



Universidades Lusíada

Soares, Tiago Alexandre da Rocha

Homens de confiança : a responsabilidade penal do agente infiltrado

<http://hdl.handle.net/11067/2733>

Metadados

Data de Publicação	2016
Resumo	<p>A figura dos agentes encobertos ressurgiu no direito moderno, numa altura em que a proliferação dos grupos de criminalidade organizada se tem alastrado por todo o mundo não reconhecendo mais as fronteiras dos Estados e trabalhando como verdadeiras empresas multinacionais. Estes métodos de investigação surgem como o meio mais eficaz aos fins de prevenção e repressão criminal deste tipo de criminalidade grave. Iremos partir duma divisão tripartida dos “homens de confiança”: o agente encoberto, o ag...</p> <p>The figure of undercover agents resurfaces in modern law, at a time when the proliferation of organized crime groups has proliferated throughout the world do not recognizing anymore national borders and working as true multinational companies. These research methods emerge as the most effective means for the prevention and criminal prosecution of this type of serious crime. We will start from a tripartite division of the concept of “confidence men”: the Untergrundfahnder, the undercover agent a...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito penal, Crime organizado - Investigação, Investigação Criminal - Métodos, Agente infiltrado
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-12-26T09:35:26Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**HOMENS DE CONFIANÇA:
A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE
INFILTRADO**

Tiago Alexandre da Rocha Soares

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre
Sob Orientação do Professor Doutor Fernando Torrão

Porto, 2016

Agradecimentos

Dedico este trabalho em primeiro lugar aos alicerces que suportam e inspiram tudo o que sou: os meus pais.

Um especial obrigado a eles por me proporcionarem a vida, a paz e a inspiração necessárias para a investigação e produção desta dissertação, e ainda por todo o apoio incondicional e indispensável.

Às minhas irmãs, de quem me orgulho pelo caminho que temos desbravado, de mãos dadas, como oponentes na mesma equipa, pelo apoio, motivação e amizade, e pela indivisível competitividade que faz de nós eternos insaciados.

À minha namorada e amiga Vanda, por todo o carinho, companheirismo e amizade, e por toda a ajuda que sempre me soubeste dar. “Sozinhos vamos mais rápido, mas acompanhados vamos, com certeza mais longe”.

À Universidade Lusíada do Porto, por me mostrar o apaixonante mundo do Direito. Em particular ao Dr. Fernando Torrão, meu Orientador, por toda a disponibilidade e vontade de mostrar o caminho, e ainda ao Prof. Augusto Meireis cujas críticas foram inspiradoras e decisivas para o resultado final.

Por fim, dedico este trabalho a todos os meus colegas e amigos, e a todos os digníssimos professores da Universidade Lusíada do Porto com quem me fui cruzando ao longo do meu percurso académico que tanto contribuíram para a minha formação.

A todos, o meu mais sentido agradecimento,

Índice

Agradecimentos	II
Índice	III
Resumo	V
Abstract.....	VI
Palavras – chave	VII
Lista de abreviaturas	VIII
Introdução	9
1. Referência Histórica	11
1.1 A génese da figura	11
1.2 A nova criminalidade e o Estado Neoliberal	14
1.3 A Conceção "securitária" do direito penal - O "Direito Penal do Inimigo" de Güntr Jakobs. 1985-2003.....	17
1.4 Os alarmes em Portugal e a Evolução Legislativa.....	18
2. As acções encobertas em estudo comparado.....	23
2.1 Alemanha	23
2.2 Espanha.....	25
2.3 Reino Unido.....	26
2.4 E.U.A	27
3. A admissibilidade da Acção Encoberta.....	29
4. A Delimitação dogmático-conceitual	35
5. As modalidades de infiltração policial	40
5.1 Operações <i>light-cover</i>	40
5.2 Operações <i>deep-cover</i>	42
6. O Agente Encoberto	44
7. O Agente Infiltrado.....	47
7.1 O tratamento substantivo	47
7.2 O tratamento processual.....	49
7.3 Os pressupostos da actuação do agente infiltrado	52
a) O princípio da legalidade	52
b) O princípio da proporcionalidade.....	55
c) A não violação do núcleo essencial do direito	58
7.4 A prática de actos preparatórios ou de execução.....	59

7.5	A comparticipação	63
7.6	A Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado	66
7.7	A Responsabilidade do Estado pelas actuações do agente infiltrado	71
8.	O Agente Provocador	74
8.1	O tratamento substantivo	74
8.2	O tratamento processual.....	76
	i. A proibição da autoria mediata e da instigação.	78
	ii. A punibilidade do agente provocador	80
	iii) O efeito à distância das provas recolhidas pelo agente provocador	81
9.	Os “homens de confiança” na jurisprudência.....	83
9.1	Apreciação crítica	88
10.	O caso “Teixeira de Castro Vs. Portugal”	89
10.1	O processo no TEDH	89
11.	A inconstitucionalidade do art. 4º, n.º1 do RJAE.....	95
12.	Os conhecimentos de investigação e os conhecimentos fortuitos no âmbito das acções encobertas	97
12.1	A valoração dos conhecimentos fortuitos?.....	97
	Conclusões	101
	Bibliografia	104

Resumo

A figura dos agentes encobertos ressurgiu no direito moderno, numa altura em que a proliferação dos grupos de criminalidade organizada se tem alastrado por todo o mundo não reconhecendo mais as fronteiras dos Estados e trabalhando como verdadeiras empresas multinacionais. Estes métodos de investigação surgem como o meio mais eficaz aos fins de prevenção e repressão criminal deste tipo de criminalidade grave. Iremos partir duma divisão tripartida dos “homens de confiança”: o agente encoberto, o agente infiltrado e o agente provocador. Sendo o agente provocador, desde logo uma figura inadmissível à luz do nosso ordenamento jurídico, por representar um verdadeiro instigador ou autor mediato do crime; a figura do agente infiltrado - de entre os métodos admissíveis - afigura-se como a mais opressor de direitos fundamentais. É uma figura incontornavelmente controversa. Todavia os órgãos de polícia criminal em várias ocasiões irão deparar-se com situações em que não haverá outra forma de investigar senão através da submersão no seio dos grupos criminais. Trata-se de uma figura primordial no que diz respeito à investigação organizada, que terá um papel cada vez mais presente nos meandros da colaboração internacional entre os Estados-Membros da UE, ainda mais actualmente com o desenvolvimento das regras de cooperação penal e policial, que prevê a futura Constituição Europeia e a implementação da Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Penal aprovado em 2000 e que se encontra já em vigor.

Todavia, não obstante a sua adequação enquanto meio de prevenção e repressão, especial e teleologicamente direccionado para perseguição da criminalidade grave e organizada, este, não raras vezes, terá que cometer delitos criminais dos quais dependerá a prossecução da acção encoberta. A questão que se coloca é tão só: como e em que termos responderá o agente infiltrado pela execução destes actos típicos penais?

Abstract

The figure of undercover agents resurfaces in modern law, at a time when the proliferation of organized crime groups has proliferated throughout the world do not recognizing anymore national borders and working as true multinational companies. These research methods emerge as the most effective means for the prevention and criminal prosecution of this type of serious crime.

We will start from a tripartite division of the concept of “*confidence men*”: the *Untergrundfahnder*, the *undercover agent* and the *agent provocateur*. The *agent provocateur*, it’s an immediately unacceptable figure in our legal system, for representing a real instigator or offender; the figure of the undercover agent - from our acceptable methods – it appears as the most oppressive of fundamental rights. It is an unavoidably controversial figure.

However, the criminal police on several occasions will be faced with situations where there is no other way to investigate but by submersion within the criminal groups. This is a major figure in relation to organized crimes research, which will have an increasingly applicability in the intricacies of international collaboration between EU Member States, especially now, with the development of criminal cooperation rules and police, which provides for the future European Constitution and the implementation of the Convention for mutual assistance in Criminal Matters adopted in 2000 and which is already in force.

However, although it’s suitability as a means of prevention and suppression of crimes, special and teleologically directed to the pursuit of serious and organized crimes, this police agent, often, have to commit criminal offenses of which depend on the continuation of covert action. The question that arises is merely: how and on what terms answer the undercover agent for the execution of these criminal typical acts?

Palavras – chave

AGENTE ENCOBERTO

AGENTE INFILTRADO

AGENTE PROVOCADOR

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

RESPONSABILIDADE PENAL

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

RJAE

Lista de abreviaturas

Ac./Acs. - Acórdão/Acórdãos

Art. - Artigo

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CJ - Colectânea de Jurisprudência

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DAR - Diário da Assembleia da República

RJAE – Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de prevenção
investigação criminal (Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto)

RMP - Revista do Ministério Público

RPCC - Revista Portuguesa de Ciência Criminal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

Introdução

“Estamos a caminhar para um sítio que não é por nós desejado. A queda é isso. Vamos por força gravítica e não decisão individual.”

Gonçalo M. Tavares

Com o presente trabalho iremos debruçar-nos sobre a figura dos “Homens de Confiança” enquanto recurso para a investigação criminal, mormente direccionados para a sua responsabilidade penal pela execução de ilícitos penais no decorrer da investigação.

Iremos abordar o tema de forma ampla, tanto ao nível do direito penal substantivo como do direito processual penal, incidindo sobre as suas três tipologias mais representativas: o agente encoberto, o agente infiltrado e o agente provocador. A generalidade dos autores não entende que se deva fazer uma divisão no que concerne ao agente encoberto e ao agente infiltrado, defendendo que são duas faces da mesma moeda, e que ambas as actividades ocultas se mostram dependentes, confrontando apenas a actividade do agente infiltrado à do agente provocador.

Desde 2001 com o surgimento do RJAÉ, muitos autores sustentam-se na redacção do regime para fundamentar a inexistência de distinção do agente encoberto e infiltrado pois o legislador ao longo do Regime das Ações Encobertas não faz essa mesma distinção, optando por utilizar expressões amplas como: “acções encobertas”.

Nós porém, contrariando a tendência, entendemos que a figura do agente encoberto é autonomizável, e optamos por uma visão tripartida dos “homens de confiança”. No contexto de uma sociedade global, e com o emergir de novas formas de actuação criminal, melhor organizadas e cada vez mais dotadas de meios bélicos e tecnológicos avançados, atingiram hoje uma situação de imunidade perante os sistemas de investigação tradicionais fazendo das acções encobertas um meio teologicamente perfeito para a prevenção e repressão criminal. Não se trata porém de uma problemática simples, isto porque estará sempre em causa uma dicotomia entre dois valores fundamentais: a Liberdade e a Segurança. Daí que desde a década de 80 a figura dos “Homens e Confiança” através das acções encobertas têm-se instalado nos ordenamentos jurídicos europeus e americano. E é então perante este quadro actual que as sociedades desenvolvidas do ocidente têm vindo a aceitar uma maior restrição da liberdade com vista a uma maior garantia de segurança, como o ressurgir de um novo contrato social em que à *magna charta do delinquente* se contrapõe a *magna charta do cidadão*, na busca por um equilíbrio social e uma maior

eficácia dos meios de combate à marginalidade. Todavia, apesar da segurança dos cidadãos e da justiça penal serem valores que se persevera acautelar, já hoje se discute qual o preço a pagar pela conservação destas fundações. A dignidade da pessoa humana?

1. Referência Histórica

1.1 A gênese da figura

A origem da figura do agente infiltrado poderá gerar controvérsias. Se para alguns autores as primeiras alusões a esta figura surgiram já na Bíblia, nomeadamente em Génesis (III, 1-7), para outros a origem da figura do agente infiltrado encontra-se ainda na antiguidade Grega, nas fábulas de Esopo (Esopo, III, fábula V, *Aesopus et petulans*). (Montoya, 2001: 39)

Sem embargo deste entendimento, a maioria dos autores concordam que a infiltração de agentes da polícia tem a sua origem ligada ao período do absolutismo francês, mormente à época do Rei Luís XIV o qual, com o objectivo de fortalecer ainda mais o *Ancien Régime*, criou a figura do chamado *agent provocateur*. Eram agentes policiais que Isabel Oneto define como “delatores”, ou nas palavras de Augusto Meireis “os primeiros agentes provocadores da história europeia”. (Meireis, 1999: 20)

Estes *agentes provocadores* eram contratados pela polícia parisiense nos finais do séc. XVIII, e tinham a função de descobrir, no seio da sociedade, quais eram os inimigos políticos do rei, para então denunciá-los em troca de favores ou recompensas.

Era conhecida a actividade da provocação na época do Cardinal Richelieu, e sobretudo nos tempos de Luís XIV, com a organização policial às ordens do Marquês de Argenson, cuja finalidade era por um lado incitar acções criminais com conotações políticas de modo a descobrir inimigos do Rei, e por outro a criação de um clima de violência em que se legitimasse a implementação de medidas coercivas do ponto de vista social.

A polícia fazia distinção entre aqueles que trabalhavam encobertos, clandestinamente – os quais recebiam o nome de *observateurs* -, e aqueles que eram contratados abertamente, os quais eram apelidados de *mouches*, *sous-inspecteurs*, *commis* ou *préposés*. Entre os contratados estavam presos que trocavam a liberdade por cooperação com a polícia; e até mesmo pessoas de nível social mais elevado, que ficavam incumbidas de se infiltrar em locais frequentados pela alta sociedade.

Com o aparecimento desta figura, no início, o *agent provocateur* limitava-se a observar a conduta alheia para, posteriormente, levá-la ao conhecimento das autoridades; contudo, com o passar do tempo, percebeu-se que a mera infiltração não era já suficiente

para reprimir a oposição ao regime, e adoptou-se uma actuação de verdadeira provocação das condutas consideradas ilícitas. (Silva, 2003: 87)

As forças da ordem revolucionária utilizaram agentes provocadores para descobrir conspirações dentro das prisões, que se denominavam na altura *moutons de prisons*.

O agente provocador foi uma presença constante na história política da França, tanto durante o *Ancien Regime*, como na fase revolucionária e pós-revolucionária com todas as consequências adjacentes à revolução francesa de 1789, o que também veio a acontecer no Reino Unido com a Revolução Industrial, e que tenderam a moldar as principais matrizes das polícias modernas que para além da função administrativa e de segurança pública, mostram-se também vocacionadas para a investigação criminal.

Uma figura incontornável na acção infiltrada, em França, foi sem dúvida *Eugène François Vidocq*, um condenado que foi incumbido de criar a primeira organização de investigação infiltrada com agentes à civil - "*plainclothes man*" -, nos finais de 1811. Criava-se assim a *Brigade de la Surête*, um corpo de polícia com ex-criminosos, que por conhecerem de forma privilegiada os meandros do crime, obtiveram resultados inigualáveis no combate a criminalidade. Posteriormente viria a ser transformada por Napoleão num corpo de polícia de administração Estatal. A actuação deste corpo policial ao longo dos tempos foi utilizado na prevenção e repressão criminal, mas a vulnerabilidade da actuação infiltrada era notável, e apesar dos sucessos alcançados, eram também elevados os níveis de corrupção, pois o agente infiltrado era muitas vezes o próprio a incitar ao crime. Não obstante todas as críticas feitas à actuação de *Vidocq*, ainda hoje é reconhecível a influência da *Brigade de la Surête* na actual Policia Nacional Francesa.

No entanto a prática do *agent provocateur* foi utilizada, também em outros países nessa mesma época.

Em Espanha, foi utilizado em grande medida, em especial durante o período da Inquisição, na busca de manifestações supostamente "heréticas", do ponto de vista da Igreja Católica.

No Reino Unido, também no séc. XVIII, sentiu-se a influência das acções encobertas, não através da criação de forças policiais, mas dando-se preferência ao envolvimento dos cidadãos nesta função de prevenção e repressão criminal, excluindo-se portanto a função do Estado.

Criaram-se então figuras como os "*common informers*" e os "*thief takers*", de onde surgiu o reconhecido Jonathan Wild (1862-1725). A figura dos "*common-informers*" degenerou rapidamente num grupo profissional, especializado na mentira e na arte da

conspiração, recorrendo frequentemente ao perjúrio para atingir os seus objectivos. Os chamados “*thief takers*” sendo “*caçadores-de-recompensas*” que tinham a função de recuperar bens furtados e entregá-los aos órgãos policiais, recebendo por isso gratificações monetárias, actuavam sem qualquer controlo judicial, e facilmente a sua actuação se transformou em abusos e violações de direitos fundamentais, sendo comum dizer-se que os “*thief-taking*” facilmente se transformaram em “*thief-making*”.

Importante ressaltar a criação, em 1829, da Polícia Municipal Pública de Londres, “*the bobbies*”, com funções preventivas, as quais não incluíam a utilização ou detenção de armas de fogo, uniformizada e com serviço permanente de 24 horas pela cidade. Esta função preventiva da polícia de Londres teve uma fortíssima repercussão na diminuição da criminalidade da cidade.

Apesar da oposição manifestada no Reino Unido acerca da criação de uma unidade policial especializada em investigações infiltradas, em 1842, foi criada a “Criminal Investigation Division” (CID), agregada à *New Scotland Yard*, composta por dois inspectores e seis sargentos que foram infiltrados no meio criminal. Esta força foi reorganizada, em 1877, após vários membros terem sido acusados por instigarem um farmacêutico a vender medicamentos abortivos. No início de 1880 a estrutura do CID já integrava mais de 800 funcionários.

O mesmo receio da constituição de uma polícia organizada e centralizada, associada a informadores, espiões e delatores despontou nos Estados Unidos.

A dinâmica revelada pela revolução e independência 1776, e as convulsões subsequentes, resultantes do desenvolvimento acelerado da economia, a circulação de pessoas e mercadorias, diversidade cultural e étnica e a expansão das cidades para zonas urbanas periféricas, tiveram como consequência necessária a criação, em 1850, de polícias municipais, uniformizadas, submetidas ao poder político local eleito por sufrágio.

Tal como no Reino Unido, dava-se preferência à prevenção com a visibilidade policial e a sua função capital era apoiar o cidadão, na função de garantir a segurança, e nunca no sentido de que os agentes manifestassem a iniciativa de perseguir o crime ou criminosos.

No final do séc. XIX, na maioria das cidades americanas, dá-se o surgimento de pequenos grupos de detectives provenientes da sociedade civil, actuando sob a jurisdição da polícia. Eram agentes com experiência de polícia ou como detectives privados com contactos nas franjas da criminalidade ou mesmo do núcleo central. A forma de agir baseava-se nos contactos com criminosos, infiltração, e um método para recuperação da

propriedade furtada baseado em gratificações, ou seja, à imagem do que se fazia no Reino Unido, o combate à criminalidade era feito através da colaboração dos cidadãos em troca de recompensas.

Este comportamento conduziu a uma actividade passiva dos investigadores porque o seu desempenho passou a ser orientado pela recuperação e divisão da propriedade com o criminoso eliminando a sua detenção.

A promiscuidade entre polícias e criminosos redundou numa série de acusações criminais contra os primeiros e o reconhecimento da necessidade de reformas. Para fazer face a esta sombria realidade, no virar do século o sistema de compromisso foi abolido e proibido. O serviço da polícia passou a ser pago pelo contribuinte e procedeu-se à reorganização das unidades de investigação.

Assim, como veremos adiante, embora hoje o agente infiltrado e o agente provocador sejam figuras muito distintas tanto em termos substantivos quanto processuais, sendo que o primeiro trata-se de um meio de obtenção de prova aceite pelo nosso ordenamento jurídico, enquanto o segundo é por ele vedada pois trata-se de um método de investigação que oprime de forma grosseira os direitos fundamentais dos cidadãos, ambos têm a sua origem no comum *agent provocateur* do absolutismo francês.

1.2 A nova criminalidade e o Estado Neoliberal

Como afirma Augusto Meireis, (Meireis, 2006: 82) os métodos tradicionais utilizados pelos órgãos de polícia, hoje em dia não são suficientes para “resolver os problemas com que nos deparamos, sendo inadequadas ou, pelo menos, pouco satisfatórios”.

Nas palavras do autor, hoje em dia já não será o “(...) furto, o rapto isolado, ou mesmo o homicídio que preocupam as mais altas instâncias com competências para definir modelos de prevenção e investigação criminal”; pois para este tipo de criminalidade as autoridades vão dando ainda soluções eficazes, recorrendo às suas técnicas tradicionais de investigação e repressão criminal. Actualmente o maior motivo das preocupações das autoridades são as “novas formas emergentes da criminalidade: 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 tráfico de embriões. Mas são ainda,

e também, os crimes de natureza económica e financeira e, as sempre com eles coligadas, cifras negras; e o incontornável terrorismo”;

Hoje em dia o processo penal depara-se com problemas novos e bem mais complexos do que outrora, e os princípios democráticos vivem em constante conflito, pois se por um lado se exige maior segurança e eficácia da justiça penal por outro não se pode permitir uma diminuição das liberdades e garantias até agora conquistadas. Nesta perspectiva temos vindo a manifestar “alguma inabilidade na forma de tratar” este mundo novo, o que tem sido um dos maiores desafios para as forças policiais e jurisdicionais modernas.

Ao longo dos anos 80 do séc. XX tem aumentado o estudo da admissibilidade dos métodos ocultos de investigação, *in caso*, o agente infiltrado, como forma de resposta a um “despoletar de novos métodos de criminalidade, e também por força da globalização, da evolução tecnológica e da facilidade com que as que pessoas se deslocam entre Estados, (...) fazendo com que os sistemas de investigação não estejam mais a par das metodologias aplicadas pelas organizações criminais.”

Vivemos num era de autêntica dicotomia constitucional, pois se por um lado “um Estado Democrático de Direito deve primar pela defesa dos direitos e das liberdades dos cidadãos face às agressões externas”, por outro lado exige-se a tutela dos direitos fundamentais como o direito à liberdade e à própria reserva da vida privada. Mas ainda assim o equilíbrio entre este estado de coisas deve ser atingido através de soluções criadas pelo Estado mas de forma tal que apenas se “recorra às sanções mais restritivas e gravosas do Direito Penal em última instância e depois de ter sido demonstrado que o recurso a outras sanções menos graves não é eficaz”, e ainda assim depois de o Estado ter já suprimido todos os esforços no sentido de evitar o recurso aos meios mais opressivos para garantir a tutela constitucional, teimando-se assim no cunho do Estado Liberal.

Contudo, e apesar de se verificar a inexistência de formas menos opressivas de defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em última instância e após se compreender que é exigível a intervenção de um Direito Penal mais interventivo e mais compressivo, este terá sempre como barreira à sua actuação um núcleo essencial dos direitos fundamentais que jamais poderá ser ferido. É este o compromisso do Estado de Direito: “o de continuar a tratar uma Pessoa como Pessoa”. Não poderemos jamais permitir que as pessoas sejam subtraídas da sua dignidade e que passem “da pessoa com garantias face ao Estado - que nos legou a Revolução Francesa - ao objecto perseguido - da Idade Média ou de outros momentos da História”. (Meireis, 2006: 82)

O nosso século é assinalado por um “aumento da criminalidade e da sua perseguição - real ou simbólica (Andrade, 2009: 293) - em vários sectores da sociedade”. Na opinião de Carolina Pereira, (Pereira,2012: 3) esta expansão de meios de perseguição da criminalidade “procura no discurso da segurança e da protecção das instituições do Estado o seu amparo legitimador”.

Na perspectiva de Batista Machado (2010, p.58-59) “num Estado de Direito, é garantida ao cidadão a segurança na sua esfera pessoal, perante intervenções do Poder Público. O princípio do Estado de Direito – ou Estado subordinado ao Direito – surge exactamente como uma forma de contenção do Estado Absoluto, em que prevalecia a denominada “Razão de Estado” sobre os direitos e liberdades dos cidadãos”.

Hassemer (1995, p.67) entende que actualmente a preocupação do direito penal não se prende mais com os bens jurídicos individuais, como a vida e a liberdade, tendo hoje uma vocação para a garantia “dos novos bens jurídicos universais: a saúde pública, a estabilidade do mercado de capitais, ou a credibilidade da política externa”.

Como vimos no *Ancien Régime*, surgem as primeiras notícias do recurso ao agente infiltrado como forma de combate aos inimigos do Rei. Estes agentes tinham à data a responsabilidade de denunciar opositores do regime. Hoje, o agente infiltrado não tem como fim a investigação e denúncia de opositores ao Rei, mas sim ao Estado, ou seja, a perseguição daqueles que “infringem as leis penais que estão ligadas aos bens jurídicos elencados como os mais importantes da sociedade”.

Não obstante as correntes que defendem que a forma como o Estado exerce a tutela da segurança pública e da justiça penal é cada vez mais compressora de direitos fundamentais, e por outro lado a corrente contrária que defende que a compressão de direitos fundamentais é essencial no actual estado de insegurança que a sociedade está imersa, não devemos nunca alhear-nos de que o direito processual penal é a concretização do direito constitucional. E neste sentido quaisquer medidas tomadas no âmbito do direito processual penal deverão estar em consonância com os princípios fundamentais da *Magna Carta*, não sendo tolerável prescindir dos direitos humanos, em nome da proclamada segurança pública.

É evidente que uma das questões mais notórias na doutrina acerca dos métodos ocultos de obtenção da prova é o facto do *engano* e do *erro* associado a este método de investigação. É impossível não sentirmos uma certa aversão ao admitir que o Estado faça uso de um método fraudulento para que desse modo adquira uma posição privilegiada de

onde observará o suspeito a produzir prova contra si mesmo, embrenhado numa teia de enganos. Ainda que se considere que a sociedade hoje vive “um contexto de pluralismo e multiculturalismo de valores, a mentira, em nenhuma sociedade, é valorada como positiva”. E ao lado do recurso ao agente infiltrado sempre paira um dilema ético e moral, o qual a sociedade tem dificuldade em aceitar. Levantamos todas estas questões ainda no âmbito do agente infiltrado, pois acerca do agente provocador muito mais graves serão as suas implicações e consequências tanto em termos substantivos quanto processuais. É que nas palavras de Costa Andrade (2009, p. 221) não se poderá jamais admitir que o Estado “com uma mão favoreça o crime que quer punir com a outra. Acabando, não raro, por atrair pessoas que de outro modo ficariam imunes à delinquência e potencializando os factores da extorsão, da violência e do crime em geral”. (Pereira, 2012: 5)

1.3 A Concepção "securitária" do direito penal - O "Direito Penal do Inimigo" de Güntr Jakobs. 1985-2003

Com o alastrar da criminalidade grave e organizada, novas ideias sobre os caminhos que o processo penal deveria tomar foram surgindo. Quando as consequências nefastas deste tipo de criminalidade atingiu um patamar global, os Estados foram adaptando os seus diplomas legislativos, e foi também neste caudal em que a sociedade do séc. XX foi mergulhada que surgiu o Direito Penal do Inimigo de Günter Jakobs.

Günter Jakobs, apresentou esta nova tese no Seminário de Direito Penal em Frankfurt, em 1985, fortemente influenciado por filósofos da Antiguidade Clássica (como Platão) e teóricos do contratualismo, e consiste no seguinte:

Vivemos actualmente num Estado “criado” através de um contrato social, onde os cidadãos se obrigam a cumprir o respeito pela ordem pública. O criminoso ao executar um ilícito penal não está a respeitar a ordem jurídica e com tal não esta a cumprir o contrato. Ao criminoso ao não cumprir o contrato exclui-se da sociedade e de todos os valores e garantias que esta lhe facultava. Não é portanto um cidadão. (Fernandes, 2011: 4 6)

Nesta teoria podemos dividir o direito penal em duas distintas fatias: de um lado teremos o “direito penal do cidadão”; do outro teremos o “direito penal do inimigo”.

Segundo Jakobs, os inimigos aos quais iremos aplicar o direito penal do inimigo, são os "indivíduos pertencentes a organizações terroristas, redes organizadas de crime, delinquentes cujos crimes possuam uma natureza particularmente grave, violenta ou de cariz sexual". (Fernandes, 2011: 5) São crimes que ferem gravemente o Estado e como tal,

entende o autor, que a solução passa por excluir o direito penal a estes cidadãos (criminosos).

Segundo Gomes Canotilho, "o inimigo nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula".

Nesta teoria a aplicação da pena irá ter em conta, não a conduta do agente, mas a perigosidade que representa para a sociedade. Ou seja, teremos uma usurpação do direito penal, com penas que deixarão de ter como fim um componente integradora, mas sim um vertente "neutralizadora". (Canotilho, 2009: 23)

Este tipo de concepção irá inverter os princípios do Estado de direito, e do próprio direito penal, o que terá como consequência a protecção dos bens dos cidadãos e da comunidade e não a protecção das normas jurídicas.

No sentido inverso ao Direito do inimigo, teremos o Direito do Cidadão. Este será aplicado aos delituosos cujos actos não sejam na sua medida dotados de uma gravidade tal que se justifique como um atentado ao Estado. Digamos, trata-se de um "mero deslize no dever de observância da lei. Assim irá manter o seu estatuto e garantias fundamentais enquanto cidadão. (Hélène Fernandes *apud* Fernandes 2011: 9)

Esta concepção securitária do direito penal será sempre alvo de duras críticas pela inadmissível violação do direito da dignidade humana, e de todos os direitos fundamentais que lhe estão vinculados, como o direito à liberdade, direito à reserva da vida privada, direito presunção de inocência, entre outros...

Ao princípio da dignidade humana não poderá nunca ser ponderada a sua violação, pois este é anterior ao próprio Estado, sendo um algo intrínseco ao próprio homem.

Além do mais a ordem jurídica de "um Estado de Direito, não poderá jamais conceber uma pessoa como seu inimigo, pois deste modo deixaria de ser, para essa pessoa, Direito". (Maria Fernandes Palma, "O Princípio da desculpa em direito penal" *Apud* Caires, 2012)

1.4 Os alarmes em Portugal e a Evolução Legislativa

Nós em Portugal, pela nossa localização geoestratégica, como porta de entrada da Europa, e também pela aproximação com África, não ficamos alheados desta incursão da criminalidade organizada que se tem surtido pelo mundo e neste particular na Europa, desde o final do séc. XX. E assim também aqui em termos legislativos se sentiram

consagrações normativas que tiveram como objectivo a prevenção e a repressão criminal deste tipo de criminalidade grave, com um particular recurso aos meios enganosos, aqui referindo-nos particularmente ao agente encoberto e ao agente infiltrado.

O agente infiltrado tem a sua primeira consagração no nosso ordenamento jurídico em leis penais especiais através do Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro (Lei da Droga), quando refere no seu art. 52º, com a epígrafe “Conduta não punível” o seguinte:

“1. 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 estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.”

Com a estreia da fugira do agente infiltrado no nosso ordenamento jurídico legitima-se a sua actuação quanto ao crime de tráfico de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, sob a forma de entrega no decorrer da fase de inquérito preliminar, isto é, na investigação de ilícito já cometido, o que segundo Lourenço Martins, não se revelou bem assim na Doutrina e Jurisprudência, pois ambas faziam uma interpretação “laxista” daquele preceito no respeitante à forma, permitindo ir além da mera entrega. (Martins *apud* Matos: 155)

Posteriormente surge em 1993, o Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, onde verificamos que o seu art. 59, nº 1 é a transcrição do art. 52º do Dec. Lei nº 430/83.

Pode-se dizer que a Jurisprudência insiste em justificar a conduta da provocação ao crime, de que é exemplo o Acórdão do S.T.J. sobre o caso Teixeira de Castro, enquanto que a doutrina opta por aceitar a actuação de agentes da polícia sob a forma de agentes infiltrados, desde que submetidos a rigorosos requisitos, onde se enquadra perspectiva de Costa Andrade. Trata-se de um regime específico de investigação criminal que consagra as “entregas controladas”, acrescentando ainda a criminalização do branqueamento dos “frutos” derivados do tráfico de estupefacientes no seu art. 23º e equipara o tráfico de drogas, em matéria processual penal ao terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada.

Em 1994 dá-se a primeira dilatação do catálogo de crimes que permitem a admissibilidade do agente infiltrado. Surge com a Lei nº 36/94, de 29 de Setembro, e prevê a possibilidade de recurso ao agente infiltrado no combate aos crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira. Verificamos aqui quer uma ampliação do catálogo de crimes em que é admissível o uso do agente infiltrado, quer do seu campo de actuação,

comparando com o anterior diploma. Este diploma dispunha no seu art. 6º, nº 1, para os ilícitos constantes no art. 1º, nº 1, o recurso a acções encobertas sob a epígrafe “*actos de colaboração ou instrumentais*”, no âmbito de inquéritos, sujeitos a autorização judiciária.

Com o surgimento da Lei 45/96 de 3 de Setembro alterou-se o regime ordinário (do tráfico e consumo de estupefacientes), e surge a adição do art. 59º - A.

Tomando o art. 59º do Dec. Lei 15/93 de 22 de Janeiro e com uma nova redacção, alargamos o âmbito de actuação do agente infiltrado à prevenção e repressão de crimes, nomeadamente do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Surge então a alteração da epígrafe que dizia “*Conduta não punível*” para passar a “*Condutas não puníveis*”.

Finalmente surge a epígrafe do art. 59º-A (*Protecção de funcionário e de terceiro infiltrados*), onde se vislumbra pela primeira vez a referência expressa ao agente infiltrado bem como a colaboração de terceiro em tais operações. Como condutas não puníveis legitima-se agora, a somar à entrega que já estava consagrada, “*a aceitação, detenção, guarda e o transporte destas substâncias*”.

Segundo Isabel Oneto, aquando da justificação desta lei na Assembleia da República o Governo sublinha que:

“o tráfico e o consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas constituem, reconhecidamente, a principal causa do crescimento da criminalidade e do aumento da insegurança na sociedade portuguesa, tendo igualmente contribuído para a diversificação da criminalidade que engloba, nomeadamente, o roubo com seringa e o abuso do cartão de crédito”.

E acrescentou ainda, que está em causa como bem jurídico, a saúde pública e a tutela do “próprio sistema económico dos países”.

Por fim, com o actual Regime Jurídico das Acções Encobertas (RJAE), a Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, que põe fim à actuação do agente infiltrado como uma figura quase *exclusivamente direccionada* para o combate ao tráfico de droga.

Desta feita alarga o leque de crimes que legitimam o recurso ao agente infiltrado, como crimes de *homicídio, tráfico de pessoas, contrafacção de moeda, roubo de instituições bancárias (...)*. Ou seja, crimes que à partida não justificariam um método de investigação tão invasivo. No entanto, para além do legislador submeter o recurso ao agente infiltrado a requisitos e pressupostos, como o princípio da adequação, a sujeição aos fins de prevenção e repressão criminal, o princípio da proporcionalidade *lato sensu*, e às

finalidades e à gravidade do ilícito em investigação. (art. 3º, nº 1 desta Lei), a actuação do agente infiltrado está ainda sujeita a que persistam elevados indícios que revelem que a comissão destes crimes se enquadra no âmbito de “*terrorismo ou criminalidade grave ou altamente violenta*”, de acordo com o fundamento teleológico do seu regime jurídico, traçado por opções de política criminal face às consequências da globalização e do fenómeno criminal.¹

No art. 3, nº 3 o legislador teve ainda o cuidado de reforçar a sujeição da obtenção de provas a um rigoroso controlo judiciário. Ficam assim revogados os artigos 59º e 59º-A da Lei da Droga com a redacção que lhe foi dada pela Lei nº 45/96.

O art. 6º desta Lei (RJAE) renega a instigação ou autoria mediata por parte do agente de polícia, ou seja, a figura do agente provocador, pois ultrapassa os limites daquele *engano que não sendo instrutivo, é ainda admissível*, entrando desta feita na esfera do meio absolutamente proibido que é socialmente censurado. Ressalva-se deste ponto em particular – a guiarmo-nos pelo que tem sido entendimento da generalidade da jurisprudência – as situações em que a intenção de cometer o crime era já anterior à provocação (critério subjectivo), isto é, se o suspeito já tinha intenções de cometer o delito e se preparava para o exteriorizar.

Ressalvamos ainda nova alteração através da Lei 104/2001, de 25 de Agosto que estende o âmbito subjectivo das acções encobertas no território nacional a funcionários de investigação de outros Estados, passando estes a deter o estatuto jurídico-processual penal similar aos funcionários de investigação criminal portugueses, estando aqueles sujeitos também ao regime actual em vigor e em condições de reciprocidade, tendo este sido aliás um passo no sentido de uma maior cooperação internacional consagrada com a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Lei nº 144/99, de 31 de Agosto).

Ainda mais recente surgiu-nos a Lei 109/2009, de 15 de Setembro, (Lei do Cibercrime). O legislador já no art. 2º alínea *p*) do RJAE “*Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática*”, tinha deixado uma pequena brecha para a entrada deste tipo de regulamentação. Assim surge a Lei do Cibercrime, a qual através do seu art. 1º, dá a entender que pretende ser um

¹ Vide Capitulo 3, quanto à *Admissibilidade da Acção Encoberta*

meio de adaptação do direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

2. As acções encobertas em estudo comparado

Antes de analisarmos a figura do agente infiltrado e a sua actuação em Portugal, achamos conveniente procurar as soluções encontradas em outros ordenamentos jurídicos de modo a não nos limitarmos a um estudo redutor no âmbito nacional, e por forma a ampliar como num abrir de horizontes, o foco e o estudo, comparando desde modo o que de melhor e de pior se faz em cada um dos Estados mais desenvolvidos juridicamente no tocante a este tema.

O estudo comparado pode surgir assim como uma forma de aperfeiçoarmos a nossa legislação e de preenchermos lacunas acerca de situações que não estavam previstas e/ou soluções para problemas já identificados.

Como num levantar do véu, adiantamos desde já que nós em Portugal somos dos países mais permissivos no que respeita a esta figura, pois contrariamente a outros países como o Alemanha, Espanha, França, Itália que apenas limitam a legitimidade para a actuação como agente infiltrado aos agentes de policia, em Portugal assim como nos E.U.A., a Holanda, o Reino Unido é cedida autorização para actuar como agente infiltrado tanto os agentes da policia como a terceiros - cidadãos particulares, arrependidos, ex-criminosos, etc... para actuarem sob as ordens daqueles.

2.1 Alemanha

As acções encobertas na Alemanha encontram-se reguladas desde 1992, com a aprovação da Lei contra o tráfico de estupefacientes, aquando de um particular despoletar da criminalidade organizada na Europa, nos finais do Séc. XX. Assim como em Portugal estas actuações estão submetidas ao princípio da proporcionalidade *lato sensu*, ao princípio da subsidiariedade e da necessidade. Na Alemanha exige-se a evidência de fortes indícios onde se demonstra a gravidade do crime em investigação e que este seja - como também exige o legislador português – praticado no âmbito do crime organizado, “tráfico de armas ou estupefacientes, falsificação de moeda, documentos ou valores ou ainda respeitantes à segurança do Estado”.

Este pressuposto é patente no §110a da Lei contra o tráfico de estupefacientes onde se pauteia que o recurso ao agente infiltrado tem como fim esclarecer crimes, mas somente quando haja fortes indícios de que foram cometidos ou que poderão voltar a sê-lo. No §110b previne-se que a actuação do agente infiltrado carece de autorização pelo Juiz,

sendo em que casos de urgência poderá ser dada pelo MP. Se esta excepcionalmente não for de todo possível em tempo útil, poderá o agente infiltrado actuar, devendo a sua actuação ser convalidada pelo juiz no prazo de 3 dias, sob pena de nulidade.

A ocultação da identidade do agente é possível tal como no nosso ordenamento jurídico e deve ser autorizada pelo MP. A identidade fictícia do agente infiltrado é objecto de sigilo mesmo após a acção encoberta, apenas sendo esclarecida a identidade verdadeira perante a autoridade judicial. No ordenamento jurídico Alemão há ainda a previsão do recurso a informadores (*Informanten*) e a pessoas de confiança (*Vertrauenspersonen*).

Como nos restantes ordenamentos jurídicos, também a jurisprudência alemã admite a actuação do agente infiltrado, distinguindo-o do agente provocador que descarta, por considerar que extravasa o regime excepcional da violação de direitos fundamentais, e considera que é sobremaneira opressor das garantias e dos princípios de um estado de direito. Tal como no nosso ordenamento jurídico, também naquele a actuação do agente infiltrado está submetida a um conjunto de pressupostos de índole formal e material. O agente infiltrado pode actuar sob a identidade fictícia, quer na investigação em causa, como após esta na sua vida particular, sendo que “(...) esta faculdade prevista no art. 110.º al. a) do CPP alemão, tem, como escopo principal, apenas e só a segurança e a protecção da integridade física do agente infiltrado que, para esse efeito deve/pode assumir integralmente a falsa identidade (durante o período autorizado) em todos os momentos da sua vida pessoal, não podendo contudo obter quaisquer benefícios ou tirar proveito pessoal do uso da mesma.” (José Braz, : 325)

No ordenamento jurídico Alemão, uma inovação ainda em relação ao nosso ordenamento jurídico: a previsão da obtenção de conhecimentos fortuitos obtidos no decorrer de uma acção encoberta. A alínea g) do §110 determina que, “os conhecimentos fortuitos obtidos numa acção encoberta podem ser usados noutras investigações desde que obedeça, ao princípio da necessidade e conste do catálogo de crimes constantes da alínea a)”.

Solução interessante que deveria ser alvo de estudo pelo nosso ordenamento jurídico prende-se com a norma §110b, II, 2 e 110c da StPO Alemã, que permite a admissão de prova recolhida no domicílio do suspeito, através da entrada do agente infiltrado, com base num consentimento viciado. Isto porque entre nós em Portugal, não tendo uma norma equivalente, a prova recolhida no domicílio do lesado através do agente infiltrado é inadmissível. A tutela Constitucional do domicílio exige que a entrada do agente infiltrado no domicílio do suspeito seja tratada como se de uma busca se tratasse,

de modo que só se encontra legitimada mediante a verificação dos pressupostos do art. 177.º CPP.

2.2 Espanha

A figura do “*agente encubierto*” em Espanha surge com a Lei Orgânica nº 5/1999, de 13 de Janeiro, para fins de repressão criminal no âmbito da criminalidade organizada, e atribui assim legitimidade para o recurso ao agente infiltrado para fins de investigação no âmbito dos crimes de tráfico de droga e branqueamento de capitais. O Regime jurídico que regula as acções encobertas em Espanha são em tudo equiparáveis ao nosso RJA, sendo apenas de enunciar que actualmente o nosso catálogo de crimes que legitimam o recurso ao agente infiltrado é mais extenso que o Espanhol. *Vide* o art. 2.º do RJA e o art. 282.º bis nº 4 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

A autorização para a acção encoberta está regulada no art. 263 bis da referida lei, sendo a competência jurisdicional do JIC ou do MP, à imagem do que acontece em Portugal. Estes poderão autorizar os órgãos de polícia criminal a actuar infiltrados no seio do grupo criminal sob ocultação da sua qualidade e identidade. Esta autorização poderá ser validade antes da acção infiltrada ter lugar, ou já após o início das investigações, em casos de excepcionalidade. (Isabel Oneto, 2005: 98) A identidade fictícia poderá ser mantida mesmo durante o julgamento, como acontece também na Alemanha. Também a autorização para a atribuição de uma identidade fictícia está dependente da anuição da autoridade judiciária, podendo ser atribuída após o início das investigações.

Na jurisprudência, à semelhança do que acontece na Alemanha, e também entre nós em Portugal, admite-se a actuação do agente infiltrado, fazendo a distinção entre a infiltração e a provocação, e repudiando-se esta última. A doutrina por seu turno, entende que a actuação do agente infiltrado está submetida à normativa constitucional, sendo a sua actuação valorada ao abrigo do estreito princípio da proporcionalidade. A responsabilidade penal do agente infiltrado encontra-se assim excluída por a sua actuação ter lugar “no cumprimento de um dever”.

Quanto à legitimidade para actuar como agente encoberto ou infiltrado o legislador Espanhol, atribui apenas legitimidade aos funcionários da polícia, enquanto em Portugal legitima-se também a incorporação de terceiros, cidadãos civis, testemunhas, *arrepentidos*, ou *ex-condenados*, a actuar sob as ordens da polícia.

No que respeita ao relato do agente infiltrado, em Espanha este é junto ao processo na sua totalidade, o que merece o nosso louvor, contrariamente ao que acontece em Portugal que poderá ser junto ao processo apenas se a autoridade judiciária considerar *absolutamente indispensável para a prova*, ficando assim ao critério discricionário da autoridade judiciária se junta ou não o relato ao processo, o que nos parece merecedor de crítica pois poderá optar pela junção apenas quando este contem factos exclusivos para a incriminação do arguido, e optar pela não junção quando este contem factos que poderiam contribuir para a sua absolvição.

2.3 Reino Unido

O Regime das acções encobertas no Reino Unido encontra-se integrado num código de conduta onde se encontra definido a “procura, detenção, prisão, investigação, identificação e inquérito dos suspeitos”, bem como a actuação do agente infiltrado. Este código de conduta encontra-se disponível para consulta dos cidadãos nas esquadras da polícia, e dá pelo nome de “*Police and Criminal Evidence Act*”.

Na letra deste Código, o recurso às acções encobertas têm como fim a segurança nacional, a prevenção ou repressão de crimes, a manutenção da ordem pública e a segurança da comunidade.

A definição de crime grave consta do ponto 1.12.5 como aquele que empregue a “violência, que resulte em ganhos ou perdas financeiras consideráveis, ou que seja desenvolvido por um grande número de pessoas, e ainda, quando se preveja que o criminoso maior de 21 anos, venha a ser condenado a pena de três ou mais anos de prisão”.

O recurso ao agente infiltrado tem como fim primordial a obtenção de meios de prova que permitam levar a julgamento os suspeitos de crimes, não obstante poderem também ser utilizadas como meio de prevenção e repressão de crimes (ponto 1.6 do *Police and Crime Evidence*). Estas operações devem ser norteadas pelo princípio da proporcionalidade, tendo em conta o crime em investigação e a perigosidade do suspeito. No ponto 1.8, dá-se especial atenção ao princípio da subsidiariedade, e enfatizando-se que as autoridades competentes para autorizar a acção encoberta devem ponderar previamente os riscos de invasão da privacidade de terceiros que não têm qualquer relação com a investigação, fazendo-se uso, sempre que possível, de medidas menos restritivas de direitos fundamentais.

As autorizações têm a validade de 3 meses podendo ser renovadas por período igual, sendo que em situações de urgência a autorização poderá ser dada oralmente com validade máxima de 72 horas.

Também neste ordenamento jurídico repudia-se o recurso ao agente provocador (ponto 1.10 do *Police and Crime Evidence*), quando não haja predisposição do agente.

2.4 E.U.A

Nos Estados Unidos antes de avaliarmos os métodos de combate à criminalidade devemos ter em linha de conta que “muitas organizações criminosas já adoptam ‘contra medidas’, entre as quais a obrigatoriedade de rito inicial de acesso à organização e que impõe ao novo membro a prática de um homicídio” ou delito comparavelmente grave. (Isabel Oneto, 2005: 96)

Segundo Gropp, mesmo com o recurso ao agente infiltrado tem sido extremamente difícil retirar algum proveito da sua actuação, pois apesar de ser um meio necessário e na Europa se mostrar ainda um meio eficaz de combate à criminalidade organizada, nos EUA, os grupos de criminalidade organizada têm-se sabido defender destes métodos ocultos de investigação. Apesar disso não há dúvidas que o agente infiltrado será o meio de investigação mais empregado pelos organismos policiais Norte-Americanos, nomeadamente o “*Drug Enforcement Administration (DEA)*”. (Pacheco, 2008: 22)

O regime das acções encobertas encontra-se previsto no Código Federal, nos capítulos 13 (Prevenção e Controlo) e 21 (Alimentos e Drogas), e são da competência de investigação dos agentes do FBI (*Federal Bureau of Investigation*)

Neste ordenamento jurídico, o agente infiltrado tem tido uma actuação ininterrupta reconhecida já desde o séc. XVIII, sendo o Estado onde esta figura ganhou maior expansão, que é dizer, maior campo de actuação. Nas suas actuações o agente infiltrado está legitimado para a aquisição de substâncias ilícitas para venda e inclusive a criação de empresas para servirem como fachada para a acção encoberta. Esta abrangência e tolerância à invasão do agente infiltrado é reforçada devido à doutrina da “*entrepent defense*”, que corresponde à defesa dos direitos dos cidadãos, e ao cumprimento do “*due process of law*”, ou seja, o direito a um processo equitativo e protecção da esfera privada dos cidadãos contra intromissões abusivas do Estado.

Como acontece em Portugal a legitimidade para ser agente infiltrado pode ser atribuída tanto aos órgãos de polícia criminal como a terceiros que actuem segundo as ordens daqueles. No âmbito da responsabilidade penal do agente infiltrado, encontra-se “consagrada imunidade geral para os funcionários policiais que, no exercício das competências que lhes são próprias e que legalmente lhes tenham sido atribuídas, realizam operações encobertas” (Isabel Oneto, 2005: 105)

Também a autorização para a acção encoberta, tal como no nosso ordenamento jurídico está dependente do MP, sendo que as operações com período superior a 6 meses devem ser alvo de autorização pelo MP mas ainda avaliadas por um comité específico de controlo. Nas situações de urgência poderá ser o próprio director de FBI a ceder a autorização para a acção infiltrada, sendo que esta deverá ser convalidada no prazo de 48h pelo juiz. O agente infiltrado está também neste ordenamento jurídico obrigado a apresentação de relatórios periódicos, nos quais revela a sua verdadeira identidade, e está ainda obrigado a comparecer no julgamento dos acusados. A execução de actos típicos penais estão excluídos de responsabilidade penal, porém excepciona-se a “obtenção de benefícios pessoais, compensações sexuais, a coacção, pressão ou ameaça, e instigação”.

3. A admissibilidade da Acção Encoberta

O art. 3.º do Regime das Acções Encobertas define os pressupostos sob os quais se deve reger a autorização da acção encoberta, como são a sua adequação aos fins de prevenção e repressão criminal identificados em concreto - nomeadamente a descoberta de material probatório -, e a proporção quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação.

Nesta perspectiva, acompanhamos o entendimento de que para o recurso à acção encoberta deve exigir-se, desde logo, a verificação de dois pressupostos: a) a existência de sérios indícios de que um dos crimes do catálogo foi consumado ou está em vias de o vir a ser; b) e que os indícios revelem igualmente que a sua comissão se enquadra no âmbito de “terrorismo ou criminalidade grave ou altamente violenta”, de acordo com o fundamento teleológico do seu regime jurídico, traçado por opções de política criminal face às consequências da globalização e do fenómeno criminal. Deste modo mostra-se basilar que não nos alheemos da enorme compressão aos direitos fundamentais que este meio de obtenção da prova pode representar, e como tal, é essencial que não nos bastemos pela existência de um crime do catálogo – roubo a uma estação de correios, ou a um banco, por exemplo - para recorrermos a este método. Devemos ter em conta a exigência de indícios reveladores de que este crime será cometido num quadro de uma acção de terrorismo ou criminalidade organizada ou altamente violenta. (Oneto, 2005: 186)

O princípio da adequação decorre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo e traduz-se na exigência de que os meios utilizados sejam aptos a atingir os fins, “uma vez que só um meio adequando para a prevenção do perigo pode ser indispensável, o critério da adequação adquire um significado próprio como critério da intervenção indispensável”. (Sousa *apud* Oneto, 2005: 187)

Nesta perspectiva a adequação do meio revela-se indissociável da sua necessidade, pois o meio poderá ser adequado mas desnecessário. Do mesmo modo, o meio poderá ser adequado e necessário mas manifestamente desproporcional face à gravidade do crime em investigação.

Não cabe aqui fazer uma incursão pelo princípio da proporcionalidade *latu senso*, mas apenas em tom de síntese relembremos que, o princípio da necessidade impõe que os restantes métodos da investigação se revelem inaptos ou ineficazes.

Em boa verdade diga-se que os órgãos de polícia criminal, hoje em dia, estão dotados de meios e equipamentos de alta tecnologia, sistemas avançados de vigilância,

identificação técnica, visão nocturna, detectores de explosivos e de narcóticos, sistemas móveis instalados em viaturas policiais e modernas soluções de vigilância, de modo que o recurso a uma operação encoberta deverá ser criteriosamente ponderado, e apenas autorizada quando comprovadamente *in caso*, for subsidiariamente o método de investigação mais eficaz e menos invasor da esfera dos direitos fundamentais do lesado.

Por outro lado, o recurso a uma acção encoberta pode ser adequado, num determinado caso concreto, mas a modalidade escolhida não observar o princípio da necessidade face à gravidade do crime em investigação. Queremo-nos aqui referir à ponderação de uma maior ou menor invasão, da esfera jurídica do lesado, que sempre será no campo das acções infiltradas aferida de acordo com as várias modalidades que estas dispõem: as *light cover* e as *deep cover*. E se será necessário o recurso a uma identidade fictícia ou a um terceiro, atendendo aos riscos que a sua intervenção comporta. Naturalmente, será sempre de ponderar, se em vez do recurso ao agente infiltrado a investigação basta-se com uma busca domiciliária, ou com o simples recurso ao agente encoberto.

É que, na ponderação do meio adequado e necessário, haverá que atender também aos riscos que a operação comporta para o agente.

Finalmente, a opção por uma acção encoberta proporcional à gravidade do crime, devendo, na observância deste requisito, atender-se às condutas típicas que o agente poderá preencher para atingir a descoberta de material probatório. Também nesta sede entendemos que devem ser considerados os efeitos da operação no agente infiltrado e os riscos a que o mesmo é submetido. (Oneto, 2005:188)

Mas até este ponto temos discorrido no sentido de estabelecer os pressupostos da acção encoberta, como que justificando a sua legitimidade. Porém, o que se pretende por ora é a resposta para a questão primordial que legitima a actuação do agente infiltrado. Qual o regime jurídico a que está submetido a actuação do agente infiltrado e qual a sua subordinação com a normativa constitucional?

Em termos latos parece-nos indubitável que a actuação dos homens de confiança, mormente com recurso ao agente infiltrado, é compressor de vários direitos fundamentais presentes na Constituição, desde logo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1.º CRP), a defesa de um Estado de Direito Democrático (art. 2.º CRP), e os demais princípios processuais que tutelam os direitos do arguido.

Falamos aqui primordialmente na actuação do agente infiltrado pois o agente encoberto como teremos oportunidade de ver tem uma actuação dotada de uma maior

passividade em relação ao crime, ou aliás, uma total passividade na sua actuação, limitando-se a observar e a colher informações a respeito das actividades criminosas, e assim sendo, para nós não representa qualquer compressão dos direitos fundamentais, pois apenas se limita a ouvir ou observar actuações por parte dos suspeitos, tirando partido da sua localização privilegiada, sendo que em boa verdade no seu lugar poderia estar qualquer outro cidadão. Neste sentido, como teremos oportunidade de estudar, entendemos que o recurso ao agente encoberto, por não ser violador de quaisquer direitos fundamentais, a sua actuação não está submetida ao RJAE.

É patente que a nova criminalidade apetrechada de meios tecnológicos e métodos organizacionais que se comparam com grandes empresas multinacionais, são uma realidade da qual não nos podemos alhear, e os métodos clássicos de investigação não se adaptam já a este tipo de delitos, e requer-se uma maior eficácia por parte do Estado no uso do seu “*ius puniendi*”. O agente infiltrado surge-nos então em toda a sua força como um meio excepcionalmente apto para a prevenção e repressão deste tipo de criminalidade que não tinha até então um meio de investigação à sua altura.

Em que medida, e com que fundamento, entende então o legislador que se poderá restringir direitos fundamentais com fim a uma eficácia do Estado de Direito?

Vejamos: se é verdade que o Processo Penal surge intimamente ligado com os preceitos Constitucionais, e como tal reafirma-se a inviolabilidade de direitos consagrados como o direito à integridade física e moral das pessoas (art. 25.º, n.º 1 CRP), o direito ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra falada, e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1 e 2 da CRP), e o direito à liberdade e à segurança jurídica art. 27.º da CRP), expressões da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), e nesta medida a actuação do agente infiltrado representa “uma intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas (...) se apercebam” (Costa Andrade *apud* Loureiro, 2013: 6); por outro lado exige-se também o dever do Estado em tutelar as garantias contidas na CRP como o direito à segurança (art. 27.º, n.º 1 da CRP), traduzido na garantia pública do exercício seguro e tranquilo dos direitos fundamentais que se reflecte no dever do próprio Estado de protecção desses direitos contra agressões ou ameaças de terceiros, assegurando a sua *efectivação* (art. 2.º da CRP). Tal garantia exprime-se, forçosamente e desde logo, na obrigação e necessidade de consagração das medidas de polícia adequadas à defesa da legalidade democrática, da segurança interna e dos direitos dos cidadãos (art. 272.º, nº 1 e 2), posto que estes últimos

“não são apenas um limite da actividade da polícia (...); constituem também um dos próprios fins dessa função.” (Canotilho e Moreira, *apud* Loureiro, 2013: 7)

Nessa medida, fundamental também não poderá deixar de ser o dever de realização efectiva e de administração da justiça penal e, por conseguinte, o interesse por uma justiça penal funcionalmente eficaz, tanto na sua vertente preventiva como repressiva, o qual deve ser erigido a bem ou interesse jurídico-constitucionalmente protegido, porquanto emanado do princípio do Estado de Direito (arts. 2.º e 202.º da CRP), capaz de ser levado à ponderação em matéria de restrição de direitos fundamentais. (Oneto, 2005: 170, 171)

Nesta ponderação deve ter-se em conta que num Estado de Direito não é exigível apenas a “tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Exige-se também a protecção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal, já que pretende ir ao encontro da verdade material.”²

Assim, é evidente que estamos perante um confronto de direitos fundamentais, sempre que recorremos ao agente infiltrado enquanto método opressivo destes direitos consagrados, conflituando com todos os direitos que enumeramos imediatamente acima, desde logo, o direito à integridade moral (art.25.º da CRP) e à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º1 da CRP).

É que toda a actuação do agente infiltrado assenta numa representação errónea por parte do lesado acerca de uma falsa qualidade e intenção do agente infiltrado, e acerca das relações de amizade, solidariedade, e confidencialidade que vêm tecendo ao longo da acção encoberta. Será, sem dúvida, esta falsa representação por parte do agente do crime, - ignorando que a actuação do agente infiltrado se destina à recolha de prova para a sua condenação - que o levará a praticar um conjunto de factos ilícitos no desígnio errado que a sua conduta criminosa se poderia concretizar sem consequências penais, e deste modo contribui involuntariamente para a produção de prova incriminatória contra si mesmo, violando-se assim o direito à não incriminação em processo penal, “*principio nemo tenetur se ipsum accusare*”. (Neste sentido *vide* Loureiro, 2013: 9, 12)

² TRC de 26-10-2011, Proc. 23/09.4GBNLS.C1 *apud* Loureiro, pp.8

Gomes Canotilho contribui para este estudo entendendo que “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente a ingerência destes na esfera jurídica individual; (2) implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).” (Costa Andrade, 1992: 265)

Atentos todos os critérios que temos vindo a expor ao longo deste capítulo, naturalmente que o ideal será atingir um ponto de harmonização entre os bens tutelados e os direitos lesados que será atingido através de uma conciliação ponderada entre o dever de administração da justiça penal – que é dizer, através da prevenção dos crimes e submetendo os criminosos a um julgamento justo – e os direitos fundamentais basilares de um Estado de Direito.

Assim, o legislador para fins de prevenção e repressão criminal poderá adoptar medidas restritivas de direitos fundamentais, pois estes, não podem ser entendidos como bens supremos e isolados na ordem constitucional, mas sim interpretados como um todo, em face de outros interesses e valores também eles constitucionalmente protegidos. Com efeito, estas medidas restritivas deverão subordinar-se ao regime constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais.

E o RJAE bem entendido, mais não é do que uma medida restritiva de direitos fundamentais, estando assim, subordinado ao regime constitucional do art. 18.º, n.º 2 e 3 da CRP. Deste modo, encontramos legitimação para a actuação do agente infiltrado no nosso ordenamento jurídico quando acauteladas as garantias decorrentes das leis restritivas de direitos e vertidas no RJAE, pois não constituindo a eficácia da administração da justiça um valor cego, “a utilização de métodos encobertos de investigação (...) há-de fazer-se sempre sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia de Estado de Direito.” (Loureiro, 2013: 11,12)

A admissibilidade processual do agente infiltrado no nosso ordenamento jurídico afere-se de acordo com o art.18.º n.º2 da CRP e de acordo com os princípios do RJAE (art.3.º n.º1), e no âmbito dos crimes constantes neste regime, tendo os cidadãos como garantia de um processo equitativo o art. art.32.º n.º8 CRP, e art.126.º, n.º 1 e 2, a) do CPP (proibição de utilização de meios enganoso na obtenção de prova).

Para o estudo do art. 32.º, n.º8 CRP devemos dividir a referida norma em duas partes, sendo que cada uma delas possui um tratamento em matéria de direitos fundamentais distinto.

Na primeira parte o legislador estabelece peremptoriamente a nulidade de um certo tipo de provas “as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa a integridade física ou moral da pessoa”; na segunda parte, institui que não obstante o processo de obtenção da prova colidir, também, com direitos fundamentais da pessoa humana, “essa prova só será nula se a colisão se traduzir numa abusiva intromissão nesses direitos”.

Portanto, as provas obtidas em conformidade com a primeira parte do artigo são irremediavelmente nulas, as obtidas em violação dos direitos fundamentais constantes da segunda parte do artigo (direito à reserva da intimidade da vida privada e direito à inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação prévia) poderão ser válidas, só não o sendo “se essa violação traduzir uma violenta intromissão nos direitos fundamentais”.

Neste sentido o recurso ao agente infiltrado, como método de obtenção de prova, coloca-se sob o prisma da proibição de prova absoluta nos termos do art. 32.º, n.º 8 da CRP e art. 126.º, n.º 1 e 2, a) do CPP, enquanto meio enganoso ofensivo da integridade moral, e nesta perspectiva *deve ser equacionado tendo em conta uma interpretação restritiva destes preceitos que distinga entre o engano proibido e aquele que ainda é permitido*, pois que “não há-de ser a utilização de um qualquer engano que deve induzir a uma proibição de prova: há uma dose de engano na indagação criminal, que é tolerável. Apenas não sendo de admitir aqueles meios enganosos que representem uma grave limitação da liberdade de formação e manifestação de vontade do arguido, transformando este em meio de prova contra si próprio (Costa Andrade *apud Loureiro, 2013: 12*)

Estas restrições estão subordinadas às exigências das leis restritivas, como o princípio da proporcionalidade, estando também o RJAЕ submetido a estas exigências. Assim, desde que cumprida a reserva de lei, ao possibilitar o recurso ao agente infiltrado, o RJAЕ visa salvaguardar um interesse constitucionalmente protegido, a saber, a administração e realização da justiça penal e, portanto, a sua eficácia e eficiência funcional, tanto preventiva como repressiva, no que concerne à “criminalidade grave, organizada e complexa ou de difícil investigação, contra a qual a exigência de protecção (...) da segurança do Estado, logo das pessoas (...) e do bem-estar destas (...) [vai] impondo o uso de meios de investigação cada vez mais invasivos dos direitos fundamentais”. (Epinosa de los Monteros, *apud Loureiro, 2013: 14*)

4. A Delimitação dogmático-conceitual

Para que possamos submeter a actuação de determinado agente policial, no âmbito de uma investigação criminal, ao regime das acções encobertas torna-se antes de mais necessário aferir com rigor as balizas conceituais da “acção encoberta”, e que tipos de actuações ocultas, ou seja, recorrendo ao engano do lesado, estão sujeitas, para a sua eficácia, ao RJAE.

Portanto, quais as modalidades que podem configurar uma actuação encoberta, porque desenvolvidas com a ocultação da qualidade e identidade do agente?

O primeiro conceito de “homens de confiança” em Portugal surge num momento em que a única referencia ao tema encontra-se na (Lei da Droga), o art. 52º do DL 430/83, de 13 de Dezembro, prevê uma conduta específica, não punível, dispondo:

“1 - 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 estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.”

Costa Andrade teceu então a primeira contribuição para o estudo desta figura e definiu os “homens de confiança”, como sendo, “todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade. Cabem aqui tantos os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (*Untergrundfahnder, under cover agent*, agentes encobertos ou infiltrados), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informação (*Polizeiáspitzel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime” (Costa Andrade pp. 220).

Dez anos depois o Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de Janeiro admitiu novas modificações, integrando o regime das entregas controladas e equiparando o tráfico de estupefacientes aos casos de criminalidade violenta ou altamente organizada. (Oneto, 2005:111)

A Lei nº 36/94 de 29 de Setembro acrescenta ainda novas áreas de actuação dos agentes infiltrados, incluindo infracções económico-financeiras cometidas de forma

organizada com recurso à tecnologia informática e infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (Oneto, 2005:112)

No entanto a primeira referência expressa ao “agente infiltrado” surge na Lei nº 45/96 de 3 de Setembro, onde alude explicitamente ao agente infiltrado no artigo 59.º - “Protecção de funcionário e terceiros infiltrados”. Esta alteração legislativa veio prever que “Não é punível a conduta de funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sob controlo da Polícia Judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, aceitar, detiver, guardar, transportar ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades, entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga ou precursor.” (Oneto, 2005)

Com o surgimento da legislação agora em vigor, a Lei nº101/2001 de 25 de Agosto – Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal – revoga-se toda a legislação anteriormente mencionada.

Esta lei alargou novamente o leque de crimes em que o agente infiltrado pode actuar que, até então, estava cingido à corrupção, tráfico de estupefacientes e crimes económico-financeiros. O artigo 19º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro e o artigo 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007 de 4 de Julho voltaram a revogar o âmbito de aplicação das acções encobertas.

Com este novo regime encontra-se legitimada a actuação do agente infiltrado e excluída, pela clara redacção do legislador, a figura do agente provocador (art. 6.º, n.º1 do RJA), cuja actuação é ilícita, assim como as provas obtidas através desta actuação. Neste sentido *vide* Gonçalves, Alves e Valente, 2001)

O artigo 1º, n.º2 do RJA estabelece o que deve ser entendido por “acção encoberta”, e que se caracteriza por ser *“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.”* Ora o catálogo de crimes está presente imediatamente no artigo 2º da Lei, prevendo entre outros crimes, o uso de acções encobertas em crimes de associação criminosa, branqueamento de capitais, corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências, infracções económico-financeiras cometidas de forma

organizada ou com recurso à tecnologia informática, bem como de dimensões internacionais ou transnacionais³.

Reconhecemos aqui a preferência do legislador ordinário em alhear-se de conceitos estritos como “acção encoberta” ou “agente encoberto”, e “acção infiltrada” ou “agente infiltrado”, optando pelo conceito amplo de “acções encobertas”. Não obstante ser de apontar que este tipo de conceitos sempre colocará o intérprete perante aporias e incertezas legais, reconhecemos que “a expressão ‘acção encoberta’ coloca a tónica no encobrimento ou ocultação da qualidade do agente, parecendo, por isso mesmo, constituir um conceito mais amplo.” (Loureiro, 2013: 20)

Em boa verdade concordamos que é a adjectivação “encoberto”, ou seja o recurso ao engano, ao disfarce, ou ao erro projectado no investigado acerca das verdadeiras intenções e qualidade do agente policial, que sempre serão a chancela do agente encoberto e do agente infiltrado. E é este elemento que é comum a todas as acções encobertas - tenham elas como consequência uma maior ou menor compressão de direitos fundamentais - no contacto que o agente policial estabelece com os sujeitos criminosos com os fins de prevenção e repressão criminal, através da representação de uma imagem errónea.

Assim, com a expressão “acções encobertas” terá o legislador aspirado a legislar a actuação de um agente policial que recorrendo à ocultação da sua qualidade, e identidade, contacta com o suspeito, captando a sua confiança e projectando uma errada *confiabilidade*, e integrando-se na sua esfera social e/ou familiar, com o objectivo de recolher prova que o possa incriminar num processo criminal, violando incontornavelmente direitos fundamentais do suspeito, cuja restrição encontra-se já legitimada pelo RJAE.

Ora, este agente policial que com esta actuação ofende direitos fundamentais dos cidadãos, permanecendo no seio social e familiar do suspeito, contornando em certa

³ Para além dos crimes catalogados no art. 6.º do RJAE, o regime das acções encobertas tem também como finalidade a prevenção ou repressão dos «crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas» (art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007), e ainda, mas aqui apenas para fins de repressão de crimes informáticos e crimes cometidos por meio de um sistema informático referidos no art. 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009. *Vide capítulo 7.3 a) O princípio da legalidade*

medida as suas convicções morais, e invadindo o espaço da vida privada do suspeito, no nosso entendimento deve designar-se por **agente infiltrado**.

Daquele, distingue-se o agente encoberto, tanto em termos subjectivos como processuais, não sendo a sua actuação exigível de submissão ao Regime das Ações Encobertas, pois como passaremos a explicar não viola quaisquer direitos fundamentais.

Assim iremos de ora em diante referir-nos ao agente infiltrado como aquele agente policial que atua, no seio do grupo criminal, interagindo com os suspeitos, com ocultação da sua qualidade e identidade para fins de prevenção e repressão criminal.

O agente encoberto será então o agente que com ocultação da qualidade leva a cabo uma investigação, sem actuar em contacto com os suspeitos. Apenas frequentando lugares conotados com o crime, que os suspeitos também frequentam, e recolhe informações acerca da execução de crimes, numa total *passividade*, que é dizer, numa total inércia em relação à produção ou colaboração com o crime ou os criminosos. É o chamado *Polícia à paisana*.

Deste modo, definimos todas as “acções encobertas” como “*aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para fins de prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade*”.

Nesta definição poder-se-á incluir a actuação do agente encoberto, e também a actuação do agente infiltrado. Pelo que ao referirmo-nos a “acção encoberta” sempre estaremos a englobar ambas as formas ocultas de actuar; pois em ambas recorre-se ao engano, e à ocultação da qualidade e identidade do agente pelo que nos parece adequando, e fora certamente este o entendimento do legislador na redacção do RJAÉ, ao dar preferência à expressão ‘acções encobertas’ em detrimento de expressões mais objectivas como ‘agente encoberto’ ou ‘agente infiltrado’. Assim quando dizemos ‘acções encobertas’, dependendo da circunstância, poderemos estar a referir-nos tanto à actuação do agente infiltrado como à actuação do agente encoberto, pois ambos atuam no âmbito de uma “acção encoberta”.

Para além da actuação do agente infiltrado o legislador continua também a legitimar a actuação de terceiros particulares actuando sob o controlo da polícia judiciária.

Dispõe o art. 1º, n.º2 do RJAÉ que “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 (...), com ocultação da sua qualidade e identidade.” Desta definição legal resulta que, são critérios delimitadores para que as acções de

investigação sejam submetidas ao RJAÉ, a actuação “com ocultação da sua qualidade e/ou identidade” e que estas sejam levadas a cabo para a “prevenção ou repressão” de crimes indicados no catálogo do art.2.º da mesma Lei.

Tomando isto como ponto de partida poderemos desde logo distinguir dois tipos de acções encobertas, com base no grau de envolvimento do agente no seio do grupo criminal e com base no período de tempo da investigação: as de curta duração (*light-cover*) e as de longa duração (*deep-cover*), que estudaremos de seguida. (Isabel Oneto, 2005)

5. As modalidades de infiltração policial

As operações infiltradas podem ser caracterizadas em duas grandes categorias, em função do grau de envolvimento do agente no meio criminoso e da duração da operação: as *light cover* e as *deep cover*.

Como nos explica Isabel Oneto, as operações *light cover* são o tipo de operações mais “leves” e menos arriscadas, por se tratar de operações que não duram mais de 6 meses, e que “exigem menos experiência, planeamento e supervisão por parte do agente” (Isabel Oneto, 2005) que poderá inclusivamente manter a sua identidade e permanecer na estrutura do órgão policial. Este tipo de actuações têm um objectivo pontual e preciso que se consubstancia numa “única transacção ou um só encontro para a obtenção de informações, e não exigem do agente a permanência contínua no meio criminoso” (Isabel Oneto, 2005).

Por outro lado as operações *deep cover* são operações que exigem uma submersão profunda no seio da organização criminal, sendo operações de longa duração, em que é atribuída uma identidade fictícia ao agente infiltrado e onde este poderá ter, inclusive, que *cortar com os seus laços familiares*, sociais e profissionais durante vários meses, de modo a atribuir credibilidade à sua posição no grupo criminal. Note-se que este tipo de infiltração é de um elevado risco para a própria vida do infiltrado e é propícia a sequelas físicas e psicológicas.

5.1 Operações *light-cover*

As operações *light-cover* como vimos são operações de curta duração - no máximo 6 meses – em que o agente policial ou terceiro, com a ocultação da sua qualidade e identidade, participa em operações rápidas e esporádicas, e podem assumir várias modalidades, nomeadamente: (1) *Operation leurre*; (2) *Pseudo-achat* (pseudo-compra); (3) *Pseudo-vente* (pseudo-venda); (4) *Flash-roll*; (5) *Livraison surveillée* (entrega vigiada); (6) *Livraison contrôlée* (entrega controlada) (Ferreira, 1996, citado por Oneto, 2005).

Nas *Operation leurre*, o agente é colocado em locais conhecidos pela presença de elevada actividade criminal, fazendo de “isco”, uma vítima potencial: um vagabundo, um comerciante, um bêbado, uma prostituta, com o objectivo de ser atacado por um delinquente, e quando este é atacado, os restantes agentes policiais que estavam a vigiar, intervêm detendo o agressor.

No *pseudo-achat* e na *pseudo-vente* o agente actua num dos dois lados do crime. Ou seja, no *pseudo-achat* actua no lado passivo, como possível comprador de material ilícito, detendo o vendedor em flagrante delito no momento da venda. No *pseudo-vente*, actua como vendedor de material ilícito, frequentando locais do crime, à espera de ser interpelado por um possível comprador de material que ou é ilícito ou provém de origens ilegítimas.

O *flash-roll* é uma variante do *pseudo-achat*, em que o agente exhibe quantias de dinheiro aos potenciais vendedores de mercadorias ilícitas, com o objectivo de “fechar negócio”.

A *livraison surveillée* (entrega vigiada) é uma acção que consiste num procedimento de controlo e espionagem, com vista a uma emboscada. Esta variante irá normalmente originar a detenção dos delatores através de uma operação *pseudo-achat* ou num *flash-roll*. Este tipo de operações são desenvolvidas normalmente na fronteira dos territórios ou em zonas conhecidas pelo crime de modo a detectar mercadoria proibida ou de origem ilícita, interceptando-a mas retardando a sua detenção, vigiando o seu percurso a fim de deter os responsáveis pelo tráfico. Na *livraison contrôlée*, são os próprios agentes policiais que transportam a mercadoria, encarregando-se da entrega. (Ferreira, 1996, citado por Oneto, 2005).

Aqui, cumpre desde logo fazer uma crítica a duas destas modalidades. Em primeiro lugar a *pseudo-achat* e a *pseudo-vente*. Quanto à primeira, será importante distinguir a actuação do agente infiltrado que se limita a ser interpelado por um vendedor de mercadoria ilícita, do agente que toma a iniciativa de propor a aquisição da mesma. Esta actividade aliciadora, e instigadora não poderá ser valorada, pois trata-se de verdadeira provocação. Quanto ao segundo, actuando enquanto vendedor de mercadoria ilícita será sempre o detentor da iniciativa, ou seja, irá ser o agente infiltrado que exercerá a proposta a um terceiro para a aquisição de mercadoria ilícita. E este acto transformá-lo-á em agente provocador. É que veja-se: a actuação do agente provocador pressupõe uma conduta activa por parte do agente que atua com ocultação da sua identidade. A tónica da sua actuação reside no seguinte: ele alicia ao crime, toma a iniciativa de sugerir a sua prática, cria uma intenção criminosa anteriormente inexistente, determina à comissão de uma infracção que, sem a actuação provocatória persuasora, não se concretizaria. O agente infiltrado enquanto vendedor de mercadoria ilícita, ao incitar um terceiro transeunte à aquisição desta mercadoria, está a instigá-lo ao cometimento de um delito criminal, e irá inevitavelmente ver a sua actuação ferida de ilegalidade.

O mesmo acontece na modalidade de *flash-roll*, pois a iniciativa de cometer um ilícito penal parte do agente infiltrado, sendo também neste caso de analisar criteriosamente a sua actuação de modo a aferir de quem partiu a iniciativa da proposta do delito.

5.2 Operações *deep-cover*

Nas operações *deep-cover*, o agente policial oculta a sua qualidade e adopta uma identidade fictícia, podendo-se ainda ficcionar antecedentes criminais, de modo a adjudicar credibilidade à sua actuação junto das organizações criminais, 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.

As operações *deep-cover* subdividem-se em *sting operations*, *honey-pot operation*, *buy-bust operation* e uma quarta, de carácter mais genérico, que consiste na *infiltration de réseaux ou de groupes*.

A *sting operation*, trata-se de um método que mais uma vez utiliza uma espécie de “engodo” como uma forma de atrair os delinquentes. O agente policial, sob falsa identidade, constitui uma empresa ou toma de arrendamento um estabelecimento comercial e faz constar entre o seus clientes que compra mercadorias de origem ilícita ou roubada, nomeadamente jóias, armas, viaturas ou cartões de crédito. No âmbito desta operação, desenvolve-se a técnica do *scouting*, que consiste em agentes policiais fazerem-se passar por ladrões e, nos meios frequentados por assaltantes e receptadores, anunciam a existência do estabelecimento, de modo a que os suspeitos lhes comprem ou vendam mercadorias roubadas.

A operação *honey-pot* assemelha-se à anterior. Neste caso, os agentes abrem um bar, café, restaurante ou um outro comércio com o objectivo de o transformar na “toca” de grupos criminosos, ou seja, o centro, o local de planeamento e discussão de ideias do grupo criminoso.

A *buy-bust operation* é mais uma técnica de infiltração a longo prazo. 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 droga. 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. A este respeito, diga-se mais uma vez, que esta forma de actuar é altamente duvidosa e facilmente enquadra os parâmetros da actuação provocada, sendo um método para além de débil em termos processuais, pois toda a prova irá ser declarada nula, é altamente ilícito por violação de direitos fundamentais que temos vindo a expor.

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.

Por fim, a *infiltration de réseaux ou de groupes* é 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. Os agentes adoptam uma identidade falsa e o papel que desempenham depende igualmente do meio criminosos em que se inserem (tráfico de droga, de armas, corrupção ou outros crimes). (Ferreira, 1996, citado por Oneto, 2005).

Como veremos, perante esta variedade de actuações que as acções encobertas podem tomar, tendo em conta uma maior ou menor invasão na esfera jurídica do particular, sendo necessário ganhar mais ou menos confiança juntos dos delatores, levou o legislador a criar o RJAE, aqui em estudo, de modo a regular as acções de investigação através de agentes com a ocultação da sua qualidade e identidade (art. 1º, n.º2 RJAE). Um regime jurídico flexível e moldável às circunstâncias criminosas, possibilitando um maior ou menor recurso ao engano por parte do agente policial, de modo a melhor insinuar-se perante os suspeitos (art.5.º, n.º1 RJAE).

De seguida iremos então, agora definido o conceito base de “acção encoberta” e as modalidades que esta pode compreender - com uma maior ou menor ofensa da esfera jurídica do cidadão - debruçar-nos partindo deste conceito lato de «homens de confiança» para a sua conceitualização tripartida, dominante entre a doutrina – agente encoberto, agente infiltrado e agente provocador.

6. O Agente Encoberto

A maior parte dos autores não entende que se deva fazer uma divisão tripartida da figura dos “*homens-de-confiança*”, ou seja: agente encoberto, agente infiltrado, e agente provocador. Defendem desta feita que o agente encoberto e o agente infiltrado são duas faces da mesma moeda, e que a actividade infiltrada consome a actividade encoberta, e limitam-se portanto a contrapor a actuação infiltrada - onde incluem o agente encoberto e o agente infiltrado - à actividade da provocação.

Em várias obras é normal os autores referirem-se a *agente encoberto* como um sinónimo de agente infiltrado, pois como se disse negam uma autonomização do agente encoberto face àquele. Nesta orientação *vide* Isabel Oneto, que nega uma distinção entre o agente encoberto e o agente infiltrado admitindo que “a operar uma distinção entre as duas figuras, o agente encoberto possa ser uma subespécie do agente infiltrado” (Oneto, 2005: 138, 139).

O Regime das Ações Encobertas (Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto - RJAE), através da redacção normativa que o legislador adoptou contribuiu ainda com mais dúvidas, pois, o legislador recorre à expressão ampla “acções encobertas”, não distinguindo o agente encoberto do agente infiltrado, o que tem dado azo para se reafirmar que não faz sentido a autonomização do agente encoberto.

No presente trabalho, iremos seguir a tese defendida por Augusto Meireis e Manuel Valente, onde auxiliámos na ideia que o agente encoberto é uma figura na investigação que se autonomiza do agente infiltrado pela sua actuação totalmente passiva em relação ao crime, e ainda em termos jurídicos – tanto substantiva como processualmente –, por não ser susceptível de ferir direitos fundamentais como veremos de seguida.

O conceito de agente encoberto proposto por Augusto Meireis, (Meireis, 1999: 192), caracteriza o agente policial dotado de uma *total passividade em relação à decisão criminosa*.

Ainda que o agente encoberto esteja em determinado momento num local onde presencia actos delituosos, ou capta informações importantes para fazer prova num processo já em curso ou a instaurar, note-se que nesse mesmo local poderia estar naquele exacto momento qualquer outra pessoa, o que em termos processuais teria exactamente o mesmo resultado, pois assim como o agente encoberto também um cidadão comum ao presenciar um crime poderá fazer prova testemunhal em julgamento; ou tendo conhecimento de que determinado crime se irá executar poderá denunciar estes factos às

autoridades competentes, actuando assim no sentido da prevenção criminal. E dir-se-á que com isso que o cidadão comum ofende direitos fundamentais alheios? A resposta parece-nos rotundamente negativa.

Neste prisma o agente encoberto (Meireis, 1999: 192) é um agente da autoridade, ou alguém que com ele actua de forma concertada, que sem revelar a sua identidade ou qualidade frequenta os meios conotados com o crime na esperança de descobrir possíveis delinquentes; ele não provoca o crime, não conquista a confiança de nenhum suspeito, nem tampouco interage com qualquer agente do crime. A sua presença e a sua qualidade é totalmente indiferente para determinar o rumo dos acontecimentos que levarão à consumação do crime; como diz Augusto Meireis, “aqui o risco corre, no todo, por conta do delinvente”. É o frequente “policia à paisana” que, v.g. *“para combater o tráfico e o consumo de estupefacientes, frequenta cafés, bares, ruas, estações de caminhos-de-ferro e demais lugares abertos ao público na esperança, ou de presenciar os crimes em causa e deter os seus agentes, ou de que um dos traficantes se lhe dirija propondo-lhe a aquisição de estupefacientes.*

Assim nestes casos a actuação do agente encoberto é totalmente lícita e legalmente admissível ao abrigo do princípio da oficialidade e da investigação, da liberdade e da atipicidade dos meios de prova não proibidos, pois não interfere com quaisquer direitos fundamentais. Deste modo a sua actuação não se encontra subordinada ao regime do RJAÉ.

Como vimos o agente encoberto é um agente de polícia - ou um cidadão actuado sob as suas ordens - que ocultando a sua qualidade frequenta locais conotados pelo crime, não estabelecendo no entanto qualquer contacto com o suspeito. Resulta da definição anterior, que o agente encoberto tem como timbre da sua actuação uma total inércia em relação à actividade criminal, limitando-se a tirar partido de uma posição privilegiada que detém, quer através de conversas que ouve, ou de actos criminosos que presencia, com a finalidade de obter provas para a incriminação de um ou mais suspeitos, ou apenas para a obter a *noticia criminis*.

Comparativamente, o agente infiltrado estabelece um contacto directo com o suspeito criminoso, infiltrando-se no seio do grupo organizado, estabelecendo relações de estreita confiança, amizade e confidência com os visados, para que deste modo - tirando partido do erro em que o suspeito se encontra -, possa captar prova para o processo penal de modo a incriminar os suspeitos sob investigação, numa criticável mas tolerável violação pelos princípios constitucionais do direito à integridade moral e da reserva da vida privada.

De qualquer modo embora seja claro, do ponto de vista puramente dogmático-conceitual a distinção entre o agente encoberto, o agente infiltrado, e o agente provocador, já na prática investigatória a linha que separa estas figuras nota-se deveras ténue, sobretudo a distinção entre agente infiltrado e agente provocador, que durante a acção investigatória se têm misturado mais vezes do que seria aconselhável tendo-se notado no agente infiltrado uma fragilidade particular para se converter em agente provocador.

Não obstante, o estabelecimento da relação de confiança com o visado, no caso da actuação infiltrado, e a ausência desse contacto directo no quadro do agente encoberto, e a instigação à execução ou a autoria mediata do crime no caso do agente provocador, apontam-se necessariamente para formas distintas de actuação que cristalizam diferentes graus de ingerência aos direitos fundamentais, o que justifica a conveniência teórica da distinção.

7. O Agente Infiltrado

A figura do agente infiltrado, tem adjacente à sua actuação duas características fundamentais: o inevitável recurso ao engano sobre os verdadeiros desígnios do agente infiltrado e uma estreita relação de intimidade, confiança e confiabilidade, entre o agente infiltrado e o suspeito. O que sempre nos reconduzirá a uma criticável e ascendente perda dos valores constitucionais como o respeito pela dignidade da pessoa humana, o direito à integridade moral da pessoa, e da reserva da vida familiar e privada.

Ao legitimarmos a admissibilidade do agente infiltrado e com ele a conseqüente compressão de direitos fundamentais como a integridade moral e a reserva da vida privada, tendo como desculpa a evolução da criminalidade e a elevada capacitação dos grupos criminosos, a questão que se coloca é: qual o limite para a compressão de direitos fundamentais, e o que faremos quando o núcleo essencial do direito mais do que uma garantia da efectivação dos direitos fundamentais do cidadão, for uma barreira à eficácia da justiça penal?

7.1 O tratamento substantivo

O agente infiltrado, poderá ser perspectivado como uma técnica de investigação que consiste em instalar um agente da autoridade no interior de um grupo criminoso, ou de o colocar de qualquer forma em contacto estreito com delinquentes e/ou suspeitos. Aquele agente, (Alves Meireis, 1999: 163,164) que poderá ser uma autoridade ou um cidadão particular - actuando de forma concertada e sob o comando da policia – sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do (s) suspeitos (s), ou então simplesmente para a obtenção da *notitia criminis*, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução e praticando também actos típicos ilícitos se necessário for, por forma a conseguir a informação necessária para a prossecução do fim a que se propõe a investigação.

Comprendemos portanto desde logo uma distinção do agente provocador. Estamos aqui perante (Pereira, 2012: 17) uma figura bem mais “suave” cujo epicentro da sua actuação é obter a confiança do (s) agente (s) do crime, tornando-se aparentemente num deles, para, desta forma, ter acesso a informações, planos, processos, confidências...que, de acordo com o seu plano, irão preceder ou comprovar a execução de crimes e como tal, constituirão as provas necessárias à condenação dos suspeitos.

Ainda no que concerne à actuação do agente infiltrado, a este será permitido que seja - com base no plano estabelecido - um verdadeiro participante. No entanto, esta participação apenas poderá revestir-se sob a forma de co-autoria ou cumplicidade (Alves Meireis, 1999, p. 164).

Não se poderá admitir ao agente infiltrado que este contribua para a determinação do crime, ou desenvolva actos de instigação, pois essa actuação iria transformá-lo em agente provocador, prática que não é de modo algum consentida pela lei, e portanto um agente policial submetido a uma acção encoberta que se defina como “*aquele que tem a conduta imprescindível para o cometimento do crime por parte do agente, ou seja, sem ele, o agente não teria delinquido*”, trata-se de um agente provocador, e como tal a sua actuação está ferida de nulidade, e a prova por si recolhida é nula.

Como temos vindo a estudar, a mais recente previsão legal que legitima a actuação do agente infiltrado, encontra-se na lei n.º101/2001, de 25 de Agosto, que dispõe sobre o Regime Jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e repressão criminal, mais precisamente no art. 1.º, n.º2.

É hoje pacífico dizer-se que a figura do agente infiltrado encontra-se espalhado pelos ordenamentos jurídicos mundiais, nuns mais desenvolvido que outros, mas é hoje o mecanismo mais utilizado de entre as acções encobertas para fazer frente à criminalidade mais grave. E neste sentido é importante fixar que, por muito que choque socialmente, a actuação infiltrada é efectivamente parte activa no crime, participando e colaborando não raras vezes para a execução de crimes.

Foi aliás certamente esta necessidade de participação no crime que esteve na mente do legislador, ao autorizar a execução de crimes por parte do agente infiltrado em co-autoria ou cumplicidade.

Não discordamos de Mário Monte quando refere que o agente infiltrado, contrariamente ao provocador aparece como uma *entidade documentadora que regista os factos e os seus intervenientes* (Monte, 1997:197); ainda nesta formulação o agente infiltrado será *uma espécie de receptor de informação, de alguém que espera pela prova*. Em certa medida concordamos que a actuação do agente infiltrado não irá impulsionar a intenção criminosa e não será este a convencer o delinquente a actuar de forma contrária à lei, porém, como referimos acima, o agente infiltrado terá um papel mais activo e não se limita a ser mero *informador*, ou observador das actividades dos suspeitos, adoptando também e ainda uma posição activa na interacção com os presumíveis infractores cujo conteúdo irá variar consoante o papel adoptado, a modalidade da acção encoberta e os

objectivos de prevenção e repressão criminal que se proponha atingir, e, bem assim, participa na actividade criminosa e pratica actos típicos. (Isabel Oneto, 2005)

Quanto à responsabilidade penal do agente infiltrado, sobre a qual nos debruçaremos mais à frente, o agente infiltrado porque actua legitimado pelo regime do RJAÉ, não será punido por exclusão da ilicitude, porque no exercício de um dever *ex officio*.

O agente infiltrado tem a sua actuação marcada por um forte dilema, que é o de estar inserido num ambiente criminoso, ter que se portar como tal, sob pena de não conseguir a confiança dos delinquentes, ou, até mesmo, de arriscar a sua vida caso seja descoberta a sua identidade; mas também tem a sua conduta limitada pela lei, que não admite que ele adopte plenamente o comportamento dos delinquentes.

A questão é que, na maioria das vezes, é este comportamento desviante, semelhante ao dos membros da organização criminosa, que lhe permite pertencer ao grupo. É que do mesmo modo - e esta parte é importante e exige soluções - que o sistema de justiça criminal tem adoptado medidas para perseguir os criminosos, como, por exemplo, a utilização de agentes infiltrados, as organizações criminosas têm-se também precavido e elaborado rituais de iniciação, que sabem não ser tolerados na actuação de um agente infiltrado, como o cometimento de um ou mais delitos – um homicídio, por exemplo - como requisito objectivo para a conquista da confiança do grupo. (Pereira, 2012 :18)

Quer-se com isto dizer que os limites impostos pelo RJAÉ à actuação do agente infiltrado poderão muitas das vezes deitar por terra a operação, e poderá no limite, pôr a própria vida do agente infiltrado em risco, caso opte por adoptar um comportamento estrito à lei.

Por outro lado, se extrapolar o limite que lhe foi concedido, o que não é raro de acontecer – e não é censurável tendo em conta o nível de exigência e stress em que o agente infiltrado se vê submergido -, pode vir a ser transformado em agente provocador e, por consequência, será responsabilizado criminalmente.

7.2 O tratamento processual

O processo penal está fortemente vinculado aos valores constitucionais, e como tal a recolha de prova deve obedecer primeiramente à lei fundamental, como também à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), estando vinculado aos princípios mais básicos consagrados como são o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º

CRP), o princípio da universalidade (art. 12.º CRP), igualdade (art. 13.º CRP), e pelos direitos liberdades e garantias do cidadão (art. 18.º CRP). Para além disso, está ainda vinculado aos princípios processuais, sujeitos às regras do processo equitativo, o qual demanda o respeito pelos princípios do contraditório e da igualdade de armas, etc...

Como refere Gomes Canotilho, “*os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:*

- (i) *constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente a ingerência destes na esfera jurídica individual;*
- (ii) *implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).” (Canotilho apud Meireis: 166)*

Esta perspectiva está, aliás, bem patente no art.18º, n.º1 da CRP: *são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Porém existem situações de excepcionalidade, como o caso do confronto de direitos fundamentais onde o legislador legitimou a compressão destes, em favor da continuidade do efeito útil dos mesmos, e desde que levadas a cabo quando em concreto sejam necessárias para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente consagrados e só na medida dessa necessidade, pois jamais se poderá admitir a ingerência no núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado evitando-se assim restrições conducentes a aniquilação de um direito subjectivo.*

Assim, no âmbito da restrição de direitos fundamentais, estabelece o art. 32º, n.º8 dois graus distintos de restringibilidade dos direitos fundamentais.

Se na primeira parte o legislador estabelece peremptoriamente a nulidade de um certo tipo de provas: *as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa a integridade física ou moral da pessoa;* já na segunda parte, institui que não obstante o processo de obtenção da prova colidir, também, com direitos fundamentais da pessoa humana, essa prova só será nula *se a colisão se traduzir numa abusiva intromissão nesses direitos.*

Entendeu o legislador que os interesses do processo penal não poderiam acarretar nunca um grave prejuízo para a dignidade da pessoa humana. Neste sentido proibiu o Estado de lançar mão de actos ofensivos de direitos fundamentais para conseguir apurar a verdade dos factos *sub judice*, estabelecendo assim uma proibição absoluta para os casos

em que for posta em causa a dignidade pessoal – primeira parte do artigo – e uma proibição relativa para os casos em que forem postos em causa os direitos constantes dos art. 26.º e 34.º, e isto, na medida em que aqueles direitos que se prendem directamente com a dignidade da pessoa são irrestringíveis, sem excepção (como os casos dos direitos à vida e integridade física e moral), o mesmo não acontecendo com os direitos constantes da segunda parte do art. 32.º, n.º8. (*a reserva da vida privada, domicílio, correspondência e telecomunicações*) (Meireis, 2006: 169)

A admissibilidade processual do agente infiltrado no nosso ordenamento jurídico afere-se de acordo com o art.18.º n.º2 da CRP e de acordo com os princípios do RJAE (art.3.º n.º1), no âmbito dos crimes constantes neste regime (art. 2.º RJAE), tendo os cidadãos como garantia de um processo equitativo o art.32.º n.º8 CRP, e art.126.º, n.º 1 e 2, a) do CPP (proibição de utilização de meios enganoso na obtenção de prova).

Neste sentido o recurso ao agente infiltrado como método de obtenção de prova coloca-se sob o prisma da proibição de prova absoluta do art. 32.º, n.º 8 da CRP e art. 126.º, n.º 1 e 2, a) do CPP, enquanto meio enganoso ofensivo da integridade moral, e deste modo deverá ser equacionado tendo em conta uma interpretação restritiva destes preceitos que distinga entre o engano proibido e aquele que ainda é permitido, pois que *não há-de ser a utilização de um qualquer engano que deve induzir uma proibição de prova: há uma dose de engano na indagação criminal, que é tolerável* (Costa Andrade, 1992: 234, 236).

O recurso ao agente infiltrado está legitimado para os crimes catalogados no art.2º do RJAE⁴. A utilização desta figura para além dos crimes do catálogo implica a nulidade de prova, porque proibida ao abrigo do artigo 38º, nº 2 da CRP e dos artigos 118º, nº 3, do 125º, e do artigo 126 nº 1 e nº 2 al. a) do CPP.

Aproveitamos só para realçar que apesar de não se encontrar estatuída no artigo 119º (nulidades insanáveis) e no artigo 120º do CPP, o que leva a que seja uma nulidade atípica, trata-se ainda assim de uma nulidade insanável/absoluta tal como as do art. 126º, n.º1 CPP. (Matos, 2015: 77)

⁴ Vide extinção ao catálogo de crimes do art. 2 do RJAE, no capítulo 3 “Admissibilidade da Acção Encoberta”

Note-se ainda que a proibição de produção de prova no âmbito do art. 126.º, n.º4 do CPP, pode ser excepcionada, quando tenha como fim proceder criminalmente contra o agente responsável pela instigação à mesma.

7.3 Os pressupostos da actuação do agente infiltrado

Como qualquer lei restritiva de direitos fundamentais, o RJAÉ estabelece um conjunto de pressupostos para a válida actuação do agente infiltrado, e para que a exclusão da sua responsabilidade por crimes cometidos seja legitimada. Quanto à exclusão da responsabilidade, o art.6º do RJAÉ estabelece os pressupostos objectivos, e requerem como qualquer causa de exclusão de ilicitude uma actuação por parte do agente que represente o pressuposto subjectivo comum da causa de justificação, ou seja, uma representação por parte do agente infiltrado que a sua acção consubstancia uma causa de justificação objectiva e todos os seus pressupostos do tipo justificador.

Ou seja no momento em que o agente infiltrado executa os actos típicos ilícitos deve ter presente se a sua actuação preenche todos os elementos objectivos da exclusão da ilicitude, estabelecidos pelo RJAÉ. Este regime estabelece desde logo a legitimidade do agente infiltrado praticar *actos preparatórios ou de execução* desde que sob a forma de *comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata*, ou seja, desde que o agente infiltrado não se transforme em verdadeiro instigador, o que o tornaria o autor mediato do crime ou seja, o agente provocador. Esta actuação ainda que preencha os requisitos proibitivos da instigação, deve também obedecer ao estreito princípio da proporcionalidade, de acordo com os fins que a investigação pretende atingir.

a) O princípio da legalidade

A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, estabelece o Regime Jurídico das acções encobertas. Este regime estabelece que as acções encobertas têm como fim a “prevenção e investigação criminal” (art.1.º RJAÉ). Desde logo, um dos primeiros pressupostos para a aplicação do regime das acções encobertas é a existência no momento da autorização por parte da autoridade judiciária competente, de fortes indícios, ou seja, de elevada probabilidade de que se realizou ou se irá realizar um dos crimes plasmados no catálogo do RJAÉ.

A proposta da realização da acção encoberta, e a direcção da sua execução incumbe à Polícia Judiciária ou ao SEF, mas está dependente da autorização do Juiz de Instrução Criminal, mediante proposta do Ministério Público, nas acções que tenham por objecto a prevenção criminal; ou do Ministério Público, no âmbito do inquérito, estando esta sujeita a ratificação tácita ou expressa do Juiz de Instrução criminal, considerando-se válida se no prazo de 72h não for proferido pelo JIC despacho de recusa, de acordo com o art. 3.º, n.º 3 e 4 do RJAE.

O mesmo se aplica às decisões de prorrogação, modificação e cessação das acções encobertas. A autorização da acção encoberta deve também fixar o tempo de duração da mesma, o que não poderá ultrapassar o prazo de 6 meses, prorrogáveis por períodos iguais. (art. 5.º, n.º 3 do RJAE)

A actuação no âmbito das acções encobertas cumpre, à Polícia Judiciária (PJ) e ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), respectivamente, dependendo do tipo de crime, e se este se insere no âmbito do catálogo do RJAE (art. 1.º, n.º 2 do RJAE) e do art. 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009, ou na previsão do art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007.

Ou seja, o agente infiltrado – sendo ele um agente da polícia ou terceiro - poderá actuar sob as ordens ou direcção da PJ ou SEF, com ocultação da sua qualidade. No que concerne ao recurso a uma identidade fictícia, que terá que ser atribuída por despacho do Ministro da Justiça, a pedido do director nacional daquelas entidades (art. 5.º, n.º 2 do RJAE), esta só poderá ser facultada aos *agentes da polícia criminal* (art. 5.º, n.º 1 do RJAE), os quais, salvo melhor opinião, apenas serão os funcionários de investigação criminal da PJ e do SEF, pois como se conclui, os crimes constantes do RJAE e no art. 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009 são da competência reservada da PJ (art. 7.º, n.º 2 e 3 da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto) e os consagrados no art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007 são da competência específica de ambos (art. 7.º, n.º 4, b) da Lei n.º 49/2008 e art. 2.º, n.º 1, g) do Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro). (Loureiro, 2013: 21)

Para além dos crimes catalogados no art. 6.º do RJAE, o regime das acções encobertas tem também como finalidade a prevenção ou repressão dos «crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas» (art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007), e ainda, mas aqui apenas para fins de repressão de crimes informáticos e crimes cometidos por meio de um sistema informático referidos no art. 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009.

Como qualquer medida de restrição de direitos fundamentais, o recurso ao agente infiltrado deve ser fortemente ponderado tendo em conta o princípio da proporcionalidade

lato sensu (art. 3, n.º1 do RJAE), para que deste modo possa ser autorizada e/ou prorrogada.

Neste sentido, no momento da autorização da acção encoberta, esta, atentos os factos que indiciam fortemente a probabilidade de se ir praticar ou se ter praticado um dos crimes *tipo* que estudamos acima, deve a acção encoberta revelar-se adequada, necessária, e proporcional em sentido estrito. (art.18, n.º2 CRP).

Com a adequação queremos então dizer que a acção encoberta deve mostrar-se um meio idóneo para a prossecução dos fins de prevenção ou repressão criminal a que se propõe, e que se pretendem, como sejam a recolha de material probatório que possa servir para acusar os suspeitos.

Com o requisito da necessidade da acção encoberta, o que se impõe é que esta seja exigível, que é dizer, indispensável, para a prossecução da investigação. Ou seja, não haveria outro método de recolha de prova tão eficaz, e tão menos oneroso de direitos fundamentais, como o recurso ao agente infiltrado, no caso concreto. Neste campo o que se exige é uma ponderação de meios, com recurso ao princípio da subsidiariedade. Ou seja, que de um amplo leque de meios de obtenção da prova se pese de entre esses qual o mais eficaz, e desses meios mais eficazes, qual o menos oneroso de direitos fundamentais. Deverá concluir-se então que a acção encoberta é o meio de obtenção da prova *in caso* capaz de prevenir e/ou reprimir os crimes visados, pois todos os outros, menos restritivos, se revelam ineficazes. Ainda no âmbito do critério da necessidade haverá que escrutinar qual a modalidade das acções encobertas, mais adequada ao caso concreto (*light cover* ou *deep cover*), perpetrando um menor grau de invasão na esfera dos direitos fundamentais do visado.

Haverá ainda que observar o requisito da proporcionalidade em sentido estrito (*stricto sensu*), que será um meio de medida entre a agressão aos direitos fundamentais admitida e a agressão excessiva ou desproporcionada face aos fins preventivos e/ou repressivos concretos e à medida da gravidade, objectiva e subjectiva, dos crimes a investigar.

Por fim, um dos requisitos do RJAE para a legalidade da acção encoberta é o dever de relato nos termos do art. 3.º, n.º 6 do RJAE. O agente infiltrado deverá então submeter um relatório da sua actividade à entidade sob a qual está a actuar, a saber, a PJ ou o SEF, para que estes possam remetê-la à autoridade judiciária competente no prazo de 48 horas após o termos da acção encoberta ou aquando das prorrogações, de modo a que se possa

aferir acerca da conformidade da actuação do agente infiltrado, e da legalidade da operação.

b) O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade está presente no Regime das Ações Encobertas como um dos requisitos para a autorização da acção encoberta (art.3º RJAE) mas, e também, como pressuposto da actuação do agente infiltrado (art.6º RJAE), de modo a garantir que a sua conduta *garde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma*.

Quer então dizer que o agente infiltrado no âmbito da acção encoberta, não obstante estar a actuar perante uma autorização judicial que lhe permite por em perigo bens jurídico-penais, deve ter em conta um juízo de ponderabilidade, não ultrapassando os limites admissíveis à prossecução da acção encoberta. Tratar-se-á de uma tarefa muito dificultada, tendo em conta o ambiente em que o agente infiltrado se encontra e a rapidez com que lhe é exigível tomar decisões no seio do grupo criminal, nomeadamente no que concerne à execução de crimes. Pois não nos esqueçamos que o agente infiltrado durante a sua actuação, antes de cometer um crime terá que fazer vários juízos de *auto-censurabilidade*, desde logo avaliando se esse ilícito irá consubstanciar uma actuação em autoria mediata ou imediata, pois esse enquadramento irá ter repercussões graves na exclusão da ilicitude dos seus actos, e posteriormente terá ainda de avaliar a proporcionalidade de cada um dos seus actos atentos os fins da actuação encoberta.

Naturalmente esta não será uma tarefa fácil para o agente infiltrado que terá que avaliar a sua actuação *in caso*, de modo a não ultrapassar as balizas impostas pela letra do RJAE.

Como já tivemos oportunidade de ver o princípio da proporcionalidade subdivide-se em princípio da adequação, princípio da necessidade ou exigibilidade, e princípio da proporcionalidade *stricto sensu*. Não cabe mais aqui fazer a distinção entre cada um deles, pois já foi feita no capítulo acima, apenas relembrar que trata-se de princípios cumulativos e que a não verificação de apenas um deles implica a nulidade das provas obtidas por este instituto, porque ilícito.

O que nos propomos com este capítulo é fazer uma reflexão mais profunda acerca da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade durante a actuação do agente infiltrado.

Como já vimos para a legitimação de uma acção encoberta é necessário antes de mais que estejam patentes fortes indícios de que um crime do catálogo fora cometido ou a elevada probabilidade de o vir a ser, e então, a autorização por parte das autoridades judiciárias para a realização desta. Porém na autorização emitida pelo JIC ou pelo MP, constará uma legitimidade para o agente infiltrado de perpetrar um conjunto de ilícitos penais, mas esta autorização não abarca um catálogo de actos taxativos. Pois nem tal seria possível tendo em conta o complexo universo de actos em que o agente infiltrado se verá imerso, para que possa levar a bom porto a acção encoberta. Ou seja, a autorização incluirá uma exclusão de ilicitude *em abstracto* dos actos típicos penais executados durante a acção encoberta, e caberá aqui ao agente infiltrado, mediante uma cláusula geral de proporcionalidade incluída na autorização, fazer um juízo “*ex ante*” acerca aceitabilidade ou não da sua actuação.

O que nos suscita desde logo uma questão controversa acerca da proporcionalidade como justificação das actuações do agente infiltrado: qual a extensão dos limites justificadores da actuação do agente infiltrado presente no RJAE? Ou seja, que bens jurídico-penais deve o cidadão comum suportar em nome da eficácia da investigação criminal?

Transportamos para aqui visão de Isael Oneto: *está o agente infiltrado impedido de furtar um veículo, no âmbito de uma operação encoberta, quando a prática desse facto lhe é exigível pela organização em que se infiltrou?* Como sabemos, a acção encoberta irá colocar o agente infiltrado perante vários dilemas éticos e morais, que deverão ser ultrapassados da melhor forma, atentos os limites para a violação dos direitos fundamentais, mas também, de modo a não por em causa a sua qualidade de agente filtrado, os fins da acção encoberta, e principalmente, e mais importante, a sua própria vida. Ora, como sabemos, durante uma acção encoberta o agente infiltrado poderá ser incumbido de várias tarefas ilícitas, por exemplo, o transporte de determinada encomenda de estupefacientes. Imagine-se que para este transporte é-lhe ordenado que fure previamente um carro. O agente infiltrado poderá furtar este veículo, excluída a sua responsabilidade penal? Neste campo, é o entendimento geral da doutrina que sim.

Apensar de a resposta nos causar alguma surpresa por estarem em causa bens jurídicos de terceiros, alheios à investigação, como a propriedade, a prossecução da investigação está dependente dessa actuação ilícita (justificada). E assim, estando em causa apenas bens jurídicos patrimoniais ou supra individuais, e não bens jurídicos fundamentais como a “vida e a integridade física, estão justificadas as acções encobertas à luz de uma

justiça funcionalmente eficaz, atendendo ao tipo de criminalidade que as mesmas têm subjacente”. (Isabel Oneto, 2005)

Note-se: o Direito Constitucional tem como prevalência a defesa de um Estado de Direito, o que apenas será possível através de uma justiça eficaz. E para que se realize uma justiça eficaz, o direito constitucional admite a compressão de direitos fundamentais. Mas aquando do conflito entre valores constitucionais e direitos individuais, o Direito Constitucional da prevalência a estes em detrimento daqueles.

Será então admissível sujeitar terceiro à repressão de direitos jurídico-penais para atingir os fins da acção infiltrada? Ou seja, está vedado a este particular o directo de defesa do bem jurídico lesado, em função daquele tipo justificador que permite a compressão de direitos fundamentais de terceiros, com o objectivo da prossecução da investigação criminal?

Seguimos aqui mais uma vez o entendimento de Isabel Oneto. Parece-nos que o pendor do legislador na axiologia constitucional foi optar pela prevalência obrigatória e inviolável da dignidade humana, defendendo a supremacia de direitos como a vida, integridade física e intimidade da vida privada não sendo admissível que estes direitos sofram lesões. Por outro lado, bens jurídico-patrimoniais não gozam desta protecção, podendo sofrer compressão na medida necessária para os fins da investigação. (Oneto, 2005: 183)

Pondere-se então a seguinte questão: o agente infiltrado é confrontado com um dilema moral em que é necessário assumir uma actuação que coloca em perigo bens jurídicos como a vida ou a integridade física, sendo que disso está dependente o fim e a prossecução da investigação criminal? Quid Juris.

Nesta hipótese, entendemos que a actuação do agente infiltrado extravasa clamorosamente a ponderação que poderia ser feita entre o bem jurídico protegido e os fins da operação encoberta. Ainda assim poderá esta actuação justificar-se perante um *estado de necessidade desculpante* (art.35ºCP) (Oneto, 2005: 185), se esta actuação reunir os pressupostos para esta causa de exclusão da culpa.

Se por outro lado estiver em causa a vida ou integridade física do agente infiltrado ou de terceiro, alheio à investigação criminal, o agente infiltrado poderá fazer-se valer da legítima defesa (incluindo o auxílio necessário).

c) A não violação do núcleo essencial do direito

Os direitos fundamentais como sabemos podem ser restringidos quando surjam conflitos com outros direitos fundamentais ou esteja em causa a defesa do Estado de Direito. Porém esta restrição dos direitos fundamentais não poderia ser desatada de limites, e neste sentido, dizemos então que essa restrição não pode ir além do núcleo essencial do direito. Esta protecção ao núcleo essencial do direito é uma barreira que o legislador impôs à restrição desmedida de direitos, liberdades e garantias, previsto no art. 18, n.º3 da CRP, e que tem como objectivo essencialmente que a restrição do direito não se converta numa aniquilação do próprio direito.

Como refere Canotilho, *a ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado.*(Canotilho, 2007: 489)

É certo que os requisitos da necessidade e da proporcionalidade podem fazer variar os contornos desse *núcleo essencial*, mas, também não é menos acertado dizer que a necessidade e a proporcionalidade esbarrarão necessariamente com a última fronteira intransponível por qualquer lei restritiva. Queremos com isto significar que serão, sempre, a necessidade e a proporcionalidade a ditar os contornos desse núcleo essencial; agora, ao que elas nunca poderão levar, será a um sacrifício total desse núcleo: à negação desse mesmo direito. (Meireis, 2006: 189)

Mas em que se consubstancia, ou melhor, como se determina essa esfera mínima intangível e sem a qual já não existe o direito fundamental: o núcleo essencial do direito?

Entendemos neste particular que o limite mínimo de um direito fundamental, deverá ser aferido como aquele que é marcadamente o de maior valor para se conferir unidade material aos direitos fundamentais como um todo: a dignidade da pessoa humana.

Ao instituir um parâmetro valorativo da pessoa enquanto pessoa humana, o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento de toda norma jusfundamental e preside o sistema de direitos fundamentais (Coutinho, 2010: 557-574). Como resume Vieira de Andrade, a ideia do homem como ser digno e livre está na base dos direitos e constitui a essência dos direitos, liberdades e garantias. Por essa quadra, o núcleo essencial do direito fundamental que serve de limite intransponível às restrições há-de corresponder aos bens jusfundamentalmente materiais mínimos, considerados à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma ponderação dos bens jurídicos; existe um limite absoluto e intransponível constituído pelo *núcleo irreduzível da dignidade e autonomia pessoal*

individual (art. 34.º, c) do CP), integrado por aqueles bens jurídicos imponderáveis, cujo sacrifício não é em nenhum caso razoável de exigir, a saber: a vida, a integridade física (no mínimo, a *essencial*) e as *mais importantes dimensões da liberdade pessoal*. (Loureiro, 2013: 39)

7.4 A prática de actos preparatórios ou de execução

O legislador estabeleceu no art. 6.º, n.º1 do RJAЕ dois pressupostos no âmbito da autoria de ilícitos penais dos quais fez depender a justificação para a exclusão de responsabilidade criminal do agente infiltrado. A conduta do agente infiltrado poderá consubstanciar a *prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata*, mas sempre guardando a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

Cabe aqui indagar antes de mais: qual a intenção subjacente à utilização destes conceitos por parte do legislador? Ou seja, porque optou especificamente pela classificação dos *actos preparatórios ou de execução*. Estará o agente infiltrado limitado à execução de actos sob forma tentada?

Dispõe o art. 21º do CP que *os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário*. Como se sabe os actos preparatórios antecedem temporalmente e segundo a natureza das coisas a execução de um ilícito-típico. Como tal não se encontram descritos na generalidade dos tipos legais e, por isso, não indiciam a responsabilização penal.

Em determinados casos muito específicos, geralmente associados a crimes de contrafacção de moeda, títulos de crédito e valores selados, em função da violação do bem jurídico e do ataque ao ordenamento social que a ordem quer prevenir, os actos materialmente preparatórios foram formalmente transformados em *crimes autónomos*. Porém, esta antecipação da punição só pode ser admitida excepcionalmente sob pena de se abrir descaradamente a possibilidade da punição de meras intenções. (Figueiredo Dias, 2009: 683) Relativamente aos actos preparatórios o legislador optou por considerar que a preparação da execução de um tipo ilícito e os actos em que se traduza não são, salvo disposição em contrário, puníveis (art. 21.º CP)

Por norma *os actos preparatórios não constituem um perigo objectivo* para o bem jurídico. Porém, a constituírem-se como um perigo para o bem jurídico a lei incrimina-os automaticamente como sucede nos art.s 271º, 275º e 344º CP, por considerar o alto *grau de*

probabilidade para a realização do ilícito típico e a *necessidade* de intervenção penal específica num estágio muito precoce do *inter criminis*.

A posição do legislador nesta matéria não parece suscitar dúvidas relativamente à *não punibilidade* do agente infiltrado que no âmbito da acção encoberta consubstancia actos deste género.

Quanto aos actos de execução, há que distinguir no percurso criminoso do agente entre *delito tentado e delito consumado*. Para se aferir correctamente a natureza material entre uma forma e outra é mister recorrer a distinção entre *consumação típica ou formal* e *consumação material, terminação ou conclusão*.

A primeira verifica-se logo que o comportamento doloso preenche a totalidade dos elementos do tipo objectivo do ilícito. A segunda dá-se apenas com a realização completa do conteúdo do ilícito em vista do qual foi erigida a incriminação, ou seja, com a verificação do resultado que interessa ainda à valoração do ilícito por directamente atinente aos bens jurídicos tutelados e à função de protecção da norma. (Figueiredo Dias: 686)

Note-se que os actos de execução são *actos-meio* para a realização do crime consumado, e neste sentido não se tratam de actos exclusivos dos factos tentados, pois também nos crimes consumados o agente praticou actos de execução. Ou seja, os actos de execução estão presentes numa variedade de hipóteses no que se refere à prática de ilícitos penais.

Vejam: (i) na tentativa inacabada: o agente inicia a prática de actos de execução, mas não os suficientes para que o crime se consuma. (ii) tentativa acabada ou crime frustrado: o agente pratica a totalidade dos actos porém, ainda assim a consumação não ocorre (iii) crime consumado: o agente pratica a totalidade dos actos de execução e há lugar à consumação do crime. Como vimos, em todas estas actuações existiram actos de execução do crime. E como estudamos acima alguns actos de execução na forma tentada podem ser autonomamente puníveis por constituírem por si só factos consumados. (Silva *apud* Loureiro, 2013: 25)

Na concepção geral da autoria existem duas categorias que importa precisar para se perceber as diferenças entre ambas: na primeira categoria incluímos os *cúmplices* que sendo figuras laterais ou de segunda linha não realizam o tipo de ilícito, mas participam de um tipo de ilícito realizado por outrem. A segunda corresponde aos *autores* que constituem *a figura central do acontecimento criminoso* ou na expressão de Figueiredo Dias *centro pessoal do ilícito típico*.

A distinção, por excelência, entre autoria e participação encontra-se na consideração formal objectiva de que: *autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)*. (Figueiredo Dias: 759)

Esta concepção não é, por si só, e sem outros desenvolvimentos, suficientemente explícita quanto à definição dos critérios prático-normativos da autoria, importando procurar atrás das palavras da lei com que se exprime o tipo de ilícito, o que significa *executar o facto*.

Para a *teoria unitária* da autoria: o autor é aquele que de uma qualquer forma executa o facto no sentido de que oferece uma *contribuição causal* para a realização típica, seja qual for a sua importância ou o seu significado. As diferenças entre os diversos contributos seriam relevadas na concreta medida da pena. Esta concepção foi repudiada e incompatível com o CP actual que não considera a cumplicidade uma forma de autoria.

A *teoria subjectiva* procurou no lado subjectivo do crime o fundamento da autoria. Assim, é autor quem realiza o facto com *vontade de autor (animus auctoris)*, participante quem colabora no acto com *vontade de participe (animus socii)*. O autor quer o facto como próprio, o participe quer o facto como alheio. Esta teoria foi afastada porque o sentimento pessoal do agente, em si mesmo, não pode constituir critério de autoria. Se alguém se limitou a colaborar na realização do facto e o papel principal recai sob outrem, não pode aquele vir a criar uma qualidade que não lhe advém do comportamento delituoso.

O critério da distinção entre autoria e participação foi, então, adoptado a partir da teoria do *domínio do facto*, pelo menos nos delitos dolosos, caracterizada pelos momentos objectivos e subjectivos da doutrina do *ilícito pessoal*. Segundo esta, autor é quem domina o facto, quem dele é *senhor*, quem toma a *execução nas próprias mãos* de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e *como* da realização típica. Autor é *figura central do acontecimento*. Ele aparece, numa sua vertente como obra de uma *vontade* que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma *contribuição* para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objectivo. (Vide ainda neste sentido Noronha, 2014: 180)

Por fim, concluímos que a lei das acções encobertas ao consagrar a prática de actos preparatórios ou de execução parece evidenciar, com apelo a elementos interpretativos lógico-rationais, que o legislador decidiu conceder aos investigadores criminais um instrumento que lhes permita actuar, por vezes, numa fase inicial do *inter criminis* como ocorre com estas duas formas do crime. (autor ou cúmplice)

Essa actuação, desde que cumprindo os requisitos legais, deve ser considerada extensiva aos crimes na forma tentada ou na forma consumada. A referência, no texto legal, a actos de execução, na nossa opinião, deve ser interpretada nos termos supra mencionados: *autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)*. Na realidade, como outros autores defendem, não nos parece compreensível, em termos político-criminais e jurídico-penais, que se venham a pugnar pela intervenção do agente infiltrado, apenas, até ao estágio da tentativa do ilícito típico e que a partir desta fase a sua conduta deixa de estar justificada (isenta de responsabilidade).

A intervenção do legislador, como demonstra a preocupação evidenciada durante a discussão parlamentar da proposta de lei, foi de dotar a investigação criminal de um instrumento que permita uma investigação mais eficaz e maior segurança para os cidadãos, designadamente através da prevenção e repressão da criminalidade organizada. Não cremos que o legislador tivesse por intenção limitar a acção do agente infiltrado a ilícitos típicos na forma tentada, não permitindo a consumação quando aguarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma. Existe, porém, a necessidade de um juízo de ponderação de quais os bens jurídico-penais que podem ser lesados ou postos em perigo durante a conduta do agente infiltrado, para que esta venha a ser positivamente valorada pela ordem jurídica e, conseqüentemente, justificada à luz das finalidades da acção.

Não é assim de considerar a teoria, por alguns autores expressa, de que ao agente infiltrado, com a actual lei, tem na sua actuação vedada a consumação de ilícitos típicos. Cremos que o legislador ao intervir nesta área deixou clara e inequivocamente demonstrado no texto legal – até por apelo aos trabalhos preparatórios e discussão em sede parlamentar – a possibilidade do agente infiltrado praticar ilícitos típicos consumados, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma, outorgando para estas situações o regime de isenção de responsabilidade. (Noronha, 2014: 181)

E neste sentido *vide Ac. STJ de 11-07-2013 (Proc. 1690/10.1JAPRT.L1.S1)*, já sob a vigência do RJAÉ, *nada censurou quanto à actuação de um agente infiltrado que se fez passar por um colaborador de uma organização criminosa, tendo retirado a droga que estava acondicionada num contentor, cuja embarcação atracou no porto de Lisboa, vinda da Colômbia. O agente infiltrado, juntamente com um dos suspeitos, retiraram a droga do contentor e fizeram o seu transporte entregando-a a outras pessoas com quem havia já sido combinado virem buscá-la. Com esta conduta comportou-se o agente infiltrado como co-autor material e, como tal, teve o domínio funcional do facto. Porém foi entendido pelo*

tribunal que esta actuação está abrangida pelo RJAE, não havendo qualquer responsabilidade criminal por parte do agente infiltrado.

7.5 A comparticipação

O art. 26º do CP prevê as diversas modalidades da autoria. A primeira corresponde ao *autor singular* descrito na expressão *quem executar o facto, por si mesmo*. O critério essencial pode resumir-se a : autor imediato é aquele que executa o facto por suas próprias mãos, preenche *na sua pessoa* os elementos objectivos e subjectivos do ilícito típico e detêm o *domínio da acção*.

No caso de suceder *pluralidade de agentes* na prática do facto a alternativa surge pela expressão: tomar *parte directa* na execução do facto, *por acordo ou conjuntamente com outro ou outros*. Corresponde à *co-autoria* que continua a ser dominada pelo conceito do domínio do facto, melhor de um domínio do facto *colectivo* ou *condomínio do facto*. Nesta figura conjuga-se um conjunto de características baseadas na *decisão conjunta*; uma *determinada medida de significado funcional* da contribuição do co-autor para a realização típica que impõe que o co-autor tome parte directa na execução.

Na segunda parte do art. 6.º, n.º1 do RJAE, o legislador exclui desde logo a possibilidade de o agente infiltrado praticar actos em autoria mediata ou de instigação, restringindo a actuação do agente infiltrado às actuações típicas de comparticipação.

Como sabemos a comparticipação é, a colaboração ou intervenção de várias pessoas (uma pluralidade de agentes) na realização de um facto. O que se admite, então, é somente a colaboração do agente infiltrado nas actividades criminosas que se pretendem investigar. A razão da exigência de que o agente infiltrado participe na infracção parece prender-se com o facto de o legislador ter considerado que, se a finalidade fundamental da acção encoberta é a obtenção de material probatório, só fazia sentido e se justificaria que o actos típicos daquele agente se traduzissem numa cooperação nos factos criminosos que justamente se pretendem provar, *como forma de permitir que [estes] se desenvolva[m] o necessário e suficiente para a recolha dos meios de prova necessários a obter uma efectiva condenação* dos comparticipantes. (Loureiro, 2013: 28)

Sendo assim, e afastadas a instigação e autoria mediata, as formas de participação sob as quais pode o agente infiltrado actuar só podem ser as de co-autoria e de cumplicidade⁵.

Já quanto à autoria imediata singular, é evidente que o agente infiltrado seria neste caso o único agente do crime, não havendo, portanto, qualquer forma de participação e estando, por conseguinte, impedido de actuar como tal, e aliás, sendo punido criminalmente pela sua conduta.

Coisa diferente sucederá nos crimes de participação necessária, especificamente nos crimes de associação criminosa e de organizações terroristas constantes do catálogo do RJAÉ (art. 2.º, e)), nos quais a autoria imediata do agente pressupõe obrigatoriamente a participação de outros agentes no crime, razão pela qual se deverá entender também compreendida pela causa de justificação.

Não obstante reconhecer-se o esforço do legislador em legitimar a actuação em co-autoria e em cumplicidade por parte do agente infiltrado, e ao mesmo tempo tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, impedido a autoria mediata e a instigação, vários problemas se colocam a esta redacção normativa. Vejamos:

Por um lado, situações haverá em que o agente infiltrado pratica actos em relação aos quais não é possível afirmar-se co-autoria e muito menos cumplicidade, mas que ainda assim visam directamente comprovar o facto criminoso que se investiga.

Pense-se em hipóteses como o agente infiltrado comprar a droga a um traficante que lha propôs vender como forma de detê-lo em flagrante delito, ou satisfazer a vantagem solicitada por um funcionário para praticar determinado acto de modo a conseguir provas inequívocas deste crime; em ambos os casos o agente infiltrado constitui-se como autor imediato singular dos crimes, respectivamente, de tráfico (sob a modalidade de compra de droga) e de corrupção activa. No entanto, nestas situações, pode considerar-se que *o crime*

⁵ Numa hipótese meramente académica poder-se-ia colocar a hipótese de o agente infiltrado actuar como autor imediato quando no seu facto participasse um cúmplice, pois que nessa situação intervêm uma pluralidade de agentes e, nessa medida, existe participação criminosa. Simplesmente, como o facto do agente infiltrado estará justificado ao abrigo da cláusula do RJAÉ, o cúmplice nesse mesmo facto não é punível (teoria da acessoriedade limitada), pelo que nenhuma finalidade de recolha de prova sobre esse crime se poderia concretizar aqui (e nem tal tinha cabimento algum).

autónomo praticado pelo agente infiltrado se insere numa lógica de “comparticipação” num outro crime (no crime de tráfico sob a modalidade de venda de droga perpetrado pelo traficante e no crime de corrupção passiva cometido pelo funcionário corrupto), devendo assim entender-se que a conduta do agente é ainda abrangida pela justificação do RJAE por configurar *em sentido material, uma forma de participação*. (Pereira, 2004: 32)

Por outro lado, e esta é a crítica decisiva, o motivo da limitação da prática de actos típicos pelo agente infiltrado a situações de participação não parece levar em linha de conta dois aspectos: em primeiro lugar o de que numa acção encoberta com finalidade unicamente repressiva (ou seja, obtenção de provas sobre um facto passado), o agente infiltrado não pode participar no crime que se investiga porque o crime já foi cometido. E em segundo lugar, correlacionado também com o anterior, é o de que a actuação do agente infiltrado pode não se cingir unicamente à colaboração nos ilícitos penais que concretamente se visam investigar, o que vale de sobremaneira para as acções encobertas de longa duração. Ou seja, há que não esquecer a contingência de o agente infiltrado necessitar de realizar actos que consubstanciam infracções distintas daquelas que visa investigar e provar, mas que protegem o seu disfarce e o tornam credível no seu papel ou que necessariamente decorrem do papel simulado que assume e permitem ganhar a confiança dos suspeitos ou inserir-se e conservar-se no meio criminoso – são os denominados *crimes instrumentais (ancillary crimes)* (Ross, 2007: 541). Tais crimes quando praticados em participação, mormente em co-autoria, podem ser abrangidos pela causa de justificação do RJAE (não obstante não ter sido em vista destes casos que o legislador a erigiu), mas as mais das vezes eles exigirão uma autoria imediata (singular) do agente infiltrado. E não só durante a permanência do agente infiltrado no meio criminoso e com o fito de ganhar sucessivamente mais importância e destaque no seu seio (ou, no mínimo, para não levantar suspeitas sobre a sua verdadeira qualidade), como inclusivamente no momento inicial da infiltração.

É o que sucede com as chamadas “provas de castidade” (*Keuschheitsprobe, chastity tests*), isto é, os testes de fidelidade efectuados sobretudo pelas associações criminosas consistentes na exigência, à pessoa que nela se tenciona integrar, de comissão de um ou vários ilícitos típicos que demonstrem a sua disposição para a prática criminosa e a sua lealdade ao grupo. (Ross, 2007: 543)

Em todas estas circunstâncias, não se vê como possa o agente infiltrado ver excluída a ilicitude da sua conduta face ao teor do art. 6.º, n.º 1 do RJAE.

7.6 A Responsabilidade Penal do Agente Infiltrado

A actuação do agente infiltrado não se confunde com a actuação do agente encoberto, pois contrariamente a este, o agente infiltrado não se limitará à inércia em relação à execução de actos típicos penais. A actuação do agente infiltrado será mais participativa do que simplesmente *recolher informações que adquire por força da sua posição privilegiada ou de uma localização oculta*. Ao invés, participa activamente podendo assumir a posição de cúmplice ou até co-autor do ilícito penal.

Neste sentido, o legislador consciente da actuação prática do agente infiltrado, e conhecedor da necessidade de este invariavelmente participar na prática de actos típicos, estabeleceu no RJAÉ um regime de isenção de responsabilidade nas suas actuações. Naturalmente, um regime de isenção total de responsabilidade por parte de um agente infiltrado poderia levar a uma usurpação do regime, por este se saber imune à própria normativa penal. Assim, para se aferir a isenção de responsabilidade penal necessário é, escrutinar se o acto delituoso constitui-se legítimo perante os objectivos perseguidos no âmbito da acção infiltrada, ou se por outro lado, excedendo a legitimidade da acção infiltrada deverá ser criminalmente sancionada.

Assim, o legislador consciente deste estado de coisas, e precavendo que a actuação do agente infiltrado poderá *levar à prática de actos que de outra forma consubstanciariam ilícitos típicos penais* (Isabel Oneto, 2005), inspirado no ordenamento jurídico espanhol - *art. 282 bis, 5 da Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)* - consagrou também na Lei Portuguesa, o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ, onde se estabelece um regime de *isenção de responsabilidade criminal pelos factos que sejam consequência necessária do desenvolvimento da investigação, e que não representem formas de provocação do crime* – instigação ou autoria mediata -, desde que com respeito ao princípio da proporcionalidade, atendendo à finalidade da investigação.

Desta isenção, e da sua análise à luz do princípio da proporcionalidade irá resultar a punibilidade ou não punibilidade do agente infiltrado por actos delituosos que terá levado a cabo no âmbito da acção infiltrada. Sem prejuízo, poderá ainda alegar uma das causas gerais de exclusão de ilicitude ou da culpa, sempre cumprindo os requisitos das mesmas, o que poderia acontecer numa situação de legítima defesa, por exemplo.

O legislador quis com estas balizas do art. 6.º, n.º1 RJAÉ, prevenir principalmente dois tipos de actuações por parte do agente filtrado: por um lado evitar um abuso do Regime jurídico por parte do agente infiltrado, aproveitando-se da omissão de limites, para executar um excesso de actos ilícitos típicos, porque sabendo-se isento de responsabilidade

penal, ainda que admita-se, prosseguindo os objectivos da investigação infiltrada; Por outro lado, ainda que através de formas de actuação lícitas e legítimas, evitar que o agente infiltrado por uma espécie de *excesso de zelo ou de comprometimento*, actue de forma desproporcional e injustificada, sem respeito pelos direitos fundamentais dos particulares. (Loureiro, 2013: 30)

Cabe aqui então interrogarmo-nos: qual a natureza jurídica desta isenção de responsabilidade?

A generalidade da doutrina tende a aceitar como fundamento da não punibilidade do agente infiltrado a existência de uma causa de exclusão da ilicitude, ainda que, em alguns ordenamentos jurídicos se perspectivem causas de exclusão da culpa (*vide* Oneto, 2005: 154).

Entre nós, Alves Meireis, ao tempo em que escreveu a sua obra, considerava que a actuação do agente infiltrado, *na medida em que a sua actuação se encontra prevista e legitimada por lei (art. 59º, n.1, do DL n.º15/93 e art. 6.º da lei n.º36/94), e só nessa medida, não será punido por exclusão da ilicitude pois encontra-se no exercício de um dever 'ex officio'*. Ora nós actualmente adoptamos a mesma fundamentação, apenas com a actualização legislativa, entendendo portanto que nos termos do art. 6º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, RJAE, encontra-se isento de responsabilidade penal o agente infiltrado, por exclusão da ilicitude, porque no cumprimento de um dever.

Para Gonçalves/Alves/Valente, (...) se a Lei Fundamental consagra os direitos à vida, à integridade física e moral, à igualdade, à liberdade, e segurança e à saúde, entre outros, então *há-de permitir também, o recurso aos meios necessários para garantir a realização e a 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.* (Gonçalves/Alves/Valente, 2001) Para estes autores, o agente infiltrado actua *legitimado pela lei e ainda no cumprimento de um dever, estando pois, excluída assim a ilicitude, nos termos das referidas leis e do art. 31.º, n.º1 e 2, alínea c) do Código Penal.*

Também Rui Pereira recorre a esta causa de exclusão da ilicitude para justificar os actos praticados por um agente infiltrado, ainda que com restrições. Para este autor distingue-se as finalidades preventivas das finalidades repressivas da actuação do agente infiltrado, sustentando que, no primeiro caso, *a licitude é definida de acordo com o juízo de ponderação que enformam a justificação penal (art. 31.º e seguintes do CP).* (Pereira, 2004)

A previsão da isenção de responsabilidade penal dos ilícitos penais praticados pelo agente infiltrado, como se compreende, é de uma importância avassaladora, pois não basta que estes tenham por objecto a prossecução da acção encoberta para que por si só se afaste a ilicitude dos mesmos, nem aqui poderíamos recorrer a algumas causas de exclusão por falta dos seus pressupostos.

Trata-se na opinião de Nuno Loureiro uma situação de conflito entre interesses jurídico-penais contrapostos que deve ser solucionada no âmbito de uma justificação, pois o domínio operativo desta é precisamente o da *regulação socialmente correcta dos interesses colidentes* através da ponderação dos valores e bens conflitantes e da prevalência daquele que seja juridicamente preponderante; ou seja, por um lado a tutela dos bens jurídicos lesados, ou postos em perigo, com a prática de factos ilícitos pelo agente infiltrado, e do outro, o interesse na realização funcional e eficaz da justiça penal, e a defesa dos bens jurídicos tutelados pelos crimes a prevenir ou reprimir. (Loureiro, 2013: 27)

E note-se, nem poderia um Estado de Direito admitir outra solução que não a aceitação desta isenção de responsabilidade como sendo uma causa de exclusão da ilicitude. Pois a admitir-se algumas correntes que entendem que se trata de uma causa de exclusão da culpa então estaríamos a afirmar que a actuação do agente infiltrado se trataria de uma actuação sem culpa, mas ilícita, apesar de não se verificar o dolo, e portanto admitir-se-ia que o Estado estaria a combater actuações típicas criminais, ilícitas portanto, através de actuações também elas ilícitas.

Portanto, no art. 6.º do RJAÉ o legislador criou um tipo justificativo, que tem aplicabilidade nos casos em que a actuação do agente infiltrado resulte em colisão de valores e bens jurídicos distintos, reflectindo-se numa espécie de estado de necessidade em face a determinado tipo de criminalidade. Assim, o legislador partindo de uma concepção de *interesse jurídico mais importante* analisado casuisticamente, admite que se sacrifiquem em certas circunstâncias alguns bens jurídico penais em favor de uma prossecução mais eficaz das finalidades preventivas e repressivas da criminalidade, permitindo que a actuação formalmente típica dos agentes infiltrados se possa apresentar como lícita, conforme ao Direito e socialmente positiva. (Loureiro, 2013:28).

Este tipo de desculpabilidade pelo ilícito criminal surge como uma forma de desresponsabilização da conduta do agente infiltrado em actuações perante bens de terceiros inteiramente alheios aos alvos da acção encoberta ou de bens supra-individuais, como resulta desde logo de um dos requisitos objectivos daquela causa exigir que o agente

actue em comparticipação (com os criminosos), ou seja, a eficácia deste critério justificador não tem como objecto a conduta que envolva a afectação de bens jurídico-penais que pertençam aos suspeitos criminosos que se investigam. (Loureiro, 2013)

Daí que se possa considerar que o fundamento desta justificação reside, à semelhança do direito de necessidade (Figueiredo Dias, 2006: 440), na maximização da protecção do interesse jurídico-socialmente mais importante entre aqueles em conflito através de um sacrifício imposto com base na solidariedade comunitária.

Esta isenção também não se destina aos casos de reacções, agressões ou perigos eminentes que ameacem bens jurídicos do próprio agente infiltrado ou de terceiros, pois nessas situações o agente infiltrado deve fazer-se valer da legítima defesa (incluindo o auxílio necessário) ou dos estados de necessidade justificantes (ofensivo e defensivo), nos seus termos gerais. (Isabel Oneto, *apud* Loureiro, 29)

Uma especial atenção também para os casos em que o agente infiltrado terá necessariamente de levar a cabo uma variedade de intrusões na vida do suspeito, que o RJAE não expressamente previu e legitimou, mas para os quais o legislador penal já realizou anteriormente a ponderação dos interesses conflitantes através de autorizações legais, estabelecendo concretamente a forma pela qual é admitida a sua lesão, como: o direito à imagem, à palavra e à inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e do domicílio (Costa Andrade: 541), tutelados pelas incriminações dos arts. 190.º, 192.º, 194.º, 199.º, 378.º e 384.º do CP.

Imagine-se que o agente infiltrado durante uma visita ao domicílio do suspeito descobre alguns documentos e fotos que o ligam à execução do crime sob investigação. Qual o enquadramento jurídico desta prova obtida pelo agente infiltrado dentro do domicílio do suspeito, ou até mediante acesso à correspondência do suspeito no decorrer dessa *visita* consentida ao domicílio?

A realização de registos de voz e imagem, de escutas telefónicas e de apreensão de correspondência no âmbito de acções encobertas pode ser justificada se forem observados os requisitos, respectivamente, do art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro; dos arts. 187.º ss. do CPP e dos arts. 179.º ss. também do CPP.

Quanto à entrada do agente infiltrado no domicílio do suspeito ou de terceiros, essa entrada faz-se mediante o assentimento do detentor do bem jurídico, mas não esqueçamos que essa cedência - essa autorização que o lesado dá para o agente infiltrado entrar no seu domicílio - é facultada mediante um erro fraudulento sobre as verdadeiras intenções e

qualidade do agente, pelo que será ineficaz, portanto, não excludente da tipicidade, sendo a prova resultante de tal meio de obtenção nula. (Costa Andrade *apud* Loureiro, 29).

Neste particular o processo penal Alemão apresenta soluções inovadoras através da norma §§ 110b, II, 2 e 110c da StPO alemã, que permite a admissão de prova recolhida no domicílio do suspeito, através da entrada do agente infiltrado, com base num consentimento viciado. Porquanto nós em Portugal, não tendo uma norma equivalente, a prova recolhida no domicilio do lesado através do agente infiltrado é inadmissível. A tutela Constitucional do domicílio exige que a entrada do agente infiltrado no domicílio do suspeito seja tratada como se de uma busca se tratasse, de modo que só se encontra legitimada mediante a verificação dos pressupostos do art. 177.º CPP. (Loureiro, 2013: 20)

Na jurisprudência, não obstante ao primeira Lei que regulava a actuação de agentes infiltrados ter já mais de três décadas, apenas surge um acórdão que efectivamente decidiu pela punibilidade da actuação provocadora. *Vide* Ac. TRL de 25-05-2010, Proc. 281/08.1JELSB.L1-5 – tendo-se concluído que:

“Uma acção encoberta que possa ser considerada como acção provocatória de um crime não pode valer como meio válido de obtenção de prova, o que implica a inexistência de qualquer prova do crime provocado [arts. 126/2a) do CPP e 32/8 da CRP].”

“Se o arguido foi instigado a cometer um crime, devido à actuação dolosa de um particular inserido na acção encoberta levada a cabo pela PJ, com a colaboração ainda de um agente policial encoberto, está-se perante um caso de uma acção provocatória e de um agente provocador.”

“Não é de excluir o nexo de causalidade – o que, aliás, só por si não implicaria a validade da prova obtida - entre a provocação e o crime quando não há a mínima prova de que o arguido já tinha a intenção de praticar o crime.”

Concluindo que:

“(…) à testemunha M pode ser imputada uma actuação de instigação do crime de tráfico de droga que foi imputado aos arguidos destes autos.”

7.7 A Responsabilidade do Estado pelas actuações do agente infiltrado

Como vimos, o agente infiltrado atua sob uma causa de exclusão da ilicitude que o isenta da responsabilidade pelos seus actos típicos penais. Mas e quanto aos danos civis? Quem responderá pelos danos causados pela sua actuação?

O Código Penal estatui no seu art. 31.º, n.º1 o *princípio da unidade da ordem jurídica*, onde estabelece que um “facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade”.

Perante isto o que se reclama saber é tão só se esta exclusão do ilícito penal implica também uma aprovação jurídica deste comportamento desviante face à totalidade da Ordem Jurídica, e como tal também a responsabilidade civil é excluída, havendo por parte do lesado um dever de sujeição, ou se por outro lado se trata apenas de uma excepção á desaprovação jurídico-penal do comportamento, mas que todo modo mantem-se a ilicitude da actuação face aos restantes ramos do Direito. (Oneto, 2005: 184)

Eduardo Correia debatia-se por uma específica ilicitude penal, fundada nas suas consequências, considerando que o “direito criminal ao regular os requisitos da legítima defesa os alargue de forma a ficar excluída a ilicitude do facto relevante para o direito criminal – e, todavia, o mesmo facto se não deva ter por justificado civilmente e seja, pois, passível de sanções de tipo civil”.

Cavaleiro Ferreira, em sentido idêntico refere que “a unidade da ordem jurídica não permite que um facto seja lícito e ilícito”, o que, apesar de tudo, “não obsta a que um facto não incriminado seja ilícito civil, fiscal ou disciplinar”; sucede que em razão das causas de justificação, “um facto pode constituir um facto lícito, o exercício de um direito ou cumprimento de um dever, ou pode simplesmente ser penalmente irrelevante, isto é, dirimir a sua criminalidade, e a sua natureza de ilícito penal, mantendo a sua qualificação como facto ilícito civil ou administrativo.” (Ferreira *apud* Oneto: 185)

Ainda dentro da mesma tese Figueiredo Dias defende a existência de uma ilicitude especificamente penal, não havendo – ao menos teoricamente, na nossa perspectiva – nada contra a consequente possibilidade de o facto ser penalmente justificado e, no entanto, enquanto lesão de direitos ou interesses jurídico-civis, subsistir como ilícito civil ou poder dar lugar a uma qualquer forma de responsabilidade no âmbito do direito privado. (Figueiredo Dias: 436)

Assim, o enunciado no art. 31.º, n.º1 CP deverá ser interpretado no seu conjunto, de modo que as normas de outros ramos ao estabelecem a licitude de uma conduta têm reflexo no direito criminal. Resulta daqui que o direito criminal, dado o caracter extremamente

gravoso das suas reacções, é a *ultima ratio* da política criminal, pelo que nunca uma conduta poderá ser ilícita perante ele quando estiver legitimada perante qualquer outro ramo de direito. O mesmo é dizer que um qualquer comportamento poderá constituir um ilícito civil, administrativo, fiscal ou qualquer outro, mas não constituirá necessariamente um ilícito de natureza criminal. Mas já por outro lado, um comportamento que constituía ilícito criminal nunca poderá ser permitido por qualquer outro ramo do direito. (Neste sentido *vide* Noronha, 2004: 213)

A doutrina dominante concorda que a actuação do agente infiltrado, porque excluída de responsabilidade penal, responde ainda assim por responsabilidade civil por facto ilícito.

A Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, estabelece no seu art. 7.º e 8.º o novo regime da responsabilidade civil do Estado:

“O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve (art.7., n.º1); os titulares de órgãos, funcionários e agentes respondem com dolo ou culpa grave, funcionando, neste caso, a responsabilidade solidária da pessoa colectiva pública, embora com a possibilidade de esta exercer o direito de regresso (crf. Art. 7.º, n.º1 e 8.º).”

Comparativamente ao anterior DL (DL 48.051, de 21 de Novembro de 1967) que regulava a responsabilidade civil do Estado, sobressaem duas novidades: em primeiro lugar desaparece a responsabilidade exclusiva do Estado que o antigo art. 3.º, n.º1, estabelecia em relação aos actos que excedessem os limites das funções; A luz da presente lei a Administração continua a ser sempre responsável no plano das relações externas, quer seja por responsabilidade própria e exclusiva, ou em forma de responsabilidade solidária, tendo neste caso o direito de regresso sobre o funcionário ou agente que praticou o acto ilícito.

A nova legislação consagrou um regime de responsabilidade pessoal directa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes administrativos (art. 1.º, n.º3). Estes apenas respondem por danos resultantes de actos funcionais, isto é, por actos praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício (nos termos do art. 271.º, n.º1 da CRP, ficando sujeitos a uma responsabilidade pessoal de direito privado – que neste caso implica a remissão do litígio para o tribunal comum – quando os actos respeitem à sua vida privada, ainda que ocasionalmente tenham sido praticados no local de trabalho ou durante o horário de serviço. (Noronha, 2004: 215)

A imputação de violação de direitos ou interesses legalmente protegidos que aqui está em causa tem como pressuposto a existência de umnexo funcional entre as acções e omissões lesivas e o exercício das funções administrativas.

Além do desvalor da acção ou da conduta, a responsabilidade pressupõe também o desvalor do resultado, pois ela só se justifica – no âmbito da responsabilidade civil pública – quando as acções e omissões impliquem a violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos (n.º1). Parece, assim, afastar-se a responsabilidade assente no simples dado objectivo da ilegalidade dos actos ou comportamentos dos agentes administrativos (cfr. Art. 7.º da Lei 67/2007). Exige-se também a ilicitude do resultado traduzido na violação de direitos ou de interesses protegidos dos cidadãos. Tem de haver um resultado lesivo na esfera jurídica do cidadão, pois, neste contexto, o que está em causa é proteger as suas posições jurídicas individualizadas perante actos ou condutas lesivas de funcionários ou agentes da administração. (Gomes Canotilho e Vital Moreira *apud* Noronha: 215)

A nova legislação operou a necessária adaptação, no plano do direito ordinário, ao princípio da responsabilidade solidaria da administração que decorre do art. 22.º da CRP, fazendo intervir a pessoa colectiva pública como responsável solidário, em caso de dolo ou culpa grave. Introduziu ainda soluções legislativas inovadoras como seja a legitimidade do direito de regresso quando a administração responda solidariamente por danos resultantes de acções ou omissões praticadas por titulares de órgãos, funcionários e agentes com dolo ou culpa grave.

Nestes termos, verifica-se que o facto da conduta do agente infiltrado ocorrer a coberto de um tipo justificador ou causa de exclusão penal, tal não significa que se possa excluir a sua responsabilidade civil por facto ilícito e que, neste caso, a administração responde solidariamente pelos danos resultantes das acções ou omissões praticada, por este, com dolo ou culpa grave. (Noronha, 2015: 215)

8. O Agente Provocador

O agente provocador é um instigador ou autor mediato do crime material. Dirige a sua actividade de forma a induzir, convencer ou ordenar o suspeito à prática de actos ilícitos pelos quais possa ser incriminado, constituindo-se um verdadeiro instigador ou co-autor do crime, com o objectivo único de conseguir reunir provas contra aquele. O importante para a definição de provocação é que o agente provocador tem o domínio material do facto.

(Correia, 1992: 132) (...) é aquele que procura provocar outrem a executar uma actividade criminosa, não porque a queira, mas só porque pretende arrastar aquele que determina para a punição (...). Segundo Augusto Meireis (Meireis, 2006: 155, 155) o agente provocador é aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime, não querendo o crime *a se*, e sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena (...) essencial para o direito penal e processual penal na actividade de provocação é, acima de tudo, o *animus* do provocador e do provocado.

Nestes termos, é irrelevante o facto de o provocador ser um agente de polícia, ou de qualquer outra força da autoridade pública, ou um cidadão particular. Exige-se sim, por um lado, que o agente provocador tenha a vontade e intenção de, através da sua actuação, determinar outrem à prática de um crime, e por outro, exige-se que o agente provocador não queira o crime que determina outrem a praticar. Por outras palavras: o agente provocador deve ter dolo de determinar outrem à prática de um crime, deve querer convencer alguém a praticá-lo, mas não pode ter dolo de crime, ou seja, não pode querer a sua realização.

Essencial à caracterização da figura do agente provocador é, pois, a adopção de uma conduta de impulso ou instigação de uma actividade criminosa.

8.1 O tratamento substantivo

Como vimos na génese histórica, a figura do agente provocador e do agente infiltrado têm uma origem comum, em meados do séc. XVIII. Posteriormente com uma maior presença a partir dos anos 80 do séc. XX, com a sua implementação em vários ordenamentos jurídicos mundiais, dá-se a autonomização do agente infiltrado face ao

agente provocador, e admite-se a actuação do agente infiltrado em detrimento do agente provocador.

Eduardo Correia, concebe em Portugal a primeira definição de *agente provocateur*. Inicialmente uma definição ainda muito arcaica, onde não se distingue com nitidez, as fronteiras entre a infiltração e a instigação. Uma abordagem substantiva da figura, levantando inicialmente problemas no âmbito da comparticipação, mas reconhece-se já os traços delimitadores da figura que conhecemos hoje. Já na altura se falava do agente provocador como *aquele que provoca outrem a executar uma actividade criminosa, não porque a queira, mas só porque pretende arrastar aquele que determina para a punição*. (Correia, 1992: 253)

No direito processual penal, surge a proibição de prova no âmbito dos *homens de confiança*, com Costa Andrade a argumentar que o recurso aos “homens de confiança” que penetram no seio familiar e social dos delatores como agentes infiltrados se convertem em agentes provocadores no momento em que instigam e precipitam a sua actuação, que sem a presença do agente infiltrado jamais aconteceria. Assim o agente provocador actua *instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos*. (Costa Andrade, 2009: 221)

Ainda segundo Germano Marques da Silva, *a provocação não é apenas informativa, é formativa; não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso*”. (Silva, 2003: 23) De modo que não estaremos mais a investigar e a perseguir criminosos, mas sim a criar e a promover a execução de crimes, para que depois possamos deter os criminosos. Como uma ratoeira para onde empurramos alguns animais que não sendo ratos têm já alguma vocação para tal. Na provocação o suspeito vê-se transformado numa arma contra si mesmo. Sem conhecimento das verdadeiras intenções do agente da investigação, que actua sob identidade oculta, o suspeito produz a própria prova que irá ser a causa da sua condenação.

O agente provocador é assim aquele que determina outrem à prática de um crime, mesmo que com isso não tenha qualquer intenção criminosa. O dolo por parte do agente provocador é inexistente, a sua intenção é meramente acelerar ou provocar a execução de um crime para que possa incriminar a pessoa instigada. A tónica que distingue o agente infiltrado do agente provocador é que, contrariamente àquele, este “*alicia ao crime, toma a iniciativa de sugerir a sua prática, cria uma intenção criminosa anteriormente inexistente, determina à comissão de uma infracção que, sem a actuação provocatória persuasora, não se concretizaria*.” Tudo isto sem qualquer dolo, ou interesse particular na execução do

crime, mas apenas para instrumentalizar o investigado como um mecanismo de produção de prova para a sua própria condenação. Dá-mos preferência à noção e Augusto Meireis acerca da figura do agente provocador como *“aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime não querendo o crime a se, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena.”*

8.2 O tratamento processual

No que respeita à colocação processual da figura do agente provocador, o problema coloca-se no âmbito da validade da prova obtida através de um *meio enganoso*, nos termos do disposto no art. 126.º CPP.

Ou seja, (Meireis, 2006: 159) poderão em hipótese alguma, estas provas obtidas através de um método proibido, serem valoradas e utilizadas em julgamento?

Serão estas provas nulas? Que tipo de nulidade? Quais as situações típicas que, no campo da produção de prova (*métodos proibidos*), o agente provocador pode assumir; o reflexo e implicações no processo, tanto no que respeita a outras provas, como no que respeita à decisão final?

A resposta a estas questões sempre terá no seu encaixe a *legitimidade ético-jurídica do procedimento (...) [principalmente quando] o homem de confiança se converte em agente provocateur, precipitando de algum modo o crime: instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos;*

A sociedade tende a considerar que este tipo de actuação por parte do Estado - ainda que com o escopo de combater a criminalidade grave - tem na sua génese um elevado teor de desonestidade e entende mostrar-se incompatível com a reputação das autoridades de justiça penal, que através da actuação dos agentes de polícia e dos seus colaboradores se prestam a instigar ao crime, subsistindo a ideia de que se coloca ao serviço da justiça penal meios enganosos ou outros meios desleais; E neste sentido conclui-se que *o Estado vem a favorecer com uma mão o que quer punir com a outra*, numa criticável deslealdade. (Meireis, 2006: 160)

A actividade da provocação deverá ser desde logo repudiada no âmbito do processo penal, num Estado de Direito, porque violador dos mais basilares princípios concretizador da dignidade da pessoa humana, por violação do art. 18º, n.º 2 CRP, art. 32º, n.º 8 CRP, art. 26º CRP, art. 34º CRP, e o art. 126º, n.º 2 a) CPP.

A actuação do agente provocador abrange o domínio dos meios absolutamente proibidos de recolha de prova (art. 32.º n.º8 primeira parte da CRP), e estando portanto as provas por este recolhidas feridas de nulidade nos termos do art. 126º, n.º3 CPP. Estas nulidades são nulidades insanáveis. E como tal apenas poderão ser utilizadas como prova, em procedimento criminal contra os agentes que procederam à sua obtenção. (art. 126.º, n.º4 CPP)

Importante para aferirmos acerca da legalidade da acção encoberta é avaliar se a conduta do agente do crime demonstra já uma predisposição para a acção criminosa, ou se por outro lado existe uma provocação por parte do agente infiltrado, o que em caso afirmativo tornará o agente infiltrado em agente provocador.

A distinção encontra-se entre o provocar uma intenção criminosa que ainda não existia, das situações em que o sujeito já está decidido a delinquir e a actuação do infiltrado apenas *acompanha* ou, no limite, *põe em marcha* uma decisão previamente tomada.

De onde decorre que apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos *que representem grave limitação da liberdade de formação e manifestação de vontade do arguido, transformando este em meio de prova contra si próprio* (Canotilho, 2010: 524) ou que signifiquem uma *compressão da liberdade tão drástica e intolerável como a resultante dos maus tractos e demais formas de coacção* (Costa Andrade, 2009: 234, 236), o que é patente no caso da utilização do agente provocador.

A jurisprudência do STJ, no âmbito da actuação do agente infiltrado tem dado preferência à análise do critério subjectivo, no qual se analisa a predisposição do agente do crime para a realização do mesmo, em detrimento do critério objectivo, onde se analisaria também a actuação do agente infiltrado e os limites para a sua actuação, verificando-se, por exemplo, *se ele cumpriu as regras mínimas para que um indivíduo normalmente respeitador da lei não fosse levado a cometer um crime, que nunca cometeria se não fosse a intervenção policial*

Por seu lado o TC tem tido preferência pelo critério objectivo-subjectivo onde analisa ambos os factores e não um em detrimento de outro, como faz o STJ. Como exemplo da aplicabilidade apenas do critério subjectivo temos os casos Sherman vs United States em 1958 e Russel vs United States em 1984, julgamentos no âmbito de investigações por tráfico de estupefacientes.

Pertinente será questionar se, não obstante a prova obtida pelo agente provocador não ter valor probatório, se será de considerar o seu valor investigatório, valendo a prova obtida como notícia do crime.

Todavia, mesmo para este efeito, temos as maiores reservas quanto a esta solução, optando pela sua rejeição. É que a admitir-se que uma prova proibida – não podendo, é certo, ser valorada enquanto tal – sirva como informação (ou *conhecimentos de investigação*) para desencadear um inquérito judicial, estar-se-á, inevitavelmente, a abrir a porta à sua utilização como fundamento de legitimação de diligências probatórias, nas quais, eventualmente, se materializará prova – que, assim não deixará de ter um nexo de dependência com a prova proibida que serviu como notícia do crime (e que, afinal, acaba por ser bem mais do que isso). Acaba, por conseguinte, por se contornar o efeito de inutilidade, que é suposto a prova proibida seguir, e - mais grave ainda – acaba por se contornar um *efeito à distância* que, também aqui, deveria produzir-se em toda a sua plenitude. (Beleza: 2015)

i. A proibição da autoria mediata e da instigação.

Não obstante o dilema ético e moral que jaz sobre a figura do agente infiltrado, uma questão que preocupa a doutrina e a jurisprudência é ainda a facilidade com que este se converte em verdadeiro instigador do crime. A verdade é que a distinção entre agente infiltrado e agente provocador é efectivamente uma ténue linha que passa pela instrumentalização ou instigação do suspeito, colocando o agente da polícia na posição de autor mediato ou instigador, ou seja, o agente provocador.

Este facto, atento o legislador, mereceu uma particular atenção no momento da redacção do RJA, onde se tentou delimitar as fronteiras entre a infiltração e a instigação.

Assim, estabelece o legislador que onde “ (...) *haja instigação ou autoria mediata não há isenção da responsabilidade penal, o que significa que se impõe ao agente infiltrado um cuidado acrescido na forma como actua.* (Min. Costa *apud* Loureiro, 2013: 40)

O agente provocador (*agent provocateur*) é o agente da polícia ou terceiro, que actuando sob as ordens daquele, convence outrem à prática do crime, faz nascer nele a vontade para cometer o crime, constituindo um *meio enganoso* de obtenção de prova.

O agente provocador é o verdadeiro instigador (sem dolo) de um crime tentado ou consumado, praticado com a intenção de obter provas contra alguém suspeito de ter cometido um crime, ou sobre quem recaem grandes suspeitas de que o irá cometer.

O que é inaceitável na figura do agente provocador é o facto de, sem ele, o crime não se verificar naquelas condições de tempo, lugar e modo. Ao agente provocador não falta a intenção de praticar o crime, pelo menos na forma tentada. O seu dolo não é afastado pelo facto de, em última análise, pretender a punição do delincente que é autor material do crime.

O que esta figura representa é uma *sobreposição esquizofrénica* da eficácia da investigação aos valores do Estado de Direito e à protecção da própria vítima. O agente provocador é, segundo a nossa tradição jurídica, um verdadeiro autor moral e perverte a função constitucional de defesa da legalidade democrática atribuída à polícia.⁶

O agente provocador não tem qualquer interesse (*dolo*) na consumação do crime que leva outrem a praticar, tendo como único objectivo a captação de prova para incriminar o provocado e o condenar.

Do ponto de vista substantivo o agente provocador atua como o *homem de trás*, que instiga o *homem da frente* à execução do crime. Representando neste prisma a figura de autor mediato ou instigador. (Loureiro, 2013: 31)

Partindo deste raciocínio, segundo o *princípio da auto-responsabilidade*, a autoria mediata apenas se verifica quando o *homem da frente* não é plena e dolosamente responsável. E nesta perspectiva não faria sentido o agente infiltrado instrumentalizar o suspeito de modo a incrimina-lo, pois na maioria das vezes este seria irresponsável pelo ilícito penal, e nas restantes apontar-se-ia uma responsabilidade parcial. *Vide* ainda neste sentido (Loureiro, 2013: 32)

A este respeito *vide* acórdão do TRP, de 26/05/2015, (processo n.º 191/14.3JELSB.P1), que considerou que o agente infiltrado que através de uma *entrega*

⁶ (TRC, de 07/03/2012; Processo: 173/11.7GAMMV.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/5a45d67acdffb07802579d00037a49d?OpenDocument>

controlada da droga, transporta-a até ao seu destinatário ao qual esta estava já endereçada, age ainda na figura do agente infiltrado, sendo uma actuação admissível à luz dos princípios constitucionais e do regime das acções encobertas. E como tal a prova resultante desta actuação é válida, não havendo lugar a responsabilidade penal do agente infiltrado. Neste sentido serviu de fundamentação a este tribunal o facto de a actuação dos agentes policiais não constituir uma interferência externa na vontade do arguido, no sentido de os levar a praticar os factos apurados.

ii. A punibilidade do agente provocador

Acerca da punibilidade do agente provocador, a doutrina alemã, tem vindo a considerar, que na falta de legislação que puna a actuação provocadora do agente, este não deverá ser punido, nos casos em que actuando como instigador a pratica deste facto alcance apenas o estágio da tentativa, sendo que aí o agente detém o instigado, e deste modo evita a consumação do crime. Para tal alega-se a falta do elemento subjectivo da instigação, pois a necessidade do dolo duplo do instigador, deverá verificar-se tanto acerca da determinação do instigado como na consumação do facto cometido *ou, nos crimes em que se possa distinguir a consumação formal da material, à efectiva lesão do bem jurídico.* (Loureiro, 2013:43)

Apesar deste entendimento note-se que o dolo da consumação por parte do agente provocador, na maioria das vezes será de aferir a título de dolo eventual, pelo que esta questão não se coloca.

Mas ainda assim note-se que a tentativa é já um ilícito-típico penalmente relevante à qual a determinação dolosa pode ser perfeitamente dirigida, e, por outro lado, também constitui um *facto* e um *começo da execução* na definição legal do art. 26.º do CP. (Vide neste sentido, Stratenwerth *apud Loureiro: 32*)

O dolo da instigação está presente tanto nos factos tentados como nos consumados, pelo que o agente provocador responde criminalmente como um normal instigador pelo crime instigado, quer este se quede pela tentativa quer este se consuma.

E jamais o dolo de instigador seria afastado tendo em conta o fim da recolha de provas para a prossecução da actividade encoberta, e perseguição penal do provocado, nem tampouco se vê como possa excluir a ilicitude ou a culpa, relevando apenas em sede de medida da pena. (Gonçalves/Manuel Alves/Guedes Valente, *apud Loureiro: 34*)

Neste sentido, o agente infiltrado que actue como agente provocador, não tem admissibilidade perante o nosso ordenamento jurídico, e a sua conduta não se encontra justificada pelo RJAE, devendo ser punido criminalmente por isso. No sentido de almejar uma forma de imunidade é academicamente ponderável *o recurso à causa pessoal de exclusão da pena da desistência da tentativa na participação se o agente voluntariamente impedir a consumação formal ou material do crime ou se esforçar seriamente por impedir uma ou outra, nos termos do art. 25.º do CP.* (Münoz *apud* Loureiro: 34)

E ainda neste sentido poderemos admitir que o agente infiltrado na sua actuação actua em erro sobre os pressupostos das causas de justificação do art. 6.º, n.1 do RJAE, (art. 16º do CP) ou sobre a existência e limites (art. 17.º do CP), quando actue como instigador convencido de que está a actuar como cúmplice ou co-autor devido a uma incorrecta representação da realidade ou devido a uma compreensão deficiente da figura jurídica da instigação, respectivamente. (Pereira *apud* Loureiro: 34)

Por fim, refira-se que na nossa jurisprudência quase inexistentes são os casos de punibilidade da actuação do agente provocador, sendo de ressaltar o acórdão Ac. TRL de 25-05-2010, Proc. 281/08.1JELSB.L1-5 – que se pronunciou directamente sobre a punibilidade do agente provocador (no caso, um particular sob o controlo da PJ), afirmando que *lhe pode ser imputada uma actuação de instigação do crime de tráfico de droga que foi imputado aos arguidos destes autos.*

iii) O efeito à distância das provas recolhidas pelo agente provocador

O problema do efeito à distância na actuação do agente provocador coloca-se quando através da sua actuação é recolhida prova que é terminantemente nula, pois o agente provocador recorreu a métodos de instigação ou de autoria mediata.

No entanto, apesar desta prova não ser valorada no processo em causa, aquela actuação do agente provocador desencadeou outras acções também elas ilícitas que serão abrangidas pelo efeito a distancia da proibição do meio enganoso.

A título de exemplo imagine-se que através do agente provocador se obtém prova para incriminar A pelo crime de corrupção passiva. Após ter sido corrompido, A, que não tinha como obter os fins a que se tinha proposto corrompeu B. Este, por sua vez, anuiu a

proposta de A, e falsificou uns documentos que serviram de fachada para o ‘negócio’ que estava ali em causa entre os delinquentes e o agente provocador.

Temos neste caso prático um agente provocador, e dois agentes do crime. Tendo o agente provocador instigado A, a prova contra este será nula, não sendo valorada. No entanto o agente provocador apenas instigou um dos agentes do crime. Porém o B está abrangido pelo “efeito-à-distância”, pois a acção deste está ligada aos acontecimentos precedentes, e foi determinada pelo meio enganoso que desencadeou o crime de corrupção.

Se admitíssemos a valoração da prova para incriminar apenas B, estar-se-ia a contornar a ilegalidade da acção provocadora.

Em sentido contrário, a acção do agente provocador não produzirá o chamado “efeito-à-distância” em relação aos agentes do crime, sempre que a intervenção destes não esteja ligada aos acontecimentos precedentes e não for determinada pelo, eventual, meio enganoso que desencadeou a operação, sendo então a prova obtida valorada no processo. Neste sentido *vide* acórdão de 22/03/2011 do TRL, processo n.º 182/09.6JELSB.L1-5, onde se considerou que:

“Estando em causa o transporte por via marítima de droga desde o continente americano, até ao porto de Lisboa, onde seria descarregada e levada por via terrestre para Espanha, só se iniciando a acção encoberta quando a droga já estava a caminho, não pode ser caracterizada como provocação a acção do agente que, no Porto de Lisboa, permitiu que a droga fosse retirada do contentor onde fora colocada no início da viagem e que chegasse à posse dos elementos da organização que a fariam chegar ao seu destino final, em Espanha;

Mesmo que tenha existido acção enganosa no início da acção criminosa, no continente americano, esse vício não produziria o chamado “efeito-à-distância”, em relação aos agentes que em Lisboa receberam a droga do agente encoberto para a levar até Espanha, uma vez que a intervenção destes não está ligada aos acontecimentos precedentes (transporte deste o continente americano até Lisboa) e não foi determinada pelo, eventual, meio enganoso que desencadeou a operação de tráfico;”

9. Os “homens de confiança” na jurisprudência

A primeira decisão nos tribunais portugueses no âmbito da actuação do agente infiltrado surgiu em 1990, acerca de um processo de investigação do crime de tráfico de droga.

O recurso ao agente infiltrado, desde a Lei nº 36/94, de 29 de Setembro, expandiu a sua utilização a um leque de crimes para além do tráfico de droga, com a introdução deste meio de obtenção da prova para fins de prevenção e repressão de crimes como a corrupção, e a criminalidade económica e financeira. No entanto após uma incursão pela jurisprudência nacional percebemos que o recurso a este meio de investigação continua a ter como primado o crime de tráfico de estupefacientes. Este tipo de investigações, na maioria das vezes, tem um fim preventivo sendo utilizadas como meio de obtenção da prova sobre indivíduos acerca dos quais recaem fortes suspeitas de se dedicarem ao tráfico de estupefacientes.

Como temos visto na doutrina, também a jurisprudência, em termos dogmático-conceituais tem dificuldades em estabelecer uma autonomização do agente encoberto em relação ao agente infiltrado, integrando ambos os conceitos, e tomando-os por sinónimos, distinguindo apenas a actividade do agente provocador, sendo este inadmissível na jurisprudência nacional, por constituir um verdadeiro instigador do crime. Tomando como exemplo a jurisprudência do STJ, para estes “a infiltração consubstancia-se na actuação de um agente policial, que ocultando a sua qualidade, «põe a descoberto» ou proporciona uma oportunidade para a concretização de um crime para o qual o visado já tem uma predisposição. Por seu turno há lugar à provocação quando inexistente no investigado a referida intenção criminosa preexistente, sendo a sua vontade inteiramente determinada pelo agente de investigação criminal, de modo que o crime não seria cometido sem a intervenção deste”. A jurisprudência do STJ, no âmbito da actuação do agente infiltrado tem tido preferência pela análise do critério subjectivo, no qual se analisa a predisposição do agente do crime para a realização do mesmo, em detrimento do critério objectivo, onde se analisaria também a actuação do agente infiltrado e os limites para a sua actuação, verificando-se, por exemplo, “se ele cumpriu as regras mínimas para que um indivíduo normalmente respeitador da lei não fosse levado a cometer um crime, que nunca cometeria se não fosse a intervenção policial.”

Neste sentido *vide* acórdão do STJ, de 20/02/2003, processo n.º 02P4510, em que se considerou que:

“Não se verifica a actuação de agente provocador, mas sim de agente infiltrado se já está em execução uma operação de importação e introdução na Europa de 1.105 Kgs de cocaína, através de Portugal, com a droga a bordo de uma embarcação em alto mar, quando é contactado um português, livre e autonomamente escolhido pelos traficantes, para colaborar na transferência dessa substância no mar, no desembarque em território português e depósito até ser transportada para Espanha; esse cidadão se oferece para colaborar com a Polícia Judiciária, o que esta aceita; obtém uma embarcação, com outros agentes encobertos e efectua o transbordo, com a presença de um representante dos traficantes que é o único que detém as coordenadas do ponto de encontro e o número do telefone satélite da outra embarcação; são os traficantes que decidem onde deve ser finalmente descarregada e depositada a droga, tendo enviado um casal para estar presente no arrendamento da casa destinada a depósito; e são presos quando carregavam parte daquela substância para levar para a Espanha.

Neste caso, considera-se que os agentes infiltrados não tenham tido o total domínio do facto”, pelo que não se pode considerar que haja lugar à provocação.

Ou ainda mais recentemente, o TRP, no acórdão de 26/05/2015, processo n.º 191/14.3JELSB.P1, que decidiu no sentido de que:

Não é nula a prova obtida através da entrega controlada da droga ao seu destinatário a quem vinha *já* endereçada, pelos agentes policiais, (...) e a actuação dos agentes policiais não constituiu uma interferência externa na vontade do arguido, no sentido de os levar a praticar os factos apurados.

Perante esta opção por parte da jurisprudência do STJ em utilizar o critério subjectivo para fazer a distinção entre agente infiltrado e agente provocador, cumpre aqui indagar, quais os quesitos que devem estar preenchidos e que distinguem a preexistência ou não de um estado interior de intenção, ou digamos, uma certa propensão criminosa.

Nos casos do tráfico de estupefacientes, tem sido entendimento da generalidade da jurisprudência que o suspeito tem já uma certa propensão criminosa quando dispendo já de produto ilícito em seu poder, - ou perto de si, mas tendo-se já preparado para uma possível venda - responde de forma rápida e afirmativa a uma insinuação por parte do agente infiltrado, que se faz passar por um comprador. Entendem os julgadores, que o intuito criminoso – esta interior vocação para a prática do crime - revela-se com o assentir ao aliciamento que apenas será o desembocar de um acto que começou desde logo com a aquisição de material ilícito para o tráfico.

Por outro lado, tem sido ainda entendimento de alguns julgadores que apenas há intenção criminosa preexistente quando parte do criminoso a iniciativa ilícita – digamos, a interpelação ao agente infiltrado - ou seja, é o próprio suspeito que desconhecendo os verdadeiros intuitos do agente infiltrado, o contacta, propondo-lhe a venda de produto estupefaciente. Se por outro lado, pertencer ao agente infiltrado a iniciativa de contactar o suspeito, insinuando-se como comprador, e “testando a sua corrompibilidade”, não se poderá afirmar que o suspeito possuía uma intenção criminosa preexistente, sendo considerado provocação, pois entende-se que foi o próprio agente infiltrado que determinou à prática do crime.

Nestes moldes tem entendido a jurisprudência que a prática de actuações por parte do agente policial que consubstancie actuação infiltrada – que poderá incluir a execução de actos típicos de co-autoria, ou cumplicidade –, é lícita, e portanto admissível sendo as provas recolhidas através deste método válidas; por outro lado, todas as práticas que se consubstanciem em actividade provocatória, equiparadas à do instigador, são ilícitas, sendo nulas e consequentemente inadmissíveis todas as provas recolhidas através deste método, e sendo ainda o agente infiltrado – ou melhor, o agente provocador – responsabilizado criminalmente pelos seus actos.

Em termos processuais tem a jurisprudência justificado a inadmissibilidade do agente provocador enquanto método de obtenção da prova, recorrendo ao art. 126º, n.º2 alínea a) do CPP e o art. 32º, n.º8 da CRP, reconduzindo a actuação do agente provocador ao conceito de “meios enganosos”, por se tratar incontornavelmente de um mecanismo que obtém prova de forma lesiva para os direitos fundamentais dos investigados, mormente o direito à integridade moral, absolutamente proibido nos termos do art. 32º, n.º8 da CRP.

Por seu lado o Tribunal Constitucional tem dado preferência ao critério objectivo-subjectivo onde analisa ambos os factores e não um em detrimento de outro, como faz o STJ⁷.

⁷ Como exemplo da aplicabilidade apenas do critério subjectivo veja-se os casos *Sherman vs United States* em 1958 e *Russel vs United States* em 1984, julgamentos no âmbito de investigações por tráfico de estupefacientes.

Refira-se a título de exemplo o acórdão n.º 578/98, de 14 de Outubro (Proc. n.º 835/98), em que foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do art. 59.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro (apreciação da constitucionalidade do agente infiltrado), o TC salientou a natureza ténue da fronteira que separa as figuras do infiltrado e do provocador, tendo concluído pela constitucionalidade do primeiro e pela inadmissibilidade do segundo, sempre considerando um:

“ (...) mecanismo indispensável para afrontar a criminalidade grave e de difícil investigação, o agente infiltrado é entendido pela jurisprudência constitucional como uma técnica de investigação excepcional, pois o seu emprego representa sempre alguma deslealdade. Por assim ser, a sua utilização deve ser acompanhada de várias cautelas, v. g., assegurar que o infiltrado seja pessoa de “sólida formação moral e firmeza de carácter”, de forma a não se deixar envolver nas actividades criminosas que investiga”.

No acórdão n.º 578/98, de 14 de Outubro, o Tribunal Constitucional admite a *excepcionalidade* do meio de obtenção de provas através do recurso a um agente infiltrado. O Acórdão observa que “a verdadeira questão de constitucionalidade” prende-se com “a própria utilização de agentes infiltrados na investigação criminal, pois tem que reconhecer-se que o recurso a uma tal técnica de investigação representa sempre o emprego de alguma deslealdade”.

O TC equipara essa deslealdade “àquela que vai implicada, por exemplo no emprego de escutas telefónicas como processo de investigação criminal”, mas admite que o recurso ao agente infiltrado comporta “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”.

Outra preocupação manifestada neste Acórdão é a diferença, “por vezes, bem ténue” entre o agente infiltrado e o agente provocador, 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”.

Ao recusar a punibilidade do provocado, o TC adere aqui à tese maioritária na doutrina, e entre nós sustentada por Costa Andrade, de acordo com o qual “a intervenção

do *Lockspitzel* deve determinar a exclusão da responsabilidade do provocado ou, pelo menos, a sua redução”, dado ser “pacífico o entendimento de que devem existir limites para além dos quais o recurso à *V-Leute* é, de todo em todo, inadmissível”. Da mesma forma que, no confronto com a doutrina da *entrapment defense*, se vislumbra uma coincidência com os fundamentos do modelo objectivo, que atende em particular à conduta do agente policial.

O TC considera que, apesar “dos perigos que comporta a utilização do agente infiltrado a da dose de deslealdade que nela vai implicada”, estando actualmente “em causa certo tipo de criminalidade grave (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada), é impossível renunciar ao serviço do *undercover agent*. Está-se em domínios em que os interesses que se entrecruzam são de tal ordem, e os meios, de que os criminosos dispõem, tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar combate a tal criminalidade. E, por isso, aceita-se aqui alguma excepcionalidade no modo de obter as provas”.

O TEDH, distingue actividade infiltrada da provocação recorrendo a uma perspectiva metodológica, baseada num processo equitativo previsto no art. 6º da CEDH. A este respeito refira-se o caso Teixeira de Castro contra Portugal (1998), que representa a primeira condenação do Estado Português pelo recurso a agentes provocadores na investigação criminal, neste particular, do tráfico de droga. Neste sentido veio o TEDH opor-se à jurisprudência do STJ, no que concerne ao acórdão de 12 de Junho de 1990, que fazendo mão do critério subjectivo que utiliza como distinção, qualificou situações de verdadeira provocação como sendo admissíveis situações de infiltração.

O TEDH deu preferência a uma análise sobre a actuação do agente infiltrado (critério objectivo), para aferir se houve provocação e se esta contribuiu para o carácter equitativo do processo. Entende o TEDH que ao tomarem a iniciativa de se dirigirem ao suspeito, simulando uma intenção de comprar droga, agiram os agentes infiltrados como verdadeiros instigadores do crime, transformando-se desta feita em agentes provocadores. Sem a sua actuação o crime não se teria praticado, o que consequentemente afectou as exigências de processo equitativo e resultou na condenação do Estado Português, por violação do art. 6º, n.º1 da CEDH.

9.1 Apreciação crítica

Relativamente ao critério subjectivo seguido pela jurisprudência do STJ para distinguir entre infiltração e provocação, cumpre dizer que a existência ou inexistência de intenção criminosa preexistente por parte do investigado será, por certo, um elemento a ter em conta para lograr a referida distinção. Contudo, tal tarefa distintiva não pode circunscrever-se unicamente, na nossa opinião, a esse particular segmento.

O critério subjectivo abre grandes espaços de incerteza, mormente no que venha a ser conceber-se por *predisposição interior do investigado para a prática criminosa*.

Com efeito, tratar-se-á efectivamente de um estado psicológico de convicção moral difícil de provar e que não se compadece com a recondução a um critério estanque de aferição - *como a resposta imediata do suspeito a um aliciamento ou a detenção de droga no momento da interpelação pelo agente infiltrado*. Assim, apontamos para que a aferição da intenção criminosa se detenha nas circunstâncias específicas do caso em apreciação e não em indicadores genéricos que pouco contribuem para avaliar o que motivou o sujeito a delinquir naquele caso concreto.

Entendemos neste momento que urge fazer uso de um modelo de referência que, a par do elemento subjectivo, se dedique igualmente à análise da actuação dos agentes de investigação, avaliando a aceitabilidade da sua conduta no plano dos valores do Estado de Direito e apreciando a forma como essa actuação afecta os direitos fundamentais dos cidadãos.

Pugna-se, assim, pela adopção de um critério objetivo-subjetivo, (GASPAR, 2004:51,52) e ainda à imagem do TEDH, a perfilhação de critérios de carácter *equitativo*.

E neste sentido dever-se-á ter em conta a intervenção de agentes infiltrados, de forma adequada e rodeada de garantias, mesmo quando está em causa a repressão de crimes to graves como os catalogados por este regime.

Bem se sabe que a expansão da criminalidade organizada exige hoje mais que nunca a adopção de medidas apropriadas. Exige-se eficácia. E eficácia será sempre e cada vez mais invasão, e opressão dos direitos fundamentais. Porém não se pode pensar que numa sociedade democrática, o direito a uma boa administração da justiça ocupe um lugar tão eminente que não possa ser sacrificado por razões de oportunidade. As exigências gerais de equidade, consagradas no art. 6º da CEDH, aplicam-se aos processos concernentes a todos os tipos de infracção criminal, da mais simples à mais complexa.

10. O caso “Teixeira de Castro Vs. Portugal”

O caso Teixeira de Castro vs Portugal foi o primeiro processo penal internacional em que Portugal foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pela utilização da provocação como meio de obtenção da prova.

Neste, contrariamente aos tribunais nacionais, que consideraram que a actuação dos agentes policiais consubstanciava tão só a actividade infiltrada, já na Corte do TEDH recorrendo a uma perspectiva metodológica, baseada num processo equitativo previsto no art. 6º da CEDH, foi entendimento que a actividade dos agentes policiais era representativo da actividade provocadora.

10.1 O processo no TEDH

No âmbito de uma operação de controlo de tráfico de estupefacientes, dois polícias da Segurança Pública, à paisana, dirigiram-se por diversas vezes ao indivíduo V.S., pequeno traficante de haxixe, com o objectivo de obter o seu fornecedor. Para isso propuseram-lhe a compra de vários quilos de droga. Em erro sobre a qualidade e as verdadeiras intenções dos polícias, V.S. admite conseguir quem lhes forneça tal quantidade. Os polícias aguardaram um contacto posterior de V.S, porém este nunca os chegou a contactar a dar resposta de quanto teria “o fornecimento”.

Não satisfeitos com a situação de inércia, em 30 de Dezembro de 1992, pouco antes da meia-noite, os dois polícias foram à casa de V.S. e declararam interesse em comprar heroína naquele exacto momento.

V.S. mencionou um nome: Francisco Teixeira de Castro. Deu a entender que este senhor teria muito provavelmente esse produto pronto para venda em casa. Porém, V.S não conhecia o domicílio deste último, e dirigiu-se à casa de F.O., que lho indicou.

Estas quatro pessoas, no veículo dos pretensos compradores, foram à casa de Teixeira de Castro. Este, a pedido de F.O., saiu de sua residência e aproximou-se da viatura na qual esperavam os dois polícias na companhia de V.S. Os polícias infiltrados declararam querer comprar 20 gramas de heroína ao preço de 200 contos e exibiram um maço de notas.

Teixeira de Castro aceitou arranjar a heroína e deslocou-se, no seu carro, acompanhado de F.O., à casa de um outro indivíduo: J.P.O.

Este, por sua vez, obteve junto a uma outra pessoa, três saquetas de heroína, das quais uma pesava dez gramas e as outras duas, cinco gramas cada uma. Entregou-as ao Sr.

Teixeira de Castro. Este dirigiu-se posteriormente ao domicílio de V.S., ao qual este tinha já regressado e, onde esperavam também os dois agentes. Assim que aqueles, a convite de V.S., entraram em casa, lugar onde a transacção iria em princípio concretiza-se, Teixeira de Castro tirou do bolso uma das saquetas. Neste momento os policias infiltrados divulgaram a sua qualidade e detiveram imediatamente o Sr. Teixeira de Castro, assim como V.S. e F.O.

Após a revista encontraram, na posse de Teixeira de Castro, as outras duas saquetas de heroína, uma soma de 43 contos em dinheiro e uma pulseira de ouro.

Teixeira de Castro foi preso, preventivamente, tendo depois apresentado um pedido de libertação, alegando a ilegalidade da medida de coacção, por força da violação dos arts. 3º, 6º e 827º da Convenção. Tal ilegalidade foi arguida com base no comportamento moral e legalmente reprovável dos dois agentes. Alegou que apenas cometera o crime de que estava acusado por força da provocação que sofrera dos dois agentes. Alega-se que estes teriam atuado como agentes provocadores. Para além disso a ação infiltrada não se encontrava submetida ao princípio da legalidade, pois não terá sido autorizada por um magistrado.

O Supremo Tribunal não obstante os fundamentos de Teixeira de Castro negou os dois pedidos de *habeas corpus* que lhe foram dirigidos. Os arguidos F.O. e J.P.O. não foram acusados no processo. Sujeito a julgamento o arguido Teixeira de Castro foi julgado culpado e foi-lhe aplicada uma pena de seis anos de prisão. A V.S. foi aplicada uma multa correspondente a 20 dias de multa. De acordo com o Tribunal, *a intervenção de um agente infiltrado ou mesmo provocador não se poderá considerar como um método proibido à luz da legislação nacional, na condição em que o sacrifício da liberdade individual do acusado seja justificada pelos valores a salvaguardar.*

Interposto recurso, o STJ negou o seu provimento e manteve a decisão impugnada.

Na ocasião, o Ministério Público argumentou que o comportamento dos agentes da PSP respeitou a lei e não se constituiu como um meio proibido de prova.

Não se conformando com a decisão do STJ, Teixeira de Castro recorreu para o TEDH. Na sua fundamentação invoca o art. 6º, § 1 da Convenção. Alegou para tanto não ter beneficiado de um processo equitativo na medida em que fora incitado pelos agentes da polícia a cometer a infracção pela qual foi, em seguida, detido e condenado. Nesta perspectiva houve também violação dos arts. 3º e 8º. Entendia ter sido ainda objecto de um tratamento discriminatório, conflituante com o art. 14º, tendo em conta a pesada pena à

qual fora condenado enquanto os demais envolvidos não foram perseguidos ou foram brandamente punidos.

A Comissão aceitou a queixa no que concerne ao carácter equitativo do processo e declarou-a inadmissível no restante. Concluiu então ter havido violação do art. 6, § 1 (trinta votos contra um). Entretanto, não considerou do art. 3º (unanimidade) e manifestou que não se impunha examinar a existência de violação do art. 8º (trinta votos contra um).

A fundamentação da sentença do TEDH, no que tange ao art. 6º, § 1, foi baseada na reclamação de Teixeira de Castro ter suscitado que houvera *incitação à prática do crime* pelos agentes da polícia e isso violou o seu direito de ter um processo equitativo.

O TEDH iniciou pronunciando-se no sentido de que Teixeira de Castro possuía um registro criminal limpo e que jamais haveria perpetuado a infracção que lhe fora imputada sem a intervenção dos agentes provocadores. Entendeu ainda que os agentes da polícia actuaram por iniciativa própria, sem qualquer autorização ou controlo judiciário.

O Estado Português na sua defesa alegou que diversos Estados, incluindo a maior parte dos membros do Conselho da Europa, admitem a utilização de mecanismos especiais de investigação, nomeadamente no domínio da luta contra o tráfico de drogas. Asseverou ainda que, *a sociedade deve encontrar instrumentos para conter este tipo de actividades, que destroem os fundamentos das sociedades democráticas*. Legitimou a sua actuação no art. 52º do Decreto-Lei n. 430/83, bem como na Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes de 1988, e a Convenção do Conselho da Europa de 1990 relativa ao branqueamento, identificação, apreensão e perda dos produtos do crime, que admitia o recurso a agentes infiltrados, medida que se distinguiu da actividade de um agente provocador. Além disso, os parágrafos 1º e 2º do art. 126º do CPP legitimam a legalidade dos meios de obtenção de provas. Acerca da actuação dos agentes da polícia, entendeu Portugal que os agentes não poderiam nunca ser entendidos como agentes provocadores. Fizeram uma distinção entre os casos em que o agente infiltrado *cria uma intenção criminosa* daqueles em que *havia anteriormente uma predisposição do acusado para cometer a infracção*. A conduta dos agentes *in caso*, teria apenas atingido o limite de revelar a intenção criminosa já existente, *oferecendo ao suspeito a oportunidade de concretiza-la*. Alegou-se que não houvera insistência de F.O. para que Teixeira de Castro realizasse a acção. Ao contrário, *este ficara interessado, de imediato, em obter a droga e concretizar a transacção*. Alegou-se a quantidade de droga que o suspeito teria consigo, que era superior à demandada pelos compradores.

Teixeira de Castro, na opinião do Estado Português, desperdiçou a oportunidade de *interrogar os dois policiais no decurso do processo*. Caso o tivesse feito, o Tribunal teria formado a sua convicção não apenas na intervenção em causa, mas sobre outros meios de prova. Portanto, nenhuma ofensa à equidade do processo teria sido detectada.

Já na opinião do TEDH, a actuação da polícia foi essencial, senão exclusivamente, responsável pela prática dos fatos e da condenação de Teixeira de Castro a uma pena de prisão tao pesada. Ao actuarem da forma descrita, provocaram uma actividade criminosa que, de outro modo, possivelmente não teria ocorrido.

Esta situação *afectou, irremediavelmente, o carácter equitativo do processo*. O TEDH recorda que a admissibilidade das provas é de competência do direito penal interno. A função do TEDH, portanto, consiste em verificar se o processo, no todo, incluindo o modo de obtenção dos meios de prova, *revestiu-se de carácter equitativo*. E neste sentido a intervenção de agentes infiltrados deve ser circunscrita e rodeada de garantias, mesmo quando está em causa a repressão ao tráfico de estupefacientes. Ainda que a expansão da criminalidade organizada exija a adopção de medidas apropriadas, não se pode pensar que, numa sociedade democrática, o direito a uma boa administração da justiça ocupe um lugar tão eminente que não possa ser sacrificado por razões de oportunidade. As exigências gerais de equidade, consagradas no art. 6º, aplicam-se aos processos concernentes a todos os tipos de infracção criminal, da mais simples à mais complexa.

O interesse público não servirá para justificar a utilização de elementos recolhidos na sequência de uma provocação policial.

Em prosseguimento à análise da actuação dos agentes da polícia ter-se configurado na hipótese de agente infiltrado ou de agente provocador, o TEDH sublinhou que o Estado Português não alegou que a intervenção dos polícias se situava no âmbito de uma operação de repressão ao tráfico de estupefacientes, ordenada e controlada por um magistrado.

Não restou comprovado que as autoridades competentes dispusessem de boas razões para supor que Teixeira de Castro era um traficante de droga. Pelo contrário, o seu registo criminal era inócuo e não estava aberto nenhum inquérito preliminar contra si. Os polícias nem sequer o conheciam, visto que entraram em contacto com ele por intermédio de V.S. e F.O.

A droga, por sua vez, não se encontrava no domicílio de Teixeira de Castro. Este procurou-a junto de um terceiro que, por sua vez, obteve-a através de outro indivíduo.

Para o TEDH, também não se demonstra, no acórdão do Supremo Tribunal, que Teixeira de Castro estivesse com mais droga do que o demandado e, portanto, tivesse ido além da provocação policial. Nenhuma prova sustenta a tese do Estado Português de que Teixeira de Castro tinha uma propensão a cometer as infracções.

Pelas circunstâncias, extrai-se que os polícias não se limitaram a examinar, de uma maneira puramente passiva, a actividade delituosa de Teixeira de Castro, mas exerceram uma influência de maneira tal, que incitaram o suspeito a cometer a infracção.

O TEDH percebe, ainda, que os tribunais internos, para motivar a condenação, tiveram em conta essencialmente as declarações dos dois agentes de polícia.

Com base neste conjunto de considerações, o TEDH concluiu que a actividade dos dois policiais ultrapassou a de um admissível agente infiltrado, visto que provocaram a infracção e não há nada que indique que, sem a sua intervenção, aquela teria sido cometida.

Tal intervenção e a sua utilização no processo penal em questão privaram Teixeira de Castro, *ab initio* e definitivamente, a um processo equitativo. Conclui-se, portanto, que houve violação do art. 6º, § 1 da Convenção.

Em relação à alegada violação do art. 3º, o TEDH entendeu que nem Teixeira de Castro nem o Estado Português apresentaram argumentos com relação a este ponto, portanto, não há necessidade de examiná-lo. Acerca do art. 8º, o TEDH também não julgou necessário o exame da questão.

Neste seguimento pelas violações supracitadas, o TEDH condenou Portugal ao pagamento, no prazo de três meses, a soma de dez mil contos, referentes aos danos materiais e morais, e mil e oitocentos contos, correspondentes às custas e às despesas.

Note-se porém que mesmo para o TEDH esta temática gera também posições antagónicas, estando este tema longe de alcançar concórdia.

Na presente decisão, no que concerne à violação do art. 6º, § 1 houve a opinião dissidente do juiz *Butkevych*, que apresentou sua argumentação no sentido de que, tendo em conta não ser possível a separação de certos direitos e de certas liberdades, uma vez que não são direitos absolutos, *deve-se ponderar a defesa dos direitos do indivíduo e a restrição a se fazer a estes direitos, com o objectivo de proteger os direitos de outrem*. Faz-se necessária particular atenção na procura de um certo equilíbrio, quando se tratar de delitos perigosos para a sociedade, a saber: o transplante forçado de órgãos humanos com fins lucrativos, o comércio de pessoas, a prostituição forçada, o terrorismo, o comércio ilegal de componentes de armas de destruição massiva e o tráfico de drogas. Para este

magistrado, *Teixeira de Castro* tinha consciência de que se tratava de um ato criminoso, portanto, o fato de conhecer ou não a identidade dos agentes da polícia, não alterou em nada a substância do caso. Concluiu que, em sua opinião, os polícias não agiram enquanto agentes provocadores, mas como agentes infiltrados, sendo esta modalidade admitida por lei.

11. A inconstitucionalidade do art. 4º, n.º1 do RJA

Estabeleceu o legislador que o agente infiltrado no decorrer da sua actividade deverá desenvolver o relato das suas actuações, que posteriormente será remetido à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas, após o termo acção encoberta. (art. 3.º n.º6 do RJA)

Estatui o art. 4.º n.º1 do RJA, acerca do relatório que *“A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 6 do artigo 3.º se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios.”*

Ora sucede que este tipo de redacção tem dado azo a entendimentos, nomeadamente dos Tribunais de Relação, de que a junção ou não do relato ao processo encontra-se no âmbito do poder discricionário do Juiz, sendo que a ausência legal da junção do relatório ao processo poderá ser suprida *“no caso do agente infiltrado comparecer em audiência de julgamento, e podendo ser interrogado pelos arguidos sem limitações”*. Vide neste sentido o acórdão n.º 205/2009, processo n.º139/09 do TC, em que foi suscitada a inconstitucionalidade deste mesmo entendimento relativo à discricionariade da junção ou não do relato do agente infiltrado ao processo.

Ora, interpretar o art. 3º, n.º6 do RJA, nos termos do qual *“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”*, no sentido de que a inexistência do referido relato poderá ser suprida e, por isso, relevada, se o “agente infiltrado” comparecer em audiência de discussão e julgamento, sendo inquirido na qualidade de testemunha, constitui na nossa opinião violação expressa do estatuído nos artigos 1.º, 18.º, n.ºs 1 e 2, e 32.º n.ºs 1 e 8 da Constituição da República Portuguesa, pondo em causa o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito de defesa do arguido, *“traduzidos na omissão de elaboração do relatório de intervenção do infiltrado ao magistrado do Ministério Público que autorizou a operação”*.

Esta omissão coloca o arguido na *“impossibilidade de aferir da validade da acção”*, restringindo inconstitucionalmente direitos inerentes à pessoa humana, de forma desequilibrada e desadequada, no confronto entre a prevenção e a repressão criminais e os direitos fundamentais que com ela se verão constringidos, ou seja, entre os direitos das pessoas enquanto fontes ou detentoras da prova e as exigências públicas do inquérito e da investigação. Este tipo de entendimentos violam também o princípio constitucional da equidade, previsto no artigo 20º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa, e das

garantias de defesa previstas nos n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º do Diploma Fundamental, e os art. 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Estamos perante um caso de inconstitucionalidade, para além do mais, porque a ausência do relatório impede de sindicar a própria validade da acção empreendida e dos métodos utilizados. Note-se que o relato não serve, apenas para avaliar se o agente infiltrado “*actuou nos limites da autorização concedida, sendo que se esse controlo se efectuar por outra via, ainda que sem o relatório, então a irregularidade estará sanada*”.

O relato será sim, um meio de prova fundamental também à defesa do arguido, pois para além de factos que poderão incriminar o arguido, poderão também constar do relatório factos que sirvam de prova e fundamento à sua absolvição.

Neste sentido, é nosso entendimento, que o art. 4 n.º1 do RJAÉ é ferido de inconstitucionalidade, por violação dos artigos 1.º, 18.º, n.ºs 1 e 2; 20º, n.º 4; 32.º n.ºs 1e 8; e 6.º, n.º 1 CEDH.

Entende-se que ao exemplo do que consta do processo penal Espanhol, o legislador deveria ter optado pela exigibilidade da junção do relato na sua totalidade, sem excepção. Não se colocando desta forma à discricionariedade da autoridade judiciária a junção ou não do relato no seu todo ou em parte, que poderá perfeitamente só decidir pela junção do mesmo ao processo, se o relato tiver factos ou testemunhos que reforcem a culpa do sujeito, excluindo assim relatos que sirvam de prova e fundamento à sua absolvição, o que nos parece inoportável.

12. Os conhecimentos de investigação e os conhecimentos fortuitos no âmbito das acções encobertas

O regime jurídico que actualmente regula as acções encobertas em Portugal (RJAE), evoluiu de forma patente, desde a primeira lei que regulamentava o recurso a este método de obtenção da prova (Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro), tanto no que toca à actuação do agente infiltrado como em relação ao leque de crimes por este hoje legitimado.

No entanto, apesar de se reconhecer os esforços do legislador, o RJAE mostra-se ainda omissos em relação a várias questões que nos colocam perante dilemas processuais. Nomeadamente no que concerne aos conhecimentos fortuitos, estes ficaram omissos no Regime Jurídico Português, sendo já regulado noutros ordenamentos jurídicos, como o caso da Alemanha, no art. 110.º al g) do CPP Alemão que estipula que “os conhecimentos fortuitos obtidos numa acção encoberta, podem ser usados noutras investigações desde que obedeam ao princípio da necessidade e conste do catálogo de crimes constantes na alínea a), do mesmo artigo”.

Reconhecemos que o tema em certa medida extravasa o objecto da investigação do presente trabalho, no entanto aproveitamos esta oportunidade para rubricar o que no nosso entendimento deve ser o sentido dado aos conhecimentos fortuitos no âmbito de uma acção encoberta, por nos parecer que não raras vezes o agente infiltrado irá contactar com terceiros alheios à investigação, para os quais não terá autorização para recolher prova. Mas ainda assim o agente infiltrado poderá obter conhecimentos acerca da execução de crimes por esses terceiros. Qual o destino a dar a estes conhecimentos, sendo que a autorização da acção encoberta não está dirigida para a investigação desses terceiros?

12.1 A valoração dos conhecimentos fortuitos?

O estudo das acções encobertas tem em Portugal pouco mais de três décadas. No que concerne ao estudo dos conhecimentos fortuitos, é completamente omissos, assim como foi a sua regulação no âmbito do RJAE. Todavia urge tratar este tema pois poderá colocar em causa direitos fundamentais e garantias do suspeito e ou arguido.

Como sabemos o recurso ao agente infiltrado espelha um conflito entre direitos fundamentais dos cidadãos e garantias constitucionais, a que o legislador penal tentou impor uma certa concordância, através da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade.

Associada à realização de uma acção encoberta, enquanto método oculto de investigação, anda associada uma elevada danosidade social, objectiva e subjectiva, que resulta certamente do facto de não ser tecnicamente viável limitar a actuação do agente infiltrado apenas aos suspeitos do crime cuja identificação consta do despacho para a autorização das acções encobertas. Esta problemática de obter informações a respeito dos crimes sob investigação, ou sobre outros que ainda assim se relacionem com o crime sob investigação; ou ainda em relação a crimes que nada têm a ver com o crime objecto da investigação, irá fazer levantar a questão da distinção entre conhecimentos de investigação e conhecimentos fortuitos. Esta distinção é de extrema importância na medida em que poderá atribuir aos conhecimentos fortuitos poder probatório, através da sua valoração, ou apenas poder meramente investigatório, valendo como notícia do crime.

Neste sentido definimos o conceito de conhecimentos de investigação como aqueles que englobam todos os factos ocasionalmente descobertos, no decurso de uma acção encoberta legalmente efectuada, que se reconduzam ao crime que legitimou o recurso ao agente infiltrado ou que consubstanciando um outro crime, pertencente ou não ao catálogo legal (art. 2.º RJA), apresente uma conexão com o crime que deu fundamento ao despacho de autorização da acção encoberta, nos termos do art. 24.º, n.º 1 do CPP. (Francisco Aguilar *apud* Rodrigues, 2012: 63) Através destes factores de conexão do art. 24, n.º1 do CPP, iremos concretizar o conceito de “unidade da investigação em sentido processual”, e vai-nos ser possível definir de forma estanque e objectiva o conceito em apreciação, evitando decisões discrepantes entre si sob a mesma realidade, diminuindo, por conseguinte, o campo de imprecisão nesta matéria que, como se sabe, se situa no núcleo de um método de obtenção de prova altamente restritivo dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Esta conexão é feita entre o crime ocasionalmente descoberto e o crime que originou a acção encoberta e que se encontra individualizado no despacho que a autoriza.

Deste modo evitam-se potenciais abusos por parte das autoridades formais de controlo, uma vez que tal abuso só se verificará nos casos em que o próprio despacho de autorização das acções encobertas seja ilegal, sendo o abuso, nestas situações, afastado pela proibição de valoração que impende sob a prova obtida. A esta circunstância acresce o facto de que é o despacho de autorização da acção encoberta o seu fundamento material imediato.

Quanto ao conceito de conhecimentos fortuitos estes devem ser apurados de forma residual, e poder-se-ão definir como todos os crimes ocasionalmente descobertos no

decorso de uma acção encoberta, e que não se situem na mesma “*unidade de investigação em sentido processual*” do delito que legitimou a autorização da acção encoberta.

No que concerne à valoração probatória de uns e outros, entendemos então, que relativamente aos conhecimentos da investigação adquiridos no decorrer de uma acção encoberta nada obsta em princípio à sua valoração, cumpridos todos os pressupostos de legalidade da acção encoberta, e os requisitos da conexão do art. 24.º, n.º1 CPP.

Isto porque milita aqui a circunstância de os crimes que se traduzem em conhecimentos da investigação já estarem abarcados pelo juízo de proporcionalidade levado a cabo aquando da prolação do despacho de autorização da *acção encoberta*, na medida em que esta engloba todo o evento que rodeou a comissão do delito que lhe deu causa, fazendo assim parte do evento no seu todo, todos aqueles delitos ocasionalmente descobertos que se situem na mesma “unidade de investigação em sentido processual. (Rodrigues, 2012: 199)

No que diz respeito à valoração subjectiva dos conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito de uma acção encoberta, na ausência de regulação acerca destes conhecimentos é nosso entendimento que por muito que possa chocar socialmente, estes não poderão ser alvo que qualquer tratamento, valendo apenas em termos investigatórios como notícia do crime, nos termos do art. 248º CPP.

Critica-se aqui a necessidade de uma norma que ao exemplo do que acontece com as escutas telefónicas (art. 187º, n.º 4.º e 7.º CPP), regule a aquisição de conhecimentos fortuitos admitindo a sua valoração em processos autónomos, quando esteja em causa “(...) *suspeito, arguido ou intermediário (...)*”

Todo modo, na falta de regulação acerca da aquisição de conhecimentos fortuitos no âmbito das acções encobertas, atenta a distinção entre os seus efeitos probatórios e os seus efeitos investigatórios e na medida em que apenas aqueles primeiros são vedados pela proibição de valoração da prova, nada obsta a que os ditos conhecimentos tenham a valia de notícia do crime, dando assim lugar à abertura de um novo inquérito para que se proceda à investigação daquele crime, com respeito, como é óbvio, pela natureza do crime em questão.

No entanto, é de notar que nesse novo processo *não poderão os relatos do agente infiltrado* de onde brotaram os conhecimentos fortuitos ser valorados, sob pena de a prova obtida no novo processo, que com aquela prova proibida apresente uma relação lógica e valorativa, ser também ela nula, por força do efeito-à-distância associado às proibições de prova.” (Rodrigues, 2012: 209)

Conclui-se assim que urge uma adaptação do RJAE às necessidades investigatórias que a criminalidade moderna exige, e neste sentido, uma alteração inspirada na alínea g) do §110 do Processo Penal Alemão, que determina que “*os conhecimentos fortuitos obtidos numa acção encoberta podem ser usados noutras investigações desde que obedeça, ao princípio da necessidade e conste do catálogo de crimes (...)*”.

Isto porque a valoração de conhecimentos fortuitos de uma qualquer investigação deve sempre mostra-se adequada e consentânea com os valores próprios de um Estado de Direito Democrático, onde deve imperar a defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, mas devendo ao mesmo passo ser estes ponderados com outros valores igualmente dignos de tutela, tais como a busca pela verdade material e a necessidade de uma investigação criminal eficaz, capaz de enfrentar os difíceis desafios colocados pela criminalidade altamente complexa, onde os tradicionais métodos de obtenção de prova se mostram de dúbia valia.” (Rodrigues, 2012: 210)

Conclusões

Aqui chegados concluímos que partindo da concepção tripartida dos homens de confiança, é desde logo de excluir perante o nosso ordenamento jurídico a actuação do agente provocador, porquanto se apresente como instigador, ou autor mediato do crime. No que se refere ao agente infiltrado admitimos a sua actuação dentro dos limites de proporcionalidade e dos pressupostos que o legislador estabeleceu no RJAÉ. Por fim o agente encoberto, sendo dos três o que menos “*invasivo*”, insistimos na sua autonomização face ao agente infiltrado, porém não se entende aqui que deva ser submetido ao regime das acções encobertas por durante a sua actuação não ser propício à violação de quaisquer direitos fundamentais. Note-se que o agente encoberto actua sempre – e de acordo com a “teoria das três esferas”, – no âmbito da vida pública (conhecendo de eventos susceptíveis de ser conhecidos por todos, respeitam à participação de cada um na vida da colectividade), não se podendo concretizar que seja violador de quaisquer direitos fundamentais, e assim actuando de forma totalmente lícita e legalmente admissível ao abrigo do princípio da oficialidade e da investigação, da liberdade e da atipicidade dos meios de prova não proibidos, pois não interfere com quaisquer direitos fundamentais.

No que concerne em particular ao Regime Jurídico das Acções Encobertas, reconhece-se o esforço em regulamentar este meio de investigação que coloca em conflito direitos e garantias constitucionais, e para o qual sempre será de elevada dificuldade satisfazer todas as exigências de segurança e ao mesmo tempo de eficácia da justiça penal. Neste sentido aplaude-se em parte a solução preconizada pelo art. 6, n.1 do RJAÉ ao excluir a ilicitude dos actos praticados pelo agente infiltrado que “*no âmbito de uma acção encoberta (...) não consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata (...)*”

Reconhece-se que outra poderia ter sido a redacção da norma que não a referencia a *actos preparatórios ou de execução* e a exigência da comparticipação, pois a esta redacção têm-se elevado algumas vozes que interpretam este preceito no sentido literal de que a actuação do agente infiltrado está limitada a actos na forma tentada, o que a assim se entender teria resultados desastrosos no âmbito da investigação criminal, colocando o agente infiltrado em situações de inércia, impossibilitado de obter resultados adequados para a investigação.

Seria na nossa opinião de conceber uma solução para a actuação do agente infiltrado – à imagem do que acontece no ordenamento jurídico espanhol – que se baseie no princípio da necessidade e proporcionalidade, e numa ponderação dos interesses conflituantes, evitando-se assim uma *taxatividade* das actuações tipo admissíveis, que em certa medida, reconhecendo-se que têm por objecto limitar a actuação do agente infiltrado e evitar excessos e invasões inconsultáveis na esfera jurídica dos lesados, limitam também assim, a actuação do agente. Aplauda-se ainda o legislador ao expressamente excluir da lícita actuação do agente infiltrado os casos em que esta consubstancie uma autoria mediata ou instigação (agente provocador). A ténue linha que para a jurisprudência tem distinguido o agente infiltrado do agente provocador tem sido assim, o domínio do facto delituoso.

É merecedor de crítica que o legislador na forma como construiu o regime das acções encobertas ponderou a segurança e a defesa pelos direitos fundamentais dos lesados numa escala superior, em detrimento da própria segurança do agente infiltrado, estando ainda este dependente de uma criteriosa ponderação acerca dos actos que executa, de modo a evitar a respectiva punição.

O agente infiltrado está obrigado à apresentação do relato sobre a sua actuação à autoridade judiciária, porém o art. 4º n.º 1 do RJAÉ não exige, apenas coloca à discricionariedade da autoridade judiciária a junção ou não do relato no seu todo ou em parte, o que coloca em causa o direito de defesa do arguido, pois aquela poderá decidir apenas pela junção do mesmo ao processo, se o relato tiver factos que reforcem a culpa do sujeito, excluindo os relatos que sirvam de prova e fundamento à sua absolvição, o que é inadmissível, e que no nosso entender revela-se pela inconstitucionalidade desta norma.

O Regime das acções encobertas Português revela-se ainda omissivo em algumas questões nomeadamente no que concerne à aquisição de conhecimentos fortuitos, que deste modo, sem regulação, são sempre de não valorar, tendo unicamente valor investigatório (notícia do crime). Urge, na nossa opinião, uma alteração ao regime que preveja o tratamento deste tipo de conhecimentos, sob pena de se estar a desperdiçar prova que de outro modo seria eficaz para a condenação dos suspeitos.

Não obstante as críticas que aqui fazemos e que julgamos serem adequadas ao actual regime das acções encobertas, somos também de opinião que desde a primeira consagração do agente infiltrado, no Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro, em cerca de três décadas são patentes várias evoluções no regime vigente sendo que serve o presente trabalho para aferir o que no nosso entender é merecedor de melhoramentos, com um olhar

no que se tem feito em termos de direito comparado, como uma forma de importar também para o nosso ordenamento jurídico soluções que se mostrem satisfatórias à resposta dos problemas que se colocam entre nós.

Bibliografia

- **ANDRADE**, MANUEL DA COSTA, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992. «Anotação ao art. 378.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Dir. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001.
- **ANDRADE**, MANUEL DA COSTA, “*Bruscamente no Verão Passado*”, *A Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- **ANDRADE**, MANUEL DA COSTA, «Métodos Ocultos de Investigação (*plädoyer* para uma teoria geral)», in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coord. Mário Ferreira Monte [et.al.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 525 e ss.
- **ANTON**, LUIS FELIPE RUIZ, *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1982.
- **BELEZA**, TERESA PIZARRO, *Direito Penal*, 2º vol., AAFDL, Lisboa, 1980.
- **BRAZ**, JOSÉ, *Investigação Criminal - A Organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade*, Almedina, Coimbra, 2010.
- **CAIRES**, J. G. *O regime processual especial aplicável ao crime organizado (económico-financeiro): âmbito de aplicação da lei n.º5/2002, de 11 de Janeiro; O regime do sigilo e do registo de voz e imagem. in m.f. palma, a.s. dias, & p.s mendes, Direito Penal económico e financeiro. Coimbra: Coimbra Editora. 2012.*
- **CANOTILHO**, GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- **CORREIA**, EDUARDO, *Direito Criminal*, Vol. II, Reimp., Almedina, Coimbra, 1971.

- **COUTINHO, LUIS P.PEREIRA.** *Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao prof. doutor Sérvulo Correia.* Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2010.
- **COUTINHO, STÉPHANIE SOARES.** *O Agente Infiltrado no combate à Criminalidade Organizada: Caracterização do contexto português.* Projecto de Graduação para obtenção do grau de licenciatura em Criminologia. Universidade Fernando Pessoa, Porto. 2014
- **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO,** «Anotação ao art. 299.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II,* Dir. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, p. 1170
- **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO,** *Direito Penal - Parte Geral,* Tomo I, 2ºed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- **DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO,** «O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas», in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português,* Coord. Mário Ferreira Monte [et.al.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 805 e ss.
- **FERNANDES, H. M.** *O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito?* Dissertação de Mestrado, em Direito, Ciências Jurídico- Políticas. Porto. 2011.
- **FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE,** *Direito Penal Português – Parte Geral, II,* Editorial Verbo, Lisboa, 1982.
- **FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE,** *Lições de Direito Penal – Parte Geral, I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982,* Reimpressão da 4ª ed. de 1992, Almedina, Coimbra, 2010.
- **GARLAND, DAVID.** *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea.* Barcelona: Gedisa, 2005.

- **GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES**, «Anotação à Decisão de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro c. Portugal)», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 1, Janeiro-Março 2000, Coimbra Editora.
- **GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES**. As acções encobertas e o processo penal. Questões sobre a prova e o processo equitativo», in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico- Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004.
- **GONÇALVES, FERNANDO/ ALVES, MANUEL JOÃO/ VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES**, *Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2001.
- **HASSEMER, WINFRIED**. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. A segurança pública no Estado de Direito*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.
- **LOUREIRO, JOAQUIM**, *Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o 1.º Acórdão do T.E.D. Homem - 9. Junho.1998, Condenação do Estado Português*, Almedina, Coimbra, 2007.
- **LOUREIRO, N. M. B. P.** *A responsabilidade penal do Agente encoberto*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Escola de Direito do Porto, Universidade Católica. 2013
- **MACHADO, BATISTA**. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2010.
- **MATOS, JOAQUIM CELESTINO CARREGA DE**. *O Agente Infiltrado como Meio de Obtenção de Prova e Consequentes Danos na Sociedade*. Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade Autónoma de Lisboa. 2012
- **MEIREIS, MANUEL AUGUSTO ALVES**, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1999."Homens de

Confiança". Será o Caminho?», in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina, 2006, pp. 81 e ss.

- **MONTE**, MÁRIO FERREIRA, «A Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVI, nº 265/267, Universidade do Minho, 1997, pp. 183 e ss.
- **MONTEROS**, ROCÍO ZAFRA ESPINOSA DE LOS, *El Policía Infiltrado – Los Presupuestos Jurídicos en el Proceso Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valência, 2010.
- **MONTOYA**, MARIO DANIEL, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.
- **MUÑOZ CONDE**, FRANCISCO / **ARÁN**, MERCEDES GARCÍA, *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valência, 2000.
- **NORONHA**, HENRIQUE MANUEL GOMES, *A Responsabilidade do Agente Encoberto (Ir)Responsabilidade pela prática de actos típicos*. Dissertação para a obtenção de grau de mestre. Universidade Lusíada do Porto. 2014.
- **ONETO**, ISABEL, *O Agente Infiltrado - Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- **PACHECO**, RAFAEL, *Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2008.
- **PEREIRA**, RUI, «O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa», in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004, pp. 11 e ss.
- **PEREIRA**, SANDRA, «A recolha de prova por agente infiltrado», in *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 137 e ss.

- **PEREIRA, CAROLINA GUIMARÃES PECEGUEIRO.** *O Entendimento Jurisprudencial Do Tribunal Europeu Dos Direitos Do Homem (TEDH) acerca da actuação do agente infiltrado.* Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). 2012.

- **RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA.** *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica.* Dissertação de mestrado em direito criminal, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. 2012

- **ROSS, JACQUELINE E.,** «*The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany*», in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, 2007, pp. 493-579, consultado a 15-06-2015 em <http://ssrn.com/abstract=909010>.

- **ROXIN, CLAUS,** *Derecho Procesal Penal*, Tradução da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

- **SILVA, GERMANO MARQUES DA,** «Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)», in *Direito e Justiça*, Vol. XVII, 2003, pp. 19 e ss.

- **SILVA, GERMANO MARQUES DA,** *Direito Penal Português - Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

- **STRATENWERTH, GÜNTER,** *Derecho Penal – Parte General, I, El Hecho Punible*, Tradução da 2ª edição alemã de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.

- **VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES,** *Processo Penal*, Tomo I, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

- **VALENTE, MANIEL MONTEIRO GUEDES,** *Teoria Geral do Direito Policial*, 3ªed., Almedina, Coimbra, 2012.