado, afirma-se a necessidade de a polícia, e outros serviços de ordem pública, se socorrer das novas tecnologias como meio necessário e eficaz para o combate da criminalidade organizada, também ela caracterizada pelo uso e domínio dessas mesmas tecnologias de ponta”.³¹

A instituição do agente infiltrado tem vindo a ser definida e regulada na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos desde os anos 80.

Segundo Germano Marques da Silva³²: “agentes informadores e infiltrados não participam na prática do crime, a sua actividade não é formativa, mas apenas informativa, sendo de admitir que no limite, quando os meios e a inteligência dos agentes da justiça sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e esta ponha em causa os valores fundamentais que à justiça criminal cabe tutelar, se possa recorrer a estes meios de investigação”

Quanto ao agente provocador, o autor defende que “apenas numa concepção aristocrática da sociedade pode considerar-se a provocação ao crime como método legítimo para combater a criminalidade, ao aceitar-se que há pessoas que por natureza são inaptas para o bem e para o respeito da lei e, por isso, que a provocação actua como uma espécie de laboratório para descobrir”.

Pelo contrário, “numa concepção democrática, que admitindo a fraqueza humana, considera que a ocasião, na forma de provocação, não revela apenas apetência natural ou intrínseca para o crime, mas pode fazer vacilar aquele que, como qualquer de nós, sendo capaz de roçar os limites do ilícito não os ultrapassa espontaneamente, não comete o crime senão por causa da provocação”.

Por sua vez, Lourenço Martins, em anotação ao art. 52.º do Decreto-Lei nº 430/83, define “agente provocador” como aquele que, sendo um funcionário que tem por objectivo prevenir a prática do crime e descobrir os autores dos crimes

³¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Coimbra Editora, 2006, pág.20 e ELSA COSTA SANTOS, obra cit., pág. 45 e ss

³² – GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos – Os Princípios Democrático e da Lealdade em Processo Penal”, in Apontamentos de Direito Processual Penal (aulas teóricas dadas ao 5ºano, 1994/1995) de Teresa Pizarro Beleza, III Volume, AAFDL, Lisboa, pág. 28 e 29

já praticados, determina outrem, pela sua conduta, a praticar factos delituosos que, de outro modo, não seriam cometidos por aquele. Diversamente o “ agente infiltrado” apenas procura descobrir crimes já praticados, conseguindo informações ou recolhendo provas, não denunciando a sua qualidade de funcionário, actuando assim na investigação do crime e não em operações preventivas.³³

Num outro estudo, refere que as figuras do agente provocador e do agente infiltrado estão claramente delimitadas pela doutrina e pela jurisprudência: agente provocador é « (...) aquele que induz outrem a delinquir com a finalidade de o fazer condenar, dando vida a uma intenção de delinquir que não existia – para catalogar como prova proibida a que se obtém através dele»; e agente infiltrado, « (...) o polícia, ou terceiro por si orientado, que se insinua nos meios em que se praticam os crimes, ocultando a sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos, com vista a obter informações e provas contra eles, mas sem determinar à prática das infracções».³⁴

Para Rui Pereira,³⁵ a distinção entre as duas figuras assenta no critério da gravidade dos crimes que se pretende prevenir: enquanto o agente encoberto « se limita a observar a prática de crimes (ou pelo menos não os determina)», o agente provocador «funciona, verdadeiramente como instigador desses crimes».

Em suma, admite o recurso á figura do agente infiltrado baseado na sua dimensão preventiva, mas recusa a sua utilização quando actue como agente provocador, quando se trate de crimes de diminuta gravidade e quando estiverem em causa crimes tendencialmente irrepetíveis.

Este seu entendimento foi alvo de crítica quanto à última situação, porque se afigura que aí deverá interceder um juízo de ponderação da relevância dos bens jurídicos protegidos, devendo admitir-se a acção encoberta se o bem jurídico violado ou ameaçado tiver suficiente dignidade para justificar/legitimar o recurso ao meio em causa, assim evitando um resultado danoso a todos os títulos indesejado, bem como careando elementos de prova, válidos no âmbito de um processo penal, insusceptíveis de produzir de outra forma.

Para Alves Meireis,³⁶ agente infiltrado será “ aquele agente da autoridade, ou cidadão particular que actue de forma concertada com a polícia, e que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou então simplesmente para a obtenção da notícia do crime, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for, de forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe.

³³LOURENÇO MARTINS, “ Droga – Prevenção e Tratamento”, Coimbra, 1984, pág. 154-155

³⁴LOURENÇO MARTINS, obra cit.,pág. 47

³⁵ RUI PEREIRA, “ O consumo e o tráfico de droga na lei penal portuguesa, in Revista do Ministério Publico, nº 65 e ELSA COSTA SANTOS, obra cit., pág. 48 e ss.

³⁶ALVES MEIREIS, obra cit., pág. 162-164

Agentes provocadores serão “ aqueles que, sendo agentes da autoridade ou cidadãos particulares a actuar concertadamente com os primeiros, e aproveitando-se de uma certa predisposição do suspeito para o crime, o convencem à sua prática não querendo o crime a se, mas sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena.

No entendimento de Ferreira Monte³⁷, no “caso do agente infiltrado, o criminoso comete o crime independentemente da actuação daquele, sendo uma espécie de receptor de informação de alguém que espera pela prova. Já o agente provocador não se limita a esperar pela prova, ele provoca-a”.

Os autores Fernando Gonçalves/Manuel Alves/João Valente e Manuel Monteiro Guedes no seu livro “ Lei e Crime – O agente infiltrado versus Agente Provocador”³⁸, descrevem o agente infiltrado como “ o funcionário de investigação criminal ou terceiro, por exemplo, o cidadão particular, que actue sob o controlo da Polícia Judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o (s) determinar à prática de novos crimes”

Já o “agente provocador” é aquele que cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. Este actua em relação ao crime, pelo menos na maioria das vezes, com dolo necessário, ou no mínimo, com dolo eventual, não obstante as motivações puderem ser consideradas de relevante valor social ou moral”

Fundam esta perspectiva no facto de o agente provocador pretender a submissão de outrem a um processo penal e, em última instância, a uma pena, actuando conseqüentemente com vontade e intenção de, através do seu comportamento determinar outra pessoa à prática de um crime, agindo deste modo, com dolo ao determinar outrem à prática de um crime, ele age também, com dolo relativamente à realização do crime.

Pelo que fica dito, a figura do agente infiltrado é, pois, substancialmente diferente da do agente provocador.

O agente provocador cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito á prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime,

³⁷ MARIO FERREIRA MONTE, “ Anotação ao relatório da comissão europeia dos direitos do homem, processo nº 25829/94, Francisco Teixeira de Castro contra Portugal”, in Scientia Iuridica – revista de direito comparado português e brasileiro, tomo XLVI, Universidade do Minho, 1997

³⁸ FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, obra cit., pág. 264

agindo nomeadamente como comprador ou fornecedor de bens e serviços ilícitos.

O agente infiltrado, por sua vez, através da sua actuação limita-se, apenas, a obter a confiança do suspeito, tornando-se apenas um deles para, desta forma ter acesso a informações, planos, processos, confidências...que de acordo com o plano traçado, constituirão as provas necessárias à condenação.³⁹

Em jeito de síntese e conclusão e tomando as palavras de Solange Fernanda Moreira Jesus⁴⁰: “se o agente infiltrado procura, fundamentalmente, investigar, reunir provas e descobrir planos, recolhendo material suficiente para

³⁹ A este propósito (vide Acórdão do STJ, in Colectânea de Jurisprudência, Ano V, tomo I, pág. 185-188 e FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, obra cit., pág. 265) reveste de grande interesse o douto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Janeiro de 1997: No aresto referido foi dada como provada a seguinte matéria fáctica:
“1-No dia 9 de Setembro de 1995, cerca das 22 horas, no lugar de Mariz (...) o arguido encontrava-se junto de diversos indivíduos conotados com o tráfico de estupefacientes;
2 – Estavam todos na via pública perto de uma paragem de transportes públicos,
3 – Nesse momento e nesse local encontravam-se dentro de uma viatura ali estacionada, dois agentes da PSP, trajando á civil, viatura essa não identificada como da PSP ;
(...)
6 – Ao observarem ajuntamento, um dos agentes, de nome Paulo Sérgio, dirigiu-se ao arguido, a quem perguntou se tinha droga para vender;
7 – O arguido desconhecendo que o Paulo Sérgio, era agente da PSP, disse que não tinha droga mas sabia onde arranjá-la;
8 – Então o agente Paulo Sérgio solicitou-lhe que lhe obtivesse uma grama de heroína;
9- O arguido negou-se a tal;
10 – O agente Paulo Sérgio voltou a pedir a ao arguido que lhe conseguisse a heroína, tendo insistido com ele para que lha obtivesse;
11 – Ao fim de algum tempo o arguido acedeu ir, com eles, buscar a droga;
12 – Dirigiram-se, o arguido e os dois agente da PSP, no veículo destes, para próximo da ponte do Freixo;
13 – Aí chegados, o arguido saiu do carro, onde ficaram os agentes, e foi buscar a droga a um indivíduo que não foi possível identificar em concreto;
14 – Quando o arguido voltou para junto do veículo dos agentes da PSP, a fim de lhes entregar a heroína que havia ido adquirir para eles, estes identificaram-se como agentes da autoridade e de imediato detiveram o arguido;
15 – Na revista que então lhe foi feita apreenderam-lhe 6 embalagens de heroína...;
16 – Destas 6 embalagens, uma delas era destinada aos agentes de autoridade, conforme o solicitado, e as restantes 5 embalagens, destinadas ao seu consumo pessoal.
Face ao circunstancialismo fáctico descrito, a decisão do Supremo Tribunal de justiça, a qual merece a nossa inteira concordância, foi a de confirmar o acórdão recorrido, que absolveu o arguido, devido ao facto de os agentes da PSP, através da sua actuação, determinarem o arguido á prática do crime, induzindo-o, instigando-o, sem o qual o crime não teria sido cometido.

Os agente actuaram pois, como verdadeiros agentes provocadores, sendo por isso considerada ilícita e nula toda a prova produzida.

⁴⁰ SOLANGE FERNANDA MOREIRA JESUS, obra cit., pág 22

antecipar o crime, evitando a sua consumação, já o agente provocador intervém naquele contexto com o objectivo primeiro de provocar o crime, instigando o criminoso, procurando provas fáceis e suficientes para promover o processo penal.

Rapidamente associamos a figura do provocador à ideia de meio proibido de prova. Diferentemente, percebemos que o infiltrado recorre a meios astuciosos e legítimos, não instigando de modo algum o criminoso. Este comete o crime por se encontrar já na disposição de o fazer, sem que a convicção criminosa presente no seu espírito, seja criada por aquele.

O infiltrado, limita-se assim, a «facilitar» o crime, pelo ambiente de confiança e tranquilidade que cria. Se é certo que o flagrante delito normalmente conseguido determina a abertura de um processo crime, é igualmente verdade que a intenção primeira é mesmo prevenir um outro crime, evitando a sua consumação e a concretização dos objectivos de um qualquer grupo ou associação criminosa.

Importante será também fazer uma breve referência à figura do agente encoberto, uma vez que também nesta temática a doutrina não é pacífica, uma vez que há autores que autonomizam esta figura em relação ao agente infiltrado, e outros (a maioria) afirma que se tratam da mesma realidade.

Assim ⁴¹, segundo os que entendem que se tratam de figuras diferentes: não serão agentes infiltrados, antes agentes encobertos, aqueles que, incluindo-se igualmente no mundo do crime, apenas observam todo o decurso normal da vida e dos hábitos daqueles que aí pertencem, que aí vivem e desenvolvem as suas relações pessoais e profissionais e/ou criminosas.

Referimo-nos, mais especificamente ao vulgo “ agente à paisana” ⁴², que se limita a presenciar o crime, a constatar os factos ou a recolher, por observação, sem qualquer atitude activa ou interventiva, informações essenciais à prevenção do crime.

Afirma, Alves Meiréis, que “ nestas situações nada impede que a prova seja aceite e valorada livremente pelo tribunal; o agente encoberto não contribui para o crime, não põe em causa Direitos Fundamentais, não trai a confiança de ninguém, não actua no sentido de fazer as coisas acontecer. Tem uma actuação caracterizada pela passividade, esperando apenas que alguém se lhe dirija, sendo a decisão criminosa e a prática dos actos de execução são da iniciativa do delincente.”

No entanto e acompanhando a posição da autora Solange Jesus, entendemos tratarem-se de dois conceitos descritivos de uma mesma realidade.

⁴¹ SOLANGE FERNANDA MOREIRA JESUS, obra cit., pág 40-43

⁴² Refere Alves Meireis, na sua obra já por diversas vezes citada que o agente à paisana é aquele que, por exemplo, “ para combater o tráfico e o consumo de estupefacientes, frequenta cafés, bares , ruas, estações de caminho-de-ferro, e demais lugares abertos ao público na esperança, ou de presenciar os crimes em causa e deter os seus agentes, ou que um traficantes se lhe dirija propondo-lhe a aquisição de estupefacientes, in Manuel Augusto Alves Meireis, obra cit., pág. 192

Antes de mais, importa ressaltar que, tal como o agente encoberto, também o agente infiltrado, não pode de maneira alguma, contribuir para a formação da resolução criminosa – o agente do crime há-de ter uma intenção prévia, dirigida à comissão do delito que se persegue ou se tenta prevenir.

O recurso à técnica da investigação que ora tratamos, apenas facilita ou apressa a sua manifestação, sob pena de estarmos perante um verdadeiro agente provocador, proibido enquanto meio de prova.

Assim ⁴³, quando “ o agente da Polícia judiciária que, trajando à civil, se dirige a um bar onde sabe que se trafica droga, com o intuito de que alguém o aborde nesse sentido e senta-se numa mesa e passado pouco tempo, B, dirige-se-lhe, perguntando-lhe se quer comprar 10gr de heroína, e o agente reage detendo B em flagrante delito”, estamos precisamente no âmbito das acções encobertas, que ora estamos a tratar no âmbito da actuação do agente infiltrado.

Concluindo, referir ainda que a presença reiterada do agente de investigação no contexto conotado com o crime, promove a confiança no seio dos seus naturais protagonistas. Sem dúvida habituamo-nos a certas pessoas nos locais que frequentamos, sentimo-nos seguros e confortáveis na sua presença, ganhando à vontade para agirmos normalmente, sem constrangimentos, não sendo necessária uma interacção directa entre os sujeitos para que a confiança se imponha.

O Professor Costa Andrade, na sua obra sobre os Meios de Prova Proibidos, não faz qualquer referência à distinção em causa, o que nos parece, mais uma vez, acentuar a sua irrelevância.

O autor invoca genericamente, num primeiro momento os Homens de Confiança, tratando, mais tarde, da distinção entre Agente infiltrado e Provocador, recorrendo para isso ao critério do engano proibido versus astúcia permitida.⁴⁴

Pelo que fica dito, entendemos que se deve recusar qualquer distinção material ou de conteúdo entre estas duas figuras. Assim, reconhecendo-se embora a pluralidade de facetas assumidas pelos agentes de investigação criminal no uso desta nova técnica, optamos por uma referência indiscriminada para designar aquilo que entendemos ser uma mesma realidade – agente infiltrado/agente encoberto.

⁴³ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, obra cit., pág. 193

⁴⁴ No mesmo sentido vide Ponto III do Relatório e Parecer da Comissão de assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, em que se usa indiscriminadamente os termos Agente Infiltrado e Agente Encoberto, in FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “ O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado” pág. 21

2.2 O agente provocador / infiltrado nos vários ordenamentos jurídicos

2.2.1 Na doutrina continental

Seguindo os ensinamentos de Isabel Oneto⁴⁵ e Elsa Costa Santos⁴⁶, acerca desta matéria, dir-se-á que perante estas duas figuras, no seio da doutrina continental, foi o agente provocador que mais atenção suscitou, não apenas por razões históricas mas também, e sobretudo, porque a abordagem sistemática de ambas tem sido distinta. Já o direito norte-americano, operou uma verdadeira revolução na problemática da provocação do crime, ao colocar no seu centro a figura do provocado.⁴⁷

Originariamente, a doutrina continental concebe dogmaticamente a figura do agente provocador no âmbito da teoria da comparticipação criminosa, mas centra a sua questão na punibilidade do agente. Posteriormente, perspectiva a não punibilidade do provocado ou, no mínimo, o merecimento de uma redução da pena – reconhece-se que a “ intervenção do “Lockspitzel” deve determinar a exclusão da responsabilidade do provocado, ou pelo menos, a sua redução.⁴⁸

Contrariamente, a jurisprudência norte-americana começou por desenvolver, em sede processual penal, instrumentos de defesa para o provocado, acabando por consolidar a doutrina da “ entrapment defense”, apenas aplicável à provocação dos “ undercover agents”

Até meados do século XX, a tese clássica foi a que suscitou maior aderência. A maioria dos autores definia o agente provocador como alguém que tinha dolo de instigação ao crime, mas faltava-lhe o dolo quanto ao resultado, distanciando-se assim do instigador, com duplo dolo.

Esta corrente, foi contudo, obrigada a rever a sua compreensão jurídico-dogmática da figura, dada a proliferação da tipologia dos crimes de perigo e influenciada pelo surgimento de uma nova criminalidade e pela conseqüente consciencialização de que “as tradicionais soluções do sistema jurídico-penal,

⁴⁵ MARIA ISABEL SOLNADO ONETO PORTO, obra cit.,pág.12-33

⁴⁶ ELSA MARGIDA COSTA SANTOS, obra cit., pág. 37-44

⁴⁷Enquanto na Alemanha a doutrina penalista, no início do século XIX, impulsionou o desenvolvimento dogmático da figura do agente provocador, como categoria projectada a partir do instigador e, portanto, relevante em sede da teoria da comparticipação criminosa, nos estados Unidos, a jurisprudência, na década de 20, em plena “ Lei Seca”, deu os primeiros passos na concretização da doutrina da “ entrapment defense”, em que o agente infiltrado surgia como figura do processo penal, obrigando à revisão das regras de admissibilidade da prova, em defesa do provocado. Como explica Costa Andrade, “ nos EUA tende-se a privilegiar a dimensão processual como sede de proclamação e de tutela. Em geral, os direitos fundamentais começaram por fazer caminho como garantias contra a intervenção abusiva das instâncias de perseguição criminal, só num segundo momento, e de forma derivada, vindo a ganhar significado substantivo, in Alves Meireis, obra cit., pág 85 e Isabel Oneto, obra cit., pág. 29-30

⁴⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, “ Sobre as proibições da prova em processo penal”, Coimbra Editora, 2006, pág. 244 e ss.

baseadas, fundamentalmente, na dualidade do crime doloso de dano – crime negligente de dano” não eram suficientes para responder satisfatoriamente a este fenómeno”

Assim a doutrina continental começou por desenvolver dogmaticamente a figura do agente provocador, em sede de comparticipação criminosa, suscitando a questão da sua punibilidade, ou melhor da sua não punibilidade.

Só mais recentemente a doutrina e a jurisprudência deslocaram o centro da temática para a não punibilidade do provocado, ou pelo menos, da redução da pena.

Em movimento de sentido contrário, a jurisprudência norte-americana, em sede de direito processual penal, começou por desenvolver mecanismos de defesa para o provocado, acabando por consolidar a doutrina da “ entrapment defense” aplicável apenas à provocação dos “undercover agents”.

2.2.2– Modelo norte-americano: “ entrapment defense”

A jurisprudência norte-americana ⁴⁹ tem vindo a desenvolver, desde o início do século anterior, a doutrina da “ entrapment defense”, uma concepção em defesa do provocado – para responder á necessidade de garantir os direitos dos cidadãos contra os excessos dos “ undercover agents”, em sede de valoração do meio de prova.

A “entrapmente defense”, perspectivada nas “ exclusionary rules” ⁵⁰, aplica-se apenas em situações de provocação policial, isto é, tem o seu âmbito limitado à qualidade de agente. Assenta na defesa de dois valores: “ evitar que os cidadãos sejam empurrados pelo próprio Estado a cometer crimes e impedir que os tribunais norte-americanos tolerem práticas policiais excessivas, mesmo quando o agente seja «really guilty».”

Sobre o assunto, José Luís González Montes ⁵¹, refere que a «exclusionary rule» “ cumpre uma função de profilaxia e prevenção das condutas policiais, apenas aplicáveis às situações em que a provocação partiu de uma intervenção policial, pelo que, na sua essência, não é um direito subjectivo do provocado”.

Contudo, ao longo de décadas, a jurisprudência foi-se dividindo entre o modelo objectivo e subjectivo para determinar a existência de “ entrapment”, ora valorando a conduta policial, para exigir o respeito pelos direitos dos cidadãos, ora distinguindo a criação de uma oportunidade para a concretização de uma intenção criminosa da própria intenção criminosa. ⁵²

O Modelo Subjectivo suporta-se em dois critérios: procura comprovar que a decisão criminosa teve origem na acção da polícia e , se assim for, apurar se o arguido não tinha já uma predisposição para o crime. Implica assim, uma repartição do ónus da prova, isto é, primeiro o arguido terá de provar que foi incitado pelos agentes policiais a cometer o facto criminoso, por sua vez terá a acusação que provar que o arguido já estava predisposto a cometer o crime.

⁴⁹ Neste particular, seguiremos os escritos de ISABEL ONETO, obra cit., pág 18-26 e ELSA COSTA SANTOS, obra cit., pág 42-44

⁵⁰ Segundo o Professor Costa Andrade, “ <as exclusionary rules> têm uma tarefa e fundamentação e assumem um <ethos> marcadamente processual. O seu referente material não é uma constelação de direitos ou bens jurídico fundamentais, mas um processo conformado segundo o arquétipo da < due processo f law clause>. Em contraste, no âmbito das proibições de prova, com as Beweisverbot germânicas, que emergiram e afirmaram-se como institutos fundamentais vocacionados para uma tarefa de direito material: assegurar e maximizar a protecção dos direitos ou bens jurídicos fundamentais – “ Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares” in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Boletim da faculdade de direito, Numero Especial 1, Coimbra, 1984, pág. 591

⁵¹ JOSE LUIS GONZALEZ MONTES, “ Nuevas reflexiones sobre a prueba ilícita” in Primeiras Jornadas sobre Problemas Actuales da la Justicia Penal, Universidade de Granada, 1994, pág. 101

⁵² Isabel Oneto, obra cit.,pág 42

Alguma doutrina norte-americana, nomeadamente Louis Scholl, tece críticas a este modelo, pois entende que a jurisprudência “ confunde a predisposição com a intenção, ou seja, o arguido pode estar predisposto á violação da lei, mas a intenção específica de cometer aquele crime concreto poderá ter apenas sido formada após e na sequência da provocação policial”

Em suma, o modelo subjectivista, acentua a tónica na “mens” do indivíduo.

Já o Modelo Objectivo ⁵³, adoptado pela generalidade da doutrina norte-americana, foca a sua análise na intervenção dos agentes policiais e aprecia os efeitos de tal intervenção no comportamento do arguido em função do seu impacto hipotético sobre o “ normally lawabidingperson” (cidadão médio respeitador da lei)”.

Porque se centra na acção policial, o tribunal deve apurar se foram cumpridas as regras mínimas, no decurso da acção, para que um indivíduo, em regra respeitador da lei, não seja levado a cometer um crime, que nunca cometeria se não fosse a intervenção policial.

Neste critério o ónus da prova recai na totalidade sobre o arguido, pois é ele que cabe provar que a intervenção policial ultrapassou os limites do tolerável.

Também este modelo foi alvo de críticas, designadamente por comparar o comportamento do arguido com o do hipotético homem médio. Alguns autores alegam que a jurisprudência tem de recorrer a um vago modelo para avaliar um caso que, por essência, depende das circunstâncias da situação concreta – o que é agravado pelo facto de a sociedade norte-americana se caracterizar precisamente pela sua pluralidade de grupos sociais, com distintos valores, motivações e experiências próprias.

Muito próximo deste critério objectivo da “ entrapment defense” está o “ due process defense”, aplicado contra condutas excessivas do governo. Aqui o tribunal centra a sua análise na conduta dos agentes policiais, mas do ponto de vista da observância das regras processuais, a fim de apurar se o comportamento dos agentes policiais atingiu níveis intoleráveis para a esfera privada do cidadão.

Na base desta defesa está o direito do cidadão ser submetido a um «due process of law», previsto na «Bill of Rights». Segundo Louis Scholl, a jurisprudência utiliza a referência do “due process” para proteger os cidadãos dos abusos, brutalidades, torturas ou invasão da vida privada que possam ser cometidos pelo Governo.

Alves Meireis considera que neste esquema de “entrapment defense” encontramos então os modelos dos comportamentos da polícia que na sua actividade provocatória superam os limites da “ lealdade processual”, pelo que a provocação se torna ilícita, seja pela sua eficácia desviante no que respeita a uma pessoa hipotética do cidadão não predisposto ao crime (elemento do paradigma objectivo), seja pela efectiva predisposição ao crime efectivamente manifestada no provocado (elemento do paradigma subjectivo). ⁵⁴

⁵³ Foi adoptado pelo American Law Institute e introduzido no Model Penal Code

⁵⁴ ALVES MEIREIS, obra cit., pág 106-107

2.2.3 – O agente infiltrado nos ordenamentos jurídicos europeus

⁵⁵ Desde finais dos anos 50 que os países da Europa Ocidental têm desenvolvido formas de cooperação no combate à criminalidade, mas, a partir dos anos 80, essa cooperação recebeu um forte impulso na sequência da criminalidade internacional. Um dos instrumentos utilizados pela maioria dos países da União Europeia foi a Convenção Schengen, que contém regulamentos detalhados sobre as formas de cooperação entre os poderes policiais dos vários Estados subscritores, no entanto nenhuma referência expressa é feita às operações por agentes encobertos.

As normas relativas a estas acções surgem em vários países fruto de concepções diversas.

Por, exemplo, na Holanda a formação de grupos de “pseudo-compradores” entre os agentes policiais começou em 1985.

A Áustria organizou um grupo especial de combate aos crimes relacionados com tráfico de estupefacientes, no âmbito do qual se preparam as operações encobertas.

Na Suíça, as autoridades lançaram mão de “agentes infiltrados privados” para operações de combate á droga (estabelecendo contacto directo com consumidores e traficantes)

A Alemanha introduziu as operações encobertas no seu ordenamento jurídico, com aprovação do OrgK – “Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität” (Lei contra o Tráfico Ilícito de estupefacientes e Outras Manifestações de Criminalidade Organizada de 22 de Setembro de 1992), que introduziu os artigos 110-a e 110-e do STPO – Código Processual Penal.

O recurso a agentes infiltrados está sujeito ao princípio da subsidiariedade, restringindo a realização de operações encobertas aos casos em que, de outra forma, as investigações ficariam votadas ao fracasso.

Uma segunda limitação prende-se com a necessidade de no caso concreto, existirem indícios suficientes, de que o crime cometido é considerado grave no domínio do tráfico de estupefacientes ou de armas, falsificação de moeda, documentos ou valores, segurança do Estado, ou executado por um grupo organizado.

O STPO condiciona a realização das operações encobertas à autorização de uma entidade judiciária.

A lei alemã prevê o recurso a informadores (Informanten) e a pessoas de confiança (Vertrauenspersonen), mas o seu âmbito de actuação não está regulamentado por lei, ainda que se considere um informador, a pessoa que, num determinado caso, está disposta a dar informações às autoridades penais, sob garantia de confidencialidade; uma pessoa de confiança é alguém cuja identidade é mantida secreta e que, sem estar ligada a uma autoridade penal, está disposta a ajudar a investigação de crimes por um período prolongado. Porém, a lei

⁵⁵ ISABEL ONETO, obra cit., pág. 66-74

considera-os como meras testemunhas, não têm mais direitos ou deveres do que os outros indivíduos e , portanto não estão subordinadas, nem de jure nem de facto, às autoridades penais.

A generalidade da jurisprudência alemã reconhece o recurso a agentes infiltrados como um meio que é admissível na acção penal. A distinção da figura do provocador e do infiltrado, tem como critério, o fundamento e o grau de suspeita que recai sobre o delinquente, o género, a intensidade e o objectivo da influência exercida pelo agente infiltrado, a predisposição para passar ao acto e as acções empreendidas de mote próprio pela pessoa que é alvo de observação.

Em Espanha, a introdução do agente infiltrado surgiu com a Ley Orgánica 5/1999, de 13 de Janeiro, que amplia os instrumentos de investigação utilizados na luta contra o tráfico ilícito de drogas e o branqueamento de capitais dele procedente.

Introduziu-se o artigo 263 na Ley de Enjuiciamiento Criminal, segundo o qual o juiz de instrução criminal ou o Ministério Fiscal, podem autorizar funcionários policiais a operarem sob identidade falsa no âmbito de uma investigação criminal. O agente infiltrado pode conservar essa identidade durante o julgamento, estando isento de responsabilidade penal pelas acções que tenha praticado durante a operação, desde que observe a devida proporcionalidade e que tal não constitua provocação ao crime.

Em França, o recurso ao agente infiltrado apenas é permitido na investigação de crimes de tráfico de estupefacientes e precursores, de acordo com a Lei nº 627-7, nº 2 do CSP- Código de Saúde Pública, de 20.12.91 e do artigo 67 do Código Aduaneiro.

Nos termos destes diplomas não são penalmente responsáveis os agentes da autoridade que adquiram, detenham, transportem ou vendam substâncias ou plantas proibidas, desde que estas operações tenham sido autorizadas por um Procureur de la Republique ou por um Juge d'instruction.

O artigo L.627-7, nº 2 CSP, in fine, proíbe a provocação do crime, mas a jurisprudência admite que os agentes infiltrados possam conduzir o suspeito à comissão do crime, desde que haja prova suficiente de que a intenção criminosa era anterior à intervenção policial. A prova dessa intenção criminosa pode sustentar-se em escutas telefónicas, padrões de deslocações observadas por agentes policiais ou em condenações anteriores por tráfico de droga.

A lei francesa prevê também a possibilidade de serem concedidos aos agentes infiltrados “ meios judiciais” para as suas operações, mas não precisa o conteúdo de tal expressão. Ao abrigo desta autorização, é possível atribuir identidades fictícias a informadores, durante pequenos períodos de tempo.

Também se admite que a recompensa aos informadores possa traduzir-se na concessão de algumas vantagens, entre as quais a redução da sentença, que é garantida pelo juiz antes do julgamento.

As operações encobertas foram introduzidas no sistema francês depois de, em 1991, seis funcionários das alfândegas de Lyon e de Dijon terem sido condenados pelo crime de tráfico de drogas. De acordo com a defesa, os funcionários tinham-se infiltrado numa rede de tráfico de droga, tendo entregue aos traficantes 65 quilos de haxixe para ganhar a sua confiança. Esta operação

terá permitido deter os traficantes e apreender 535 quilos daquela substância. A condenação dos funcionários provocou uma greve geral nas alfândegas e vários membros do Governo defenderam-nos publicamente por terem desencadeado uma “ guerra sem quartel ao narcotráfico”.

Na Bélgica, o recurso a operações encobertas está previsto em duas circulares emitidas pelo ministério da Justiça, registando-se um forte contributo da jurisprudência para a limitação dos agentes infiltrados.

A circular distingue duas formas de operação de infiltração: - “sting operation” e o “flash roll”.

Um infiltrado pode simular interesse em comprar mercadorias com base num oferta de drogas, armas ou mercadoria roubada (sting operatrion).

Frequentemente, pode também ser necessário estar na posse de largas somas de dinheiro, de maneira a tentar convencer a outra parte (flash roll). Para estas acções é também necessário autorização superior.

A infiltração é referida nas circulares como uma acção policial encoberta, a decorrer por um período restrito de tempo, dentro de uma rede ou organização criminosa com o objectivo de recolher informação e provas materiais relativas á prática de crimes.

A circular determina que o infiltrado não pode cometer ilícitos típicos, excepto quando estritamente necessário, devendo a operação ser superiormente controlada.

A Holanda adoptou um sistema idêntico ao belga no que respeita à regulamentação das operações encobertas, mas impondo vários limites à actuação do agente infiltrado.

O recurso a acções encobertas está limitado a casos de criminalidade grave e quando outros meios tenham sido considerados insuficientes, exigindo-se sempre a observância dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade.

A natureza do acto criminal que está a ser investigado deve justificar os meios utilizados, estando vedado o recurso à infiltração sem especificação dos seus fundamentos. Em regra, considera-se que esses requisitos estão preenchidos quando têm por base informações provenientes de relatórios da CID (serviços secretos de informação da Holanda) ou da Interpol.

A lei holandesa admite o recurso de terceiros para operações encobertas, mas exige que estes não tenham registo criminal. Por outro lado, a utilização de um agente exterior só pode ocorrer quando não for possível recorrer a um agente de polícia.

No Reino Unido existe um Código de Conduta sobre a actuação do agente infiltrado, disponível em todas as esquadras e de consulta pública.

De acordo com este Código, as operações encobertas só podem ter lugar quando esteja em causa a segurança nacional, para a prevenção ou detecção de crimes, manutenção da ordem pública ou da segurança da comunidade, no caso de interesse público elevado ou em cooperação com outras entidades estrangeiras de investigação criminal desde que incidam sobre aquelas matérias (ponto 1.5 do Código).

O objectivo principal da operação encoberta é, segundo o ponto 1.6, a obtenção de provas que permitam julgar os culpados, mas podem também ser desenvolvidas para a prevenção e detecção de crimes.

As operações só podem ser desencadeadas no respeito pelo princípio da proporcionalidade face à gravidade do crime ou da perigosidade do suspeito.

As autorizações para as operações encobertas devem ser reduzidas a escrito pelo Juíz e têm um prazo máximo de três meses, podendo ser renovadas, sendo que em caso de urgência, pode haver autorização oral, a qual tem uma validade máxima de 72 horas.

O ponto 1.10 proíbe a provocação ao crime bem como a instigação a crimes para os quais não exista um predisposição por parte do agente.

2.2.4 – O agente infiltrado no continente americano

⁵⁶ No sistema jurídico norte-americano estabelece-se imunidade geral para os funcionários policiais que, no exercício das competências que lhes são próprias e que legalmente lhes tenham sido atribuídas, realizem operações encobertas.

O Código Federal, nos capítulos 21 (Alimentos e Droga) e 13 (Prevenção e Controlo) regula detalhadamente as operações encobertas no caso de tráfico de droga, ainda que a actuação dos agentes possam desenvolver-se na investigação de outro tipo de crimes.

A lei prevê expressamente o pagamento a informadores, referindo que o dinheiro despendido pelo departamento de Narcóticos e Drogas Perigosas na compra de substâncias proibidas será reintegrado no orçamento da Administração caso venha a ser recuperado.

Nos Estados Unidos é também admitida a constituição de empresas fictícias no âmbito de uma investigação criminal. Um dos processos que teve grandes repercussões na opinião pública, em 1979, foi o “ caso ABSCAM”, sigla da empresa Abdul Enterprises Limited. Tratava-se de uma empresa fictícia do Médio Oriente, constituída por “ undercover agents” que se faziam passar por investidores árabes interessados em negócios no EUA. A operação visava testar a lealdade de certos membros da classe política, entre outras personalidades, dando-lhes oportunidades de corrupção.

Assim, os investidores árabes manifestaram junto daquelas individualidades apoios e facilidades para investir no imobiliário, oferecendo quantias na ordem dos 50 mil dólares. No âmbito desta operação, cerca de 25 pessoas foram detidas em Nova Iorque, Filadélfia e Colômbia, entre os quais um senador, seis deputados e vários advogados, e condenados pelo crime de corrupção.

Na Argentina ocorreram longos debates parlamentares sobre a admissão legal do agente infiltrado e do arrependido, acabando por ser aprovada a Lei 24.424, de Janeiro de 1995, que regulamenta o âmbito das duas figuras.

O artigo 6º da Lei 24.424, define os pressupostos de admissibilidade da figura do agente infiltrado, a qual só pode ocorrer durante o curso de uma investigação e para efeito de comprovar a comissão de algum crime previsto nesta lei ou no artigo 866 do Código Aduaneiro, impedir a sua consumação, lograr a individualização ou detenção dos seus autores, participantes ou encobridores, ou para obter e assegurar os meios de prova necessários.

A lei só admite o recurso ao agente infiltrado no âmbito de uma investigação já em curso e quando vise: a) a comprovação de um crime; b) impedir a consumação de um crime; c) a identificação dos autores, participantes ou encobridores; d) a detenção dos mesmos; e) a obtenção de meios de prova.

O recurso a terceiros que não sejam agentes policiais é proibido, não podendo sequer utilizar-se os serviços de um funcionário público. A lei exige que seja um agente das forças de segurança em actividade.

⁵⁶ ISABEL ONEO, obra cit., pág 74-77

A jurisprudência argentina distingue o agente provocador do agente infiltrado, ao assinalar que “ a conformidade com a ordem jurídica dos agentes encobertos requer que o comportamento desse agente se mantenha dentro dos princípios do Estado de Direito, o que não sucede quando o agente encoberto se envolve de tal maneira como se tivesse criado ou instigado a ofensa criminal na cabeça do delinquente”.

No Brasil, a primeira lei que procurou instituir a figura do agente infiltrado surgiu em 1995, no âmbito de uma medida legislativa (Lei nº 9.034) que visava a adoção de meios operacionais para a prevenção e repressão da criminalidade organizada. A lei passou, mas o Presidente vetou a introdução do agente infiltrado, admitindo apenas a chamada “ acção controlada”.

Seis anos de anos depois, em 12 Abril de 2001, os deputados brasileiros aprovaram a lei nº 10.217, que introduz alterações á Lei nº 9.034 e institui o agente infiltrado e a captação e interceptação ambiental de sinais electromagnéticos, ópticos ou acústicos, o seu registo e análise, ainda que sujeitas a autorização judicial.

No Paraguai a legislação apenas prevê a entrega vigiada em matéria de tráfico de estupefacientes (Lei nº 1.430 de 1988), enquanto a Colômbia não admite a figura do agente infiltrado, tendo apenas estabelecido um sistema que premeia a cooperação e a delação com a redução de um a dois terços da pena (artigo 369ºA, B, C e D do Código de Processo Penal) e recompensas em dinheiro (Decreto nº 2.110 de 1992).

Parte III

3. O agente infiltrado no Direito Português

3.1 - Definição de agente infiltrado

Para além do que ficou dito em 2.1, uma boa definição de agente infiltrado, pode ser retirada do artigo 1º, nº 2 da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto de 2005, que estabelece o Regime Jurídico das Acções Encobertas – “ acções encobertas são desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária, que desenvolvem acções para prevenção ou repressão de crimes com ocultação da sua qualidade e identidade.”⁵⁷

Por outro lado, a ocultação da qualidade e identidade dos agentes não significa identidade fictícia, pois esta só a podem assumir os agentes da Polícia Judiciária (artigo 5º, nº1, do Regime Jurídico das Acções Encobertas) e já não terceiros que, nos termos do artigo 1º, nº 2, também podem desenvolver acções encobertas.

Assim, o que caracteriza o agente infiltrado é a sua submissão a um regime especial de investigação que afasta a obrigatoriedade de detenção do suspeito em caso de flagrante delito, com vista a obter a sua confiança e a inserir-se no meio criminoso, com a finalidade de descobrir material probatório relativo a um determinado tipo de crimes, podendo mesmo, neste âmbito, praticar ilícitos típicos, pelos quais, estará à partida, isento de responsabilidade penal.

Deste modo entendemos, com Gonçalves/Alves/Valente, que agente infiltrado é “ o funcionário de investigação criminal ou terceiro, por exemplo, o cidadão particular, que actue sob o controlo da Polícia Judiciária que, com ocultação da sua identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o(s) determinar à prática de novos crimes.”⁵⁸

⁵⁷ ISABEL ONETO, obra cit., pág. 91-93

⁵⁸ FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, obra cit., pág. 264

3.2 – Evolução legislativa

⁵⁹No nosso país, a primeira referência legislativa à figura do agente infiltrado surgiu no Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro. Este instrumento legislativo ficou conhecido como a Lei da Droga, e dispunha no seu art. 52º, sob a epígrafe “Conduta não punível”: “ 1 – Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. 2 – O relato de tais factos é junto ao processo no prazo máximo de vinte e quatro horas”

Este preceito manteve-se inalterado com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, agora sob o art. 59º, que veio introduzir alterações à Lei da Droga, designadamente consagrando o regime das entregas controladas ⁶⁰. e criminalizando o branqueamento de proventos resultantes do tráfico de estupefacientes (art. 23º). Outra novidade introduzida foi a equiparação do tráfico de drogas, para efeitos de processo penal, a “ casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada” (art. 51º, nº1)

A respeito do referido art. 59º - “ Conduta não punível” – Lourenço Martins ⁶¹, comentou que a impunidade aí referida “não aproveitará ao funcionário da polícia que prepara, oferece, põe à venda, vende, distribui ou cede substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ainda que no propósito de identificar consumidores e, através destes, os seus funcionários ou traficantes”. Não era, pois, punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitasse (leia-se também comprasse), directamente ou por intermédio de um terceiro, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.

⁵⁹ Seguindo a estrutura sistemática e temporal de ELSA COSTA SANTOS, obra cit., pág 61-69

⁶⁰ “ O artigo 61º, nº 1, permite, sob autorização do MP, a não intervenção da PJ sobre portadores de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas em trânsito em Portugal, com a finalidade de proporcionar, em colaboração com o país ou países destinatários e outros eventuais países de trânsito, a identificação e arguição do maior número de participantes nas diversas operações de tráfico e distribuição, mas sem prejuízo do exercício da acção penal pelos factos aos quais a lei portuguesa é aplicável. O nº 3 determina que a PJ pode intervir «se as margens de segurança tiverem diminuído sensivelmente, se se verificar alteração imprevista do itinerário ou qualquer outra circunstância que dificulte a futura apreensão das substâncias e a captura dos agentes», enquanto o nº 4 refere que « por acordo com o país de destino, as substâncias em trânsito podem ser substituídas parcialmente por outras inócuas, de tal se lavrando o respectivo auto» Este regime decorre do Acordo de Schengen, de que Portugal é um dos países subscritores” – ISABEL ONETO, obra cit.,pág 112-113, nota 264

⁶¹ – LOURENÇO MARTINS, obra cit.,pág. 154-155 e ELSA COSTA SANTOS, obra cit., pág 62 e ss.

Com a posterior publicação da Lei nº 364/94, de 29 de Setembro, estendeu-se a possibilidade de recurso a um agente infiltrado aos crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira.

Este pacote de Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, veio alargar o catálogo de crimes em que se admitia a utilização de agentes infiltrados e também ampliar o seu campo de actuação:

- 1) Âmbito de aplicação material: (art.1º, nº 1) – as três primeiras alíneas referem tipologias criminais existentes, as das últimas abarcam conceitos criminológicos
- 2) Competência e iniciativa própria para a realização: (art. 1º, nº1 e 2) MP e PJ, « sem prejuízo da competência de outras autoridades». Tal disposição leva a supor a possibilidade de outros órgãos da polícia criminal ou entidades com prerrogativas de poder público coadjuvarem ou mesmo realizarem essas acções de prevenção mediante solicitação do MP (nomeadamente, a plausibilidade da intervenção de entidades de supervisão bancária, do mercado de valores mobiliários, da concorrência, bem como autoridades da administração tributária);
- 3) Natureza das acções: – não integram um momento específico na estrutura do processo penal: o seu quadro normativo encontra-se subtraído a qualquer previsão legal no respectivo diploma e à eventualidade de jurisdicionalização de qualquer dos seus actos ou diligências;
- 4) Impossibilidade de ofensa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (art.2º,nº1) – tal alusão consubstancia-se numa redundância, pois sempre se encontraria a proibição constitucional do art. 32º, nº 8 CRP
- 5) As acções de prevenção criminal são admitidas apenas para o catálogo de crimes desta lei, isto é, a sua admissão está circunscrita aos ilícitos criminais elencados – podem, contudo, relacionar-se com o regime instituído para as acções encobertas, uma vez que estas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão de um catálogo de crimes.

A Lei nº 45/96, de 3 de Setembro, trouxe várias inovações: desde alargar o âmbito de actuação do agente infiltrado na prevenção e repressão dos crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, revelando-se esta ampliação através da transformação da epígrafe “ Condutas não puníveis” pela primeira vez um diploma legal refere-se expressamente ao agente infiltrado, ao introduzir o art.59º - A com a epígrafe “ Protecção de funcionário e de terceiro infiltrado”, e vai mais longe ao consagrar, também pela primeira vez, a intervenção de terceiro, um agente não policial, no âmbito destas operações.

O novo nº1 do art. 59º, além de admitir que o agente pudesse aceitar, directamente ou por intermédio de um terceiro, a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, veio estabelecer que “ não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sob o controlo da PJ que, para fins de prevenção e repressão criminal, com a ocultação da sua qualidade e identidade, aceitar, detiver, guardar, transportar

ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a estas actividades ⁶², entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga ou precursor”

O nº2 deste artigo faz depender a actuação do agente de “ prévia autorização da autoridade judiciária competente, a proferir no prazo máximo de 5 dias e a conceder por período indeterminado”

O nº3 possibilita que “ se, por razões de urgência, não for possível obter a autorização referida no número anterior, deve a intervenção ser validada no primeiro dia útil posterior, fundamentando-se as razões da urgência”

O nº 4 dispõe que “ a PJ fará relato da intervenção do funcionário ou do terceiro à autoridade judiciária competente no prazo máximo de 48 horas após o término daquela”.

Acompanhando a necessidade de ajustar a lei aos novos tempos e de dar à sociedade a segurança jurídica no sentido de legalizar um meio de investigação excepcional que, até então, poderia apenas ser usado no âmbito do tráfico de droga (art. 59º e 59º-A do Decreto-lei nº 15/93 e no âmbito do combate à criminalidade económico-financeira (art. 6º da lei nº 36/94, o legislador, pela Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, vem actualizar o Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal – regime que, de seguida, será alvo de estudo.

É ainda, de referir a Lei nº 104/2001, de 25 de Agosto publicada na mesma data da Lei nº 101/2001 – que aditou um art. 160º-B à Lei nº 144/99. de 31 de Agosto: prevendo a possibilidade de realização de acções encobertas em Portugal por funcionários de investigação criminal de outros estados(sendo competentes para promover e autorizar o procedimento o magistrado do MP competente no DCIAP e o Juiz de Instrução junto do Tribunal Central de Investigação Criminal).

Neste diploma admite-se expressamente o recurso a tais meios de produção de prova no « âmbito do inquérito», caso em que depende de prévia autorização do MP, seguindo-se comunicação e validação pelo Juiz de Instrução (art.3º, nº2).

⁶² Sobre o assunto, Isabel Oneto, diz-nos que ” a referência expressa de que o agente só pode entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou precursores «em sequência e solicitação de quem se dedique a essa actividade» visa claramente afastar do âmbito da norma a figura do agente provocador”.

3.3 – Regime Jurídico das Acções Encobertas – Lei n° 101/2001 de 25 de Agosto

Artigo 1°

Objecto

- 1- A presente lei estabelece o regime das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.
- 2- Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.

Artigo 2°

Âmbito de aplicação

As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes:

- a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido;
- b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes;
- c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados;
- d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns;
- e) Organizações terroristas e terrorismo;
- f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão;
- g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas;
- h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios;
- i) Associações criminosas;
- j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- l) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos;
- m) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências;
- n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção;
- o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática;
- p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional;

- q) Contrafacção de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem;
- r) Relativos ao mercado de valores mobiliários;

Artigo 3º

Requisitos

- 1 As acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificadas em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação.
- 2 Ninguém pode ser obrigado a participar em acção encoberta.
- 3 A realização de uma acção encoberta no âmbito de inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes,
- 4 Se a acção referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta da Ministério Público.
- 5 Nos casos referidos no número anterior, a competência para a iniciativa e a decisão é, respectivamente, do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Instrução Criminal
- 6 A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela.

Artigo 4º

Protecção de funcionário e terceiro

- 1- A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o nº 5 do artigo 3º, se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios.
- 2- A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante prévio registo, na posse da Polícia Judiciária.
- 3- Oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, a autoridade judiciária competente pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente encoberto que tenha actuado com identidade fictícia ao abrigo do artigo 5º da presente lei, preste depoimento sob esta identidade em processo relativo a factos objecto da sua actuação;
- 4- No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto, observará sempre o disposto na segunda parte do nº 1 do artigo 87º do Código de

Processo Penal, sendo igualmente aplicável o disposto na Lei nº 93/99, de 14 de Julho

Artigo 5º

Identidade fictícia

1 – Para o efeito do nº 2 do artigo 1º, os agentes da polícia criminal podem actuar sob identidade fictícia;

2 – A identidade fictícia é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do director nacional da Polícia Judiciária;

3 – A identidade referida no número anterior é válida por um período de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, ficando o funcionário de investigação criminal a quem a mesma for atribuída autorizado a, durante aquele período, actuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social.

4 – O despacho que atribui a identidade fictícia é classificado de secreto e deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente encoberto.

5 – Compete à Polícia Judiciária gerir e promover a actualização das identidades fictícias outorgadas nos termos dos números anteriores.

Artigo 6º

Isenção de responsabilidade

1- Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

2 – Se for instaurado procedimento criminal por acto ou actos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, a autoridade judiciária competente deve, logo que tenha conhecimento da tal facta, requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização a que se refere o nº 3 do artigo 3º.

Artigo 7º

Legislação Revogada

São revogados:

- a) Os artigos 59º e 59º - A do Decreto Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro;
- b) O artigo 6º da Lei nº 36/94, de 29 de Setembro

Fazendo uma breve análise do preceituado legal, podemos retirar as seguintes notas conclusivas ⁶³:

Do artigo 1º:

Este artigo estabelece, que o presente regime jurídico abrange as finalidades de prevenção e investigação criminal, fazendo assim, uma extensão quanto aos fins do uso desta matéria. Quanto à finalidade de prevenção criminal é sabido, está a cargo da Polícia (artigo 272º, nº3CRP). A Constituição faz essa consagração e, simultaneamente, limita-a e sujeita-a às regras legais a que as polícias devem obediência e ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias do cidadão que devem defender e garantir (art.272º, nº 1 da CRP).

Ora, estando esta técnica sujeita aos princípios da subsidiariedade, da excepção e da proporcionalidade em sentido amplo, isto é ao princípio da ultima ratio, o recurso à figura do agente infiltrado apenas se deve observar quanto à prevenção criminal quando se traduz na “ adopção de medidas adequadas para certas infracções de natureza criminal”, medidas que visam a protecção de pessoas e bens, a vigilância de indivíduos e locais suspeitos, sem que se comprima excessivamente o núcleo dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Do artigo 2º:

O presente artigo estabelece os tipos de crime em que o recurso à figura do agente infiltrado, enquanto técnica de investigação criminal, com vista à obtenção de prova , é admissível

Esta enumeração legal é taxativa, como resulta do mesmo preceito legal.

Fora destes casos, o recurso á figura do agente infiltrado é legalmente inadmissível sendo, conseqüentemente ilícito e, por isso, as provas assim obtidas são proibidas face, desde logo, ao artigo 125º e 126 do Código de Processo Penal, que estabelece que só são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.

Acresce ainda que as provas assim obtidas são reconduzíveis aos “ métodos proibidos de prova”, de com o disposto na última parte da alínea a), do nº 2, do art. 126º do CPP, do mesmo diploma legal – utilização de meios enganosos - , sendo por isso nulas, não podendo ser utilizadas, nº 1 do mesmo preceito legal, a não ser para o seguinte e exclusivo fim de: proceder criminalmente contra quem as produziu, nos termos do nº4, do referido art. 126º do CPP.

O recurso à figura do agente infiltrado, como meio de obtenção de prova, não se encontra previsto no Código de Processo Penal, nem expressamente, na

⁶³ Neste particular seguiremos FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “ O novo regime jurídico do agente infiltrado”, págs 27-105

Constituição da República. Assim sendo, coloca-se a questão de saber se a presente lei, ao consagrar o recurso a uma tal técnica de investigação criminal, não será materialmente inconstitucional.

Entende-se que não. Embora a Constituição da República não preveja, expressamente, o recurso à figura do agente infiltrado, no entanto admiti-o.

Efectivamente, consagrando ela, como consagra os direitos à vida (art. 24º, nº1), à integridade física e moral (art. 25º, nº1), à igualdade (art. 13º), à liberdade e à segurança (art. 27º, nº1) e à saúde (art.64º), entre outros, há-de, também permitir o recurso aos meios necessários para garantir a realização e defesa de tais direitos, entre os quais se encontra a figura do agente infiltrado a fim de prevenir e reprimir as formas de criminalidade mais graves, que atendem contra tais direitos.

Refira-se contudo, como é salientado pelo Tribunal Constitucional, a técnica do agente infiltrado comporta, contudo, perigos vários, desde logo, se o funcionário de investigação criminal encarregado dessa missão não for pessoa de sólida formação moral e firmeza de carácter, pode facilmente deixar-se envolver nas actividades criminosas que investiga; depois entre a actividade do agente infiltrado, que disfarçadamente procura ganhar a confiança dos suspeitos, para melhor os observar e obter informações sobre a sua actividade delituosa, e a do agente provocador, que induz à prática do crime, a diferença é por vezes, bem ténue.

Do artigo 3º:

O presente artigo, estabelece os requisitos e pressupostos a que estão sujeitas as acções encobertas desenvolvidas pelo agente infiltrado.

Em virtude da importância desta temática a mesma será tratada (em ponto autónomo) mais à frente.

Do artigo 4º:

A segurança dos agentes infiltrados, afere-se como um domínio sensível, quer por os agentes actuarem junto dos criminosos, quer por estarem sujeitos a eventuais represálias, devendo estes merecer uma protecção não apenas material, mas também formal. Neste sentido, o legislador estipulou, desde logo, no nº 2 do art. 3º, que ninguém pode ser obrigado a participar numa actuação encoberta, e previu “ regras de protecção do agente no que toca aos meios pelos quais a prova assim produzida é apresentada no processo e um regime de identidade fictícia”

O presente artigo estabelece normas de protecção do funcionário de investigação criminal e do terceiro infiltrado, salientando-se a possibilidade de o agente infiltrado, que tenha actuado com identidade fictícia, poder ser autorizado, oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, pela autoridade judiciária competente, a prestar depoimento sob esta identidade no processo relativo aos factos objecto da sua intervenção.

Tratam-se de medidas destinadas, sobretudo, a prevenir e a evitar eventuais represálias contra o agente infiltrado, pelos suspeitos, objecto da sua intervenção.

O relato a que se refere o nº 1 não está previsto no nº 5 do art. 3º, mas sim no nº 6 daquele preceito. A junção do relato terá de obedecer ao princípio da indispensabilidade probatória, isto é, se ao longo do processo se depreender que a sua junção não é necessária ou exigível para questões de prova dos factos imputados ao arguido, por razões de segurança, a autoridade judiciária não deverá ordenar a junção do relato ao processo. Pois como afirmou o deputado António Costa, na altura da discussão da lei, “ o relato será sempre presente á autoridade judiciária que decidirá pela sua junção ou não ao processo, o que acontecendo porá consequentemente em perigo a segurança do agente encoberto.”

A apreciação da indispensabilidade, nos termos do nº 2, pode ser remetida para o termo da fase do inquérito ou da instrução, pois assim como o MP poderá ter necessidade de fundamentar de facto a dedução da acusação (art. 283º do CPP), também o Juíz de Instrução, aquando da sua decisão pela pronúncia, poderá ter necessidade de recorrer ao relato, considerando-o indispensável em termos de prova (art. 308 CPP)

Na fase de julgamento, se o juiz optar pela indispensabilidade da audiência do agente encoberto, nos termos do nº 6, deverá restringir a livre assistência do público ou que a audiência ou parte dela decorra com exclusão da publicidade, conforme determina a 2ª parte do nº 1 do art. 87º do CPP, e deve seguir o preceituado pela Lei nº 93/99 de 14 de Julho, que regula a aplicação das medidas para a protecção de testemunhas em processo penal.

Do artigo 5º:

O presente artigo, estabelece a possibilidade de o agente infiltrado poder actuar sob identidade fictícia, a qual é atribuída por despacho do Ministério da Justiça, mediante proposta do Director Nacional da Polícia Judiciária, sendo válida por um período de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, ficando o respectivo funcionário de investigação criminal autorizado a, durante aquele período, actuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social. (n.ºs 1 a 3)

O despacho que atribuí a identidade fictícia é classificado de secreto, cujo teor do mesmo não está acessível ao público em geral, nem mesmo ao público que o rodeia no ambiente de trabalho e deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente infiltrado. (nº 4)

O agente infiltrado que tenha actuado com identidade fictícia, pode ser autorizado pela autoridade judiciária competente, a prestar depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objecto da sua actuação, nos termos do nº 3, do art. 4º.

A identidade fictícia é uma manifestação formal e material da preocupação de segurança exigível quanto ao agente encoberto, cujo risco que o

agente corre não é comum, mas sim, anormal, pelo que se impõe por necessidade e exigibilidade que os agentes encobertos actuem sob identidade fictícia.

Do artigo 6º:

Na verdade se a conduta do agente infiltrado, no âmbito de uma acção encoberta, caso não guardasse a devida proporcionalidade também não fosse punível, no âmbito da investigação ou da autoria mediata, estaria a lei a admitir a figura do agente provocador, totalmente inadmissível num Estado de Direito Democrático, como é o nosso, uma vez que, o agente provocador, ao criar o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos, é o verdadeiro criminoso, como tal devendo ser punido, para além das provas assim obtidas serem provas proibidas, por inadmissíveis, desde logo, ao abrigo do art. 125º do CPP, sendo assim reconduzíveis aos métodos proibidos de prova.

Num Estado de Direito Democrático, baseado na dignidade da pessoa humana, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, não se pode admitir que a justiça actue por meios ilícitos, sob pena de a justiça e os criminosos se distinguirem apenas pela quantidade e não pela qualidade.

O STJ, pelo Ac. De 14 de Maio de 1997, Proc. Nº 32893, considerou que:

“ Se um guarda da polícia, abordando o arguido, e perguntando-lhe se “ tinha para ele”, dizendo o arguido que, “ naquele momento não tinha, mas que ia a casa buscar”, como foi, trazendo quatro embalagens de heroína, não pode qualificar-se a actuação do referido agente da PSP, como sendo agente provocador ou agente infiltrado”

É que, o agente policial em causa não determinou o arguido à prática de qualquer crime, pois antes de ser interpelado por aquele agente da polícia, já tinha ilicitamente a heroína em sua casa.

A conduta daquele agente da polícia não configura o uso de meios “ enganosos”, nos termos do artigo 126, nº 2, alínea a) do CPP, nem foi violado o disposto no artigo 32, nº 6 da CRP”

O legislador exclui da responsabilidade penal os actos preparatórios que a lei dispõe expressamente a sua punibilidade, como no caso de contrafacção de moeda, art. 271 do CP, pois o princípio é de que “ a preparação de uma infracção penal e os actos em que se traduz não devem em regra ser puníveis”.

O agente infiltrado que participe na prática de actos preparatórios ou de execução de um crime sob qualquer forma de participação, desde que a mesma não consubstancie a autoria mediata ou a instigação à prática do mesmo, não será responsabilizado desde que ressalve a devida proporcionalidade quanto à sua acção.

O artigo 26º do CP define como autor aquele que “ executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente,

determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”

Os instigadores e os autores mediatos são autores morais. O instigador ou autor mediato moral será o agente que, dolosamente, determinar outra pessoa (o suspeito ou o investigado) à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução do facto ilícito, típico e culposo por intermédio de outrem, (vide G.M. da Silva, Direito Penal Português, Verbo, Lisboa/S.Paulo, 1998, vol. II, pp. 283 e ss.) Pois, se o agente infiltrado instigar o suspeito ou o investigador a cometer o crime, “ não porque tenha interesse na consumação daquele crime ou algo contra a vítima, mas porque tem, ao contrário, interesse em que o crime seja praticado ou tentado com o fim de que suceda um mal ao próprio investigado”.

3.3.1 – Princípios e requisitos

As acções encobertas estão sujeitas ao requisito ou pressuposto do Princípio da Proporcionalidade em sentido amplo ou princípio da proibição do excesso que compreende como corolários: o Princípio da Adequação, ou seja, a acção encoberta tem de ser adequada à prossecução dos fins visados: à prevenção e/ou à investigação criminal do caso concreto -, isto é, a acção encoberta deve ser adequada “ aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente à descoberta de material probatório”: o Princípio da Exigibilidade ou da Necessidade, a medida da acção encoberta deve ser exigível ou necessária para a prevenção e/ou investigação criminal do caso concreto, porque é o meio de obtenção de prova e de prevenção mais eficaz e menos oneroso para os restantes direitos, liberdades e garantias; e o Princípio da Proporcionalidade em sentido restrito, em que, como meio legal restritivo de direitos e liberdades, a acção encoberta e os fins obtidos situam-se numa justa e proporcionada medida, isto é, terá de haver uma proporcionalidade “ quer quanto aquelas finalidades – de prevenção e repressão criminais – “quer quanto à gravidade do crime em investigação”, o que implica que basta que não se verifique cumulativamente estes pressupostos para que não se recorra à acção encoberta para a prevenção e investigação do crime a investigar. (quanto ao princípio da proporcionalidade vide, G.Canotilho e V.Moreira.Op. Cit., 1º Vol., pp.170 e 171; J.Miranda, Op. Cit., 3.ºVol., p.82; Manuel M.G.Valente, da Publicação da Matéria de Facto nas Condenações Nos Processos Disciplinares, ISCP/SPSI, 2000, pp. 64 e 65; Vide o nº 2 do art. 18º da CRP, art. 29.º da DUDH e o art. 18.º da CEDH).

O princípio da subsidiariedade, como consequência do princípio da necessidade (vide J. Figueiredo Dias, Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, Aequitas – Editorial Notícias, Lisboa, 1993, p. 446), deverá ser tido em conta quando a autoridade judiciária competente autorizar a acção encoberta, isto é, não pode autorizar esta técnica sempre que uma técnica de investigação e prevenção criminal possa atingir os mesmos fins, funcionando assim como “ultima ratio”, impondo que os restantes métodos de investigação se revelem, de todo, ineficazes.

Nas palavras do Professor Germano Marques Silva, só se deve admitir o recurso a esta técnica em situações limite, quando os restantes meios de investigação estiverem esgotados, quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha em caso os valores fundamentais que à justiça criminal cabe tutelar.⁶⁴

Posição legislativa que bem se compreende, na medida em que o recurso à figura do agente infiltrado consubstancia, intrinsecamente em si mesma, uma técnica de investigação de moral duvidosa, uma vez que é o próprio suspeito que, actuando em erro sobre a qualidade do funcionário de investigação criminal,

⁶⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA apud Teresa Belezza e outros – “ Apontamentos de Direito Processual Penal”, vol.III, AAFDL, Lisboa, 1995

produz, involuntariamente, a prova da sua própria condenação. Os requisitos e pressupostos estipulados no art. 3º funcionam pois, como uma limitação à banalização do recurso a uma técnica que deve ser sempre de natureza excepcional.

3.4. O regime das provas obtidas pelo agente infiltrado

⁶⁵Importa salientar que a resposta aos actuais fenómenos criminológicos passa, não raras vezes, pelo recurso a meios humanos, actuando em moldes efficientistas. As Acções encobertas, que supõem uma inclusão do indivíduo (homem de confiança) num “mundo” que não é o seu, onde se integra e desenvolve relações de proximidade com aqueles que são potenciais agentes do crime.

Do ponto de vista teórico, entramos agora numa realidade a que os autores designam de Meios Enganosos (de prova). Pelo senso comum, reconhecemos um sentido pejorativo a tudo o que implica o engano de alguém.

Não é de hoje que se estuda a questão dos Homens de Confiança enquanto meio de obtenção de prova. Contudo, é demais evidente que a sua intervenção plural nos vários ordenamentos jurídicos vem contribuindo para um interesse crescente na matéria, numa tentativa de compreensão mais rigorosa do método em causa.

Nas palavras de Meyer, e num conceito lato do termo, Homens de Confiança são “ todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa de confidencialidade da sua identidade e actividade”.⁶⁶

⁶⁷ A distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova é feita, desde logo pelo próprio CPP.

Enquanto os meios de prova se caracterizam pela sua aptidão para serem, por si mesmos, fonte de conhecimento, os meios de obtenção da prova apenas possibilitam a recolha daqueles meios e são, normalmente modos de investigação para obtenção dos meios de prova.

Deste modo, como referem Germano Marques da Silva e Elsa Corga Santos, os meios de prova constituem, de per si, fonte de convencimento, “ tendem a formar a convicção da entidade decidente sobre a existência ou inexistência de uma situação factual”; já os meios de obtenção da prova potenciam somente a obtenção de elementos ou declarações com aptidão probatória, são meios que têm por finalidade “ a recolha de elementos pré constituídos que poderão servir de instrumentos de transmissão de conhecimentos sobre factos objecto de prova.”⁶⁸

Os meios de obtenção da prova distinguem-se por serem, em regra, produzidos na fase preliminar do processo (inquérito ou instrução), referindo-se

⁶⁵ SOLANGE FERNANDA MOREIRA JESUS, obra cit., pág.19-21

⁶⁶ MEYER, in MANUEL COSTA ANDRADE (1992), “ Sobre as proibições da prova em processo penal” (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, pág. 222-223

⁶⁷ ELSA MARGARIDA COSTA SANTOS, obra cit., pág.119-131

⁶⁸ DAMIÃO DA CUNHA, “ Dos meios de obtenção da prova face à autonomia técnica e tática dos órgãos de polícia criminal”, in II Congresso de Processo Penal, coord.

Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina 2005

precisamente à actividade de recolha de meios de prova, à obtenção de elementos que contribuem para a formação da convicção do tribunal.

⁶⁹ Cabe ao poder político a determinação e promoção dos Direitos dos Cidadãos de cada Estado. A Lei Fundamental do nosso país caracteriza-se, aliás, por um forte pendor garantístico, consagrando um conjunto vasto e heterogéneo de Direitos.

Importará analisar o previsto no artigo 32º CRP, dito Garantias do Processo Criminal, onde se reconhecem direitos ao arguido e se caracteriza o processo criminal, se invoca o papel agora (também) interventivo do Juiz e se limitam os meios de prova e a sua valoração.

É logo no artigo 1º da Constituição que se salvaguarda aquela se impõe como o valor fundamental do nosso Estado: a Dignidade da Pessoa Humana.

Sem dúvida, toda a regulamentação subsequente dele emerge, mostrando-se de si dependente. Como refere aliás, Mário Araújo Torres ⁷⁰, “ da concepção de pessoa acolhida na nossa Constituição, iluminada pelo artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (...) resulta, além do mais, que a dignidade da pessoa humana, que se reporta a todas e a cada uma das pessoas enquanto tais, e não da situação em que se encontre ou do estatuto que possua, requer uma protecção que não se pode circunscrever à cidadania portuguesa e que postula uma visão universalista, não apenas da atribuição de direitos, mas também das garantias da sua efectivação”.

No que concerne aos direitos e garantias processuais do arguido (ou suspeito), percebemos que a recusa da “ tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral na obtenção da prova é já um limite à intervenção do estado, enquanto promotor da justiça.

Aliás, é nesta linha de pensamento que o artigo 272º, nº 3 CRP vem condicionar a tarefa dos agentes de segurança na prevenção do crime. De facto, toda a intervenção na esfera jurídica dos cidadãos está, ab início, limitada pela salvaguarda do núcleo essencial do direito (então em causa).⁷¹

Mais do que um simples controlo de actividades, trata-se da consagração de verdadeiros Direitos Fundamentais Pessoais.

A disciplina atrás plasmada tem expressão ao nível do Direito Processual Penal. O artigo 126º do CPP, relativo aos Métodos Proibidos de Prova, é , aliás, Direito Constitucional consagrado. Diz serem “ nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa à integridade física ou moral das pessoas”

Num esforço de densificação dos conceitos de integridade física e moral, o legislador processual avançou com a enumeração não taxativa no nº2 do mesmo artigo, fazendo referência entre outros métodos, aos enganosos.

⁶⁹SOLANGE FERNANDA MOREIRA JESUS, obra cit., pág 27-30

⁷⁰MARIO ARAÚJO TORRES (Juiz do Supremo Tribunal Administrativo), em comentário à prolemática do Direito estrangeiro, em especial ao Direito de Asilo, in www.cidadevirtual.pt

⁷¹ Cfr. Artigo 18º, nº1 e nº2 CRP

Os Homens de Confiança, em virtude do erro ou engano a que recorrem, enquadram-se, genericamente, no conceito de métodos proibidos de prova, porque ofensivos da integridade moral das pessoas.

Segundo Alves Meireis, na sua obra já por diversas vezes citada, “ a tutela da integridade moral da pessoa humana há-de referir-se a todas as situações anómalas de perturbação da vontade, do conhecimento e da decisão; pois é direito da pessoa que a sua vontade possa ser livremente formada, o seu conhecimento esclarecido e a sua decisão ponderada”.⁷²

Só assim se pode encarar o arguido como sujeito processual e não como objecto; este respeito pela pessoa, e negação da sua coisificação, só se consegue se os actos do arguido forem uma expressão da sua livre personalidade.

Assim, entendemos aceitar o ponto de vista da doutrina dominante que aceita a actuação do Agente Infiltrado como socialmente tolerável.

Deste modo, centramo-nos primeiro na acção do Agente Provocador, no que a este ponto diz respeito.

Neste linha, de pensamento e, por principio apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos “ susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais” métodos proibidos de prova de prova.

Mesmo assim, no sistema processual penal português, em consequência da vigência dos Princípios do In Dúbio Pro Reo e da Presunção da Inocência, está, de todo, afastada a possibilidade de presumir a prática do crime passado, com base no crime provocado.

As provas assim obtidas não têm, em consequência, qualquer validade ou força processual.

Mais do que qualquer outro valor, salvaguarda-se genericamente a dignidade da Pessoa Humana.

A doutrina vem ainda distinguindo, a este propósito, os métodos absolutamente proibidos dos que o são o relativamente. Tal distinção assume relevo quando percebermos que os últimos são proibidos apenas por princípio, ao contrário dos primeiros, que o são sempre, em qualquer circunstância.

São métodos relativamente proibidos os previstos no nº3 do artigo 126 CPP; nestes casos há proibição apenas e só quando a sua utilização se verifica sem autorização dos visados. Assim, a proibição é puramente circunstancial, não absoluta, dependendo a sua determinação de uma apreciação casuística.

Já os métodos absolutamente proibidos estão previstos no nº 1 daquele artigo, onde se incluem os meios enganosos – in casu, o Agente Provocador.

Estes são proibidos por natureza, não sendo permitida a sua utilização em qualquer circunstância, independentemente da autorização dos visados.

Aludindo agora aos casos em que a investigação criminal tem por objectivo a prevenção do crime, pensando nele mesmo antes da sua comissão, reforça-se a proibição do meio de prova em análise. Também aqui toda a prova obtida por violação da integridade moral dos cidadãos ou suspeitos deve ser desconsiderada, consequência da utilização de um método proibido de prova.

⁷² MANUEL MEIREIS, obra cit., pág 195 e 202

É aliás neste sentido que se manifesta o Professor GERMANO MARQUES DA SILVA ao afirmar que “ a Ordem Pública é mais perturbada com a violação de regras fundamentais de dignidade e de rectidão da actuação jurídica (...) do que pela não repressão (ou prevenção) de alguns crimes, por mais graves que sejam...”

É certo que assistimos, não raras vezes, nos dias de hoje, à investigação criminal encoberta, por aplicação de novas técnicas de política criminal. Contudo as provas obtidas no decurso da acção investigatória não se destinam, em primeira mão, à condenação do agente (criminoso), mas à prevenção de mais um fenómeno criminoso capaz de perturbar o bem-estar público e a ordem social.

Mais do que provar, a todo o custo, a eficácia do Estado na repressão do crime, considerando o agente (criminoso), importa, por um lado, salvaguardar os Direitos Fundamentais dos cidadãos e, por outro, garantir, de forma equilibrada e capaz, a sua segurança.

São os valores e princípios do (nosso) Estado de Direito Democrático e Social que justificam a privação de mecanismos que se revelam, na prática excessivamente repressivos.

Consegue-se a concretização dos objectivos da nova Política Criminal por via de meios alternativos, mais equilibrados e igualmente capazes. É por este motivo, que se reconhece uma opção criteriosa na distinção entre métodos de prova legítimos e proibidos.

Como aliás, salvaguarda Costa Andrade na sua obra sobre as proibições de prova em processo penal “ não significa (...) que o recurso ao Homem de Confiança esteja sempre e sem mais, a coberto de proibição de prova. Isto sabendo-se além do mais, que a sua admissibilidade está directamente prevista no domínio específico dos crimes do tráfico ilícito de estupefacientes sob a forma do agente infiltrado”.

3.4.1 – Nulidade da prova como consequência processual

Como salienta Elsa Costa Santos ⁷³, quanto ao agente provocador, é hoje consensual, quer na doutrina quer na jurisprudência, que a actuação do agente provocador é inadmissível face ao ordenamento jurídico português; além do mais, não é legalmente previsto; nem na CRP, nem no CPP, e muito menos, na Lei 101/2001.

Constitui um meio enganoso de prova ⁷⁴, proibido pela parte final da al.a) do n.º2 do art. 126.º do CPP e pelo art.38.º, n.º 2da CRP, pois a provocação é compreendida como ofensiva da integridade moral das pessoas.

As provas assim obtidas serão por isso nulas, não podendo ser utilizadas (artg. 126,n.º1), a não ser para o fim exclusivo de proceder criminalmente contra quem as produziu (artg. 126.º, n.º 4).

Já quanto à prova obtida por Agente infiltrado, tal consenso não é obtido.

A este propósito, Costa Andrade, defende que o recurso ao “homem de confiança configurará, normalmente, um meio enganoso de prova, reconduzível à categoria dos métodos proibidos de prova (art.126.º, n.º2, al.a do CPP).exceptua, todavia, o caso do agente infiltrado, justificando a sua admissibilidade por se tratar de uma figura legalmente prevista para o combate de determinada criminalidade.⁷⁵

Também M^a João Antunes ⁷⁶ partilha tal opinião: classifica o recurso a agente provocador como meio enganoso de prova, método proibido, mas admite a figura do agente infiltrado nos casos legitimados por lei.

No mesmo sentido, GONÇALVES/ALVES/VALENTE ⁷⁷, admitem o recurso à infiltração apenas nos casos previstos na lei, já não nas demais situações em que a consideram método proibido de prova ao abrigo da parte final da al.a) do n.º2 do artigo 126.º do CPP. Quanto à admissibilidade legal do agente infiltrado, os autores defendem que, embora não se encontre previsto no CPP

⁷³ ELSA COSTA SANTOS, obra cit., pág. 127-131

⁷⁴ O legislador ordinário faz uma referência expressa à proibição de uso de meios enganosos na obtenção da prova (parte final da al.a) do n.º 2 do art.126.º do CPP). Subjacente a esta norma está a ideia de que todos os meios de obtenção de prova devem respeitar a livre personalidade e vontade do indivíduo. Assim sendo, o uso de meios enganosos de obtenção de prova prejudicaria a produção de prova em condições de liberdade de decisão, transformando o indivíduo/arguido num meio de prova contra si próprio. Nas palavras do Prof. F.Dias “ o princípio da presunção da inocência, ligado agora (...) ao princípio da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão e vontade” Tal justifica-se pelo facto de o arguido, além de meio de prova ser, primeiramente, sujeito processual, pelo que a prova obtida tem de resultar da sua vontade, da sua escolha livre, autónoma, não condicionada ou manipulada. Vide, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS – “ Sobre os sujeitos processuais do novo código do processo penal”, CEJ, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 28

⁷⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “ Sobre as proibições...”, obra cit., pág 236

⁷⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, “ Droga: A prevenção e a investigação...”pág. 52

⁷⁷ GONÇALVES/ALVES/VALENTE, “ Lei e Crime...”, obra cit., pág. 268

enquanto meio de obtenção de prova (mas em legislação extravagante), a CRP admite-o, ainda que não o preveja expressamente.

Alegam que, “ efectivamente, consagrando ela, como consagra, os direitos à vida (art. 24º, nº1) à integridade física e moral (artg. 25º, nº1), à igualdade (art. 13º), à liberdade e segurança (art.27º, nº1) e à saúde (art. 64º), entre outros (...) há de permitir também, o recurso aos meios necessários para garantir a realização e defesa de tais direitos, entre os quais se encontra a figura do agente infiltrado, a fim de prevenir e reprimir as formas de criminalidade mais graves, que atentem contra tais direitos”.

Por sua vez, Germano Marques da Silva ⁷⁸, parte da premissa de que a deslealdade da actuação é um meio de investigação sempre moralmente reprovável, mas nem sempre juridicamente sancionável: a lealdade além de “pretender imprimir a priori toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da Justiça (...) é o fundamento das proibições de prova”

Nesta perspectiva, o autor fundamenta a ilegitimidade do recurso a agentes infiltrados e informadores na violação do princípio da lealdade, visto que tal pode desencadear a proibição das provas assim obtidas.

Adverte, contudo, para o menor grau de tensão que esta problemática acarreta em comparação com a dos agentes provocadores: estes últimos são sempre inadmissíveis; já os informadores e infiltrados, por não participarem na prática do crime, pelo carácter meramente informativo da sua actividade, são de admitir no limite, “ quando a inteligência dos agentes da Justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça, cabe tutelar.”⁷⁹

Em sentido diverso, Alves Meireis ⁸⁰, defende “ que o agente infiltrado, enquanto meio de prova, integra a categoria dos métodos de prova relativamente proibidos (art.32º, nº 8 da CRP e art.126º, nº3 do CPP), uma vez que estão em causa direitos ou garantias fundamentais não decorrentes directamente da personalidade humana”

Porque na infiltração o conflito se gera entre a necessidade de administrar a justiça (art.202, nº1 CRP) e os direitos fundamentais que a figura põe em causa

⁷⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, “ Bufos...” obra cit., pág 30; cfr ainda “Curso de Processo Penal”, obra cit., pág 61 a 63

⁷⁹ Na base deste entendimento está o facto de, na sua opinião, não se poder consentir, numa sociedade democrática fundada no respeito pelos valores da dignidade da pessoa humana, que o exercício de uma função soberana possa acarretar a quebra dos laços de solidariedade entre os seus membros, possa conduzir à desconfiança no próximo, levar ao egoísmo e mesmo ao isolamento. O autor tem defendido de forma sagaz a ideia de que a eficácia do combate à criminalidade, em qualquer dos seus domínios, “há-de alcançar-se sobretudo pelo engenho e arte dos “policías”, nunca pela força bruta, pelo artifício, ou pela actuação processualmente desleal, que degradam quem as sofre, mas não quem as usa”, vide GERMANO MARQUES DA SILVA – “ Meios Processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?), in Lusíada Direito, série II, nº 3, Univ. Lusíada, Lisboa, 2005

⁸⁰ ALVES MEIREIS, “ O regime...”, obra cit., pág. 171

e restringe – já que leva o sujeito a produzir prova contra si involuntariamente, ofendendo assim a liberdade de declaração e a garantia da não auto - incriminação e, além do mais, tal produção de prova é feita através da intromissão na vida privada do suspeito (eventualmente nas suas relações de amizade, nos seus momentos mais íntimos, na sua casa, no seio da sua família) sem nunca revelar a sua identidade e qualidade – o autor apenas defende a admissão da infiltração quando observado o disposto do art. 18º CRP e as demais cautelas previstas para outros meios de obtenção de prova.

Na sua opinião, a infiltração será ilícita, e a correspondentes provas consideradas nulas, se tal actividade se traduzir, em concreto, numa abusiva intromissão nos direitos em causa ⁸¹.

Em suma, a actuação do agente infiltrado não será portanto ilícita e consequentemente nula, se o agente infiltrado cumprir todos os requisitos para uma válida actuação: a garantia da legalidade, isto é, a possibilidade da sua actuação tem de estar prevista na lei (exigência da 1ª parte do art. 18º, nº2 CRP); a exigência da necessidade e adequação, já que utilização da infiltração deverá ser necessária e limitar-se ao necessário para a salvaguarda do outro interesse constitucionalmente consagrado (a realização da justiça); tem de existir proporcionalidade entre o grau da lesão do bem jurídico, ou dos bens jurídicos, provocada pelo crime e o grau da restrição aos direitos fundamentais provocado pela infiltração; tem ainda, de respeitar a exigência decorrente do art. 18º, nº 3 da CRP, segundo a qual qualquer restrição a um direito fundamental não pode, em caso algum, pôr em causa o núcleo essencial do direito atingido.

Respeitando tais condições, o recurso à infiltração constituirá uma intromissão não abusiva dos direitos fundamentais, representará uma actividade lícita de recolha de provas e as provas assim obtidas serão consideradas válidas.

Em caso contrário, os mesmos reconduzir-se-ão aos meios de prova proibidos e consequentemente serão consideradas nulas. Pois apenas, dentro destes contornos, dentro dos limites do razoável, estaremos perante a harmonia entre os fins do processo penal e as normas constitucionais.⁸²

⁸¹ Ou seja, na sua opinião “ os métodos do agente infiltrado não significam, nem poderiam significar, uma interrogação sobre os direitos fundamentais contidos na primeira parte do nº 8, do art.32º da CRP e nos nºs 1 e 2 do art. 126º do CPP. Estes estarão sempre livres de qualquer restrição

⁸² Neste sentido, ALVES MEIREIS , “ O regime...”, obra cit., pág. 173ss e 185ss

3.4.2 – A isenção da responsabilidade do agente infiltrado

⁸³Neste ponto importa tratar uma outra questão, que embora relacionada com o regime processual até agora tratado, é dele autónoma em matéria e natureza. Referimo-nos ao problema da hipotética responsabilidade penal do Agente Infiltrado, que pressupõe a consideração da Teoria da Comparticipação do Crime.

Já foi dito atrás, haver a possibilidade de, no exercício das funções que lhe são confiadas, o Agente Infiltrado praticar factos típicos, normalmente puníveis.

O legislador português foi sensível a esta situação, prevendo-a e regulando-a no Regime Jurídico das Acções encobertas, fixado na Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto.

De acordo com o seu artigo 6º “ não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de um acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”

No referido texto da lei referem-se conceitos de autoria, que devem ser objecto de análise tendo em conta a especificidade da sua natureza e à complexidade do seu sentido.

Recorrendo à Teoria da Comparticipação, iremos proceder à distinção das várias formas de autoria e diferenciá-las depois da participação.⁸⁴

A doutrina portuguesa, em análise ao artigo 26º do CP, vem distinguindo quatro formas concretas de autoria, pondo em evidência diferentes participações no facto típico.

É autor imediato todo o sujeito que comete o crime directamente, por si próprio. Nas palavras de Figueiredo Dias, a presente modalidade absorve todos aqueles que “ executam o facto pelas suas próprias mãos, em termos de preencher na sua pessoa a totalidade dos elementos objectivos e subjectivos do ilícito típico e deter, por isso, na expressão de Roxim, têm o domínio da acção.”⁸⁵

Já o autor mediato é aquele que executa o facto através de outrem;

Servindo-se do domínio da vontade, instrumentaliza o homem da frente, coagindo-o ou enganando-o, até que este cometa o crime, mesmo contra a sua vontade; Porque os pressupostos da punibilidade se verificam naquela pessoa, o homem da frente é consequentemente irresponsável, ou apenas parcial ou relativamente responsável.

⁸³ SOLANGE FERNANDA MOREIRA JESUS, obra cit., págs 83- 91

⁸⁴O problema levanta-se quando para a realização do facto contribuem vários sujeitos, sendo essencial descortinar o papel de cada um deles. Segundo Figueiredo Dias está em causa a pluralidade subjectiva na realização do facto. Vide a este propósito, FIGUEIREDO DIAS, “ Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais.

A Doutrina Geral do Crime”, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, pag.775, Nota 1

⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, “ Direito Penal...”obra cit., pag 775

A co-autoria pressupõe o domínio funcional do facto, pelo que os co-autores partilham a realização típica; Partem de uma realização conjunta que, ao manifestar-se externamente, dá corpo à colaboração de todos aqueles que se dizem intervenientes no facto; A divisão de tarefas entre co-autores permite que “nenhum destes necessite preencher na própria pessoa a totalidade dos elementos típicos”⁸⁶, sendo apenas indispensável que “do seu contributo objectivo dependa o se e o como da realização típica e não apenas que o agente se limite a oferecer ou a pôr à disposição os meios de realização”⁸⁷; Quanto á sua punibilidade, dizer que cada um é punido como se tratasse de um autor singular, sendo irrelevante, neste aspecto, a contribuição dos demais.

Em último lugar referimo-nos à instigação, que no Ordenamento Jurídico Português é tida como forma de autoria; Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, o instigador “não é aquele que incentiva, nem que influencia a motivação do executor. (...) É antes quem produz (neste) a decisão de atentar contra um bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico”⁸⁸, revelando, a este propósito, o domínio da decisão; O que verdadeiramente distingue a instigação da autoria mediata⁸⁹ é a efectiva responsabilidade do homem da frente, no caso da instigação: a doutrina é unânime ao afirmar que o homem da frente só se deixa sensibilizar por já estar determinado à prática do crime.

O reconhecimento da instigação depende ainda “da execução ou começo da execução”, por parte do instigado, confirmando-se então aquele processo de determinação. Na verdade, está em causa um fenómeno psicológico e interno, sendo necessário garantir a sua efectiva existência. Assim, exige-se o dolo do instigado na realização da acção típica, e o duplo dolo do instigador (relativamente à determinação e quanto ao facto praticado), pelo que a instigação determina a punibilidade de ambos os sujeitos.

Não obstante o que fica dito, aquela pluralidade subjectiva pode justificar-se apenas pela existência de um ou vários participantes que colaboram no facto do autor.

No Ordenamento Jurídico Português conhece-se apenas uma modalidade de participação no facto – a cumplicidade.

A punibilidade do cúmplice está dependente, em concreto, da punibilidade do autor, e justifica-se pelo auxílio prestado na realização típica.

Se reconhecemos alguma originalidade nos termos utilizados pelo legislador a propósito desta matéria, o mesmo não acontece relativamente à sua essência ou conteúdo, pelo que compreendemos a exclusão da instigação e da

⁸⁶ Op cit.p.794

⁸⁷ Op. cit.p. 795

⁸⁸Op.cit.p. 799

⁸⁹A doutrina invoca, a este propósito, o princípio da auto-responsabilização segundo o qual são excluídas do âmbito da autoria mediata todas as situações em que 2 entre a conduta do homem de trás e o delito se interponha a actuação de um homem da frente (ou executor) plenamente responsável, isto é, que actue a título de culpa dolosa” Cit. FIGUEIREDO DIAS, J. de (2007). “Direito Penal...”pág. 77

autoria mediata das modalidades de realização típica abrangidas pelo regime de Isenção.

Ao afastá-las o legislador apenas reitera a posição unânime na Doutrina e da Jurisprudência, negando o Agente Provocador.

De facto, o homem de trás, recorrendo embora a um terceiro – o homem da frente, que actua como autor material – tem sempre o domínio de facto, verificando-se na sua pessoa todos os elementos da punibilidade.

Ao intervir cria, então o próprio crime, ora determinando o agente por coação ou erro, ora criando nele a intenção criminosa. Age como autor, impondo-se a sua punibilidade como tal em qualquer circunstância, não se devendo, como atrás já foi dito, “ admitir que a justiça actue por meios ilícitos, sob pena de a justiça e os criminosos se distinguirem apenas pela quantidade e não pela qualidade”. Com isto, o legislador impõe ao agente encoberto um cuidado acrescido, na forma como actua”⁹⁰: se intervém como encoberto e, no contexto da sua actuação, pratica actos como autor mediato ou como instigador, é um verdadeiro Agente Provocador, determinando-se, em consequência, a nulidade das provas por si obtidas, porque proibidas pelo artigo 126º CPP.

Nestas circunstâncias, a prática de factos típicos não se justifica pela salvaguarda do disfarce ou pela manutenção da própria acção de investigação, já que os mesmos objectivos seriam atingidos de outro modo. Portanto, conclui-se que “ se o Agente Infiltrado instigar o suspeito (...) a cometer o crime (...) porque tem interesse em que o crime seja praticado ou tentado, com o fim de que suceda um mal ao próprio instigado, deixa de o ser e passa a ser Agente Provocador, que é punido como autor”⁹¹

Ultrapassado este primeiro obstáculo na compreensão do artigo 6º do RJAE, observemos um outro ponto mais linear.

Nos termos da lei “ não é punível a conduta do agente (...) que consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção (...)”⁹², fazendo-se referência a duas fases distintas do processo de formação do crime.

Este não é um fenómeno imediato ou singular, antes o resultado de um processo evolutivo, com início nos pensamentos do autor, que se extingue normalmente com a consumação. Pode contudo suceder a interrupção do seu processo de formação, atingindo-se apenas, nestes casos, a fase da tentativa.

⁹⁰ FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “ O novo regime jurídico do agente infiltrado”, pág 101

⁹¹ Op.cit. pág 104 e 105. Invocando também aqui o regime processual aplicável, dizer que, nestes casos, as provas obtidas são nulas (porque proibido o meio de prova), não podendo ser valoradas em procedimento criminal contra o suspeito. Mesmo assim, a lei considera-as sempre que na sua obtenção se tenham praticado factos típicos, normalmente puníveis. Neste caso, de acordo com o artigo 126º, nº 4 CPP, as provas podem ser utilizadas em processo criminal contra quem as produziu, excluindo-se aaim, taxativamente, isenção da responsabilidade

⁹² Artigo 6º da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto

Porque os actos preparatórios são, em regra, não puníveis ⁹³, aquela exclusão dirige-se aos casos especiais em que a sua punibilidade está concretamente prevista no tipo de ilícito, contrariando, assim, a normalidade das coisas.⁹⁴

Também a execução pressupõe, em regra, a punibilidade, considerando-se, a este propósito, uma excepção particularmente justificada.

Assim, é admitido ao Agente Infiltrado actuar em conjunto com outro ou outros, sendo co-autor do crime, ou participando no facto criminoso, favorecendo ou facilitando a sua comissão, desde que salvguarde a “devida proporcionalidade com a finalidade”⁹⁵ da actividade em causa no caso concreto.

Está em causa saber se é permitido ao Agente Infiltrado, no contexto da acção encobertas que desenvolve, praticar factos típicos como autor imediato.

Ora, se o preceito legal invocado a propósito, não afasta tal possibilidade, o mesmo não acontece (sempre) com a Doutrina que não é unânime neste ponto.

Sendo embora de reconhecer maior frequência á co-autoria e à cumplicidade, não podemos deixar de aceitar aquela (autoria imediata) como uma das modalidades de actuação do Agente Infiltrado, nem excluí-la do regime de isenção da punibilidade.

Neste contexto, importa recordar que embora a Lei nº 101/2001 tenha revogado o artigo 59º do Decreto-Lei nº 15/1993, de 22 de Janeiro, manteve inalterável a composição do seu artigo 21º que define o tipo de tráfico e outras actividades ilícitas.

Pela leitura deste artigo, percebemos imediatamente que “o tráfico de estupefacientes se configura como um crime de perigo abstracto, o que logo resulta de todas as actividades descritas no tipo legal de crime (nas quais) o legislador se “esmerou” em presumir o perigo.”⁹⁶

Assim sendo, nas palavras de ISABEL ONETO, sempre que o Infiltrado “se apresenta num determinado local como potencial vendedor de estupefacientes, transportando consigo parte da quantidade que tem para venda (já consumou o crime de tráfico), bastando para tal ser portador de parte da quantidade que

⁹³ Artigo 21º CP. Os actos preparatórios são em regra não puníveis porque não podemos, nem devemos, punir o agente com base nos seus pensamentos ou intenções, não manifestados ou exteriorizados de forma penalmente relevante. Estão em causa actos temporalmente anteriores à execução do crime. Neste sentido, vide FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal...”obra cit., pág 682

⁹⁴ Cfr. Artigos 271º CP e 274º CP. Nas palavras de Figueiredo Dias, “esta solução só se torna político-criminalmente aceitável (quando os actos) apontem já com alto grau de probabilidade para a realização do tipo de ilícito e (quando) se verifique a necessidade de uma intervenção penal específica num estágio particularmente precoce do iter criminis” In FIGUEIREDO DIAS, “Direito penal...”, obra cit., pág. 683

⁹⁵ In artigo 6º da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto

⁹⁶ Ac.STJ de 02.05.90 (BMJ, nº 397, pp.128 a 139) in ISABEL ONETO (2001), “livro” “O agente Infiltrado...”pág.97, nota 302

pretende vender e, nesse momento, ser detido por uma força policial que ignora a sua qualidade de agente infiltrado.⁹⁷

A particularidade dos crimes de perigo abstracto, como é este, encontra-se precisamente no momento da sua tutela penal: “ da alargada catalogação de condutas que o legislador operou no artigo 21º, nº 1, do Decreto-Lei nº 15/93, transparece a consabida necessidade de abranger todas as actividades individualizáveis do chamado “ ciclo económico da droga”, mesmo aquelas que se encontram mais afastadas de um real perigo para potenciais consumidores, (mostrando-se) até que ponto se recuou na antecipação da tutela penal”.

A natureza destes crimes favorece, evidentemente, a sua consumação.

Contudo, é importante recordar que resultam de uma estratégia específica de Política Criminal: a antecipação da punibilidade tende a evitar as condutas efectivamente lesivas, passíveis de verificação num momento posterior, mais avançado.

Estando em causa uma situação pouco frequente, o certo é que se trata de uma realidade possível, principalmente no contexto do tráfico de estupefacientes.

Portanto, é necessário problematizar a questão, considerando-a.

A prática do facto típico só costuma ganhar evidência num momento posterior ao da mera posse, aquando da venda do produto estupefaciente. Não raras vezes esta realiza-se até em co-autoria com os verdadeiros traficantes, suspeitos do crime, então no activo, com quem o Agente logrou ganhar confiança.

Coisa diferente defende MEIREIS que afasta de todo a possibilidade do Infiltrado ser autor imediato no contexto da investigação encoberta, ao abrigo da isenção da punibilidade prevista no artigo 6º do RJA. Segundo o autor, ele poderá (...) ser um verdadeiro participante. No entanto, apenas poderá revestir uma forma de autoria e uma forma de participação: co-autoria e cumplicidade, respectivamente.⁹⁸

Considera ainda que na autoria imediata, tal como na mediata, a prática de factos típicos implica a instrumentalização de um terceiro que deixa assim de poder ser responsabilizado penalmente.

Ora, considerada a divergência, somos levados a concordar com a posição de Isabel Oneto, mencionada pelos fundamentos que apresenta. Pensamos que beneficia também do elemento literal do artigo 6º da Lei nº 101/2001 de 25 de Agosto, cujo sentido se mostra inequívoco.

Atendendo á complexidade da matéria, compreende-se as incertezas na motivação desta isenção de responsabilidade penal, pelo que não se podia deixar de invocar algumas das posições assumidas na Doutrina.

Antes de mais, dizer que as motivações a que aqui se aludem giram em torno de dois grandes pilares: a exclusão da ilicitude fundada no cumprimento de um dever e as finalidades preventivas das acções encobertas.

Sob o título de outras causas de justificação, FIGUEIREDO DIAS, trata das causas de exclusão da ilicitude menos frequentes na prática jurídica. Apesar

⁹⁷ Op.cit., pág. 96 e 97

⁹⁸ ALVES MEIREIS, obra cit., pág. 164

da sua raridade “ não devem deixar de ser mencionadas numa exposição sistemática da doutrina geral do facto punível (...) ”⁹⁹, já que existem e não são menos relevantes que as demais.

Entre estas causas está presente o cumprimento de um dever, no exercício de uma determinada actividade pública, lato senso. Estando prevista no artigo 31º, nº 2, alínea c) CP, justifica-se pela atribuição, “ ao titular de um poder oficial (...) de concretos direitos de intervenção cujo exercício, numa relação igualitária seria ilícito, (...) mas que, no caso, (...) representam o cumprimento de um dever – sendo que os factos deste exercício resultantes, apesar de formalmente típicos, se encontram nesta precisa medida justificados”¹⁰⁰

Em defesa desta causa manifestaram-se autores como ALVES MEIREIS, FERNANDO GONÇALVES, MANUEL JOÃO ALVES, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE e RUI PEREIRA.

Os primeiros, invocando a existência de um dever legalmente consagrado, reclamam a necessidade de “ recurso a meios necessários para garantir a realização e a defesa”¹⁰¹ de vários direitos Fundamentais, como o Direito à Vida, à Integridade Física, à Liberdade e à Segurança.

RUI PEREIRA, de forma diferente, começa por distinguir as Acções Encobertas, com finalidades preventivas, das que prosseguem apenas finalidades repressivas, admitindo a presente causa de justificação somente quanto às primeiras, pelo que, nas palavras do autor “, não estaremos situados no plano processual da proibição da prova, mas antes perante uma conduta cuja ilicitude é definida de acordo com juízos de ponderação que enformam a justificação penal”¹⁰²

Costa Andrade, afastando-se deste primeiro pilar, justifica toda a dinâmica das Acções Encobertas na sua finalidade exclusiva ou predominantemente¹⁰³ preventiva que se verifica “ sempre que a perseguição de eventuais agentes se integra em programas de repressão e desmantelamento do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada. Em caso de recusa absoluta das Acções encobertas, “ deixar-se-ia a sociedade desarmada face a manifestações tão drásticas e intoleráveis de criminalidade.”¹⁰⁴

Depois do que fica dito, e em jeito de conclusão, lembrar que a “ colaboração (e a prática de actos de execução) só é lícita se a actividade criminosa estiver já em curso.

Não é tolerável que o Agente Infiltrado adopte uma conduta de impulso ou instigação dessa actividade, sob pena de se converter em verdadeiro Agente

⁹⁹ FIGUEIREDO DIAS, “ Direito Penal...) obra cit., pág. 494

¹⁰⁰ Op. cit., pág 494

¹⁰¹ ISABEL ONETO, “livro”, “ O agente infiltrado...”, pág. 99

¹⁰² RUI PEREIRA, “ O consumo...” in ISABEL ONETO, “livro”, “ O agente infiltrado...”pág. 102

¹⁰³ MANUEL COSTA ANDRADE, “ Sobre as proibições...”, obra cit., pág. 232

¹⁰⁴ Op.cit

Provocador. (...) A sua actividade não pode ser formativa de crime, mas apenas informativa”¹⁰⁵

Embora não surjam na Lei Processual Penal, nem na Constituição, como meio normal de prova, as Acções Encobertas beneficiam, como acabamos de ver, de um regime jurídico denso e próprio, previsto em Lei especial, criada para o efeito.

Justifica-se tal autonomia pela especificidade da matéria e pela perigosidade inerente à aplicação deste meio de prova excepcional.

Embora alguns autores questionem a sua constitucionalidade material, aceitamos a posição dos que negam tal possibilidade, reconhecendo-as antes como um meio de realização de Direitos Fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Exige-se, isso sim, a maior prudência no exercício das actividades a si inerentes.

¹⁰⁵ FERNANDO GONÇALVES; MANUEL JOÃO ALVES; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “ O novo regime jurídico do agente infiltrado”, pág 38

3.5 – Evolução da figura na jurisprudência

São ainda relativamente escassos os acórdãos dos tribunais nacionais que versam a temática do agente infiltrado, mas os existentes vêm confirmar a autonomização, no plano material substantivo, desta figura: ou o agente policial agiu na qualidade de infiltrado e, nessa medida, consubstanciou actos típicos da co-autoria ou da cumplicidade, ou comportou-se como um agente provocador, agindo de forma idêntica à do instigador. Nesta perspectiva, os tribunais têm admitido a prova produzida pelo primeiro, rejeitando a actividade probatória do segundo, por cair na alçada dos métodos proibidos de prova.¹⁰⁶

Tal não significa, porém, que em sede de proibições de prova as duas figuras tenham autonomia conceptual; de facto, a prova obtida por agente provocador é sempre proibida, por integrar as categorias de ofensa à integridade moral e de “meio enganoso”, previstas no artigo 126º, nº 1 e nº 2, alínea a) do CPP.

Em alguns acórdãos é expressa a referência às finalidades preventivas da actuação do agente infiltrado para justificar a sua conduta, ainda que, além daquele pressuposto, se refira igualmente que a sua acção não pode determinar o arguido à prática do crime, mas apenas aproveitar a sua predisposição para cometer o ilícito típico.

¹⁰⁷A primeira decisão pertinente encontra-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.06.90, Processo nº 40983. Na parte que nos motiva, trata-se de uma situação em que “Um agente da PJ, fazendo-se passar por comprador de cocaína, heroína e haxixe, abordou o réu (...) e fez-lhe crer pretender adquirir 100g de cocaína. O réu H.M. afirmou conhecer a pessoa indicada que lhe poderia fornecer tal produto, o sujeito chamado A.C, tendo então combinado com o agente da PJ, um encontro naquele mesmo lugar entre os três. No dia combinado todos compareceram, e o A.C. chegou mesmo a entregar ao agente uma pequena carteira de plástico, transparente, na qual se encontravam amostras de heroína, haxixe e cocaína; acordaram, então o preço de venda da cocaína (...) e que a entrega se efectuará no dia seguinte, tendo então o A.C. entregue ao agente a amostra do produto, a qual este recebeu. Os réus H.M e A.C forma condenados em primeira instância: o primeiro com base no artigo 25º, nº 1; e o segundo com base no artigo 260º, ambos do CP.”

O recurso para o STJ foi interposto por A.C., entre outros fundamentos, com base na “ilegalidade da actuação investigatória do agente da Polícia Judiciária, que teria extravasado o âmbito do artigo 52º” No entanto, o STJ assim não entendeu, defendendo que o agente da PJ não pode ser considerado (...)

¹⁰⁶ ISABEL ONETO, “Tese de dissertação de mestrado – O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas”, Coimbra, 2002, pág. 108

¹⁰⁷ ALVES MEIREIS, obra cit., pág 141-144 e neste processo em particular – decisão publicada no BMJ, nº 398, 1990, págs. 282 a 288

factor da criminalidade que se imputa ao réu. Ele apenas teve o mérito de captar a confiança do recorrente a ponto de este lhe franquear as portas de sua casa e de desvendar que detinha e traficava drogas como a cocaína, heroína e haxixe. Em conclusão e por referência ao artigo 32º, nº 8 da CRP, não se encontra qualquer viciação da regra matricial de toda a legislação processual penal em matérias de provas.¹⁰⁸

Alves Meireis, discorda da decisão proferida, por entender que o agente da PJ., tanto nos seus contactos com o réu H.M. como nos tidos com o réu A.C., extravasou o âmbito de competências que lhe eram cometidas pelo artigo 52º do Decreto Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro.

Agora a propósito do consumo, defende Costa Andrade¹⁰⁹, a inadmissibilidade do homem de confiança “que se limita a provocar uma pessoa ao consumo (...) com o fim exclusivo de (...) o perseguir penalmente”, raciocínio que, partindo a inadmissibilidade do agente provocador, entende-se ser extensível ao tráfico.

Numa sentença de 05.03.1993, Proc. 777/91, do Tribunal Judicial de Oeiras, 3º Juízo, coloca-se pela “primeira vez o dedo na ferida” quanto ao problema do agente provocador.

A questão é tanto mais surpreendente, quanto verificamos que nem se trata de um caso de droga, posto que são estas matérias aquelas que mais se propiciam para a questão.

De acordo com a sentença, “ao arguido é imputada a prática dos crimes previstos e punidos nos artigos 195º, 197º e 199º do Código do Direito de Autor e dos Direitos conexos – Decreto Lei nº 63/85, de 14 de Março, com a redacção introduzida pela Lei nº 45/85, de 17 de Setembro, (artigo 374º, nº 1, alínea c) do CPP.”

“Discutida a causa, resultou provado que:

Por volta de Fevereiro de 1990, foi colocado (...) por D.G e marido A., um anúncio (...) onde se propunha a venda de um aparelho de vídeo e videogramas.

Ao tomar conhecimento do teor de tal anúncio, e com vista a detectar e reprimir a venda ao público de videogramas gravados sem qualquer autorização, elementos da Guarda Fiscal, (...) entraram em contacto com os referidos anunciantes.

Sem revelarem a sua identidade e qualidade de agentes de autoridade, simularam encontrarem-se interessados na aquisição de videogramas, procurando saber quem os transaccionaria e como os haviam arranjado.

Foram então, informados por D.G e marido A. que o arguido A.M.S lhes emprestava videogramas para «copiar» e que tinha uma quantidade considerável deles em sua casa, indicando-lhes de seguida o estabelecimento que o mesmo explorava: o snack-bar Ideal, onde os elementos da Guarda Fiscal, o acabaram por encontrar.

¹⁰⁸ BMJ, nº 398, 1990, pág. 286

¹⁰⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...”, obra cit., pág. 232

Ocultando a sua identificação de elementos da Guarda fiscal, disseram-se interessados na aquisição de videogramas, revelando terem conhecimento de que o arguido os tinha para venda e que vinham da parte de um amigo comum – a referida D.G e o marido A..

O arguido A.M.S estranhando tal solicitação, negou possuir tal material e exigiu a presença imediata da D.G. na frente de todos para que esta confirmasse a versão dos factos. Ela referiu nada ter a ver com tal solicitação (...) chamando-lhes inclusivamente vigaristas.

Foi então que a Guarda Fiscal congeminou um plano para detectar por parte do arguido A.M.S a venda ao público dos referidos videogramas. Da missão foram incumbidos o cabo J.C e o soldado M.P.

Por volta de Março de 1990, na execução do dito plano, o soldado M.P sempre na companhia da namorada O.P. começaram a frequentar diariamente, da parte da tarde, o estabelecimento do arguido A.M.S.

Como o arguido andava em tratamentos médicos, começou o soldado M.P. a estabelecer conversa com a mulher e filho do arguido, respectivamente M.S e J.S. passando gradualmente a ganhar a confiança destes.

(...) O soldado M.P e O.P traziam, normalmente, consigo um saco de plástico contendo vários videogramas e listagens de filmes, que mostravam ao filho do arguido, então de quinze anos de idade, entusiasmando-o quanto à quantidade e variedade de filmes que exibiam, chegando mesmo o soldado M.P a entregar na frente de J.S. um cheque de 85.000\$00 ao cabo J.C « simulando um negócio relacionado com a venda de cassetes».

Ao fim de 20 dias o arguido A.S., findos os tratamentos, passou a estar no snack-bar nos períodos da tarde.

Travou então conhecimento com o casal (...) de quem já ouvira falar pelo seu filho.

O soldado M.O. apresentou-se como sendo Carlos Alberto, vendedor de tintas na província.

Após os primeiros contactos, e sendo já uma presença assídua e simpática no estabelecimento, o dito casal ganhou a confiança do arguido (...) A.S.

Referiu, então, o soldado M.P que dispunha de videogramas para vender, dizendo que habitualmente os transaccionava por preço superior a cinco mil escudos por videograma.

Simultaneamente, procurou interessar o arguido pela aquisição de tais videogramas.

O soldado M.P pediu ao arguido A.S que lhe elaborasse uma listagem dos seus videogramas; o que ele fez.

Tal lista incluía videogramas que o arguido efectivamente possuía em sua casa, os quais haviam sido gravados de obras cinematográficas exibidas na televisão ou de outros videogramas por ele alugados.

Tais gravações haviam sido realizadas pelo próprio arguido, em sua casa, através de dois vídeos ligados entre si.

(...)

A listagem foi entregue pelo arguido ao soldado M.P e O.P tendo esta última extraído da mesma uma fotocópia.

Dias depois, (...) M.P solicitou ao arguido que reproduzisse determinados videogramas, que referenciou na listagem que lhe tinha sido entregue dado que se encontrava interessado na sua aquisição onerosa àquele.

(...)

O arguido em momento algum havia tomado a iniciativa de propor (...) a M.S e O.P a venda de qualquer videograma, mormente dos que tinha em sua casa.

Porém determinado pela actuação persuasiva de M.P, o arguido A.S decidiu corresponder ao pedido por aquele formulado.

Procedeu, então, em sua casa, a diversas reproduções de videogramas que tinha em seu poder, com o exclusivo propósito de os vender a M.P. conforme solicitado.

O dia, hora e local da entrega foram acertados entre ambos. Mas nesse mesmo dia, da parte da manhã, uma brigada da Guarda Fiscal, munida de um mandato judicial de busca à residência do arguido, por « suspeita de depósito de material ilícito», interceptou-o e comunicou-lhe a disposição de executar tal mandato, sabendo da encomenda pedida pelo seu elemento.

O tribunal acaba por absolver o arguido, tendo em conta que os factos de que era acusado não foram provados, uma vez que a acusação se baseava em provas nulas, porque obtidas através de método ilícito: a utilização de agente provocador.

Entre a matéria dada como provada, e que terá condicionado a decisão do Tribunal a favor desta tese, encontra-se o facto de até ao momento da intervenção de M.P não ter o arguido A.S efectuado qualquer gravação de videogramas com intuito de ulterior venda ou aluguer, nem realizado qualquer negócio lucrativo tendo por objecto os videogramas que possuía.

Assim, tendo em conta (...) a colocação de elementos da Guarda Fiscal em contacto com o arguido – de forma disfarçada, simulando o papel de potenciais compradores de videogramas gravados ilegalmente – com o fito de confirmar ou não a actividade ilícita do suspeito, neste domínio, podemos concluir que estamos perante a figura do “ fictus emptor” como modalidade do agente provocador.

Segundo a fundamentação da sentença, o agente terá começado por ser um simples agente infiltrado enquanto pretendia apenas ganhar a confiança dos arguidos, a fim de obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de novas infracções, no entanto, a partir do momento em que o soldado M.P se insinua junto do suspeito, ocultando a sua qualidade e identidade e ganhando a confiança deste, acaba por o induzir á prática de actos ilícitos, pelos quais irá ser incriminado, passa a configurar a hipótese de um verdadeiro agente provocador.^{110 111}

No Acórdão nº 587/98, de 14 de Outubro¹¹¹, o Tribunal Constitucional é chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do recurso a um agente

¹¹⁰ ELSA MARGARIDA COSTA SANTOS, obra cit., pág 54-60

¹¹¹ Vide Ac. STJ de 12 de Junho de 1990, in BMJ, nº 398 e ELSA MARGARIDA COSTA SANTOS, obra cit., pág 54-60

infiltrado sem a existência prévia de um inquérito, através da clarificação da expressão “ para fins de inquérito” constante do nº 1 do art. 59º do Decreto Lei nº 15/93 (Lei da Droga).

A recorrente alegava que a “ actuação do agente infiltrado só é constitucionalmente admissível havendo um inquérito em curso”. O TC entendeu que a norma não é inconstitucional quando interpretada “ no sentido de, no âmbito da prevenção criminal, não haver necessidade da existência prévia de inquérito a decorrer para efeitos da actuação do agente infiltrado; interpretação que é feita de acordo com o nº 2 do mesmo artigo – que exige que o funcionário que assim actua tem de elaborar relato dos factos, que é junto ao processo no prazo máximo de 24 horas – que prevê um controlo da actuação dos funcionários de investigação criminal, embora feito à posteriori, é suficiente para evitar abusos.

O TC admite, assim, a excepcionalidade do meio de obtenção de provas através do recurso a um agente infiltrado, alegando, contudo, que a verdadeira questão de constitucionalidade a coloca a própria utilização de agentes infiltrados na investigação criminal, pois tem de reconhecer-se que o recurso a uma tal técnica de investigação representa sempre o emprego de alguma deslealdade; deslealdade essa que é comparada àquela que vai implicada, por exemplo, no emprego de escutas telefónicas como processo de investigação criminal.”

O TC adverte ainda “ que a técnica do agente infiltrado comporta perigos vários, designadamente, o envolvimento do agente de investigação criminal, menos sólido na sua formação moral e com carácter menos firme, nas actividades criminosas que investiga.

Outra contrariedade assinalada é a barreira bem ténue entre a actividade do agente infiltrado – que, disfarçadamente, procura ganhar a confiança dos suspeitos para melhor os observar e obter informações sobre a actividade delituosa – e a do agente provocador, que induz á prática do crime, sustentando ser “ inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de Direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética.”

A tese maioritária na doutrina, enquadrando a problemática em questão sobre a perspectiva processual, no âmbito das proibições de prova, Costa Andrade, na esteira de Meyer, adopta um “ conceito extensivo de homens de confiança, que abrange todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo com contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade. Cabem aqui, tanto os particulares (pertencentes ou não ao sub - mundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia que disfarçadamente se introduzem naquele sub - mundo ou com ele entram em contacto; e quer se

limitem á recolha de informações, quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime”¹¹²

“Dentro desta noção ampla têm distinguido quer na doutrina, quer na jurisprudência as figuras do agente provocador e do agente infiltrado. Este último é uma técnica de investigação que consiste essencialmente, na possibilidade de agentes da polícia criminal ou terceiros sob a sua direcção contactarem os suspeitos da prática de um crime de com ocultação da sua verdadeira identidade, actuando de maneira a impedir a prática de crimes ou a reunir provas que permitam a efectiva condenação dos criminosos. O agente provocador é definido como o membro da autoridade policial ou um civil comandado pela polícia, que induz outrem a delinquir de forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do facto criminoso. ¹¹³Para Susana Aires de Sousa, o recurso a esta técnica de prevenção e investigação ocultas levanta vários problemas, designadamente, a questão da “legitimidade ético-jurídica do procedimento”, quando o “homem de confiança se converte em “agent provocateur”, precipitando de algum modo o crime: instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos”.

Recuando à tese maioritária, esta ao recusar a punibilidade do provocado, de acordo com a qual “ a utilização de métodos encobertos há de fazer-se sempre sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia de Estado de Direito” – “ é que, não há-de-ser a utilização de um qualquer engano que deve induzir à proibição da prova: há uma dose de engano na indagação criminal que é tolerável (...); por princípio, apenas deverão ter-se por proibidos os meios enganosos susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais “ métodos proibidos de prova”¹¹⁴

Já no Acórdão nº 102/00, de 22 de Fevereiro, o TC veio defender a irrelevância da qualificação da actuação do agente policial por entender que a questão da constitucionalidade dos meios de obtenção da prova deveria aferir-se pela conformação com o nº 6 do art. 32º CRP, norma que poderá ser violada se se verificar uma incorrecta interpretação do estipulado na al. a) do nº 2 do art. 126º CPP.

O processo acontece na sequência de um agente policial, fazendo-se acompanhar de um indivíduo que se encontra detido, ter abordado o arguido perguntando-lhe se tinha droga para vender, ao que este se disponibilizou a ir a casa buscar esse produto.

O Tribunal de 1ª instância considerou nulo este meio de obtenção de prova, nos termos do art. 126º, nº 2, al. a) do CPP, tendo absolvido o arguido da prática do crime previsto no art. 21º do Decreto-lei nº 15/93, de 22 de Janeiro.

¹¹²MANUEL DA COSTA ANDRADE, “ Sobre as proibições...), obra cit., pág. 224-236

¹¹³ (Acórdão do STJ de 13/01/99, Proc. Nº 98P000) – in SUSANA AIRES DE SOUSA, “ Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões”, in Liber Disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003

¹¹⁴ cfr. Ibidem

Desta sentença o MP, recorreu para o STJ por considerar estar presente a figura do agente infiltrado e não de um agente provocador.

O STJ defendeu a tese de que o agente policial que aborda um indivíduo com a pretensão de adquirir estupefacientes não pode qualificar-se como agente provocador ou agente infiltrado, considerando não ter sido violado o art. 126º, nº 2, al. a) do CPP, nem o art. 32º, nº 6 CRP. Contrariamente ao TC, que afirmou o carácter excepcional do meio de obtenção de prova por parte de agentes infiltrados, o STJ alega que não aceita tal concepção – “ aliás, não é exigível – nem é deste mundo – que as autoridades policiais se façam anunciar, previamente, aos delinquentes, para depois os “ surpreenderem” nas suas actividades criminosas, designadamente no que respeita ao tráfico de estupefacientes.

Deste modo, veêm por inteiramente válido aquele meio de obtenção de prova, frisando, no entanto, que “ o nosso Código de Processo Penal assenta em concepções antiquadas, já definitivamente ultrapassadas à data da sua publicação, impregnadas do “ mito garantístico dos anos 60”, que conduziu a uma crescente ineficácia da justiça, deixando as sociedades dos países ocidentais indefesas perante o crime organizado e o aumento aterrador e violento da criminalidade”.

Os acórdãos dos tribunais nacionais que versam sobre a temática do agente infiltrado, apesar de escassos, vêm confirmar a autonomização, no plano materialmente - substantivo, desta figura: ou o agente da polícia age enquanto infiltrado e consubstancia actos típicos da co-autoria ou da cumplicidade, ou comporta-se como agente provocador agindo de forma idêntica à do instigador e autor mediato.

Neste sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), no Acórdão de 27.05.1997 ¹¹⁵, aderindo à tese de Costa Andrade, atrás exposta, considerou válida a prova obtida através de agente infiltrado “ sempre que este homem de confiança prossiga finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas, limitando-se a aproveitar-se de uma predisposição do arguido já anteriormente revelada”; pelo contrário, não será assim “ quando se trate de agente provocador”, cuja intervenção é decisiva para a formação do projecto criminoso do arguido.

Também o Acórdão do TRL de 12.07.2000 ¹¹⁶, acentua que, na investigação ao tráfico de droga, “ não é ilegal a prova obtida através de terceiros que, em colaboração e sob o controlo da autoridade judiciária, praticam alguns actos típicos do tráfico mas apenas com finalidades preventivas e sem que, de algum modo, estimulem ou motivem (caso dos agentes provocadores) o arguido à prática do crime, já antes decidida e em vias de execução”.

Nos acórdãos citados, para justificar a actuação do agente infiltrado, faz-se referência às finalidades preventivas da sua conduta e pressupõe-se que a sua

¹¹⁵ Disponível em www.dgsi.pt

¹¹⁶ Disponível em www.dgsi.pt

acção não pode determinar o arguido à prática do crime, mas antes aproveitar a sua predisposição para cometer o ilícito típico.

¹¹⁷Para além dos problemas já tratados é vulgarmente suscitada a questão da inconstitucionalidade das Acções Encobertas enquanto nova técnica de prevenção e investigação criminal.

Mais do que a apreciação da constitucionalidade do RJAE, ” lato sensu”, os recorrentes apelam vulgarmente à interpretação do sentido ou essência do artigo 126º CPP, quando conjugado com o artigo 32º/8 CRP.

O processo nº 508/99, do Tribunal Constitucional, traduz com evidência o estado de coisas que se invoca, retratando a luta ideológica assente na interpretação mais ou menos restritiva daquela norma do CPP.

Na verdade, depois de invocar (sem sucesso) no STJ a nulidade da prova obtida, com fundamento na utilização da provocação no decurso da investigação criminal encoberta, veio um recorrente suscitar no TC a “ inconstitucionalidade do art. 126º, nº 1, al, a) do CPP, quando feita uma interpretação restritiva da expressão “ meios enganoso”, dela se excluindo a provocação ao crime, por se infringir, com a sua aplicação, a regra garantística dos meios ilícitos inscrita no artigo 32º, nº 6 (actual nº 8) da CRP” ¹¹⁸.

Mais defende o recorrente que o acórdão do STJ, objecto do referido recurso, assumiu tal interpretação e aplicou a norma com o sentido descrito, validando a operação policial montada para (...) visionar a entrega do dinheiro e, consumada esta, lograr a detenção do arguido e a recuperação do mesmo dinheiro”

Ora, para melhor se compreender a questão aqui suscitada, importa ter presente que ela se reporta “ tão só ao facto de JM e JP (arguido) haverem combinado fazer a entrega do dinheiro (a quantia acordada para pôr em andamento o processo de reembolso do IVA) num jantar realizado no restaurante Fateixa. Combinada tal entrega, JM dirigiu-se á Polícia Judiciária onde denunciou o que se estava a passar. E a Polícia Judiciária montou nesse restaurante uma operação de visionamento e intercepção.

Com base na factualidade acima descrita decidiram unanimemente os juízes do TC, no Acórdão nº 76/2001, negar provimento ao recurso interposto, por considerarem que o aresto recorrido não aplicou o artigo 126º CPP com aquela interpretação supostamente inconstitucional.

De facto, pode acontecer como aconteceu, que a intervenção dos agentes policiais em determinada investigação não deva considerar-se feita nos moldes descritos para as Acções Encobertas, pelo que nem a infiltração, nem a provocação esgotam as técnicas ou modalidades de investigação ao serviço da PJ.

Assim, não esteve mal o STJ ao determinar que, in casu, “ não se verificou a existência de qualquer meio enganoso, (...) já que, no discurso do acórdão, os factos provados revelam que entre JM e o arguido já havia sido estabelecido o acordo quanto à quantia a pagar para pôr em andamento (aquele processo). Ora

¹¹⁷ SOLANGE FERNANDA MOREIRA JESUS, obra cit., pág 101

¹¹⁸ – cit. Ac.Tc nº 76/2001, Proc. Nº 508/99 in www.dgsi.pt

tal crime – artg 373º, nº1 CP – consuma-se com a aceitação da mera promessa dessa vantagem, como contrapartida do acto ou da omissão. E mais, mesmo com a sua intervenção, os agentes da polícia não induziram o arguido á aceitação da promessa nem ao recebimento do dinheiro. Limitaram-se a colocar-se em pontos estratégicos para observarem o comportamento do arguido em face da comunicação que JM lhes fizera (...). E assim, os agentes da polícia, nem como agentes infiltrados podem ser considerados. Quanto ao engano, se ele existe, consistiu tão só no desconhecimento de que a polícia já tinha a notícia do crime e adoptou um comportamento omissivo até ao arguido revelar a conduta concreta do recebimento da vantagem patrimonial. Mas isso sem qualquer interferência na sua liberdade de escolher, aceitar ou recusar tal vantagem.

Não há dúvida que o Tribunal de Recurso, na sua fundamentação, optou por uma exposição teórica sobre as noções de infiltração e provocação. Contudo, não quis com isso reconhecer a mesma essência a ambas as realidades, nem excluí-las da concepção de meios enganosos de prova, prevista no 126º do CPP.

Parece ter havido, a este propósito, alguma precipitação por parte do recorrente, talvez consequência de uma confusão interpretativa, o que motivou uma visão distorcida dos factos e estimulou o presente recurso com a fundamentação supra mencionada. Ora, se é dada como certa a consumação em momento prévio ao da intervenção dos agentes policiais, não podemos compreender como se invoca a provocação, que traduz, nada mais, do que a indução ao crime.

Nas palavras de SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES “ a provocação em matéria de proibição de prova só intervém se essas actuações visam incitar outra pessoa a cometer uma infracção que, sem essa conduta, não existiria” ¹¹⁹ – o que está provado não ter acontecido no caso em apreço.

Pelo que fica dito, importa reforçar que a interpretação restritiva do conceito meios enganosos de prova, proposta por COSTA ANDRADE, apenas exclui desse segmento o engano permitido e a astúcia socialmente tolerável, ¹²⁰ enquanto instrumentos que “ respeitam a liberdade de vontade e de decisão. Na verdade, desde que estes limites sejam respeitados não será abalado o equilíbrio e a equidade entre os direitos das pessoas, enquanto fontes ou detentoras de prova, e as exigências públicas do inquérito ou da investigação”. Já consideração diferente merece, o mecanismo da provocação, já que, com fundamento na tutela da Dignidade Humana, não podemos aceitar nunca como legítima a indução ao crime.

Assim, a supra mencionada expressão meios enganosos de prova há-de sempre abranger as situações de determinação da vontade e da criação de uma intenção de delinquir, sem que a afirmação de inexistência de qualquer meio de prova desta natureza, in casu, venha pôr em causa tal premissa.

Num outro caso, cumpriu aos Conselheiros do STL, apreciar desta vez, por Acórdão de 31.10.2002, Proc. Nº 02P2118, a colaboração de terceiros na

¹¹⁹ SIMAS SANTOS, LEAL HENRIQUES, “Código de Processo Penal Anotado...”, pág. 667 e 668

¹²⁰ COSTA ANDRADE, “ Sobre as proibições...”, obra cit., pág. 234

investigação criminal encoberta que esteve na origem de um conjunto de detenções por posse e tráfico de droga.

Na verdade, os vários recorrentes (MP e os arguido A e B), suscitaram, junto deste tribunal, a questão da nulidade, por ser “ nula a prova inicial obtida através de agente provocador, bem como a posteriormente adquirida para o processo” ¹²¹, por violação do artigo 126º, nº 2, al. a) do CPP.

A factualidade descrita nos autos, embora pouco evidente e precisa, mostra-nos uma colaboração em cadeia de terceiros, conotados com o crime, sendo esta a causa única das detenções conseguidas.

Na verdade, há que destacar dois momentos distintos na obtenção da prova: um momento inicial, que culminou na detenção do arguido A, consequência da colaboração espontânea de E, e um segundo momento, que culminou na detenção dos arguidos B, C e D, fruto da colaboração de E e A, este último entretanto detido e de algum modo compelido a cooperar, sob pena de fracasso da operação.

É fácil constatar, pela leitura dos relatos da operação, que a detenção de A representou, em toda a estratégia, um meio necessário à detenção dos verdadeiros traficantes de droga, B, C, D, fornecedores de grandes quantidades de produto estupefaciente naquela zona.

De acordo com a motivação dos recursos, o arguido A era um simples consumidor de drogas, que “ procurando ganhar a simpatia de E, tendo em vista vir a conquistá-la por uma relação amorosa, ainda que fugaz (...) aceitou satisfazer a encomenda, servindo-se, para isso, dos arguidos B, C e D já referidos como traficantes. Sem dúvida, nada prova nos autos que A comungava dessa condição, aliás essencial à evidência de pré-disposição ao crime invocada pelos Digníssimos Conselheiros do STJ. Nestes termos, parece evidente que o arguido A foi instigado ao crime pela “ colaboradora”. E, por quem nutria paixão, tendo a PSP aproveitado a fragilidade para surpreendê-lo na prática do crime de tráfico e posse ilegal de estupefacientes.

As várias instâncias que se pronunciaram sobre a questão defenderam sempre posição diferente, reiterando a legitimidade da intervenção encoberta realizada por um terceiro colaborador, até porque, segundo os conselheiros do SJ “ a colaboração espontânea, voluntária e desinteressada dos particulares com as autoridades policiais nem sempre se mostra susceptível de se enquadrar nas categorias de agente provocador ou agente infiltrado.”¹²²

Também o Acórdão do STJ de 29.11.2006 ¹²³ “decide declarar nulas todas as provas obtidas através do recurso a agente provocador, por considera-las inadmissíveis, por ter sido utilizado meio enganoso, proibido por lei, já que afecta a liberdade de vontade ou de decisão dos arguidos em causa.”

¹²¹Cit. Ac. STJ, de 30.10.2002, Proc. Nº 02P2118, in www.dgsi.pt

¹²² ibidem cit

¹²³ Disponível em www.dgsi.pt

Neste caso concreto, o Tribunal fez a apreciação dos factos, ocorridos em Dezembro de 1987, no âmbito do DL nº 430/83 (Lei da Droga) ¹²⁴. O referido diploma introduz na ordem jurídica portuguesa a figura do agente encoberto no âmbito da prevenção e repressão do consumo e tráfico ilícito de drogas.

De acordo com Costa Andrade, a admissibilidade prevista na lei deve ser interpretada sob a forma de agente encoberto, que é caracterizado pela sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa; ao invés, já é inadmissível a prova obtida através de agente provocador, aquele que, de alguma forma, precipita o crime, instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ilícitos.

Relativamente à alegada violação das normas do art. 32º, nº 8 CRP, é de salientar que o legislador constitucional estabeleceu, entre as várias garantias do processo penal, “ proibições de prova” que constituem concretizações processuais de direitos fundamentais, como o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da vida privada e familiar e o direito à liberdade consagrados no art. 25º, 26º, 27º da CRP. Esta norma é, ainda, expressão da dignidade da pessoa humana (art. 1º CRP) e funciona como garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais em face da investigação e perseguição penal. Assim, “ a protecção dos direitos fundamentais manifestada no regime das proibições de prova, não tutela apenas o seu titular mas a própria credibilidade, reputação e imagem do Estado de Direito” ¹²⁵.

Contudo, a consideração destas normas constitucionais não deve excluir o recurso ao “ agente encoberto”, desde que ele seja sempre concebido como meio necessário, adequado e proporcionado de impedir o cometimento de futuros crimes e atestar a salvaguarda de bens jurídicos (ao abrigo do art. 18º, nº 2 CRP).

Os meios enganosos enquanto meios proibidos de prova – pode ser contrariado na medida em que o legislador, ao fazer referência à proibição do uso de meios enganosos na obtenção de prova, pretendeu garantir a produção de prova em condições de liberdade de decisão, evitando o comprometimento da integridade moral do arguido. Assim, para que a actuação do agente infiltrado e ou até provocador, constitua um meio enganoso “ não basta, sem mais, a existência de erro criado pelo agente policial. É ainda necessário que entre o engano e a prática do crime ou da prova do crime se estabeleça um nexo de causalidade. É porque o provocado está enganado quanto á qualidade do agente policial (v.g. comprador de droga) que ele pratica o crime ou fornece informações e provas que vão incriminá-lo.

Todavia, será de excluir a existência desse nexo de causalidade quando o sujeito já tinha intenção de praticar o crime, na medida em que ele sempre viria a praticar o facto.

¹²⁴ Dispunha o seu art. 52º: “Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas.”¹²⁴

¹²⁵ cit MARIA DE FATIMA MOUROS (2007) in:

www.inverbis.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&d=47

No que respeita à violação do princípio da igualdade é evidente que esta técnica de investigação representa sempre o emprego de alguma deslealdade, podendo até dizer-se imoral e desonesto o procedimento das instâncias da justiça criminal que lançam mão deste método oculto de investigação, capaz de pôr em causa a dignidade, a cultura jurídica e a legitimação do processo penal.

Neste sentido se compreende que a prova obtida através do recurso ao “agente provocador” seja inadmissível, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou ao crime. Nas palavras de Costa Andrade, seria imoral um Estado que com uma mão favorece o crime, querer puni-lo com a outra.

Entende-se, todavia, que face a um certo tipo de criminalidade grave, como o terrorismo, o tráfico de droga e a criminalidade violenta ou organizada, não se pode renunciar ao serviço dos “agentes infiltrados”, admitindo-se até alguma excepcionalidade no modo de obter provas.

Contudo, a utilização de meios encobertos de investigação tem de fazer-se sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia de Estado de Direito Democrático. A necessidade de obter uma resposta eficaz às manifestações mais ameaçadoras da criminalidade não pode legitimar comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas, sob pena de a deslealdade atingir um tal grau de insuportabilidade que violará a integridade moral do sujeito.

O que está em causa é estabelecer a barreira (ténue) entre a actuação de “agente infiltrado” – que deve ser legalmente admitida à luz das finalidades da descoberta da verdade material e realização da justiça – e a actuação do “agente provocador”, que contende com os direitos fundamentais do indivíduo constitucionalmente consagrados.

3.6 – O papel do M.P e do JIC

¹²⁶“Um dos elementos de surpresa no Regime das Acções Encobertas, foi o controlo jurisdicional, a par das finalidades preventivas e do novo catálogo de crimes que foi alargado. De facto o RJA E veio colmatar o vazio legislativo nesta matéria, assumindo o controlo externo como garantia dos Direitos Fundamentais do arguido ou suspeito, posto em causa por aquelas acções.

Aliás, já o Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias se manifestou neste sentido, salvaguardando em nome dos princípios da necessidade e da proporcionalidade impostos por lei, a exigência de uma “ supervisão jurisdicional das actuações encobertas, que se traduz quer na necessidade de uma autorização previa de magistrado, quer no controlo jurisdicional à posteriori desse mesma actuação e da prova obtida” ¹²⁷.

Percebe-se que o controlo jurisdicional se verifica em dois momentos diferentes do processo de realização das Acções Encobertas: inicialmente, aquando da sua admissão como meio legítimo para a investigação do caso concreto , e num momento final, quando transmitidos ou informados os resultados da investigação criminal empreendida.

Pela análise dos nºs 3, 4 e 5 do artigo 3º da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, percebemos que a admissibilidade das Acções Encobertas, no caso concreto, está dependente de uma apreciação valorativa da sua oportunidade pelo JIC, autónoma relativamente à iniciativa do M.P.

Efectivamente, o Ministério Público, enquanto entidade responsável pela direcção do inquérito, reúne as melhores condições para uma apreciação rigorosa das necessidades do caso concreto, atendendo à especificidade do crime e às circunstâncias da sua comissão, compreendendo-se, por isso, que a autorização das Acções Encobertas (no âmbito do inquérito) esteja dependente da sua iniciativa.

Também do contexto da prevenção criminal estrito senso se exige proposta do M.P, dirigida ao Juiz de Instrução Criminal, por ser da sua responsabilidade a direcção da investigação criminal, nos termos do 2º, nº 1 da Lei nº 21/2000, de 10 de Agosto.

De todo o modo, e independentemente do papel do M.P. nesta matéria, a decisão última sobre a oportunidade das Acções Encobertas (ou seja, a autorização legalmente exigida, prévia à sua execução é da inteira responsabilidade do Juiz de Instrução Criminal, nos termos da lei especial que ora analisamos e da lei do processo, por via do artigo 268º, nº 1 CPP, que refere incumbir ao JIC, a prática de actos susceptíveis de violarem ou restringirem DLG dos cidadãos, nos casos aí referenciados, ou nos restantes taxativamente previstos na lei.

¹²⁶ Neste particular seguiremos em especial Solange Jesus, que teve o mérito na sua tese de dissertação, ter abordado de forma clara e autónoma este ponto.

¹²⁷ Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, in GONÇAVES, ALVES, VALENTE, “ O novo regime jurídico...”, obra cit., pág. 20

Certos da natureza excepcional das Acções Encobertas enquanto técnica de investigação criminal, é legítimo perguntar pelos critérios que orientam o JIC na sua valoração e consequente decisão. Se é verdade que a admissibilidade deste mecanismo não se determina automaticamente, por referência a requisitos específicos, de verificação imediata, é igualmente certo que a oportunidade então em causa não pode resultar de uma apreciação eminentemente subjectiva, sob pena de se pôr em causa a certeza e a segurança jurídicas.

Importa pois, lembrar aqui o Princípio da Proporcionalidade, em toda a sua extensão, cabendo ao JIC, na sua tarefa valorativa, verificar a incidência dos princípios da Necessidade, Adequação e Proporcionalidade em sentido estrito.

Ou seja, se a simples autorização do M.P mostrou-se insuficiente para a tutela dos Direitos Fundamentais dos cidadãos, impondo um controlo judicial autónomo e independente, mais inaceitável seria admitir-se o recurso àquele meio de investigação excepcional, por livre opção dos agentes de investigação criminal.

Aliás, mesmo se no momento da sua validação, a posteriori, se verificasse estarem ausentes os requisitos previstos no nº 1 do RJA, essenciais à legitimação da técnica de investigação em causa, a única solução viável à resolução do problema seria a declaração da nulidade da prova, sendo certo, contudo, que tal não evitaria já, a violação já consolidada, da esfera da privacidade dos arguidos ou suspeitos.

Depois do que fica dito, importa em breves palavras, considerar o segundo momento de controlo jurisdicional, efectuado, a posteriori, após a realização da acção encoberta.

Nos termos da lei, “ a Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do agente encoberto á autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após (...) o seu término, sendo excepcional a ordem de junção daquele relatório ao processo, o que acontecerá (apenas) quando “ se reporte absolutamente indispensável em termos probatórios”

Em circunstâncias normais, apenas o MP (enquanto autoridade competente para a direcção da investigação) terá acesso a toda a informação inerente à realização das Acções Encobertas, excluindo-se deste processo de conhecimento o juiz que as autorizou.

É fácil aceitar que aquela informação releve fundamentalmente para o magistrado do Ministério Público que dirija a investigação, pelas funções que desempenha. Mesmo assim, nada parece justificar a falta de continuidade no processo de controlo por parte da entidade que, tão legitimamente, autorizou a acção.

Segundo o ponto de vista de Maria de Fátima Mouros, juiz de instrução criminal, é necessário distinguir “ as acções preventivas, que correm necessariamente no TCIC, das acções encobertas que correm no decurso de inquéritos já instaurados nas várias comarcas do país”

No primeiro dos casos, e após autorização devida pelo JIC, o processo de investigação está, por direito, nas mãos do MP., entidade competente para a investigação e prevenção penal, aí permanecendo, sem necessidade de interligação ou comunicação com aquele;

Já no segundo caso, aquela autorização prévia é normalmente promovida por um juiz de direito da comarca onde decorre o inquérito (por apenas existirem quatro TIC's no território nacional), sendo certo que dificilmente, ou apenas por mera coincidência, será esse o juiz do julgamento do processo em causa).

Dever-se-á aqui fazer um parêntesis por causa das Comarcas Piloto do mapa judiciário, onde se prevê a existência de pelo menos 2 Juízos de Instrução Criminal por Comarca.)

Chegados à fase de julgamento constata-se serem poucas as ocasiões em que o juiz da causa tem noção da proveniência da prova em discussão, desconhecendo que resultou de uma Acção Encoberta realizada por Agentes Infiltrados da PJ ou por terceiros ao seu serviço.

Assim, sendo, excluídos os poucos casos em que o juiz de instrução criminal suspeita que algo não esteve bem e manda juntar a informação (relativa ao exercício das Acções Encobertas” ao processo, e aqueles em que a fundamentação da acusação ou da pronúncia invoca concretos depoimentos ou relatos dos infiltrados, o controlo judicial esvai-se)” .

O carácter duvidoso deste processo de controlo vem suscitando diversas críticas contra o funcionamento do sistema e as opções do legislador. Se é certo estar em causa um mecanismo susceptível de invadir a esfera da privacidade do suspeito ou arguido, evitando-se, com esta política, a proliferação de informações de carácter pessoal, não é menos verdade que com ela se torna difícil, senão impossível, nestes termos, garantir a idoneidade do processo de realização das Acções Encobertas. É importante recordar que o círculo de conhecimentos seria apenas alargado aos intervenientes no processo, sujeitos ao sigilo profissional, segundo as regras da Deontologia, e que o reconhecimento da actuação do agente de investigação criminal como provocador, verdadeiro instigador do crime, resultaria na nulidade da prova obtida.

PARTE IV

4

4-1 – O “modus operandi” e o seu contributo para a investigação criminal.

Antes de abordarmos concretamente as modalidades de operações encobertas, convém ainda, traçar mais algumas linhas sobre o processo da provocação.

¹²⁸ Assim, em todo o processo de provocação, o processo ardiloso assume um papel fundamental por nele se encontrar um conjunto de elementos que acabam, eles mesmos, por ser fundamentais para a caracterização da provocação enquanto método proibido de obtenção de prova como meio enganoso.

São estes, os elementos objectivos e os elementos subjectivos.

Os elementos objectivos, são: “a prática de actos materiais susceptíveis de iludir o provocado, e por isso, de provocar o erro/engano; e a causalidade entre os actos praticados e o erro do provocado.

Os elementos subjectivos serão: o dolo, ou seja o conhecimento e a vontade do provocador para, a partir desses mesmos actos, induzir em erro o provocado; e uma finalidade própria que consistirá em conseguir provas processuais contra o mesmo provocado.”

Teremos assim, um elemento subjectivo geral e um elemento subjectivo específico.

- a) os elementos objectivos relacionam-se, com a prática de actos necessários para provocar o erro.

Estando perante um atentado contra a liberdade de um indivíduo, da sua dignidade e mesmo direito de defesa, justifica-se que a provocação não deva estar sujeita a qualquer atenuação especial, antes se deve ter como actuação objectivamente provocatória, toda a prática de actos capazes de induzir em erro um terceiro.

Como refere Alves Meireis, “a provocação não estará, assim, sujeita a qualquer forma vinculada de actuação; o provocador não terá que praticar certos e determinados actos; pelo contrário, qualquer actuação objectivamente capaz de induzir em erro uma pessoa será tida como conduta provocatória.

Neste sentido, a provocação será uma conduta de forma livre – parte do artigo 253º, nº 1 C.C, diz-nos que a provocação poderá envolver « qualquer sugestão ou artifício que alguém emprega com a intenção (...) de induzir (...) em erro o autor da declaração ou acção».

Estes actos deverão estar unidos entre si, como fazendo parte de um todo, estruturados por uma vontade íntima e nessa medida postos em prática. Forma-se assim, um processo ardiloso, uma « mise-en-scène » que só encontra paralelo, na nossa legislação penal, ao nível do crime de burla.

Nestes termos poderemos dizer que o agente provocador é aquele que, « por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determina

¹²⁸ ALVES MEIREIS, obra cit., pág. 210-212

outrem á prática de actos» (art. 217º do C.P) com a intenção de reunir as provas necessárias para prosseguir criminalmente contra ele.”

Assim, no que respeita ao processo ardiloso, exige-se “ que o erro ou o engano tenham sido provocados astuciosamente (...) pelo agente provocador; isto é, usando de um meio engenhoso para enganar ou induzir em erro. ¹²⁹

Da mesma forma exige o Acórdão da Relação de Coimbra, para o crime de burla, que o agente tenha a intenção de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo e que, com tal objectivo, astuciosamente, induza em erro ou engano o ofendido sobre factos, assim determinando o mesmo ofendido á prática de actos que causem a este, ou a outra pessoa, prejuízos patrimoniais.

São precisamente as formas mais subtis de engano as que, por serem mais elaboradas, mais podem comprometer a liberdade de declaração que se quer preservar.

Continuando na senda de Alves Meireis, referir que o outro elemento objectivo consiste na causalidade entre os actos praticados pelo provocador e o erro em que labora o provocado. Quer isto dizer que o erro não pode ser espontâneo, na terminologia apresentada terá que haver um engano, nem accidental. O erro deve ser o resultado do desenvolvimento normal do plano urdido.

Assim, serão apenas relevantes para efeitos de provocação, aqueles erros causados pela actuação do agente provocador. Entenda-se por actuação do agente provocador, o desenvolvimento e colocação em prática do processo ardiloso.

Não será por isso relevante, para efeitos de provocação, o erro do traficante de estupefacientes que pensa dirigir-se a um hipotético consumidor, mas na verdade, se dirige a um elemento da Polícia Judiciária, por exemplo.

Assim, como não será relevante o erro do provocado que não tendo heroína para transaccionar, pretende vender ao agente provocador objectos furtados que lhe haviam sido entregues em troca de estupefacientes.

- b) ¹³⁰“Quanto aos elementos subjectivos, exige-se do agente provocador, em primeiro lugar a consciência e a vontade de, através do processo ardiloso que concebeu, induzir em erro o provocado. ¹³¹

Exige-se assim que ele conheça e controle o processo penal pelo qual conseguirá o erro e actue com vontade de que o erro se venha a verificar.

Não poderá por isso relevar para efeitos de provocação o caso em que o agente, trajando à civil, pergunta a determinada pessoa se conhece Y, famigerado

¹²⁹ – V., a propósito do crime de burla no CP de 1982, Maia Gonçalves, Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra, 1988, pág. 600 in ALVES MEIREIS, “ O regime das provas...”, obra cit., pág. 211

¹³⁰ Acórdão da Relação de Coimbra de 1 de Junho de 1983, citado por Maia Gonçalves, idibem cit., supra. Neste sentido cfr. ainda: Acórdão da Relação de Coimbra, de 1 de Junho de 1983, Colectânea de Jurisprudência VIII, 3, pág. 97; Acórdão da Relação de Lisboa, de 14 de Dezembro de 1983, BMJ, 339, pág. 455

¹³¹ Não é de excluir qualquer categoria de dolo: directo, necessário ou eventual

traficante de «milieu», só porque pretende dele algumas informações sobre o tráfico no local (v.g.: Y é informador da polícia).

Acontece que a pessoa interpelada, pensando que o agente procura Y para comprar estupefacientes, e como ele mesmo é traficante-consumidor, prontifica-se a oferecer ao agente a possibilidade de comercializar determinado estupefaciente.

Quanto ao elemento subjectivo específico, pretende-se com ele, uma vinculação do agente provocador a um fim: conseguir provas para prosseguir criminalmente contra o provocado. O elemento subjectivo específico diz respeito a um estado anímico que, indo para além do dolo enquanto elemento subjectivo geral, se traduz numa intenção específica do agente; num determinado «indirizzo» da vontade. Não é um elemento subjectivo geral pois não se encontra previsto de forma genérica, para todos os crimes, antes é visível apenas em determinados tipos legais em que o legislador entendeu fazer relevar uma vontade específica do agente para efeitos da sua incriminação (art. 132º, nº 2, al.c); art. 203º, nº 1; art. 210º, nº 1; art. 217º, etc, todos do CP.¹³²

Também na figura da provocação o agente deve ter uma intenção específica: conseguir as provas necessárias para a incriminação do provocado. É nisto que deve consistir aquele «plus» que se acrescentou ao dolo enquanto elemento subjectivo geral.

Nestes termos não haverá provocação se o agente da autoridade sem revelar a sua qualidade pede a um traficante que lhe venda heroína, ao que este acede, só não se tendo feito o negócio porque o agente pretende, desta forma, prender a si o traficante como seu informador.

Neste caso, a intenção não era reunir as provas para prosseguir criminalmente contra o provocado pelo que não há aqui lugar á provocação.

Tal como nos crimes, também aqui a ausência do elemento subjectivo específico afasta a figura em causa.

¹³² ALVES MEIREIS, obra cit., pág. 212-213

4.2 – Modalidades de operações encobertas ¹³³

O recurso ao agente infiltrado, quer no âmbito da prevenção quer no da repressão criminal, é uma prática corrente na maioria dos países mas é sobretudo nos Estados Unidos que esta figura atinge maior dimensão como técnica de investigação.

“De acordo com representantes da DEA – Drug Enforcement Agency presentes no Congresso para Harmonização de Leis de Luta contra a Narcocriminalidade, realizado em Buenos Aires em 1993, a utilização de agentes infiltrados “é a técnica mais utilizada pela DEA e outros organismos policiais nos Estados Unidos. Sem ela, seria impossível penetrar e conduzir investigações contra as mais sofisticadas organizações de tráfico de droga e lavagem de dinheiro no mundo.”¹³⁴

Espinazo Garcia sustenta que o agente infiltrado constitui “ uma parte essencial e integral de qualquer investigação sobre estupefacientes dado que a sua informação valiosa dificilmente poderia obter-se de outra forma” ¹³⁵

O tema chega a ser alvo de um relatório do Comité Internacional da Cruz Vermelha sobre a “ responsabilidades básicas na aplicação da lei”, que define o termo “ infiltração” como sendo « a prática através da qual um funcionário encarregado de fazer cumprir a lei ou um confidente se introduz numa organização criminal para recolher informações que de outro modo não podiam ser obtidas».

Para esta organização, a prática de infiltração “ há-de estar prevista na lei e ser absolutamente necessária para a aplicação lícita da lei”. Contudo, alerta para o facto de, ainda que aqueles dois pressupostos se verifiquem, persistem vários riscos, entre os quais o de “ a infiltração poder ser muito perigosa para a a pessoa infiltrada”

O documento considera ser “evidente que ambas as práticas (infiltração ou recurso a um confidente) devem ser estritamente supervisionadas por um membro competente do corpo judicial e, para garantir o direito a um juízo justo, a sua utilização deve depender de uma autorização prévia.” ¹³⁶

¹³³ Neste capítulo seguiremos no essencial os ensinamentos de Isabel Oneto, que teve o mérito na sua tese de mestrado, obra já por diversas vezes referenciada e citada, de fazer uma verdadeira investigação congregadora do *modus operandi* do agente infiltrado. Obra cit., pág. 51 - 61

¹³⁴ CARLOS ENRIQUE EDWARDS, “El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada, Editora Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996 in tese de dissertação de mestrado de Isabel Oneto, obra cit., pág. 51

¹³⁵ Juan Espinazo Garcia, “ La Droga – Problemas de Vigência Universal – Perspectiva Policial”, Madrid, 1993, pág. 60, in tese de dissertação de mestrado de Isabel Oneto, obra cit., pág. 51

¹³⁶ Acessível no endereço electrónico www.ircr.org/spa - No relatório lê-se também que, “ dado que a protecção da identidade daquela pessoa é um objectivo em todas as fases do processo penal, tal objectivo pode entrar em conflito com o princípio do julgamento justo, e particularmente com a disposição que diz que o suspeito ou o acusado tem direito a interrogar ou a fazer interrogar os testemunhos de cargo. Nas

No caso particular dos confidentes, que podem implicar o desembolso de dinheiro como pagamento pela informação obtida, o Comité Internacional da Cruz Vermelha faz diversas recomendações, alertando os agentes policiais para os riscos potenciais resultantes da sua utilização. O documento refere que “ o confidente, atraído pela perspectiva do pagamento pode, incitar outros a cometerem crimes, denunciando-os posteriormente ao agente com quem mantém contactos, ou aproveitar-se da relação com o funcionário a quem dá as informações para delinquir e impedir a detecção do crime” ¹³⁷

Vanessa Dias Ferreira, publicou um artigo na revista *Police Science Abstracts* sobre operações encobertas, descrevendo as diversas modalidades que podem assumir as operações encobertas, tendo por base relatos directos dos agentes policiais que se infiltraram em grupos criminosos e ainda no testemunho de alguns dos seus supervisores. ¹³⁸

Uma das conclusões deste estudo é que o agente infiltrado, durante o seu trabalho, depara-se frequentemente com uma “ situação ambígua”, uma vez que tem de se inserir num meio criminoso “ sem poder adoptar o comportamento delituoso dos seus actores. Aliás, assinala que tal situação nem sempre é realizável, pois é precisamente com a prática de alguns delitos que o agente infiltrado ganha a confiança dos restantes membros do grupo. ¹³⁹

Por outro lado, salienta que a “ ausência de uma regulamentação restrita” da acção do agente infiltrado constitui uma característica deste tipo de actividade e que tem como consequência colocar os agentes “ numa situação de incerteza quanto à admissibilidade das suas condutas” ¹⁴⁰

Com base nos dados recolhidos, Vanessa Dias Ferreira, classifica as operações encobertas em função do grau de envolvimento do agente no meio criminoso e da duração da operação.

Nesta medida, divide as operações em duas espécies: as “ light cover” e as “ deep cover”.

As primeiras caracterizam-se pelo facto de não durarem mais de seis meses, exigirem um menor grau de planeamento, de supervisão e de experiência por parte do agente, que mantém a sua identidade e o seu lugar na estrutura policial. Estas operações implicam um menor risco para o agente e têm um objectivo preciso, que pode consistir numa transacção ou tão só um encontro para recolha de informações. ¹⁴¹

situações que, por razões de segurança, não se revele a identidade do agente infiltrado (ou dos agentes infiltrados), tal direito pode ser gravemente lesado”, in tese de dissertação de mestrado de Isabel Oneto, obra cit., pág. 51

¹³⁷ Acessível no endereço electrónico www.ircr.org/spa

¹³⁸ – VANESSA DIAS FERREIRA, “ Problèmes poses par la mise en ovre des opérations undercover dans les domaine de la lutte contre le trafic de stupéfiants, *Révue de droit Penal et de Criminologie*, a.76, pp 557-588

¹³⁹ VANESSA DIAS FERREIRA, cit., idem

¹⁴⁰ Idem

¹⁴¹ Ibidem

Uma característica destas “light cover” – com importantes consequências – é a não exigência de permanência contínua no meio criminoso, o que permite ao agente manter a sua identidade e as suas funções no departamento da polícia.

As operações que se inscrevem na categoria “ deep cover” têm uma duração superior a seis meses e nelas “ os agentes são totalmente imersos no meio criminoso”¹⁴²

“O agente policial assume uma identidade falsa e os contactos com o seu anterior meio social e familiar passam a ser irregulares ou pouco frequentes, chegando mesmo a suspenderem-se totalmente.

Estas operações são as mais perigosas para o agente e “ colocam problemas logísticos, éticos e humanos”.

As operações “light cover” podem assumir seis modalidades: a decoy operation (operação - armadilha ou, como também é conhecida na língua francesa, operation leurre), a pseudo-achat (pseudo-compra), a pseudo-vente (pseudo-venda), o flash-roll, a livraison surveillée e a livraison contrôlée.

Por seu turno, as “ deep cover” sub-dividem-se em “sting operations, honey-pot operation, buy-bust operation e uma quarta, de carácter mais genérico, que consiste na infiltração de réseaux ou de groupes”¹⁴³

“Na primeira operação – a decoy operation - , o agente faz o papel de vítima potencial: um vagabundo, um comerciante, um bêbado, ou um motorista de táxi, entre outros papéis. A sua missão consiste em colocar-se em locais conhecidos pela sua actividade criminosa, esperando ser atacado por um delinquente, altura em que os outros agentes policiais, intervêm detendo o agressor. O recurso à decoy operation tanto pode ter objectivo uma comunidade específica como um determinado suspeito.

O pseudo-achat e a pseudo-vente, apenas se distinguem consoante o lado passivo ou activo em que o agente policial se coloca. No primeiro caso, apresenta-se como potencial comprador de produtos de transacção ilícita, no segundo surge como um ladrão propondo a venda de bens furtados ou que são também de venda ilícita.

O flash-roll é uma variante do pseudo achat, em que o agente exhibe quantias de dinheiro aos potenciais vendedores de mercadoria proibida ou de origem ilícita, com o objectivo de “ fechar um negócio”.

A livraison surveillée (entrega vigiada) consiste “num procedimento de espionagem, que pode desembocar numa operação de pseudo-achat ou num flash-roll.

Trata-se de vigiar a passagem no território de mercadoria proibida ou de origem ilícita, retardando-se a interpeção dos intermediários a fim de deter os

¹⁴² Ibidem

¹⁴³ Ibidem cit., pág. 560.

responsáveis pelo tráfico. Na livraison contrôlée, são os próprios agentes policiais que transportam a mercadoria, encarregando-se da entrega.¹⁴⁴

Nas operações “ deep cover”, o agente policial adota uma identidade falsa, de acordo com o meio em que se pretende inserir, nomeadamente rede de tráfico de estupefacientes ou detecção de corrupção num determinado departamento estatal ou numa empresa.

“Na sting operation, o agente policial, sob falsa identidade, constitui uma empresa ou toma de arrendamento um estabelecimento comercial e faz constar entre os seus clientes, que compra mercadoria de origem ilícita ou roubada, nomeadamente jóias, armas, viaturas ou cartões de crédito. No âmbito desta operação, desenvolve-se a técnica de scouting, que consiste em agentes policiais fazerem-se passar por ladrões e, nos meios frequentados por ladrões e receptadores, anunciam a existência do estabelecimento e dele fazem parte, de modo a que os suspeitos lhe comprem ou vendam mercadoria roubada.”¹⁴⁵

A operação honey-pot não difere muito da anterior. Neste caso, os agentes abrem um bar ou um outro comércio com o objectivo de o transformar no centro dos gangsters e de organizações criminosas.

A buy-bust operation é mais uma técnica de infiltração do que propriamente uma modalidade de deep cover.

O agente policial vai adquirindo pequenas quantidades de estupefacientes, sem que o seu fornecedor seja detido.

Deste modo, efectua a sua inserção no meio criminoso, ao mesmo tempo que ganha a confiança dos suspeitos e vai obtendo informações sobre o tráfico de drogas.

A partir do momento em que a sua actividade ilícita está definitivamente reconhecida no meio, o agente policial procura comprar uma quantidade considerável de estupefacientes, sendo esta operação detalhadamente planeada pela entidade policial com o objectivo de prender os fornecedores.

Esta modalidade de “ deep cover” pode também consistir num sell-bust, que se traduz na operação inversa, ou seja, os alvos são compradores de quantidades significativas de droga.

Finalmente, a infiltration de réseaux ou de groupes, caracterizada como sendo uma operação de infiltração mais ou menos longa do agente policial num determinado meio criminoso tendo por objectivo recolher informações e provas sobre a preparação de um crime ou da sua consumação.

¹⁴⁴ Na sequência da subscrição do Acordo Schengen, Portugal introduziu o artigo 61º no decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 81/95, de 22 de Abril e pela Lei nº 45/96, de 3 de Setembro. O nº 4 deste artigo, ao admitir que “ Por acordo com o país destino, as substâncias em trânsito podem ser substituídas parcialmente por outras inócuas, de tal se lavrando o respectivo auto, admite a intervenção do agente infiltrado nestas operações, o que, em termos de operação policial, vai além da vigilância do trânsito da mercadoria, implicando uma operação de infiltração na rede criminosa que permita a troca parcial de mercadoria por substâncias inócuas.

¹⁴⁵ VANESSA DIAS FERREIRA, cit., idem

Os agentes adoptam uma identidade falsa e o papel que desempenham depende igualmente do meio criminoso em que se inserem (tráfico de droga, de armas, corrupção ou outros crimes).

4.3 – O processo de selecção dos agentes

Esta é uma tarefa árdua e difícil.

Um processo rigoroso de selecção, formação e supervisão de potenciais agentes infiltrados, é “ uma primeira garantia” contra o eventual fracasso das suas operações.¹⁴⁶

Segundo Vanessa Dias Ferreira, no FBI e nas polícias locais americanas¹⁴⁷, existem dois níveis de selecção. No primeiro de carácter geral, exige-se que o agente seja voluntário, que preste juramento (o que não acontece com o informador), que tenha resistência física e resistência psicológica face a situações que provocam grande tensão, espontaneidade e capacidade de improvisar face a situações inesperadas, capacidade de manipulação e de representação, estabilidade familiar e motivação para o exercício daquela função.¹⁴⁸

O segundo nível de selecção prende-se com os requisitos exigidos para determinadas operações em concreto, nomeadamente, natureza do disfarce, tempo da operação e meio criminoso em que o agente terá de infiltrar-se.

O curso compreende uma parte teórica, que envolve o estudo do direito penal, direito processual penal e criminalística, e uma parte prática, mais intensa, que prepara o agente para se adaptar à sua cobertura, aos riscos e exigências do trabalho com informadores, preparação física (curso de defesa pessoal) e mental, curso de tiro, técnicas electrónicas de vigilância, problemas a enfrentar no trabalho infiltrado e representação.

Os candidatos são também treinados para entrarem em vários meio-ambiente, quer ao nível de hábitos, linguagem, esquemas de transacção de produtos de venda ilícita, entre outros aspectos da comunidade em que serão infiltrados.¹⁴⁹

A preparação da operação passa também por um cuidado na escolha da profissão fictícia, da cidade onde o agente vai trabalhar e do tipo de vestuários adequados.

Espinazo Garcia refere que nestes preparativos, as etiquetas das peças de vestuário chegam a ser trocadas, de modo a que coincidam com as lojas existentes na zona onde o agente vai residir e desenvolver a sua actividade.¹⁵⁰

¹⁴⁶ VANESSA DIAS FERREIRA, obra cit., pág. 562 in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “ O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 55

¹⁴⁷ Vanessa Dias Ferreira, refere que o FBI dispõe do seu próprio sistema de formação, o que não acontece com as polícias locais, que enfrentam maiores dificuldades financeiras para suportar os encargos inerentes à manutenção de uma estrutura permanente. Segundo refere no estudo citado, o FBI presta formação a alguns departamentos policiais, assim como existem escolas de polícia que facultam a formação a várias estruturas policiais

¹⁴⁸ VANESSA DIAS FERREIRA, obra cit., pág. 562, nota 11 in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “ O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 55

¹⁴⁹ VANESSA DIAS FERREIRA, obra cit., pág. 564 in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “ O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 56

¹⁵⁰ JUAN ESPINAZO GARCIA, “ Problemas...” obra cit., pág. 63

Por outro lado, é também crucial a sua forma de contacto com as equipas de vigilância que seguem o suspeito.

Espinazo Garcia refere que antecipadamente todos estes elementos devem combinar as “senhas”, nomeadamente através da forma de fumar, mensagens cifradas em papel higiénico para serem recolhidas imediatamente após o agente as ter redigido.¹⁵¹

O agente deve partir para a operação com as regras da sua actuação estabelecidas como, por exemplo, saber se pode ou não comprar estupefacientes e até que valor ou quantidade, se se identifica ou não quando a sua equipa proceder a detenções, se pode ou não andar armado.

A própria natureza da operação impede uma supervisão directa do trabalho do agente. Os relatos de supervisores referem que eles estão sempre ao corrente das actividades dos seus agentes, apesar de essa vigilância abrandar à medida que os infiltrados vão ganhando terreno e adquirem mais experiência.

Este comportamento, segundo referem, justifica-se pela confiança que vão ganhando no agente e, ao mesmo tempo, permite-lhes garantir maior protecção da identidade do agente que se infiltra.

Vanessa Dias Ferreira cita vários autores que constataram que a falta de supervisão e de linhas de orientação no seio das unidades de polícia tem por consequência que “ os agentes infiltrados inventam os seus próprios métodos de trabalho, a fim de conseguirem alcançar os objectivos fixados pelo departamento.”¹⁵²

¹⁵¹ Cit., *idem*.

¹⁵² Cit., *ibidem*

4.4 – A identidade fictícia

Refere-nos Solange Jesus, na sua tese de mestrado já por diversas vezes referenciada e citada que é fácil perceber, pelo conteúdo da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, que a questão da segurança dos intervenientes nas Acções Encobertas se afirmou como um domínio sensível ¹⁵³, merecedor de uma grande cautela por parte do legislador.

Aliás, já em sede de discussão parlamentar, o actual problema se impôs como tema central, contribuindo para o tratamento e consideração de pontos de extrema importância que, de outro modo, poderiam ter sido esquecidos.

Antes de mais, importa ter presente, sob pena de incompreensão do conjunto de estratégias criadas pelo legislador, que as investigações encobertas estão necessariamente envoltas num clima de risco e de intimidações de conteúdo, extensão e natureza desconhecidos e imprevisíveis.

Na verdade, a sua condição de infiltrados implica a inclusão dos agentes no contexto criminoso objecto da própria investigação em curso.

Ora, “ por actuarem junto dos criminosos e estarem sujeitos a eventuais represálias, estão envoltos num risco extraordinário,” ¹⁵⁴ que vem justificando o regime de protecção material e formal que ora consideramos.

Como evidência do seu entendimento nesta matéria, o legislador português optou por consagrar, logo no nº 2 do art. 3º do RJAE, o Princípio da Liberdade, admitindo que qualquer indivíduo, sem motivação, se recuse a intervir numa acção encoberta. ¹⁵⁵

Se quanto ao comum civil nada impressiona nesta opção, tratando-se de um agente de investigação criminal o caso assume contornos distintos, já que, no entendimento de alguns autores, sobre eles recai um dever de agir inquestionável, baseado no compromisso assumido na escolha daquela profissão.

Acreditam tratar-se, para eles, de um risco inerente, previsível e, portanto, exigível em qualquer circunstância.

Contudo, a letra da lei e o espírito do Sistema Jurídico vêm fundamentando posição contrária: ao dizer que “ ninguém pode ser obrigado a participar em Acção Encoberta”, o legislador pretendeu abranger todos os que se encontrem na susceptibilidade de o fazer, sem qualquer distinção de condição ou qualidade.

“ São, portanto aquelas, circunstâncias de risco anormal que justificam que não se possa impor ao agente que a elas se submeta, pois, como a experiência nos

¹⁵³ Vejamos a esse propósito a Exposição de Motivos da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, in GONÇALVES/ALVES/VALENTE, “ O novo regime jurídico...” obra cit., pág. 16

¹⁵⁴ António Costa, Ministro da Justiça, na discussão parlamentar da Proposta de Lei nº 79/VIII, in GONÇALVES/ALVES/VALENTE, “ O novo regime jurídico...” obra cit., pág. 16

¹⁵⁵ Seja ele um agente de investigação criminal ou um terceiro colaborador da justiça

revelou, é a grande determinação e a grande coragem dos agentes (...) no desempenho das suas missões, muitos com sacrifício da sua própria vida”¹⁵⁶ – e não a obrigação ou o compromisso – que vêm garantindo o êxito das operações.

Assim, aceitam-se o receio e a falta de coragem como condicionantes típicas da própria condição humana.

O artigo 5º da Lei nº 101/2001 veio consagrar um regime especial de identidade fictícia¹⁵⁷ a beneficiar pelo infiltrado, quer no exercício da concreta investigação, quer genericamente, em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social.

Procura-se com isto, salvaguardar a pessoa e a vida do agente, evitando a sua perturbação pelos criminosos com quem se relaciona ou relacionou. Na verdade, o sistema assim construído garante um menor perigo no caso de reencontro entre o infiltrado e os agentes do crime (fora do contexto da investigação) por desconhecimento da sua condição efectiva.

Trata-se de uma tutela alargada às circunstâncias e tarefas normais da vida do agente, o que bem se compreende em nome de uma maior eficácia das finalidades pré-definidas.

É na forma de retratação das Acções Encobertas em juízo que o presente regime de tutela assume contornos mais complexos, confirmando a estratégia anunciada.

Seguindo um raciocínio lógico-dedutivo, começamos por explicar que se impõe como regra, sob pena de violação da privacidade e da esfera de intimidade do arguido e, sobretudo, como salvaguarda da integridade do agente de investigação, a não junção aos autos dos relatórios das Acções Encobertas¹⁵⁸, realizados pela PJ e entregues à autoridade judiciária competente, apenas se ordenando a sua inclusão no “ processo a título excepcional quando tal se reputar absolutamente indispensável em termos probatórios”¹⁵⁹

Ora, também a este propósito se invoca o princípio da necessidade ou da exigibilidade, enquanto critério de decisão, impondo-se uma apreciação rigorosa por consideração das circunstâncias especiais do caso concreto.

¹⁵⁶ António Costa, Ministro da Justiça, na discussão parlamentar da Proposta de Lei nº 79/VIII, in GONÇALVES/ALVES/VALENTE, “ O novo regime jurídico...” obra cit., pág. 16

¹⁵⁷ Por identidade fictícia entende-se aquela que, não correspondendo à verdadeira ou à natural, identifica o indivíduo em determinado momento específico, quanto a determinados actos. Normalmente é assumida, como única, dissimulando a identidade efectiva. Importa ainda referir que, nos termos do nº 2 e 5, do artigo 5º do RJAE, cabe ao Director Nacional da PJ a proposta da identidade fictícia, ficando na sua responsabilidade a gestão e promoção das actividades devidas. Cabe ao Ministro da Justiça a atribuição daquela identidade, quando requerida, sendo esta válida põe um período de seis meses, prorrogáveis por períodos de igual duração. Todo este processo, está sujeito a sigilo profissional sob pena de frustração das finalidades pretendidas

¹⁵⁸ – vide artigo 4º, nº 1 da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, à contrário

¹⁵⁹ vide artigo 4º, nº 1 da Lei 101/2001, de 25 de Agosto

Com toda a legitimidade vem a lei admitir que um eventual juízo positivo quanto à questão em causa, seja remetido para o final do inquérito ou da instrução,¹⁶⁰ por não ser essencial nem obrigatória uma decisão imediata, compreendendo-se que, não raras vezes, só no momento da fundamentação da acusação ou da pronúncia a autoridade judiciária competente confirme a necessidade de invocação daqueles relatos para efeitos probatórios. Até lá mantêm-se na posse da Polícia Judiciária.

Ao tomar conhecimento da utilização das Acções Encobertas para efeitos de investigação, nos casos em que a autoridade judiciária competente tenha optado pela inclusão dos relatos no processo, o juiz da causa será naturalmente tentado a determinar a presença do infiltrado na audiência de julgamento.

Ora, se foge à regra (por invocação do risco para a integridade do agente) aquela simples junção, mais excepcional será esta presença.

Mesmo assim, é a lei que vem admiti-la, nos termos do nº 4 do artigo 4º do RJAÉ, ainda que com fundamento na essencialidade ou indispensabilidade do depoimento do agente para efeitos de produção de prova e de determinação da convicção do juiz.

Sem dúvida, compreende-se a ânsia de rigor e certeza, sendo certo que, em princípio, ninguém melhor do que os intervenientes para efectuarem um relato fidedigno e real.

Porque se mantém o perigo de subjectividade, impõem-se às testemunhas o dever de lealdade e vontade no seu contributo para a descoberta da verdade material e, ao juiz, o rigor de interpretação e análise dos depoimentos prestados.

Estando em causa uma circunstância que se quis excepcional, o legislador não deixou de garantir aos executores das Acções Encobertas a protecção da sua pessoa, da sua integridade e da sua família e amigos mais próximos, quando as circunstâncias assim o justifiquem.

O nº 3º do artigo 3º da Lei nº 101/2001 garante prolongamento do direito à identidade fictícia, permitindo que, mesmo depois de findo o prazo pré-estabelecido, o agente preste depoimento em juízo sob aquela identidade.

Prevendo a possibilidade de chamamento ao processo, o legislador alargou o presente mecanismo de tutela a uma fase pós-investigação, evidenciando os riscos inerentes ao exercício das Acções Encobertas.

Impôs também, como regra a exclusão da publicidade da audiência de julgamento, impedindo a livre assistência do público à produção de certos actos, ou de parte deles.¹⁶¹

São os mesmos perigos que fundamentam esta excepção á regra geral, nos casos que ora tratamos.

Importa concluir dizendo que as garantias de defesa criadas pelo legislador, a este propósito, assumem a sua forma mais ampla no nº 4 do artigo 4º

¹⁶⁰ - vide artigo 4º, nº 2 da Lei 101/2001, de 25 de Agosto. Cfr. Artigos 283º, nº 3, al b) e 308º, nº 2, ambos do CPP

¹⁶¹ Cfr. Artigo 4º, nº 4 in fine da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto e artigo 87º, nº 1 CPP

do RJAE, quando se impõe a aplicação do Regime de Protecção de Testemunhas em Processo Penal, às testemunhas das Acções Encobertas.¹⁶²

Não convencido da suficiência daqueles mecanismos especialmente previstos para o efeito, e pensando nos casos de maior complexidade, o legislador adoptou também todo um conjunto de soluções, mais genéricas ou abrangentes, mas com provas dadas de eficiência.

Ora, a Lei nº 93/1999, de 14 de Julho, veio regular “ a aplicação de medidas de protecção de testemunhas em processo penal, quando a sua vida, integridade física ou psíquica, e liberdade (...) são postas em perigo por causa do seu contributo para a prova dos factos que constituem objecto do processo.”¹⁶³

Sem dúvida, os intervenientes ou executores das Acções Encobertas, quando chamados a depor, promovem a confrontação dos arguidos, agentes do crime, com o engano ou a ilusão de que foram alvo, despertando no seu espírito uma ânsia de vingança que será projectada contra eles, os responsáveis pela frustração de crime e pela sua condição de então.

Assim, reconhece-se na cautela do legislador o seu pendor humanista.

Admite-se no capítulo II daquela lei, que o depoimento da testemunha ocorra “ com ocultação da imagem ou com distorção da voz, ou de ambas, de modo a evitar-se o seu reconhecimento”, assim como se aceita “ o recurso à videoconferência” em casos de crime “ que devam ser julgados pelo tribunal colectivo ou pelo júri.”¹⁶⁴

Torna-se assim evidente a graduação da tutela proporcionada, atendendo à gravidade do crime e ao perigo em questão.

A propósito convirá fazer ressalva ao Princípio do Contraditório, dando oportunidade à acusação para se manifestar sobre a conveniência e necessidade daqueles mecanismos.

Importa também ter presente que a invocação do Princípio da Imediação em momento algum poderá fundamentar uma hipotética recusa, visto ser a própria lei a determinar a equiparação destes depoimentos aos realizados, presencialmente, em audiência de julgamento.

Em último lugar, importa invocar a previsão de medidas e programas especiais de segurança, a beneficiar não só pelas testemunhas, mas pela sua família e pessoas mais próximas, quando seja previsível a sua afectação pelo perigo em causa. Como é evidente, a sua aplicação está dependente da verificação de determinados requisitos, tanto mais exigentes quanto maior a influência daquela participação no processo, na vida normal do cidadão.

Como parece óbvio, a eficácia da tutela assim promovida pressupõe a colaboração dos vários intervenientes no julgamento e no processo de protecção jurídica, pelo que lhes é exigido sigilo profissional, sob pena de repressão penal por desobediência qualificada.¹⁶⁵

¹⁶²cfr. Idem e Lei nº 93/1999, de 14 de Julho, que estabelece o Regime de Protecção de Testemunhas em Processo Penal

¹⁶³ Cit. artigo 1º, nº 1 do Regime de Protecção de testemunhas em Processo Penal

¹⁶⁴ Cit. artigos 4º e 5º do Regime de Protecção de testemunhas em Processo Penal

¹⁶⁵ – Cfr. Artigo 9º da mesma Lei

Não obstante, é de louvar a postura interventiva do legislador que, além de garantir os direitos dos arguidos, presumivelmente inocentes até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, veio defender a condição de todos os colaboradores da justiça, também eles carentes de tutela.

4.5 – O factor psicológico

Continuando novamente a ter por base os trabalhos e escritos de VANESSA DIAS FERREIRA e MARIA ISABEL ONETO, a troca de identidades representa um factor desestabilizante, capaz de causar stress e angústia.

Em regra quando os agentes encobertos fazem os relatos das suas intervenções, referem, em regra, estarem ansiosos e sob grande tensão pelo perigo de serem descobertos, por um acto tão simples como esquecerem-se de responder quando interpelados pelos seus novos nomes.

Há pois que, estar sempre em estado de alerta.

Distrate, quanto mais mentir durante a operação, mais difícil será gerir todas as suas mentiras.

Se os “criminosos” duvidam da identidade do “infiltrado”, este é constantemente posto á prova, o que o obriga a ser coerente com toda a “história” da sua nova personagem.

De referir, que tem de estar sempre alerta, uma vez que poderá ser reconhecido na rua por qualquer outra pessoa, e assim deitar a perder todo um trabalho já feito e inclusive a própria vida.

Dias Ferreira ¹⁶⁶ suscita ainda a questão de, durante uma operação, surgir um outro agente infiltrado, de um diferente departamento policial, sem que ambos conheçam a verdadeira identidade um do outro. “ Nestes casos extremos, existe o risco de o agente infiltrado ser abatido por outros agentes infiltrados”. ¹⁶⁷

Outro factor desestabilizador e causador de grande stress e instabilidade é a pressão que os supervisores exercem sobre os agentes infiltrados no sentido de estes obterem provas incriminatórias do grupo, no mais curto espaço de tempo.

E sabemos que, “ quanto maior for a pressão, mais os infiltrados procuram fugir às exigências legais para atingirem o resultado pretendido”. ¹⁶⁸

Um estudo efectuado por M.Girodo, com vista à análise de como os traços de personalidade interagem com situações de trabalho que afectam a saúde mental e problemas relativos a drogas, foram questionados 271 agentes infiltrados federais. Os relatórios individuais indicam que o consumo de drogas e abuso do álcool e infracções disciplinares estão relacionadas com o aumento dos períodos de infiltração. ¹⁶⁹

Neste trabalho procurou-se relacionar as operações de infiltrações com problemas sociais e psicológicos apresentados pelos agentes. Por exemplo, num relatório, Girodo descobriu que a experiência de infiltração está relacionada com a insatisfação no trabalho, mas o efeito da experiência está directamente ligado

¹⁶⁶ VANESSA DIAS FERREIRA, “ Problèmes...”, obra cit., pág. 566 in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “ O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 57

¹⁶⁷ Idem

¹⁶⁸ VANESSA DIAS FERREIRA, “ Problèmes...”, obra cit., pág. 568

¹⁶⁹ www.web.mit.edu/gtmarx/www.recent.html, in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “ O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 58

com a personalidade do agente. Os problemas identificados surgem em particular nos agentes que apresentam testes de personalidade que revelam um baixo controlo do impulso ou um desejo para novas experiências.

Um outro estudo, desenvolvido por G.Farkas, em 1986, sobre agentes infiltrados em Honolu, refere que mais de um terço relatou alterações negativas nas relações sociais, situações de stress quando em família ou com amigos em público e ansiedade quando são incapazes de discutir o seu trabalho com aqueles que lhe são próximos.

Um estudo referido por Gary Marx, efectuado em 1993, incidindo sobre 40 oficiais com experiências de infiltração de diversas agências, ilustrou estes problemas.

Os resultados desta pesquisa apontam para a necessidade de uma grande vigilância em relação às operações de maior duração e ao número acumulado de operações num indivíduo e a importância de selecção no recrutamento.

Os maiores problemas psicológicos surgem, na sua maioria, com agentes que efectuam “deep cover operations”.

Vanessa Dias Ferreira refere que, o distanciamento do agente em relação aos seus contactos sociais e familiares acabam por proporcionar a sua integração no mundo criminoso, chegando a desenvolver-se o síndrome de Estocolmo, em que o agente acaba por simpatizar com os suspeitos, ou na expressão de Gary Marx, “going native”, no sentido de, a partir de determinado momento, identificam-se com a sua personagem e afastam-se da identidade real”¹⁷⁰

¹⁷⁰ VANESSA DIAS FERREIRA, “Problèmes...”, obra cit., pág. 572, in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 59

4.6 - Desvios no comportamento

São diversos os casos de agentes que usam as suas funções ou a sua autoridade para obter benefícios pessoais ou profissionais.

Vanessa Dias Ferreira, classifica-os como “ comportamentos desviantes e de corrupção” e sustenta que se tratam de “ um desvio organizacional”, que não devem ser encarados como actos desviantes individuais, na medida em que “ esses actos são induzidos pela própria natureza do trabalho de infiltração e pelo ambiente em que ele se desenvolve.”¹⁷¹

Em seu entender, estes comportamentos justificam-se pela situação “ ambígua” em que os agentes trabalham, nomeadamente pelo facto de terem de adaptar-se a um meio criminoso, assumindo-se como criminosos entre os seus pares, mas “ sem poderem adaptar os comportamentos delinquentes dos seus actores.”¹⁷²

Por outro lado, aponta a “ falta de regulamentação estrita” da sua actividade, insuficiência essa que acaba por ser “ uma característica deste tipo de actividade e que tem como consequência o facto de os agentes agirem a maior parte do tempo na incerteza quanto à admissibilidade das suas acções”¹⁷³

A este propósito G.T.Marx conclui que “ a eficácia e a corrupção caminham juntas”, o que significa que quanto mais o agente se envolve no meio criminoso maior é a eficácia da sua operação, mas maior é também o risco de ele adoptar condutas que excedem os limites da sua actuação”

P.Mnning e L.Redlinger¹⁷⁴ identificaram sete formas de comportamentos desviantes e de corrupção que podem ser levados a cabo por agentes infiltrados no decurso de uma operação, ainda que alguns deles não sejam exclusivos deste tipo de operações, dado terem sido também detectados em inspectores encarregados de missões próprias da polícia tradicional.

¹⁷⁵A primeira classificação consiste em situações designadas “ potes de vinho” (pots-du-vin), em que os polícias recebem dinheiro dos suspeitos.

Existem várias situações em que os agentes podem “deixar-se comprar”. A primeira, mais frequente, surge quando os polícias, a troco de uma determinada quantia em dinheiro, previnem os suspeitos de uma acção de detenção, de forma a permitirem a sua fuga. A segunda ocorre quando os polícias recebem dinheiro no momento da detenção.

¹⁷¹ VANESSA DIAS FERREIRA, “ Problèmes...”, obra cit., pág. 567, in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “ O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 59

¹⁷² VANESSA DIAS FERREIRA, “ Problèmes...”, obra cit., pág. 568 , in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “ O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 59

¹⁷³ Cit., idem

¹⁷⁴ Cit. Ibidem

¹⁷⁵ VANESSA DIAS FERREIRA, “ Problèmes...”, obra cit., pág. 570 , in tese de mestrado de ISABEL ONETO, “ O agente infiltrado...”, obra cit., pág. 61

A segunda compreende o consumo de estupefacientes. Os agentes infiltrados têm uma maior predisposição para o consumo de drogas, devido precisamente ao meio em que se inserem, ao seu isolamento e ao fácil acesso a estes produtos.

O terceiro tipo de comportamento desviante consiste na compra e venda de estupefacientes, nomeadamente como forma de pagar informações.

A quarta situação surge quando o agente infiltrado furta produtos estupefacientes, valores comerciais, dinheiro e outros bens materiais para seu próprio proveito.

A quinta consiste numa perseguição ilegal sob o pretexto de que o suspeito terá em sua posse uma determinada quantidade de estupefacientes. Esta forma de comportamento desviante conhece três variantes: a primeira é o “flaking”, em que os agentes encontram um meio de colocar droga em casa, no carro ou na roupa de um determinado indivíduo para justificar a sua detenção, a segunda designa-se de “drosey”, que ocorre quando os agentes infiltrados, depois de terem colocado uma determinada quantidade de droga em haveres de um indivíduo, aguardam pelo momento em que ele tentará vendê-la para o acusarem de tráfico de estupefacientes, e a terceira é o “padding”, situação em que os agentes juntam mais droga àquela que o suspeito detém com o objectivo de aumentar a gravidade do ilícito.

A sexta classificação relaciona-se com a protecção dos informadores, que são pagos pelas informações que prestam ou têm a garantia de que não serão detidos pelos crimes que praticam, além de, trabalhando sob as instruções de um agente, poderem “legalmente” desenvolver vários tipos de condutas ilícitas.

A última situação prende-se com o uso ilegítimo da violência.

Vanessa Dias Ferreira refere terem sido detectadas situações em que os agentes espancaram brutalmente toxicodependentes com o objectivo de obterem informações. Em caso de queixa, alegam legítima defesa.

Também foram registados casos de polícias que ameaçaram os seus informadores no sentido de eles realizarem determinadas actividades ilegais, como, por exemplo, o furto de determinados produtos em proveito dos agentes.

Outro meio de coação é a ameaça aos seus informadores de que serão denunciados aos traficantes caso não facultem determinadas informações.

4.7 – Acórdão do T.E.D.H – Estado Português vs. Teixeira de Castro

Nos palavras do ilustre defensor officioso, Dr. Joaquim Loureiro ¹⁷⁶, o caso resultou “ da detenção de quatro pessoas, por dois guardas da PSP, a quem imputavam a prática de tráfico de estupefacientes (haxixe e heroína).

(...) Dos quatro detidos, José Sampaio negou qualquer envolvimento, Vítor Sampaio começou por referir ter andado a ser assediado por diversas vezes por dois indivíduos, que só agora soube serem polícias, pretendendo adquirir-lhes haxixe; que, repetidas vezes, lhes dissera não ter droga. Desta última vez, tais indivíduos lhe pediram para arranjar heroína, de um modo insistente; após o que aceitou ir com eles a casa de Francisco Teixeira de Castro, seriam umas 22:30h.

Após grande insistência, este acabou por aceitar ir buscar 20gr. de heroína avaliada em 200.000\$00. No acto de entrega são todos presos pelos polícias. ¹⁷⁷

Ora suscitando, desde início, a questão da nulidade da prova, consequência da provocação ao crime pelos agentes da PSP, arguido e defensor officioso travaram uma luta interminável pela salvaguarda do direito do arguido a um processo justo e equitativo.

Na verdade, os factos relatados “ são bastante graves para poderem passar em claro, desde já porque o crime praticado pelos arguidos foi feito a pedido e sob solicitação directa e expressa dos mesmos agentes de autoridade que provocaram inteiramente a situação criminosa. ¹⁷⁸

Acontece que, esgotadas as várias instâncias de recurso a nível dos Tribunais nacionais, em nenhum momento foi questionada ou posta em causa pelos tribunais tal actuação encoberta.

Aliás, os digníssimos juízes que lograram apreciar o caso referenciaram por diversas vezes a Doutrina dominante na parte em que legitima o recurso a meios de investigação de prova excepcional, esquecendo-se, contudo que a mesma Doutrina citada é unânime ao recusar a instigação/provocação do crime, como salvaguarda em última ratio, da própria Dignidade da Pessoa Humana.

E tal verificou-se nas várias instâncias de recurso bem como a nível de pareceres da Procuradoria Geral da República.

Levantada a questão junto da (já extinta) Comissão Europeia dos Direitos do Homem, e depois de ultrapassadas várias etapas interlocutórias, “ entendeu-se que ocorrera a violação do nº 1, do artigo 6º da Convenção, (pelo que a) comissão suscitou a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o que foi aceite” ¹⁷⁹

Findo o processo e avaliado os argumentos de ambas as partes, o Estado Português foi condenado a pagar uma indemnização ao queixoso, tendo sido

¹⁷⁶ JOAQUIM LOUREIRO, “ Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1º Acórdão do T.E.D. Homem – 9 de Junho de 1998 – Condenação do Estado Português

¹⁷⁷ Cit. JOAQUIM LOUREIRO, “ O agente...”, pág. 17

¹⁷⁸ Op.cit...pág. 45

¹⁷⁹ Op. cit...pág. 31 e 32

ainda requerida a exclusão de todos os factos do seu Registo Criminal, o que foi feito.

Sem dúvida que este caso, desperta a curiosidade, estimula o espírito crítico, mostrando até que ponto podemos defender os direitos sacrificados com uma investigação criminal encoberta, ilegítima ou irregular.

O Dr. Joaquim Loureiro, prestou assim, um elevado contributo ao Estado de Direito Democrático, levando a defesa do seu cliente até ao último reduto legal e conseguindo a sua absolvição, tendo ficado provocado “a final” quais as “reais vestes” de actuação daqueles agentes.

4.8 – O princípio da presunção de inocência

Importa por isso, já no “terminus” do presente trabalho, recordar alguns ensinamentos a propósito do princípio da presunção da inocência, tão importante que é no contexto das acções encobertas, ora em análise.

O princípio da presunção de inocência surgiu como uma necessidade de corte com a mentalidade processual da época em que reinava o processo de tipo inquisitório, em que o acusado se presumia culpado, cabendo-lhe o ónus probatório, sendo tratado como objecto do processo, cujo abuso de tratamento surgia como meio de obtenção da confissão (como a tortura) e em que a prisão preventiva, aplicada indiscriminadamente pelo juiz, aparecia como medida de carácter ordinário da actuação policial, transformada, não poucas vezes, em meio fundamental para a obtenção de provas.

O Iluminismo carrega a ansiedade de reacção contra o processo criminal inquisitório, adequado a um Estado que se “sobrepunha implacavelmente à liberdade individual do cidadão”¹⁸⁰

Essa ansiedade iniciada por intelectuais como Beccaria, promovida por Montesquieu e Voltaire, que se reflecte na efectivação de romper e de cortar os excessos e arbítrios do poder punitivo consignados no modelo inquisitório ~ tem a sua consagração no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 26 de Agosto de 1789: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’ à ce qu’ il ait été déclaré coupable, s’ il est jugé indispensable de l’ arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’ assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”¹⁸¹

Como direito cívico e garantia jurídica dos direitos à honra, à imagem e à liberdade, a presunção de inocência aparece associada ao “princípio da exigência de culpa formada, como pressuposto da validade da prisão preventiva” que, como afirmava Beccaria, deve ser aplicada dentro dos “limites rigorosos da necessidade do processo”, com o fundamento da obtenção da verdade e da exequibilidade da efectivação da pena, jamais com o fundamento de tratamento punitivo, ou seja, a prisão preventiva deve teleologicamente ser entendida como uma medida cautelar e de carácter extraordinário, melhor, é uma medida com um “carácter excepcionalíssimo e não, como parece ser entendimento corrente, a sua aplicação penal”¹⁸²

O princípio da presunção de inocência consagrado no n.º 2 do art. 32.º da CRP não pode ser interpretado e concebido na sua essência de acordo com o seu

¹⁸⁰ Neste sentido ALEXANDRA VILELA, “ Considerações acerca da presunção da inocência em direito penal”, Coimbra Editora, págs. 29 e 30

¹⁸¹ Neste sentido RUI PATRÍCIO, “ O princípio da presunção do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português”, AAFDL, 2000, pág. 26

¹⁸² Vide DAVID CATANA, “ As medidas de coacção e de garantia patrimonial” apud Teresa Pizarro Beleza, apontamentos de Direito Processual Penal”, AAFDL, 1993, II Vol., pág. 118 e ss.

conteúdo verbal, porque estaríamos, aqui, a entrar numa ficção jurídica, porque a aplicação das medidas de coacção e das medidas cautelares e de policia, tipificadas na nossa Lei, seria antes de mais inconstitucional. Logo, teriam de ser proibidas quaisquer “suspeitas sobre a culpabilidade dos acusados” se o princípio de presunção de inocência, cujo valor assumiu dignidade constitucional, mas não de forma absoluta, uma vez que teria de ser compatibilizado com outros valores constitucionais que representam direitos, liberdades e garantias, for analisado e interpretado de forma literalmente absoluta. A ser assim promoveríamos, indubitavelmente, a “inconstitucionalização de instrução em si mesma, pois esta encerra já, ainda que por vezes de uma forma mitigada, um choque com a liberdade individual do acusado”¹⁸³

O conteúdo do princípio da presunção de inocência está no seu âmago ligado à liberdade individual do indivíduo, no sentido de proibir quaisquer medidas cautelares como antecipação de pena com base no rótulo de culpado. Sendo uma trave orientadora do processo penal, a presunção de inocência prescreve a honestidade do indivíduo e, conseqüentemente, que as medidas de coacção devem considerar este princípio como um critério de orientação e limite, de forma que, quando aplicadas, as medidas de coacção devem fundar-se numa “avaliação ou apreciação das situações de facto autónomas de juízos de culpabilidade” que permitam uma adequação entre as medidas restritivas da liberdade ao caso concreto, mesmo no caso da prisão preventiva, cuja regulamentação obedece hoje, mais do que nunca, ao princípio da presunção de inocência, como se pode ver nos artigos 202.º e 204.º do CPP.¹⁸⁴

Como relevante princípio jurídico — penal e processual, a presunção de inocência está, também e acima de tudo, conexada ao princípio da dignidade da pessoa humana que tem como base o direito a que todos temos do processo criminal assegurar todas as garantias de defesa, sendo uma delas a sua presunção de inocência e não de culpa, no sentido de que, como afirma Luigi Lucchini, todos “os homens se abstêm de delinquir”, logo a lei deve consagrar e defender a “inocência de todos os cidadãos”¹⁸⁵

A presunção de inocência acarreta no seu conteúdo adequado determinadas conseqüências que devem funcionar como regra primordial de todos quantos fazem parte do sistema judicial:

Inadmissibilidade de qualquer presunção de culpa¹⁸⁶, ou seja, o indiciado ou arguido de um processo criminal merece o tratamento de presunção de inocência ao longo de todo o processo, porque será inadmissível e inaceitável que, após o decurso do processo, se conclua pela absolvição do arguido com fundamento na inexistência de factos que provassem a sua implicação como agente do crime, ou seja, sendo inocente, e que o mesmo tenha sofrido quaisquer

¹⁸³ Vide ALEXANDRA VILELA, obra cit., pág. 93

¹⁸⁴ Vide ALEXANDRA VILELA, obra cit., pág. 91 e ss. e também J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Op.Cit. pág. 203

¹⁸⁵ Idem

¹⁸⁶ Vide ALEXANDRA VILELA, obra cit., pág. 34; RUI PATRICIO, Op. Cit., pág. 37 e ss.

penas, provocando uma lesão grave que, além de imerecida, é irreversível, mesmo que venha a ser indenizado.

As presunções de culpabilidade emergidas dos nossos preconceitos, isto é, a culpa por intuição ou associação, violam o que há de mais sagrado do ser humano, a sua liberdade e a sua dignidade, conjugada com a sua honra e a sua imagem.

A inadmissibilidade da presunção de culpa obriga a que, aquando de despacho de arquivamento dos processos crime, os mesmos estejam imbuídos da “exclusão de fixação de culpa”, a que as custas do processo não recaiam sobre o arguido e a que o juiz decida pela “sentença de absolvição contra o arquivamento do processo” uma vez que este, infelizmente, deixa no ar a ideia de que nada se provou, promovendo a dúvida se o arguido cometeu ou não o delito de que foi indiciado, mesmo que o despacho de arquivamento transmita uma pura “exclusão de fixação da culpa”.

No seguimento de Manzini, José de Souto Moura, defendendo que “quanto mais o processo avança mais provável é a hipótese de condenação, e assim maior o convencimento de culpa”, sendo desta forma “a suspeita de inocência exceção”, afirma que “a lei estará a pedir é que se «suponha» o arguido inocente. Que se ficcione inocente. A presunção de inocência deveria pois, melhor ser apelidada de ficção de inocência”¹⁸⁷, Como o próprio afirma “a ficção respeita a algo que se sabe não ocorrido” e “não a algo que se não sabe se ocorreu ou ã e a ficção impõe-se como absoluta, não aceitando quaisquer exceções. Logo, não se compreende como se pode defender a presunção de inocência como uma ficção, quando não se sabe se o arguido é ou não o agente do facto delituoso em apreciação, sendo por esta razão que a ficção não se pode impor aos agentes da justiça como absoluta. Se recorrermos ao étimo latino «praesumptione» do qual deriva o vocábulo presunção, rapidamente nos apercebemos que a essência do mesmo respeita e assenta na dúvida de um acontecimento e não numa ficção.

Realce ainda para a inadmissibilidade das medidas de coacção não funcionarem como penas antecipadas disfarçadas de medidas cautelares¹⁸⁸, ou seja, aquelas devem obedecer não só aos requisitos gerais previstos no art. 204.º do CPP, mas também aos específicos de cada espécie de medida de coacção que só por si provocam inevitavelmente a restrição da liberdade, cuja aplicação obriga a que exista uma coerência lógica técnico — jurídica entre a medida aplicada e os direitos, liberdades e garantias do arguido.

A aplicação das medidas de coacção nascem de um conflito que tem como fundo de solução o recurso aos princípios da necessidade da medida em causa¹⁸⁹, da sua adequação ao caso concreto, pela sua proporcionalidade¹⁹⁰ de modo a que a aplicação da medida de coacção seja um recurso necessário para a comunidade e que esta não só a aceite, mas também a suporte perante a probabilidade de a estar a infligir sobre um inocente.

¹⁸⁷ Idem, pág. 84

¹⁸⁸ Neste sentido G.CANOTILHO e V.MOREIRA, Op. Cit., pág. 203

¹⁸⁹ Art. 191º, nº 1 do CPP

¹⁹⁰ Art. 193º do CPP

A execução das medidas de coacção jamais poderão pôr em causa o exercício de direitos fundamentais (art.193.º n.º 3 do CPP), o que, conjugado com o princípio de presunção de inocência, impõe que a prisão preventiva deve obedecer a exigências de estreita legalidade e necessidade (art. 191º, n.º 1 do CPP), de adequação e proporcionalidade (art. 193º, n.º 1 do CPP) e de precariedade e subsidiariedade (art. 193.º, n.º 2 do CPP), ou seja, deve ser não só de mínima duração, mas também o último recurso das medidas de coacção, sentido expresso no actual art. 209.º do CPP, que foi alterado pela reforma do Código de Processo Penal, operada pela Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto.¹⁹¹

Sabendo-se que são os seres humanos, seres imperfeitos por natureza, que fazem parte do sistema de justiça, a Constituição e a legislação processual penal consagram de forma imperativa a inadmissibilidade de presunção de culpa, mesmo que a própria legislação processual imponha como fundamento da acusação a possibilidade de ao arguido vir a ser aplicada, por força dos indícios suficientes, em julgamento, uma pena ou medida de segurança (n.º 2 do art. 283.º do CPP).

Se o arguido é inocente, melhor, se se presume inocente, não lhe cabe fazer prova da sua inocência, cujo ónus pertence à acusação, ou seja, a culpa do arguido é que carece de ser provada pelo Ministério Público ou, através do princípio de investigação, pelo Tribunal.¹⁹²

Mas, devemos ter em consideração que o arguido pode ter interesse em contradizer a acusação deduzida contra si, o que obriga a que ao arguido sejam informadas todas as provas contra si recolhidas, para que prepare de forma eficaz a sua defesa, havendo, assim, necessidade de dar a conhecer ao arguido a acusação e a pronúncia (quando tenha sido requerida instrução e a mesma tenha sido proferida).

O direito a contradizer a acusação contra si deduzida, por força da presunção da inocência e da acção penal ser exercida orientada pelo princípio da legalidade, impõe ao Ministério Público a obrigatoriedade de apresentar em Tribunal todas e quaisquer provas recolhidas mesmo que desfavoráveis à acusação.¹⁹³ Acompanhamos o Prof. Germano Marques da Silva na discordância dos autores que defendem que ao arguido compete provar “as circunstâncias justificativas e desculpantes por si alegadas”, por violar expressamente o princípio da presunção de inocência, porque poderá “conduzir à condenação de uma pessoa por um facto que talvez não pudesse ser punível”.¹⁹⁴

Um sistema processual penal acusatório temperado pelo princípio da investigação permite que a incapacidade do Ministério Público de provar a culpabilidade do arguido seja suprida pela intervenção do tribunal¹⁹⁵, ou seja, essa incapacidade não conduz à absolvição do arguido.

¹⁹¹ ALEXANDRA VILELA, Op. Cit., pág. 96 e ss.

¹⁹² Neste sentido RUI PATRICIO, Op. Cit., pág. 27 e V.MOREIRA, Op. Cit., pág. 203

¹⁹³ Neste sentido GERMANO MARQUES DA SILVA, Op. Cit., vol I, pág. 4

¹⁹⁴ Idem, pág. 107

¹⁹⁵ Neste sentido RUI PATRICIO, Op. Cit, pág. 29

A inversão do ónus de prova também implica que quem acusa e, necessariamente, investiga tenha a sua acção limitada quanto à recolha de prova em locais de carácter privado, como o domicílio, cuja busca carece de autorização judicial (art. 177.º do CPP e art. 34.º n.º 1, 2 e 3 da CRP).¹⁹⁶

A presunção de inocência, como corolário dogmático do inviolável princípio do respeito pela dignidade de pessoa humana, preconiza e apela a que o processo penal seja justo, cujo conteúdo não se prenda com um tratamento privilegiado de confissão como meio de prova.

Num processo caracterizado com a máxima acusatoriedade, o arguido não pode ser concebido como um objecto do processo, não sendo alguma vez meio formal de prova¹⁹⁷, mas deve ser encarado como um sujeito processual que possa livremente contradizer a acusação, recorrendo a armas iguais às de acusador. Do exposto decorre que o arguido não pode ser obrigado a prestar qualquer colaboração com o tribunal, devendo a sua participação no processo ser livre, respeitando-se a sua integral vontade de forma que não surja uma verdade deturpada por força de qualquer pressão.

Num processo penal de estrutura acusatória, como nos refere o Professor Figueiredo Dias, tem de se respeitar e impor aos demais sujeitos do processo que o arguido é um sujeito que deve actuar com a maior liberdade de forma que a sua participação se funde numa responsabilidade e que esta promova “uma plena liberdade da vontade que possa permitir ao arguido uma decisão se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”

O respeito pela plena vontade do arguido deve ser tido em conta ao longo de todo o processo, desde o inquérito até ao final do julgamento, passando pela instrução quando esta tiver sido requerida. Como manifestação da proibição do arguido como meio de prova, o art. 141º do CPP (Primeiro interrogatório Judicial de arguido detido) preceitua que ao arguido seja garantida a liberdade de prestar ou não declarações, não estando o mesmo obrigado a dizer a verdade, nem sendo punido se mentir. Promovendo a plena liberdade de vontade do arguido na prestação de declarações, o art. 344.º do CPP (Confissão) determina a nulidade da confissão como consequência caso tenha sido prestada sob coacção.

O Código de Processo Penal procura rodear as declarações do arguido de fortes garantias processuais, tendo a confissão valor especial de prova em sede de julgamento. Mas, além da confissão ser controlada por um tribunal, a mesma só é aceite como veracidade dos factos, quando os factos em análise preenchem a tipificação legal de crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos (a contrario sensu al. c) do n.º 3 do art. 344.º do CPP). Existe assim um limite processual, para permitir que a produção de prova em crimes mais graves se faça pela oralidade e pelo contraditório.

A presunção de inocência deve ser considerada como regra política, baseada nos princípios da democracia, da liberdade e, essencialmente, do respeito pela dignidade de pessoa humana,

¹⁹⁶ Neste sentido GERMANO MARQUES DA SILVA, Op. Cit., vol I, pág. 41

¹⁹⁷ ALEXANDRA VILELA, Op. Cit., pág. 9

Como regra política, como afirma o Prof. Germano Marques da Silva, o princípio de presunção de inocência promove “o valor da pessoa humana na organização da sociedade”, cujo conteúdo essencial está consagrado na Constituição Portuguesa como “direito subjectivo público, direito que assume relevância prática no processo penal num duplo plano:

No tratamento do arguido no decurso do processo e como princípio de prova”¹⁹⁸

No primeiro plano o arguido não deve ser considerado culpado pelo facto (tipificado na lei como crime) de que é indiciado até que a sentença de condenação transite em julgado, obrigação esta que impende sobre os elementos do sistema judicial e que se apresenta como um limite e um barómetro da aplicação das medidas de coacção que se devem restringir à função de exigências processuais de natureza cautelar que devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas (artigos 191.º, n.º 1 e 193.º, n.º 1 do CPP). Caso a aplicação das medidas de coacção tenham fundamento de aplicação de pena, restringem não só a liberdade, põem em causa o princípio democrático e, acima de tudo, violam o princípio de presunção de inocência, cujo conteúdo essencial se cimenta no princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana. Princípios estes que deveriam funcionar como padrões limitativos à contenção, à suspensão e à negação de direitos do arguido, que devem revestir um carácter transitório e reversível para que as medidas de coacção possam ser não só suportáveis, mas também aceites pela comunidade ¹⁹⁹

Como princípio de prova, o mesmo impõe que qualquer “condenação seja precedida de uma actividade probatória”, que deve estar a cargo da acusação. Esta por sua vez deve ser capaz de responsabilizar o arguido dos factos de que é condenado. Um processo só por si já é algo penoso, se o arguido tivesse que provar a sua inocência seria completamente incomportável.

Como regra política e de responsabilidade moral, o princípio de presunção de inocência conduz o juiz, independente e não sacrificador da justiça em prol de outros interesses, a “procurar a verdade” e a “assegurar ao arguido todos os meios práticos” que lhe permitam provar o “infundado da presunção de culpa” firmando-se assim um cunho estruturante e dogmático da presunção de inocência no direito processual penal dos estados modernos.

A celeridade processual é, na nossa opinião, uma consequência imediata e automática do princípio de presunção de inocência, pelo que a mesma “não pode ser sinónimo de não fazer justiça” ²⁰⁰

¹⁹⁸ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, Op. Cit., pág. 219

¹⁹⁹ ALEXANDRA VILELA, Op. Cit., pág. 96 e RUI PATRICIO, Op. Cit, pág. 35/36

²⁰⁰ Vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “ A celeridade do processo penal – uma visão de direito comparado”, in Actas de revisão do Código de Processo Penal”, Assembleia da República – Divisão de edições, 1999, volume II – tomo II, pág. 75

A celeridade processual é, acima de tudo, um direito do arguido, um direito elevado a direito fundamental pela 1º Revisão Constitucional operada pela Lei Constitucional n.º 1/82 de 30 de Setembro.

A celeridade processual permite que a prova não perca a sua qualidade e o seu valor e, principalmente, evita que se belisque a posição jurídica do arguido. Seguindo o pensamento brilhante da Prof. Anabela Miranda Rodrigues, “a aceleração do processo serve, assim, quer o interesse público (ius puniendi), quer o interesse do arguido”, permitindo uma “eficácia de punição”²⁰¹

Partilhamos da opinião da Professora Anabela Miranda Rodrigues (recentemente eleita Directora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), principalmente, porque um processo penal moroso inflige no arguido uma restrição, suspensão e negação de determinados direitos, cuja duração deve ser uma excepção e nunca a regra. A liberdade individual quer física, quer psicológica é plenamente beliscada com a instauração de um processo penal, mesmo que decorra num espaço de tempo mínimo, mas provocará danos gravíssimos quando se alonga indefinidamente no tempo. Muitas vezes acaba por prescrever, mantendo no seio social do arguido a dúvida da sua inocência, que, infelizmente, é visto como culpado, uma vez que nem beneficiou, quando inocente na verdade, de uma absolvição de que pudesse fazer uso perante os outros.

A morosidade processual, como acarretamento de restrições ilegítimas dos direitos do arguido é um fardo penoso que destrói o conteúdo essencial e útil do princípio de presunção de inocência, esvaziando-o de todo o seu sentido, funcionando como um obstáculo à realização material do princípio constitucional de que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa (art. 32.º, n.º 1 da CRP)²⁰²

Contudo, a celeridade processual não poderá significar limitação de direitos e garantias de defesa do arguido, uma vez que o princípio de aceleração processual “implica a proibição do sacrifício dos direitos inerentes ao estatuto processual do arguido a pretexto da necessidade de uma justiça célere e eficaz”. Socorrendo-nos deste ilustre ensinamento, defendemos que ‘quem’ tem vindo à praça afirmar que o problema da morosidade da justiça é o excesso de garantias, certamente, estará enganado, bastando atentar no preceituado constitucional do art. 32.º da CRP, e lembrar as palavras proferidas, na Comissão Revisora do Código de Processo Penal, pela Prof. Anabela Miranda Rodrigues quando afirmou que “o interesse público de aceleração processual tem os seus limites na busca da verdade material, que cabe ao Ministério Público e ao Tribunal assegurar. Para além de que a aceleração processual não deve fazer-se à custa das garantias de defesa do arguido”²⁰³

A tranquilidade e ordem públicas, bases da segurança dos cidadãos, assentam na certeza da condenação de quem prevaricou e na absolvição dos

²⁰¹ – Idem.

²⁰² Neste sentido GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, Op. cit., pág. 204 e RUI PATRÍCIO, Op. Cit., pág. 36

²⁰³ Vide Op. Cit., pág 77

inocentes. Mas, caso o processo se arraste ao longo de anos, beneficiando de amnistias ou prescrevendo, cria-se um sentimento de impunidade, o que provoca um descrédito comunitário na justiça e uma revolta do inocente que não vê a sua inocência ser proclamada em sentença de tribunal.

O princípio da celeridade processual é, além de um corolário do princípio da presunção de inocência, um direito fundamental, cujo sentido e alcance se reflecte num processo justo, que todos os cidadãos de um estado de direito democrático devem usufruir.

A presunção de inocência do arguido não é uma ilação “que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”, uma vez que não estamos perante “uma referência que se faz derivar de um facto real”²⁰⁴, porque à medida que o processo decorre, em que há acusação e pronúncia, a presunção de inocência necessariamente fica beliscada, porque há um convencimento de culpa que conduz à dedução de acusação, posteriormente ao despacho de pronúncia que se fundamentam em indícios suficientes que possibilitam uma condenação e, conseqüentemente, a aplicação de uma pena ou medida de segurança.

A presunção de inocência não é uma ilação, mas antes um direito do arguido, que funciona como “um comando, dirigido ao legislador”, obrigando-o a isentar as normas penais de quaisquer presunções de culpabilidade. Procura-se evitar a responsabilidade penal baseada apenas em factos presumidos, ou seja, obrigando o legislador a legislar de forma a que o estatuto processual do arguido não seja diminuído e a que se assegure o princípio da presunção de inocência como um direito do arguido e como um princípio estruturante do processo penal.

A presunção de inocência também é um comando dirigido aos sujeitos processuais penais, cuja actuação tange a esfera jurídica do arguido, que deve ser tratado por esses como inocente, como um contraditor da acusação e não como um objecto do processo, melhor, impõe-lhes que considerem o arguido como um suspeito processual penal ao qual correspondem direitos e a quem estão adstritos deveres²⁰⁵

Concluindo e partilhando da opinião do Prof. Germano Marques da Silva²⁰⁶, o princípio da presunção de inocência é uma norma que vincula directamente as entidades públicas e privadas, além de constituir um dos direitos fundamentais de qualquer cidadão, cujo reconhecimento se encontra também expresso no art. 1 l.º da DUDH e no Art. 67.º, n.º 2 da CEDH e no art. 14.º, n.º 2 do PIDCP.

O princípio de presunção de inocência surge também como princípio de prova, não só no sentido de que o ónus probatório cabe a quem acusa, mas também no sentido de que em caso de dúvida o arguido deve ser considerado inocente, ou seja, “in dubio pro reo”. O princípio in dubio pro reo deve ser considerado como um dos corolários da presunção de inocência e não ser confundido, nem identificado com aquele.

²⁰⁴ Vide RUI PATRICIO, Op. Cit., pág. 36

²⁰⁵ Idem

²⁰⁶ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, Op. Cit., pág. 82

Como um dos corolários do princípio de presunção de inocência, discordamos que este incida unicamente sobre a matéria da prova, como defendem muitos autores, que não visionam qualquer incidência deste princípio para além do que se consignava com o princípio “in dubio pro reo”, com o ónus de prova e com a prova no processo penal.²⁰⁷

O princípio “in dubio pro reo”, como corolário importante na materialização do princípio de presunção de inocência, apresenta-se-nos como limite normativo do princípio da livre apreciação de prova, pois impede o julgador de tomar uma decisão segundo o seu critério no que respeita aos factos duvidosos desfavoráveis ao arguido, uma vez que os factos favoráveis devem dar-se como provados, quer sejam certos ou duvidosos.

Prosseguindo este sentido o legislador da reforma do CPP em 1998 estabeleceu expressamente que a fundamentação dos actos decisórios quer em termos de direito, quer de facto, de forma a limitar o julgador de aplicar uma pena na base da suspeição²⁰⁸ e que a exigência da fundamentação da sentença constasse um “exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”²⁰⁹.

Como refere Rui Patrício, “a fundamentação só é, verdadeiramente, possível e convincente (no sentido de reconhecimento e aceitação pela comunidade jurídica) se o julgador estiver certo quanto à sua decisão relativa à questão - de -facto”²¹⁰.

O princípio “in dubio pro reo” não só limita o exercício do “ius puniendi” do Estado, como legitima a sua intervenção criminal²¹¹ a mais que a comunidade jurídica não acataria uma condenação baseada em suspeitas, porque a mesma seria contrária à justiça.

Como corolário fundamental do princípio de presunção de inocência, o princípio “in dubio pro reo” é um princípio geral do processo penal no sentido de que este existe para proteger os homens honestos e inocentes e os direitos fundamentais dos cidadãos, protegendo-os das convicções viperinas fundadas nas presunções de culpa que muitas vezes se materializaram no adágio popular “onde há fumo, há fogo”.

²⁰⁷ ALEXANDRA VILELA, Op. Cit., pág. 43 ss. e RUI PATRICIO, Op. Cit, pág. 33 e ss.

²⁰⁸ Vide nº 4 do art. 97º do CPP

²⁰⁹ Vide nº 2 do art. 374º do CPP

²¹⁰ O princípio in dubio pro reo tem como objecto a questão de facto, mas é uma verdadeira questão de direito

²¹¹ Neste sentido CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Op. Cit., pág. 166

Parte V

5.1 – Conclusões e apreciações críticas

Com este trabalho tentámos dar a conhecer um pouco melhor o “ campus” de actuação do Agente Infiltrado, no âmbito do Regime Jurídico das Acções Encobertas.

O problema coloca-se porque assiste-se, desde inícios do século XX, ao despoletar de uma nova forma de sociedade, que rompe com o passado, sobre a qual pesa uma forte ameaça global provocada por grandes riscos – riscos globais (risco atómico, risco ecológico e ambiental, manipulação genética, a produção maciça de produtos perigosos e radioactivos, a criminalidade organizada, o terrorismo, os crimes contra a paz ou a criminalidade), entre outros.

Aliás, à data do presente texto, teve lugar na Noruega, um ataque brutal, atroz e genocida, perpetrado por um jovem “ de 30 anos” contra cerca de 70 pessoas, numa tentativa de alertar o país para os perigos do multiculturalismo europeu, que no seu entender iam “ dar cabo da Europa no próximo século”.

A nosso ver, tratou-se sim, de um verdadeiro crime contra a Humanidade, um acto xenófobo, racista, e que deverá alertar a sociedade para este tipo de “ terrorismo”.

Uma realidade que origina uma crescente exigência de reforço dos mecanismos preventivos e repressivos para o seu combate, reclamação essa, compreensível dada a magnitude dos danos causados por este tipo de criminalidade.

O êxito da luta contra a criminalidade organizada não depende, essencial e/ou exclusivamente, do agravamento das normas de Direito Penal e Processual Penal. Ele deve ser acompanhado de uma mudança de atitude por parte dos órgãos da administração da justiça – dos órgãos com funções no âmbito da investigação e, sobretudo, da prevenção dos crimes – e também das várias instituições de controlo social.

O Estado deve assumir a difícil tarefa de combater, com todos os meios ao seu alcance, esta complexa e perigosa criminalidade, sem, no entanto, transigir quanto a princípios que constituem os seus alicerces, como é o da defesa dos direitos fundamentais de cada pessoa, expressão do respeito pela sua dignidade intangível.

Tal resposta deve ser proporcional à gravidade da situação concreta e balizada pelo respeito às garantias individuais. Poderá haver uma relativização dos direitos fundamentais, justificada pela indiscutível necessidade de preservação da segurança e ordem públicas, mas jamais o seu total esvaziamento.

É neste contexto que se vislumbra como essencial um trabalho de cooperação e complementaridade entre a Doutrina e a Jurisprudência, numa tentativa de densificação de alguns conceitos presentes na prática jurídica e susceptíveis de dúvidas.

Este rigor influenciaria também, com inúmeras vantagens, o nível de consciencialização dos agentes de investigação criminal no exercício das tarefas que lhe são confiadas.

Na verdade, por exemplo, constata-se que a previsão legal da responsabilidade penal do provocador se vem revelando inócua, na medida em que é o Estado, como responsável máximo pela promoção da justiça, que vem sofrendo as (poucas) consequências da utilização ilegítima dos novos mecanismos de investigação criminal.

A transparência do sistema e o rigor dos conceitos, ao facilitar a compreensão das Acções Encobertas, permitiria também a efectiva responsabilização dos seus executores. Assim, sempre que um agente se mostrasse disponível para intervir numa acção desta natureza, consciente das suas condicionantes, estaria a aceitar, nem que tacitamente, cingir-se aos limites legalmente impostos para o exercício legítimo das Acções Encobertas; nada justificaria, a partir de então, qualquer conduta ilegal, restritiva dos direitos do arguido e lealdade no exercício das Acções Encobertas.

Isto porque, apesar da vária regulamentação e legislação neste sentido, ainda longo é o caminho a trilhar. Exemplos disso mesmo, são: a Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira; a Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto, Lei de Combate ao Terrorismo; a Lei nº 93/99, de 14 de Agosto, que define um Quadro Legal para a Protecção de Testemunhas em Processo Penal; a Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, que define o Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal, entre outros.

As técnicas para o combate à criminalidade nos enunciados textos legais contribuem inequivocamente para um aumento da eficácia do Estado, porém a eficácia da investigação e da administração da justiça não justifica a restrição ilimitada e recorrente aos direitos fundamentais.

Na verdade, é difícil aceitar que o legislador português tenha reconhecido total legitimidade, completa e efectiva a Terceiros, conotados com o crime, muitas vezes em processo de ressocialização, para o exercício de uma tarefa que diz restritiva de direitos e que define como excepcional.

Aliás, no exercício das tarefas que lhes estão adstritas, os terceiros colaboradores da justiça beneficiam de uma contrapartida nem sempre legítima, já que, estando embora prevista uma remuneração pecuniária normal, assiste-se vulgarmente à sua compensação por redução ou exclusão da pena – não se compreende bem pois, como pode a lei beneficiar um criminoso em prol de outro, recorrendo a expedientes desta natureza.

Outro aspecto alvo de crítica será a regra da não inclusão dos relatos das Acções Encobertas nos autos do processo. Tal estratégia fundamenta-se na defesa da integridade pessoal do agente de investigação criminal que, colaborando com a justiça, põe em risco a sua vida e o seu bem-estar pessoal.

Apesar disso, consideramos haver já a este nível um excesso de protecção dos infiltrados, importando não esquecer que o RJAe integra já um denso leque de estratégias e medidas que, por si só, cumprem o referido objectivo.

Ainda que inovadora, a Lei nº 101/2001 não estabelece um regime processual, isto é, não resolve a questão da valoração da prova obtida através do agente infiltrado, limitando-se a tratar da questão substancial.

Para colmatar tal lacuna, torna-se necessário recorrer á unidade do sistema, prescrito pelos princípios estruturantes do processo penal e pelos princípios gerais dos meios de prova, já em pontos anteriores referidos.

O regime da prova obtida tem, então, de retirar-se da análise conjunta dos preceitos constitucionais e processuais penais relativos a essa matéria, nomeadamente através do regime consagrado no nº 8 do art. 32º da CRP e dos artigos 125º e 126º do CPP, não sendo demais referir novamente os pressupostos da válida actuação do agente infiltrado, designadamente: Legitimidade; Necessidade; Proporcionalidade e não violação do núcleo essencial de direitos dos cidadãos.

Terminamos o presente trabalho, citando merecidamente o primeiro autor português com uma obra exclusivamente dedicada a esta problemática do agente provocador/agente infiltrado, Manuel Augusto Alves Meireis:

“ Não cabe nas atribuições de um Estado de Direito aliciar ao crime, antes pelo contrário, cabe ao Estado de Direito evitar que se criem as circunstâncias que propiciam o mesmo crime, ou seja, cabe-lhe preveni-lo.”

5.2 – Referências bibliográficas

AIRES DE SOUSA, SUSANA (2003). “Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões”, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora;

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE (2005). Direito Processual Penal – Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Comissão Europeia de Direitos Humanos. Universidade Católica;

ANTON, LUIS FILIPE (1992). “ El Agent Provocateur en el Derecho Penal”. Madrid;

CANOTILHO, G., VITAL MOREIRA (2007). Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª Edição Revista, Coimbra: Coimbra Editora;

CEJ (2004). Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. Coimbra: Coimbra Editora;

CONDE, JUAN MUNOZ (1995). “ La Moderna Problemática Jurídico Penal del Agent Provocateur”. Valência;

COSTA ANDRADE, M. (1992). Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora;

COSTA ANDRADE, M. et al. (2001). Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora;

COSTA ANDRADE, M. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, in Revista de Legislação e de Jurisprudência. Anos 136º e 137º, nºs. 3948 e 3949, pp. 134 – 151 e 220 – 239;

COSTA, JOSÉ FARIA (1992). O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal. BFDUC, vol. LXVIII;

COSTA, JOSÉ FARIA (2001) “ O fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora;

DAMIÃO DA CUNHA, JOSE MANUEL (2005). Dos meios de obtenção da Prova face à autonomia técnica e tática dos Órgãos de Polícia Criminal, in II Congresso de Processo Penal. Almedina;

DAVIN, J. (2004). A Criminalidade Organizada Transnacional – A Cooperação Judiciária e Policial na U.E. Coimbra: Livraria Almedina;

EDWARDS, CARLO ENRIQUE (1996). “ El arrependido, El Agente Encubierto y la Entrega Vigilada”. Buenos Aires;

FERREIRA, VANESSA DIAS (1996). “Problèmes Poses par la Mise em Oevre des Operations undercover dans les Domaine de la Lute contre le Trafic de Stupéfiants”, in Revue de Droit Penal et de Criminologie. Bruxelas;

FIGUEIREDO DIAS, J. de, et al. (2001). Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial. Tomos I, II e III. Coimbra: Coimbra Editora;

FIGUEIREDO DIAS, J. de (2007). Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Tomo I, 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora;

FIGUEIREDO DIAS (2001). O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares. Coimbra Editora;

FIGUEIREDO DIAS (2002). Reflexões sobre o Direito Penal na < Sociedade de Risco> in Problemas Fundamentais de Direito Penal, homenagem a Claus Roxin. Universidade Lusíada. Lisboa;

FIGUEIREDO DIAS (1983). Para uma Reforma Global do Processo Penal Português, in Para uma Nova Justiça Penal. Coimbra. Almedina;

GARCIA, JUAN ESPINAZO (1993) “ La Droga – Problemas de Vigência Universal – Perspectiva Policial”. Madrid;

GONÇALVES, F., ALVES, M. J., VALENTE, M. G (2001). Lei e Crime. O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador. Os princípios do Processo Penal. Coimbra: Livraria Almedina;

GONÇALVES, F., ALVES, M. J., VALENTE, M. G. (2001). O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado (Comentado e Anotado – Legislação Complementar). Coimbra: Livraria Almedina;

JESUS, SOLANGE (2009). Tese de Mestrado – O Agente Infiltrado como novo instrumento de política criminal. FDUC. Coimbra;

LOBO, FERNANDO GAMA (2006). Droga – Legislação, Notas, Doutrina, Jurisprudência. Quid Iuris;

LOUREIRO, J. (2007). Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o primeiro Acórdão do T.E.D.H. – 9. Junho. 1998 – Condenação do Estado Português. Coimbra: Livraria Almedina;

- MARTINS, LOURENÇO (1984). “ Droga – Prevenção e Tratamento”. Coimbra;
- MARX, GARY. “ Recent Developments in Unidercover Policing”, acessível no endereço electrónico: www.web.mit.edu/gtmarx/www,recent.html;
- MEIREIS, M. A. A. (1999). O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal. Coimbra: Livraria Almedina;
- MIRANDA, J. (2008). Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais, 4ª Edição, Revista e Actualizada. Coimbra: Coimbra Editora;
- MONTE, MARIO FERREIRA (1997), “ Anotação ao relatório da comissão europeia dos direitos do homem, processo nº 25829/94, Francisco Teixeira de Castro contra Portugal”, in Scientia Iuridica – revista de direito comparado português e brasileiro, tomo XLVI Universidade do Minho;
- MOURA, JOSE SOUTO DE. A questão da presunção da inocência in RMP nº 42, ano II;
- ONETO, M. I. S. (2001). (tese de mestrado) O Agente Infiltrado – Contributo para a compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. FDUC. Coimbra,
- PATRICIO, RUI (2000), “ O princípio da presunção do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português”, AAFDL. Lisboa;
- PEREIRA, RUI. O consumo e o tráfico de droga na lei portuguesa, in RMP, nº 65;
- RODRIGUES, ANBELA MIRANDA (2007). Criminalidade Organizada – Que Política Criminal, Estudos Jurídicos de Coimbra. Juruá Editora;
- RODRIGUES ,ANABELA MIRANDA (2007)– “ A GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL – DA PIRÂMIDE À REDE OU ENTRE A UNIFICAÇÃO E A HARMONIZAÇÃO”, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, coord. António Meneses Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Januário da Costa Gomes. Almedina ;
- SANTOS, ELSA MARGARIDA COSTA (2009). Tese de Mestrado – O Agente Infiltrado na experiência processual penal portuguesa. FDUC. Coimbra;
- SANTOS, M. S., LEAL-HENRIQUES, M. (1999). Código de Processo Penal Anotado. Volume I, 2ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros;

SILVA, GERMANO MARQUES DA SILVA (1987/1988) "Princípios Gerais do Processo Penal". Direito e Justiça, RFCHUCP, Vol.III;

SILVA, GERMANO MARQUES DA SILVA (1994). Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos – Os Princípios democrático e da Lealdade em Processo Penal, Direito e justiça, FDU Católica, Vol.VIII, Tomo II;

VILELA, ALEXANDRA. “ Considerações acerca da presunção da inocência em direito penal”. Coimbra Editora;

Internet

MOUROS, MARIA de FÁTIMA (2007)
www.inverbis.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=47

PEREIRA, RUI, www.mj.gov.pt/sections/justica-e-tribunais/justica-criminal/unidadede-missaopara/comunicacoes/infor_invest_criminal/downloadFile/attachedFile_f0/Informacoes_e_Investigacao_Criminal.pdf?nocache=1148299045.22

Pt.wikipedia.org/wiki/Principio_da_Razoabilidade_e_Proporcionalidade

Www.dgsi.pt

[http://coluna.dit.unl.pt/pgr.../19940050PP.html?query=descritores\(agente+infiltrado\);](http://coluna.dit.unl.pt/pgr.../19940050PP.html?query=descritores(agente+infiltrado);)

www.direitoonline.com;

www.formare.pt/oa;

www.pgdlisboa.pt;

www.verbojuridico.net

www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet-jur/cafpatrz.html

www.oab-ms.org.br/advogados_artigo43.asp

www.tribunalconstitucional.pt

www.ircr.org/spa

...

