

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**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

Autor: Joaquim Celestino Carrega de Matos

Orientador: Juiz Desembargador Carlos Alberto Gameiro de Campos Lobo

Maio de 2015

Lisboa

Agente infiltrado como meio de obtenção de prova e consequentes danos na sociedade

Dissertação apresentada para
obtenção do grau de Mestre em
direito na especialidade de Ciências
Jurídico-Criminais na Universidade
Autónoma de Lisboa

LISBOA

2015

Dedicatória

Dedico este trabalho às pessoas que mais marcaram a minha vida,
os meus pais, que me proporcionaram o sossego de que precisei,
que sempre me apoiaram no decurso desta longa jornada,
que sempre me tentaram ajudar mediante as suas possibilidades,
por todo o apoio incondicional e infindável na minha vida em geral
e nesta etapa dela em particular que foi esta realização desta Dissertação.

A eles os meus agradecimentos eternos cujas palavras não são suficientes
para mostrar o reconhecimento que tenho para com eles.

Agradecimentos

Ao Juíz Desembargador Campos Lobo
Por todo o auxílio prestado incondicional
Por todo o tempo dispensado
Por todos os conhecimentos transmitidos
Ao longo deste trabalho

À tradutora Fátima Lima
Pelo auxílio na tradução do resumo analítico

A todos os funcionários da biblioteca da FDUL
Pela cedência de monografias e livros do depósito
Que não estavam disponíveis no momento no devido local

Aos funcionários da biblioteca da Ordem dos Advogados
Sr. João Pedro Oliveira e o Sr. João Marques
Por terem permitido a requisição de livros e por terem guardado
E prorrogado a guarda de livros os quais precisei neste trabalho

*“Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto,
do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça”*

Piero Calamandrei

RESUMO

O objectivo do presente trabalho é, em primeira análise, efectuar uma abordagem à figura do agente infiltrado, quando possível crítica, e distingui-lo de figuras afins tais como o agente encoberto, o agente provocador, a figura do arrependido, do informador, do confidente, do investigador secreto e do colaborador ocasional. Trata-se de um meio de obtenção de prova e uma prova por si mesmo que tem impacto nos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Seguidamente iremos analisar esta figura à luz de princípios constitucionais e processuais para percebermos o que está em causa e assim sabermos quais os princípios norteadores da sua actuação, os quais limitam a acção abusiva por parte do Estado na investigação criminal.

Numa fase seguinte analisaremos a criminalidade organizada que é o objecto de actuação do agente infiltrado, onde à semelhança do que faremos com este, iremos mostrar como a criminalidade organizada tem evoluído ao longo de décadas, onde procuraremos ainda, perceber como é que o agente infiltrado actua e porque é considerado um meio eficaz de combate a este fenómeno.

Posteriormente faremos uma alusão ao ordenamento nacional, nomeadamente, ao modo como a legislação relativa a este instituto tem evoluído, desde a legislação pioneira até à actual. Verificaremos ainda os argumentos a favor e contra a introdução do agente infiltrado para aferir então da sua (in)admissibilidade.

De seguida chegamos ao tema do nosso trabalho. Aqui pretendemos analisar uma realidade que não vimos retratada em nenhuma bibliografia a não ser de forma muito superficial, a saber, os danos que o agente infiltrado causa na sociedade. Não só verificaremos os danos que este instituto causa como também aqueles de que é a própria vítima, porque embora seja uma realidade escondida por ser uma minoria não muito preocupante, a verdade é que esta figura não traz apenas vantagens, como também desvantagens além das enumeradas por alguns autores para sustentar a sua inadmissibilidade. Não analisaremos de um ponto de vista processual e constitucional mas sim mais versado nos danos psicológicos e nos danos perante a sociedade.

Por fim como seria exigível, iremos além-fronteiras e verificaremos sucintamente as principais diferenças de abordagem a este instituto entre Portugal e outros ordenamentos internacionais, não só de um ponto de vista meramente comparativo mas também sugestivo, isto é, elencando sugestões que podem servir como possíveis formas de eliminar lacunas porventura existentes no ordenamento nacional que como veremos existem.

Palavras-Chave: Agente Infiltrado, Criminalidade organizada, Danos na sociedade, Princípios constitucionais e processuais

ABSTRACT

The aim of this work is, in the first instance, to make an approach to the figure of the undercover agent and, when possible, to carry out a review, and distinguish it from similar figures such as the undercover agent, the agent provocateur, the figure of the penitent, the informant, the confidant, the secret investigator and the occasional collaborator. It is a way of obtaining evidence and proof in itself which has an impact on the fundamental rights and freedoms of the citizens.

Then we will examine this figure in light of constitutional and procedural principles to realize what is at stake and so we know what are the guiding principles of their action, which limit the abusive action of the State in a criminal investigation.

In a next step we will analyze the organized crime, which is the main purpose of the undercover agent activity and show how organized crime has evolved over decades. We will then understand how the infiltrator works and why it is considered an efficient way of combating this phenomenon.

Later we will make a reference to the National law, in particular, to the way the law relating to this institute has evolved from the pioneer to the current legislation. We will also verify the arguments for and against the introduction of the undercover agent to gauge its (in) admissibility.

Then we come right to the subject of our work. Here we intend to analyze a reality that we can't find portrayed in any literature except in a cursory manner, namely the damage the undercover agent can cause to the society. We will not only check the damages he causes but also those he is victim of. Although it is a hidden reality - because it is a non very disturbing minority - the truth is that this figure brings not only advantages but also disadvantages, beyond those listed by some authors to sustain their inadmissibility. We will not analyze them from a procedural and constitutional point of view. The analysis will be much more based on the psychological damages caused to the society.

Lastly, as it would be required, we'll check out briefly, across borders the main differences in approach to this institute between Portugal and other international jurisdictions, not only from a merely comparative point of view but also suggestive, ie, listing to suggestions that can serve as possible ways to eliminate gaps that may exist in National law and which could be verified.

Keywords: Undercover Agent, Organized Crime, Damages in society, Constitutional and Procedural principles.

Índice.....	8
Abreviaturas.....	9
Introdução.....	10
1. Origem histórica.....	12
2. Conceitos e distinções: Agente Infiltrado, Agente Encoberto, Agente Provocador e outras figuras.....	15
3. Princípios constitucionais e processuais inerentes à figura.....	26
4. Criminalidade Organizada.....	42
4.1. Evolução.....	42
4.2. O Agente Infiltrado como recurso contra a Criminalidade Organizada.....	48
5. O Agente Infiltrado no Ordenamento Jurídico Português.....	58
5.1. Evolução Legislativa.....	58
5.2. (In)admissibilidade das Acções Encobertas e respectiva Validade (Legalidade e Legitimidade): Problemática e análise da figura.....	62
6. Danos causados na sociedade pelo agente infiltrado.....	72
7. Direito Comparado.....	82
7.1. O Agente Infiltrado nos ordenamentos jurídicos europeus...	82
7.1.1. Alemanha.....	82
7.1.2. Espanha.....	84
7.1.3. Reino Unido.....	86
7.2. No continente americano.....	88
7.2.1. Brasil.....	88
7.2.2. E.U.A.....	89
8. Conclusões.....	92

ABREVIATURAS

CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DEA	Drug Enforcement Administration (Brigada de Narcóticos)
EUA	Estados Unidos da América
EUROPOL	Serviço Europeu de Polícia
FBI	Federal Bureau of Investigation (Agência Federal de Investigação)
JIC	Juiz de Instrução Criminal
MP	Ministério Público
OLAF	Organismo Europeu de Luta Antifraude
OPC	Órgão de Polícia Criminal
PJ	Polícia Judiciária
RJAE	Regime Jurídico das Acções Encobertas
SEI	Sistema Estratégico de Informações
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Introdução

Propomo-nos com este estudo abordar a temática do agente infiltrado numa perspectiva de ponderação entre a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos por um lado e da eficácia penal e segurança da sociedade por outro, tema diga-se de crescentes dificuldades. E dizemos crescentes dificuldades porque tem havido nos últimos anos ou mesmo décadas uma mudança no panorama criminal, fruto da globalização, onde se passou de uma criminalidade individual a uma criminalidade organizada e de uma criminalidade local para uma criminalidade transnacional, que tem ao seu dispor meios logísticos cada vez mais modernos, inclusive mais do que as próprias forças de persecução criminal, sendo disto exemplo o tráfico de droga, o terrorismo e os crimes económico-financeiros.

Actualmente, esta nova criminalidade ao ser mais sofisticada e claramente mais desenvolvida, supera claramente os métodos tradicionais de investigação como o são as observações, inquirição de testemunhas ou as impressões digitais, o que exige da parte da polícia novos meios e novos conhecimentos desta nova realidade, bem como mais e melhor cooperação entre os vários operadores judiciais, pois como diz Guedes Valente “o crime está à frente da sua prevenção e muito mais à frente da sua repressão”¹. Acompanhamos Seelmann² quando refere que esta mudança na criminalidade exige uma alteração legislativa e na dogmática penal dada esta tensão entre os princípios de um Estado de Direito e as exigências criminalísticas para uma eficaz administração da justiça penal.

É inegável que há uma dependência dos métodos ocultos de investigação na proteção de determinados bens jurídicos dos cidadãos quando falamos nas novas formas de criminalidade e que, uma proibição absoluta do uso destes não poderia ser aceite do prisma político criminal, embora no outro prato da balança estejam os perigos que tais métodos representam nos direitos fundamentais dos cidadãos, isto porque a criminalidade organizada tem disparado nos últimos anos paralelamente ao

¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *O agente infiltrado na investigação e prevenção dos crimes de corrupção e de branqueamento de capitais*. In: *Blanquei de Dinero y Corrupción en el Sistema Bancario*. Ediciones Universidad de Salamanca, nov. 2002, v. II. p. 388.

² SEELMANN, *Zur materiell-rechtlichen*, cit., pág. 800-802 *apud* SANCHEZ, Juan Muñoz, *El Agente Provocador*, Tirant Monografias, Valência, 1995 cit., pág. 24.

desenvolvimento da sociedade o que cria riscos para a vida em sociedade e para o Estado de Direito.

A actual política criminal motivada pela lei e pela manutenção da ordem vem adoptando uma maior rigidez, que se traduz na adopção de meios de investigação e outras medidas que se têm por eficazes na luta contra a criminalidade organizada, o problema que se levanta é que estas medidas das quais destacamos as intercepções telefónicas e os meios de investigação ocultos têm vindo a ultrapassar a fronteira exigida pela axiologia constitucional colocando em perigo valores como a democracia, pilar de um Estado de direito democrático.

O legislador inicialmente lançou este meio de investigação estritamente para o combate à criminalidade organizada ligada ao tráfico de droga, sendo que em 2001, adoptou um novo regime das acções encobertas, por incapacidade na prevenção e investigação da criminalidade mais grave, no qual alarga o leque de crimes aos quais é passível a utilização deste meio, embora em alguns casos, convenhamos, além do que vai a real necessidade desrespeitando o limite/princípio da proporcionalidade. Procura assim que a sociedade acompanhe o evoluir da criminalidade e que não se atrase, atraso esse que se reflectiria num risco para a paz e segurança públicas.

Registámos nas últimas três décadas uma significativa adopção de medidas e regimes, bem como de novos meios de obtenção de prova, que visam suprimir obstáculos apontados, distinguindo-se estes dos tradicionais meios de obtenção de prova ao fazerem parte de uma nova abordagem à nova realidade criminal, método diferente do usado naquele que era usado numa política criminal clássica, nunca podendo os requisitos destes novos métodos descurar os princípios basilares e que constituem os pilares de sustento de um Estado de direito que se diz democrático.

A finalidade deste trabalho vai de encontro ao aqui referido, no entanto não poderemos tratar jamais toda a problemática que é a figura do agente provocador dada a extensão que tal exigiria mas sim o estudo da figura no nosso ordenamento consagrada, o agente infiltrado.

1. Origem histórica

Diz-nos Lourenço Martins³ que:

“Remontando as origens históricas do *agente provocador* às práticas absolutistas dos séculos XVII e XVIII, privilegiando, então, os *crimes políticos*, depois de incitar a pessoa a manifestar as suas opiniões (subversivas) o provocador denunciava-as a fim de obter uma recompensa do Rei ou das autoridades oficiais. A Polícia secreta de Luís XIV provocava os criminosos potenciais ao cometimento de crimes para os prender em flagrante delito”.

A verdade é que apesar de ser usada em praticamente todos os países do mundo esta figura não é isenta de duras críticas, as quais veremos mais à frente neste trabalho. No caso do agente infiltrado a situação é a mesma, pois é usado quase em todo o globo, pese embora esta figura não esteja consagrada legalmente em muitos deles o que não os impede de fazerem uso dela. Ambas têm uma raiz comum e deve-se à consagração legal do agente infiltrado a autonomia conceptual, pois até aqui a sua destrição era meramente nominal ao se referirem ambas à mesma realidade, uma vez que historicamente o termo utilizado para se referirem a ambas era *agent provocateur*, no entanto o agente provocador mantém-se nos dias de hoje como figura doutrinária em que a impunidade do mesmo se deve à falta de tipificação legal.

Territorialmente é em França que encontramos esta raiz comum no período do Ancien Regime e é uma referência em diversa literatura daquele país. Ao já referido, Alves Meireis acrescenta que “os primeiros agentes provocadores da história europeia”⁴ trabalhavam para o inspector e eram por este contratados devido à sobrecarga de trabalho que estes inspectores detinham. Uns exerciam as suas funções clandestinamente, os chamados “observateurs” e outros eram publicamente contratados,

³ MARTINS, A. G. Lourenço, *Direito Internacional da Droga e da Toxicodependência*, Coimbra, 2003, p. 80.

⁴ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, Maio de 1999, p. 19 e ss.

intitulados de “mouches”, “sous-inspecteurs”, “commis” ou “préposés” sendo que destes últimos a maioria: ou eram reclusos que arriscavam a sua própria vida, em locais de risco mais elevado, cooperando como infiltrados por troca da sua própria liberdade, ou eram de estatuto social mais elevado, sendo que a diferença estava no “milieu” (ambiente) onde iriam actuar.

Desta forma podemos verificar que o grau de dificuldade deste trabalho de “seguir, escutar, informar, mas também, de provocar e prender, os malfeitores sob vigilância”⁵ era muito menor, bem como podemos verificar diversas modalidades de intervenção do *agent provocateur*: agente infiltrado quando contratado para se infiltrar, de agente provocador quando eram pagos para exercer aquelas funções referidas neste parágrafo incluindo mesmo a provocação do delito e de informador quando auxiliavam as autoridades cooperando com estas a troco da sua liberdade. Daqui podemos concluir que a polícia precisava dos agentes para deter os suspeitos de crimes e estes agentes precisavam daquela para conquistar a sua liberdade. Quanto à delimitação conceptual do *agent provocateur* surgem dificuldades uma vez que desde esse momento que este tem sido utilizado não só para fins preventivos e repressivos da criminalidade, como para fins políticos, o que o torna num conceito demasiado abrangente e amplo quando deveria estar delimitado e circunscrito a critérios jurídico-criminais⁶.

Parece consensual que a utilização do agente provocador como meio de luta contra a criminalidade já existe há bastante tempo e tem sido usado regularmente como uma tática policial de vários regimes.

Já Munoz Sánchez ressalva que a “origen de esta institución se encuentra en el periodo del absolutismo francés, donde para reforzar el régimen se crea la figura del delator, compuesta de ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos para recibir favores del príncipe. En esta época su actividad se limitaba a espiar y poner los hechos en conocimiento de la autoridad, sin que se realice una actividad de provocación. Con el paso del tiempo, la actividad de vigilar no sería suficiente para neutralizar a la oposición al régimen, y se pasa del espionaje a la provocación”⁷.

⁵ PIASENZA, *Polizia*, cit., pág. 69 *apud* MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime...*, cit., *ibidem*. p. 21.

⁶ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado: Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra Editora, 2005, pág. 22.

⁷ SANCHEZ, Juan Muñoz, *La Moderna problemática Jurídico Penal del Agente Provocador*, Valência, 1995, p.21.

De referir que sucedeu em França o primeiro momento histórico sobre o programa organizado da infiltração de agentes, sendo o responsável por tal Eugène François Vildocq⁸ em 1800, no Reino Unido foi criado um de nome “Special Irish Branch”⁹ e nos E.U.A. o *Italian Squad* após vários agentes federais terem efectuado as suas próprias infiltrações no crime organizado sem controlo judicial. Como podemos ver o agente provocador tem origem na inquisição e tem uso nos regimes onde impera o absolutismo e em governos totalitários da actualidade. É um instituto que desde a sua origem tem dado o seu forte contributo a uma significativa limitação dos direitos dos cidadãos e como tal, nos tempos correntes, num Estado de Direito Democrático onde impere a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana tal figura não é admissível, independentemente do crime e do bem jurídico de que estejamos a falar.

⁸ Trata-se de um sujeito que durante a sua vida foi ladrão, soldado, desertor, prisioneiro, espião, chefe de uma brigada especial da polícia de Paris, fundador da primeira agência particular de informações entre outros. Consultado a 22/06/2013 em: <http://www.oexplorador.com.br/site/ver.php?codigo=14291>

⁹ Serviço especial do Criminal Investigation Department (CID) teve por tarefa principal combater o terrorismo na Irlanda. Veja-se <http://www.dgsi.pt/bpjl.nsf/83cbe9acef94db5a8025730800549412/64d0ee0b4bab7bf4802567b5003cd1b4?OpenDocument>

2. Conceitos e distinções: Agente Infiltrado, Agente Encoberto, Agente Provocador e outras figuras

Após termos esclarecido a origem da figura iremos agora, seguindo uma linha lógica de raciocínio, explicar em que consistem estas três figuras, cuja diferença passa basicamente pela forma como o agente de polícia se relaciona com o presumível criminoso, com omissão da sua qualidade, bem como de figuras afins as quais contribuem de forma decisiva para a descoberta da verdade.

Começaremos o capítulo fazendo referência a figuras que se assemelham de certa forma com o agente infiltrado, o agente encoberto e o agente provocador tais como o informador (Informant), o confidente (V-Person), o investigador secreto (Verdakter Ermittler), o colaborador ocasional ou denunciante anónimo, o indicador, o arrependido e os homens de confiança. No entender de por exemplo Benjamim Silva Rodrigues “a figura dos «homens de confiança» conhece diversas «colorações» (*Untergrundfahnder, under cover agent, agentes encobertos, agentes infiltrados, Polizeispitzel, detection, polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment, etc.*)”¹⁰, (primeiro itálico nosso) e considera mesmo um método adequado o daqueles que optam por um conceito extensivo e agregador, onde se insiram «todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade»¹¹.

Há autores que entendem que o *homem de confiança* é um conceito extenso que engloba o agente infiltrado e/ou encoberto e o agente provocador, bem como o funcionário de investigação criminal dos quais fazem parte Meyer e Costa Andrade¹² que retratam esta temática ao detalhe¹³ e outros que entendem que se esgota no terceiro.

¹⁰ RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal, Novos Métodos “Científicos” de Investigação Criminal nas Fronteiras das nossas Crenças*, Tomo IV, 1ª Edição, Rei dos Livros, 2011, p. 389.

¹¹ MEYER [no livro de homenagem a JESCHECK-Fs., p.1312 e ss.] *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 220 *apud, ibidem*.

¹² ANDRADE, Manuel da Costa, *idem*. e MEYER, *idem*.

¹³ MEYER [no livro de homenagem a JESCHECK-Fs., p.1312 e ss.] *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 220 *apud*, RODRIGUES, Benjamim Silva, *op.cit.* p. 388 e ss.

Parece-nos mais acertada a doutrina que defende a primeira corrente, até pelos conceitos das figuras que a seguir iremos expor.

Adoptamos os conceitos de Manuel Meireis no caso do informador “pessoa que num caso isolado, está disposta, a troco do seu anonimato, a dar informações aos órgãos de prossecução penal”, confidente “é uma pessoa que sem pertencer aos órgãos de prossecução penal, está disposta a colaborar assiduamente com eles, de forma encoberta, com o fim de descobrir os crimes e cuja identidade é por via de regra mantida secreta”, sendo que aqui acrescentamos que normalmente fá-lo por troca de uma prestação material (dinheiro, protecção, droga) ou processual (redução ou isenção de pena) e investigadores secretos “são funcionários da polícia especialmente escolhidos e treinados, os quais, com o fim de obterem indícios úteis para a aplicação de procedimentos processuais penais, tomam contacto com o crime, devendo a sua identidade ser tida como secreta mesmo no processo”¹⁴.

De destacar que presenciámos outro conceito de informador¹⁵ semelhante ao referido por nós acima, como também similar ao de confidente, mas uma vez que este outro conceito não refere a regularidade/assiduidade com que esta pessoa colabora com os órgãos de prossecução penal, optámos por adoptar o acima referido. No nosso entender informador e confidente apenas se diferenciam pela regularidade com que colaboram com estas instâncias.

Quanto ao arrependido, mais não é que o sujeito que era originário da organização criminosa mas que passa a colaborar com as autoridades judiciárias, podendo ou não continuar a colaborar com aquela organização (tudo estando dependente das indicações que tiver desta autoridade). Presta ainda informações a estas autoridades com a finalidade de condenar os vários membros daquela organização criminosa, tendo como prioridade os altos cargos, tudo isto a troco de compensações tais como protecção, redução de pena ou mesmo isenção.

Por colaborador ocasional também conhecido como denunciante anónimo entende-se as pessoas que sem terem qualquer ligação ao crime, tomam conhecimento do cometimento ou possível cometimento do/s mesmo/s de várias formas possíveis, e decidem através do dever cívico e como bom cidadão denunciá-lo às instâncias formais,

¹⁴ KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung*, 38.^a Aufl., München 1987, pág. 1862 *apud* MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵ Revista do CEJ, *Dossiê Temático – Direito Contra Ordenacional*, número 14, Almedina Editora, 2º Semestre 2010, p.234.

(atitude diga-se hoje em dia de louvar), exigindo em troca usualmente o anonimato. Meireis acrescenta ainda outra figura que intitula de “indicador” e define o mesmo como “um informador local, experimentado no *milieu*, actua ao lado do agente provocador e o orienta na pista do objecto da provocação”¹⁶.

Passemos então agora a procurar o melhor conceito para o agente infiltrado, o agente encoberto e o agente provocador, sem esquecer que estes dois últimos se tratam de formas ligadas ao agente infiltrado e que com ele têm algumas semelhanças não se confundindo no entanto entre eles. Desde já referimos que alguma doutrina, não apenas a nacional, tem uma certa dificuldade em ver uma verdadeira diferença entre agente provocador e infiltrado, o que poderemos comprovar adiante, tratando-os como uma figura apenas, e a razão para tal acontecer é em boa parte a origem comum como acabámos de constatar no capítulo anterior.

Desde já reiteramos a nossa posição em discordar totalmente de uma ausência de distinção real entre aquelas duas figuras, admitindo no entanto que na prática possa haver alguma dificuldade, pois de acordo com Isabel Oneto, referindo-se à dificuldade em delimitar o conceito do agente provocador, afirma que:

“centra-se no facto de desde então a sua utilização ocorrer quer para fins de prevenção e repressão criminal, como para fortalecer estratégias políticas de poder, originando um conceito desmesuradamente amplo para um ângulo que se pretende balizado por critérios jurídico-criminais, no quadro de um Estado de Direito”¹⁷.

Ainda relativamente à dificuldade nesta distinção veja-se Guedes Valente¹⁸ ao referir que “a barreira entre acção encoberta e a provocação é muito ténue”, o qual obviamente se refere à prática porque na teoria a nível conceptual tal não nos parece.

Muito importante é o facto de haver doutrina e jurisprudência que entende que agente encoberto e infiltrado se referem ao mesmo como é o caso do Supremo Tribunal de Justiça quando refere:

¹⁶ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado... op. cit., loc. cit.*

¹⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, Coimbra, Outubro 2009, pág. 399.

“O agente provocador convence outrem ao crime, determina a vontade para o acto ilícito. O agente infiltrado opera no sentido de ganhar a confiança do suspeito e, na base dessa confiança, mantém-se a par do comportamento daquele, praticando, se necessário, actos de execução em integração do seu plano, mas não assume o papel de instigador. Deste modo, como traço distintivo apresenta-se a passividade do agente infiltrado ou encoberto, o que contrasta com a iniciativa criminosa do agente provocador.”¹⁹

Como vemos, na parte final, trata agente infiltrado e agente encoberto como sendo o mesmo, usando daqui em diante, o termo agente infiltrado durante o mesmo acórdão para se referir a estas duas realidades. Outro autor, no caso Jorge Silveira partilha desta opinião ao referir “É de salientar que, para o êxito da acção encoberta, o agente encoberto acaba muitas vezes por praticar actos passíveis de responsabilidade penal, nomeadamente para ganhar a confiança dos suspeitos.”²⁰ ou ainda segundo Mário Monte “o agente encoberto conduz e orienta a conversa, leva as pessoas a dizer ou fazer o que de outra forma não diriam ou não fariam.”²¹. Não vamos para já tomar posição, deixando a mesma para um momento posterior. Já Joaquín Delgado Martín²², é da opinião que o conceito amplo de agente encoberto engloba o agente meramente encoberto, o agente encoberto infiltrado, o agente encoberto com identidade fictícia ou falsa e o agente provocador. Por seu turno Meireis²³ distingue estas três figuras, não confundindo agente encoberto, infiltrado e provocador ao qual aderem vários autores.

¹⁹ Veja-se o acórdão com o nº de processo 127/10.0JABRG.G2.S1 com data de 27-06-2012 em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados> no ponto XXI

²⁰ SILVEIRA, Jorge Noronha, Separata, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Suplemento, *Processo Penal e Criminalidade Organizada*, Coimbra Editora, 2003, pág. 14.

²¹ MONTE, Mário Ferreira et. al., Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, 2009, pág. 27. Outros autores como MEYER, Jescheck, *Zur Prozessrechtlichen Problematik des V-Mannes* ZStW 1983, pág. 384 e ss. que refere “quando nos reportámos ao agente infiltrado na investigação criminal...sabemos tratar-se do homem de confiança ou agente encoberto”, José Braz quando refere “Doutro modo, o agente encoberto ou infiltrado limita-se a ganhar a sua confiança...”. Cfr. BRAZ, José, *Investigação Criminal – A Organização, o método e a prova – Os desafios da nova criminalidade*, Almedina Editora, Outubro, 2009, pág. 321.

²² Cfr. MARTÍN DELGADO, Joaquín, *La Criminalidad Organizada, Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación...*, J.M.Bosch – Editor – Barcelona, 2001, págs. 46 - 48.

²³ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*. Livraria Almedina: Coimbra, 1999, p.162. A doutrina adere em força a esta tipologia

Iremos então agora procurar o melhor conceito para cada uma destas figuras sendo o agente provocador a primeira por ser a que menos dúvidas levanta quanto à sua distinção das demais. Diga-se que esta é uma figura que tem tido maior destaque na doutrina e jurisprudência estrangeiras do que propriamente na portuguesa, das quais destacamos os E.U.A., a Alemanha, a França e mesmo a Itália.

Enrico Califano²⁴, há várias décadas atrás, referia-se à figura do agente provocador como uma figura que induzia outrem a cometer um crime mas para um fim que não é justificável, ou seja, fica claramente a ideia de que “os fins não justificam os meios”. O autor remete de seguida na sua obra para a responsabilidade do agente provocador, caminho este por onde não pretendemos seguir dada a extensão a que tal nos obrigaria e uma vez que não se trata da análise a que nos propusemos.

Analisemos então a nossa variada doutrina quanto ao entendimento sobre esta figura.

Manuel da Costa Andrade²⁵, adoptando um conceito extensivo, assinala que, agente provocador ou homens de confiança são “todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade”. Acrescenta o autor que aqui estão incluídos os particulares (pertencam ou não ao submundo da criminalidade), como também os agentes das instâncias formais, entenda-se, da polícia, que disfarçadamente se inserem no “milieu” da criminalidade ou com este estão em contacto, quer limitando-se a obter informações, quer indo ao extremo de provocar eles mesmos a prática do crime.

Já Germano Marques da Silva considera que a “provocação não é apenas *informativa*, mas sobretudo *formativa*, não revela o crime e o criminoso, mas cria o

tripartida dos quais destaco: MONTE, Mário Ferreira, *Anotação ao Relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, processo nº 25829/94, Francisco Teixeira de Castro contra Portugal*, in *Scientia Iurídica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLVI, Univ. do Minho, 1997 pp. 196 e ss; GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado vs o Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, 2001, p. 264; ROCHA, João Luís de Moraes, *Droga. Regime Jurídico, Legislação Nacional Anotada – Diplomas Internacionais*, Lisboa, 1994, pp. 190-191.

²⁴ CALIFANO, Enrico, *L'Agente Provocatore*, Milano – Dott. A. Giuffrè – Editore, 1964. Texto original: “colui che induce taluno a commettere un reato per un fine che non comprende l'interesse in vista del quale il reato viene commesso, fine che di regola si concretiza nel denunziare il soggetto indotto all'autorità” p. 16.

²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 220.

próprio crime e o próprio criminoso e, por isso, é contrária à própria finalidade da investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objecto”²⁶.

Maria José Nogueira, por sua vez, entende que o agente provocador “dirige a sua actividade de forma a *induzir* o suspeito à *prática de actos ilícitos* pelos quais possa ser incriminado, constituindo-se em verdadeiro instigador ou co-autor do crime, com o objectivo único de conseguir reunir provas contra aquele”²⁷.

Por fim, Manuel Augusto Alves Meireis, refere que 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”²⁸.

De todas estas definições podemos concluir que, agente provocador pode ser qualquer cidadão ou membro de uma força ou autoridade policial, sendo este um critério subjectivo, e que é esta entidade que provoca, cria, induz, instiga, incita outra pessoa (elemento volitivo) à prática do delito, sendo que neste aspecto é fulcral o *animus* do provocador e o do provocado. Indo mais além, Joaquín Delgado Martín²⁹ está neste leque de autores que partilha destes conceitos, ao inserir aqui o *animus do provocado*, o que referimos antes da citação, algo essencial para se apurar se determinada entidade actuou como provocador ou não. Não é de admirar que seja uma figura condenável na maioria dos Estados pelo mundo fora, pois, jamais se poderia admitir tal afronta ao respeito da legalidade e a um processo equitativo.

²⁶ SILVA, Germano Marques da, *Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos*, in *Direito e Justiça*, F.D.U. Católica, Vol. VIII, T. 2, 1994, p. 29.

²⁷ NOGUEIRA, Maria José, no seu discurso sobre as *Polícias: Segurança; Investigação Criminal; Limites*, proferido no âmbito do Seminário Internacional sobre os Direitos Humanos e Eficácia Policial. Sistemas de Controlo da Actividade Policial, realizado no Centro Cultural de Belém – Lisboa, entre os dias 5 e 7 de Novembro de 1998, promovido pela IGAI. *apud* GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado vs o Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, 2001, p. 255.

²⁸ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 155.

²⁹ MARTÍN DELGADO, Joaquín, *La Criminalidad Organizada, Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación...*, J.M.Bosch – Editor – Barcelona, 2001, p. 48. Texto original “esta figura surge cuando un policía que oculta su condición provoca la comisión de un delito, esto es, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en el supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido”.

Gostaríamos ainda de trazer à colação Ruiz Anton³⁰, apenas para referir que Henckell foi pioneiro no uso em 1982 na Alemanha do termo Lockspitzel, que significa o mesmo que *agent provocateur*. Para melhor compreensão de um caso prático onde se considerou a utilização desta figura veja-se o primeiro acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (T.E.D.H.), o famoso processo Teixeira de Castro vs Portugal³¹ de 9 de Junho de 1998, onde aquele tribunal demonstra claramente a inadmissibilidade desta figura na Ordem Jurídica.

Esta figura não tem acolhimento legal no Ordenamento Jurídico Português, uma vez que cria a intenção criminosa no suspeito *ex novo* com o propósito de que seja condenado por esse delito, sendo que a actuação deste instituto violaria princípios basilares de um Estado de direito democrático como o princípio da lealdade, o princípio democrático e o da legalidade, visto não estar consagrado no nosso Ordenamento e também os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos pois como refere Guedes Valente:

“Quem se arroga da moral para executar a perseguição não pode socorrer-se de meios desonestos, de meios em nada deontológicos, embora apregoados como eficazes, mas nem sempre eficientes, para ‘apanhar’ alguns infratores”³².

Cita este autor Norberto Bobbio, o qual diz “Os meios maus corrompem até os melhores fins”³³, sendo que faz todo o sentido porque notemos, o agente provocador é como já vimos anti-democrático, é uma forma ilegal e desleal de perseguir o crime, é um meio mau como Bobbio lhe chama, ou se preferirmos um mau método, quando a sua finalidade é perseguir o crime, porque estamos a combater na prática “o fogo com o fogo”, ou seja a usarmos dos mesmos métodos desleais que os criminosos usam.

³⁰ RUIZ ANTON, Luís Felipe, *Del Agente Provocador y del Delito Provocado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen dedicado a “Problemas de Autoría”, editado por el Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 335 e ss. e *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, Madrid, 1982, p. 6.

³¹ A este propósito aconselhamos a leitura da obra LOUREIRO, Joaquim, *Agente Infiltrado? Agente Provocador!*, *Reflexões sobre o 1º Acórdão do T.E.D. Homem – 9.Junho.1998 Condenação do Estado Português*, Almedina Editora, Coimbra, Outubro 2007.

³² VALENTE, M. M. Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial* – 3ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2012, p. 486.

³³ BOBBIO, Norberto, *As ideologias e o Poder em Crise*, Brasília: Editora UNB, 1999, p. 112. *apud Ibidem*, p. 486.

Perguntamo-nos que moral tem um Estado em exigir dos seus cidadãos o que nem ele cumpre. É possível que no futuro talvez tenhamos que fazer uso deste método numa criminalidade “não vulgar”, mas não nos parece que tenhamos que recorrer a tal no presente.

Tentaremos agora expor um conceito nosso de agente provocador, tendo em conta tudo o que foi referido e por nós estudado. Já vimos quem pode ser agente provocador e como tal diríamos que, agente provocador é um agente policial ou um terceiro (cidadão comum) controlado por aquela polícia que tem o dolo de determinar alguém ao cometimento de um crime, cujo não teria existido se não fosse através da sua acção /intervenção, tendo este pretensões de obter provas contra o incitado, do cometimento do delito ou que este fosse sujeito a um processo penal e consequente condenação. De ressaltar ainda que o agente provocador não pretende a consumação do delito pois quando o sujeito estiver para cometer o crime o agente provocador tomará as medidas necessárias para anular tal acção do sujeito (autor provocado).

Passemos de seguida à análise do agente encoberto. Desde já destacar que vários autores, também aqui não havendo unanimidade conceitual, divergem sobre esta figura. A doutrina jurídico-penal divide-se entre aqueles que entendem que o agente encoberto ou infiltrado diz respeito à mesma figura³⁴, e aqueles que entendem que se tratam de duas realidades diferentes³⁵.

É na segunda corrente que a doutrina é maioritária, corrente pela qual também tomamos parte. Curioso de salientar outras opiniões tais como a de Joaquín Delgado Martín³⁶ ao entender que o conceito amplo de agente encoberto comporta várias figuras. Este autor entende que neste conceito amplo de agente encoberto cabem o agente

³⁴ SILVEIRA, Jorge Noronha, *op. cit.*, p. 14. onde refere que “É de salientar que, para o êxito da acção encoberta, o agente encoberto acaba muitas vezes por praticar actos passíveis de responsabilidade penal, nomeadamente para ganhar a confiança dos suspeitos” confiança esta que como veremos é característica do agente infiltrado, MONTE, Mário Ferreira Monte (*et. al*) quando assinala que “Diferentemente, o agente encoberto conduz e orienta a conversa, leva as pessoas a dizer ou fazer o que de outra forma não diriam ou fariam. Mas que o agente quer que elas digam ou façam” e aqui vê-se que não está presente a passividade, algo que também é característico do agente encoberto, ou ainda ONETO, Isabel, *op. cit.*, p. 138. Ao deixar clara a sua posição “definimos a nossa posição no sentido de negar uma distinção entre as duas figuras, a menos que se aceite que deste não se distingue o *agente à paisana*.” (itálico nosso) referindo-se ao agente infiltrado e ao agente encoberto.

³⁵ Opinião partilhada por VALENTE, M. M. Guedes, *op. cit.*, p. 491. quando diz que “Próxima da figura do agente infiltrado existe a figura do *agente encoberto* que não deve confundir-se com aquele” (itálico do autor), MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 163, 164 e 192.

³⁶ *Op. cit.*, p. 46-48.

meramente encoberto, o agente encoberto infiltrado, o agente encoberto infiltrado com identidade fictícia (sendo que o que caracteriza esta é o facto do agente possuir dados que o identificam como outra pessoa que não a que realmente é) e o agente provocador. No entender do autor, o agente encoberto infiltrado com identidade fictícia não se limita a ocultar a sua condição de polícia, como assume a identidade de alguém que não é realmente.

Portanto agente encoberto, poderá ser um agente da polícia ou um terceiro que actua com esta de forma planeada (à semelhança do agente provocador), que com a ocultação da sua qualidade e identidade, frequenta os lugares conotados com o crime – v.g., cafés, discotecas, centros comerciais, aeroportos, terminais de transportes, bairros tidos como perigosos (etc.) – com o fim de detectar possíveis delinquentes e proceder à sua detenção (no caso de flagrante delito), independentemente da gravidade dos crimes em apreço, sem que conquiste a confiança de ninguém ou provoque/determine à prática do crime.

Por fim passemos ao instituto que dá o título ao nosso trabalho, o agente infiltrado, o qual está consagrado na Lei 101/2001, de 25 de Agosto³⁷, mais conhecida por Regime Jurídico das Acções Encobertas (RJAЕ) a qual não aderiu à tipologia tripartida (agente infiltrado, encoberto e provocador), uma vez que prevê no seu art. 6º a possibilidade do agente encoberto praticar actos preparatórios ou de execução (o que não se coaduna com o nosso entendimento, pois como vimos, no nosso entender esta figura assumia uma atitude de passividade).

O art. 1º, nº 2 do RJAЕ dá-nos três elementos acerca do conceito de agente infiltrado, nomeadamente quem pode ser, com que finalidades pode actuar e de que modo deve actuar. Destes três elementos, os dois primeiros são ao mesmo tempo requisitos para se ser agente infiltrado, sendo que as finalidades aparecem mesmo novamente referidas no art. 3º onde temos também outros requisitos de uma acção encoberta. Porém sem aqueles dois elementos, (quem pode ser e com que finalidade pode actuar), a acção encoberta não se poderia realizar mesmo estando os requisitos do art. 3º preenchidos.

Na verdade a “ocultação da sua qualidade e identidade” é facultativa ao agente infiltrado, sendo que quanto à identidade fictícia esta só pode ser usada pelo agente da

³⁷ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Maria João e VALENTE, M. M. Guedes, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado - Comentado e Anotado – Legislação Complementar*, Almedina Editora, Coimbra, 2001, pp. 27-105

Polícia Judiciária (P.J.), estando vedada esta possibilidade ao agente de outra força policial e ao terceiro.

Por agente infiltrado entende-se então o funcionário de investigação criminal ou terceiro que actue de forma concertada com a polícia, que omitindo a sua real condição, tem a finalidade de obter provas para a incriminação de um ou mais suspeitos, ou apenas para a obter a *noticia criminis*, ganha a confiança do mesmo ou de outros ligados a este, mantém-se informado sobre os vários acontecimentos, acompanha a progressão e execução dos factos, sem determinar de forma alguma a prática de infrações, com o objectivo de alcançar aquilo a que se propôs, tendo sempre em vista a prevenção e repressão criminal.

O agente infiltrado tenta-se aproximar assim do suspeito, procurando uma relação de proximidade, tornar-se um “falso” amigo íntimo, aumentar gradualmente a confiança que o suspeito deposita nele, fazendo favores e provas dessa para incrementar tal relação próxima, chega mesmo a tratar o suspeito como um familiar, como alguém do seu próprio sangue.

Discordamos da opinião partilhada por certos autores de entre os quais Lourenço Martins³⁸, quando limita o uso deste instituto a crimes já praticados. O agente infiltrado tem como prioridade evitar que crimes sejam cometidos, e só em segundo grau descobrir os autores de crimes já praticados, isto no nosso entender. Um mundo criminalmente perfeito seria um mundo onde tais acontecimentos não existissem, o que nos parece impossível de todo, mas para que nos possamos aproximar ao menos de tal, há que evitar que os crimes sejam cometidos, não deixar a prevenção de parte para que depois entre em prática a repressão.

Para terminar o capítulo iremos agora resumidamente mostrar o que caracteriza cada umas destas três figuras.

Características únicas do agente infiltrado são o facto de conquistar a confiança do suspeito e o facto de ter uma relação directa com o criminoso. Em comum com o agente encoberto destacamos o facto de ambos terem uma actividade informativa e ambos serem meios lícitos de obtenção de prova. Em comum com o agente provocador podemos concluir que o agente infiltrado gera quebra de confiança, sacrifica direitos fundamentais e desrespeitam ambos princípios constitucionais.

³⁸ MARTINS, Lourenço, *Droga – Prevenção e Tratamento*, Coimbra, 1984, Capítulo II, Ponto I *apud* ONETO, Isabel, *op. cit.*, p. 144.

Exclusivo do agente encoberto é a sua passividade em relação ao facto criminoso, sendo que em comum entre todos estes institutos (agente infiltrado, encoberto e provocador), entendemos que todos eles são meios de investigação imorais, embora por razões de diferente ordem.

Restritivo do agente provocador é o facto de provocar o crime e da sua actividade ser assim formativa do crime.

Assim terminamos este capítulo na esperança de ter deixado clara a destrição entre todas estas figuras que embora semelhantes, têm as suas diferenças, capítulo essencial para perceber o desenvolvimento deste trabalho, crendo que desta forma fica mais claro ao leitor, o que está em causa quando se fala de cada uma delas.

3. Princípios constitucionais e processuais inerentes à figura

Analisemos de seguida a figura que dá o título ao nosso trabalho à luz de princípios estruturantes e basilares de um Estado de Direito Democrático, não só, mas também constitucionais, posto que esclarecido está no que consiste esta figura e seguindo a mesma linha de raciocínio. Tentaremos analisar este instituto através da tensão existente entre os pratos da balança, sendo que de um lado o respeito pelos princípios do Estado de Direito e a salvaguarda de direitos dos cidadãos e do outro as exigências criminalísticas para uma eficaz administração da justiça penal. Muitas questões se colocaram e ainda colocam quando se tratou de apurar a legitimidade e conformidade constitucional desta figura, sendo que o processo penal encontra-se limitado pelo art. 1º da Constituição da República Portuguesa (CRP), a saber, na dignidade da pessoa humana e nos princípios de que iremos falar, alguns deles constantes no artigo seguinte. Vejamos o referido pelo Tribunal Constitucional (TC) a este respeito:

“O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária.”³⁹

Por aqui conseguimos perceber que o que garante esta legitimidade bem como o respeito pelos princípios constitucionais é que o agente adopte a figura de infiltrado, jamais a de agente provocador e que cumpra os requisitos constantes no RJA. Quanto à legitimidade voltaremos mais adiante neste trabalho, sendo que por agora, nos limitaremos à análise de alguns princípios ligados à figura.

³⁹ Acórdão nº 578/98 consultado a 01/07/13 em:
http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=ac%F3rd%E3o&ficha=8095&pagina=323&exacta=&nid=3845

Posto isto, verificamos que o T.C. admite a conformidade do agente infiltrado como meio de investigação do estado quando respeite aqueles limites, sendo que desta forma não violará garantias constitucionais dos cidadãos, reconhecendo assim sendo, a indispensabilidade deste método na luta contra formas de criminalidade organizada avançadas, o que acontece não só em Portugal como veremos mais à frente, como também em outros estados de direito democráticos. Cerca de dois anos depois o T.C.⁴⁰ vem referir que o ponto chave não é verificar se a actuação do agente de polícia foi de agente provocador ou infiltrado, mas sim, se este meio de prova e obtenção de prova bem como os restantes é conforme o art.º 32 nº 8 da CRP.

Em processo penal a recolha de provas deve obedecer primeiramente à lei fundamental, como também à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e o respeito por estas está sujeito às regras do processo equitativo, o qual demanda o respeito pelos princípios do contraditório e da igualdade de armas. Dúvidas não restam que este princípio pode ser severamente afectado, e aqui adoptaremos uma expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira usada por Joaquim Loureiro, enquanto “*cláusula global englobadora de todas as garantias* que, embora não explicitadas, hajam de decorrer do princípio de protecção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal”⁴¹, os quais posteriormente referindo-se às garantias de defesa acrescentam que “engloba indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação”⁴².

O princípio da igualdade de armas é isto mesmo, e serve para anular a considerável vantagem à partida para um processo entre a acusação, suportada pelas instituições do Estado e a defesa. Desta forma, não podemos concordar com a opinião de Germano Marques da Silva quando assinala que este princípio “só vigora tendencialmente nas fases jurisdicionais do processo e em especial do julgamento”⁴³, pois no nosso entender, vigora em todo o processo, caso contrário não teríamos um processo penal garantístico e orientado por princípios, aos quais o processo penal tem

⁴⁰ Acórdão nº 102/2000, de 22 de Fevereiro de 2000. Consultado a 01/07/2013 em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000102.html>

⁴¹ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital - *Anotada* – 3ª. e 4ª. Edições, Coimbra Editora. *apud* LOUREIRO, Joaquim *op. cit.*, p. 215.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Penal Preliminar*, UCP, 1990. p. 131.

de obedecer, não apenas após ingerências na esfera dos direitos e princípios dos cidadãos, mas em todo o processo.

O caso *John Murray vs Reino Unido* de 1996⁴⁴ julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (T.E.D.H.) onde foi concluído pelo T.E.D.H. que o art. 6º da CEDH tem de ser respeitado mesmo na fase de instrução preliminar, sob pena de colocar em causa a equitatividade do processo e a igualdade de armas, acaba por ser um bom exemplo disto. Este princípio pressupõe a obrigatoriedade de dar a ambas as partes a possibilidade de defender a sua causa, fazendo valer os seus argumentos, apresentando os meios de prova que entenderem, em condições que não a coloquem em desvantagem para com a outra parte, sendo que o art. 6º da CEDH é a consagração do processo equitativo e deste artigo emana não só, o princípio da igualdade de armas como o princípio do contraditório.

O princípio do contraditório por sua vez, acarreta que ambas as partes deduzam os seus argumentos (de facto e de direito), carreguem as suas provas e que se oponham às provas da outra parte, tentando que as suas sejam mais credíveis aos olhos do julgador. Este princípio não nos parece respeitado quando se faz uso do agente infiltrado, na medida em que, o sujeito não tem conhecimento da forma nem sequer de que está a ser alvo de investigação, não podendo como tal exercer a sua defesa.

A actual doutrina vê este princípio não só como uma garantia da presença das partes no processo para obter uma decisão favorável por parte do juiz, como também o vê como a certeza de que tal decisão será obtida em paridade de armas⁴⁵. Quer o princípio do contraditório quer o da igualdade de armas, são princípios *mister* quando se trata de ter a balança entre a acusação e a defesa nivelada, para que deste modo se faça a justiça, que só o será no verdadeiro sentido da palavra, se houver uma igualdade jurídica que permita a ambas as partes defender-se em igualdade de circunstâncias para com a outra parte, procurando-se eliminar qualquer desigualdade de facto.

Vemos assim a ligação entre o agente infiltrado como meio de obtenção de prova e estes princípios. O agente infiltrado deve actuar de acordo com o CPP, CRP e o RJAE como também com a CEDH sendo que, como atrás referimos, o respeito pela CEDH enquadra-se no processo equitativo que se subdivide nestes dois princípios.

⁴⁴ Consultado a 02/07/2013 em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{"itemid":\["001-57980"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{)

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugénio Pacceli, *Curso de Processo Penal*, Edição Lumen Juris, 2008, p.31.

Dúvidas não restam de que o princípio da igualdade de armas pode ser violado pela utilização do agente infiltrado, e neste sentido há um entendimento de que os direitos do arguido constantes no art. 6, nº 3 da CEDH, advêm do princípio da equidade que pressupõe um processo equitativo. O progresso das decisões do T.E.D.H. regista a adopção de uma nova concepção, que traduz uma igualdade não apenas formal, mas também material do processo equitativo na sua jurisprudência, sendo que casos célebres como *Borgers vs Bélgica* de 30 de Maio de 1991, *Kostovsky vs Países Baixos* de 20 de Novembro de 1989 ou *Öcalan vs Turquia* de 12 de Maio de 2005 mostram situações em que este princípio do processo equitativo foi violado⁴⁶.

Agora, numa visão interna, Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁷ entendem que os princípios constantes no art. 272º da C.R.P. “aplicam-se a todos os tipos de polícias”, com o qual concordamos, uma vez que o artigo não especifica, entende-se que é a um sentido amplo de polícia que se refere e acrescentam que “tendo em conta os princípios da *tipicidade legal* e da *proibição do excesso*,... cabem na prevenção dos crimes as *funções de vigilância e de prevenção criminal* (em sentido estrito).” (substituição neste último caso de aspas por itálico nossa).

Partilhamos da opinião de Joaquim Loureiro⁴⁸ quando refere que, a *função de vigilância* tem por escopo “impedir que sejam transgredidas as limitações impostas pelas normas e actos de autoridade para defesa da segurança interna, da legalidade democrática e dos direitos dos cidadãos”.

Quanto à *função de prevenção criminal* este mesmo autor, define-a como a “adopção de medidas adequadas para certas infrações de natureza criminal” e aqui entendemos que a mesma poderia ser mais feliz na medida em que, a prevenção criminal é de facto o adoptar de medidas aptas, mas, para impedir o cometimento de infrações do âmbito criminal, uma vez que a expressão parece aplicar-se a situações em que o crime já foi cometido. Acrescenta este autor que esta função não pode socorrer-se de métodos restritivos da liberdade e segurança salvo, nas situações contantes na lei fundamental e na interna onde os artgs. 27º e 28º daquela são exemplos disso.

Analisemos o art. 272º, nº 1 da C.R.P., onde ressalta o princípio da legalidade democrática e no nº 2 o princípio da tipicidade e da legalidade e o princípio da proibição

⁴⁶ Cfr. na página oficial do T.E.D.H.: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>{

⁴⁷ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, - *Anotada* – 3ª. Edição, Coimbra Editora. *apud* LOUREIRO, Joaquim *op. cit.*, p. 224.

⁴⁸ LOUREIRO, Joaquim, *ibidem*, p. 224.

do excesso, também consagrado no art. 18º, nº 2, numa clara alusão às medidas de polícia e ao facto de jamais poderem ir além do estritamente necessário. Revela-se desta forma o dever destas medidas de polícia terem como finalidade a salvaguarda da segurança interna e dos direitos dos cidadãos a nível constitucional.

Neste contexto surge o art. 55º, nº 2 do Código de Processo Penal (C.P.P.), incumbindo aos órgãos de polícia criminal (O.P.C.), mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova, bem como o art. 249º, nº 1 do C.P.P., onde na parte final, constam princípios como o da necessidade, que abordaremos mais adiante neste capítulo e o da urgência.

Quanto às medidas de polícia, salientamos que devem estar consagradas na lei, obedecendo desta forma ao princípio da legalidade (precedência de lei) e da tipicidade. Já no nº 3, artigo cujo passamos a citar diz este que “a prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”. Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que estas medidas de prevenção, serão “apenas medidas de protecção de pessoas e bens, vigilância de indivíduos e locais suspeitos, mas não podem ser medidas de limitação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”⁴⁹.

Acreditamos que quando estes se referem a locais suspeitos, estão a incluir certamente bens que se encontram em determinado local, bens esses que não se pretende proteger mas apenas vigiar, bens esses que os levem a determinado/s criminoso/s, que estejam relacionados com o crime ou possível crime. Ainda no art. 55º nº 2, Faria Costa⁵⁰ entende que neste se encontra presente o princípio da eficácia, na medida em que, incumbindo aos O.P.C., no local, as acções de prevenção e repressão criminal, seria impedir a sua actividade se, para procederem à recolha imediata de provas, se exigisse a autorização prévia da autoridade judiciária competente para tal na respetiva fase. Disto é exemplo o flagrante delito, onde se exige ao agente a sua actuação prévia à existência de um processo, não podendo tais exigências ser limitativas ao ponto de se traduzirem elas

⁴⁹ CANOTILHO, Gomes, Moreira, Vital, *apud* SILVA, Germano marques da, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Lisboa, 2001, p.62, *apud* ONETO, Isabel, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁰ COSTA, José de Faria, *As Relações entre o Ministério Público e a Polícia*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. LXX, 1994 *apud* ONETO, Isabel, *op. cit.*, p. 174.

próprias numa barreira à actividade policial, o que não quer dizer que defendamos que não existam limites à actividade policial pois isso daria azo, como sabemos, ao livre arbítrio quer da polícia quer do Estado numa visão mais ampla.

O princípio da presunção de inocência constante no art. 6º nº 2 da CEDH e no art. 32º nº 2 da CRP, embora menos relacionado com a actuação do agente infiltrado em si e mais com a actividade das autoridades públicas, é um princípio que não se esgota como garantia processual, pois mais do que isso, ele condiciona aquelas autoridades, na medida em que se exige que qualquer órgão do Estado não trate determinado suspeito como culpado sem que essa categoria tenha sido atribuída por um tribunal competente.

Temos presente, o abuso de autoridade por parte dos OPC perante suspeitos, os quais, nem sequer foram detidos em flagrante delito, com um juízo *à priori* de valor por parte daqueles a estes, de que tais suspeitos são culpados do que são acusados, ainda antes sequer, de terem tido contacto com um juiz, muito por culpa dos meios de comunicação social e de rumores diga-se, sendo que a propósito deste princípio constitucional remetemos para o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Julho de 2012⁵¹, onde neste caso o mesmo foi posto em causa.

Passemos agora ao provavelmente mais importante princípio ligado à actuação do agente infiltrado e mais colocado em causa, o princípio da lealdade previsto no art. 126, nº 2 do CPP. É sabido que a actuação do agente infiltrado, no âmbito de uma acção encoberta, para alguns autores, traduz-se num acto de deslealdade, precisamente pelas razões que vimos no segundo capítulo, quando assinalámos que o agente infiltrado ganha a confiança do suspeito para depois o deter, razão pela qual se entenda que viola a lei e os valores de uma sociedade democrática. A este respeito citamos o entendimento de Germano Marques da Silva sobre este princípio quando refere que:

“a lealdade é um princípio inerente à estrutura do processo penal (...) pretende imprimir uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da Justiça e nessa perspectiva é fundamento de proibição de prova e dificulta a necessária legitimação pelo processo penal (...) o recurso a agentes informadores e agentes infiltrados viola o princípio da lealdade

⁵¹ Processo nº 679/06 e data do acórdão de 04-07-2012. Consultado a 05/07/2013 em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8e6a4b734855238b80257a3a00628c9f?OpenDocument>

e pode acarretar como consequência a proibição de provas obtidas por essa via”.

E acrescenta que:

“em circunstância alguma se pode admitir que a Justiça actue por meios ilícitos e que ao combate à criminalidade se possa fazer por meios criminosos; os agentes informadores e infiltrados não participam na prática do crime, a sua actividade não é constitutiva do crime mas apenas informativa, e por isso, é de admitir que, no limite, se possa recorrer a estes meios de investigação (...)”⁵².

Ora também para nós e de acordo com a primeira citação, dúvidas não restam que o agente infiltrado é um método desleal de obtenção de prova, já quanto aos agentes informadores tal não se nos afigura tão óbvio. Este autor fala de agentes informadores não ficando claro se fala de terceiros que colaboram com a polícia, se se refere a agentes de autoridade ou se a ambos. Assim sendo, só conseguimos perspectivar um acto de deslealdade quando o informador tem uma relação próxima com este suspeito, pois seguindo a nossa definição de *informador*, este optaria por dar informações sobre aquele às autoridades, traindo uma relação de confiança por vezes muito anterior à própria prática criminosa.

Por outro lado e mantendo-nos fiéis à nossa definição de *informador*, afigura-se-nos difícil como pode um cidadão que tem conhecimento da prática de um ou mais crimes, ter de impor o seu anonimato às autoridades para as informar da prática dos mesmos, sem que conheça pessoalmente os ditos criminosos. Sendo o anonimato uma condição que nos parece ser exigida com regularidade, por receio de represálias, não deveria ter de ser solicitada, mas sim ser aplicável por defeito, embora a questão deva sempre ser feita ao informador se pretender ficar no anonimato.

No presente, de facto, não vislumbramos situação possível em que o Estado através dos OPC possa actuar por meios ilegais, mas no futuro e especulando por momentos, com a evolução de meios e recursos da criminalidade organizada bastante mais acelerada do que a dos OPC, nos quais já começam a faltar verbas para melhorar

⁵² SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal II, Verbo Editora, 1999, *apud* BRAZ, José, *op. cit.*, pág. 320.

as condições dos mesmos, talvez tenhamos que recorrer a tal. Já entrámos há muito no caminho da deslealdade, até chegarmos à ilegalidade ainda que em situações muito restritas, a distância não nos parece assim tão grande.

O agente provocador também é um meio ilegal, opinião não partilhada por Roxin⁵³ mas partilhada por nós, e no entanto foi usado em regimes totalitários ainda que há bastante tempo, para não dizer que actualmente ainda o é. De salientar que não se trata de um direito absoluto podendo ser restringido tendo que se conjugar os interesses em causa.

Outro preceito fundamental respeitante à obtenção de prova encontra-se previsto no art. 32º nº 4 da CRP, falamos pois do princípio da reserva do juíz que nos diz que, toda a instrução é da competência de um juíz e que à excepção de actos instrutórios que se prendam com os direitos fundamentais, a prática dos restantes podem ser delegados noutras entidades. Fazemos referência a este preceito apenas para assinalar que todos os meios de obtenção de prova constantes no CPP colocam “em xequê” direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, e apesar do agente infiltrado não constar no CPP, também este, como já vimos, os ameaça.

Curioso observar que Damião da Cunha entende que “o agente encoberto ou o agente infiltrado é, antes de tudo, um meio de obtenção de informações (de descoberta da prova) e nunca um meio de obtenção da prova...”⁵⁴ referindo-se a obtenção de prova “no sentido de obtenção de prova directamente referida ao objecto da prova (tal como refere o CPP, no art. 124º, enquanto prova dos elementos constitutivos do tipo legal de crime”⁵⁵. Propositadamente não marcaremos posição por não se tratar do âmbito deste capítulo.

Quanto à admissibilidade legal do agente infiltrado, podemos já adiantar que a mesma se encontra coberta por princípios como o da liberdade probatória, onde acusação e defesa têm o direito de provar através de qualquer meio de prova, no respeito pelo CPP e pela CRP, factos que considerem que auxiliam na defesa da sua parte e pelo princípio da atipicidade dos meios de prova que não forem proibidos por lei, constante

⁵³ ROXIN, Claus *apud* BRAZ, José, *op. cit.*, pág. 321.

⁵⁴ Coord. VALENTE, M. M. Guedes, *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, CUNHA, José Manuel Damião da, Cap. *Dos Meios de Obtenção da Prova face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal*, Almedina Editora, 2006, p. 73.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 70.

no art. 125º do CPP, que refere que são permitidas ou admissíveis se preferirmos, as provas que não forem proibidas por lei.

Outros princípios se revelam essenciais neste aspecto tais como o princípio da investigação onde se pretende saber após a abertura de um processo a quem compete a disposição do mesmo, ou seja, se continuam as partes a dispor do mesmo ou se cabe ao tribunal as diligências de investigação e o princípio da oficialidade, onde se coloca a questão, a quem compete investigar o cometimento de um delito e de submeter o delinquente a julgamento, sendo que dúvidas não restam que tais tarefas competem ao Estado, por vezes mesmo contra a intenção/vontade do particular.

Analisando o RJA, foquemo-nos agora mais nos princípios nele constantes, começando pelo princípio da indispensabilidade probatória constante no artº 4 daquele, o qual estipula no seu nº 1 que, a autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o art. 3º, nº 5, se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios, o que denota a discricionariedade que aquela entidade possui, para aferir ou não desta real necessidade para provar os factos de que o arguido é acusado. Também no tocante à comparência em audiência de julgamento do agente infiltrado se impõe este princípio, onde caso isso aconteça será conforme o art. 87º nº 1 do CPP (restrição ao princípio da publicidade).

Quanto ao princípio democrático, este exige que seja possibilitada aos cidadãos a liberdade de escolha de acção. Referimos anteriormente, conforme ensina Germano Marques da Silva, que este princípio mais do que puramente formal, na sua essência é material, entendimento com o qual a doutrina parece concordar, reforçando este autor que se trata de um princípio “de contornos nem sempre bem definidos, porque em constante evolução, em resposta às condições de cada tempo e de cada circunstância, mas inspirado em ideais permanentes”⁵⁶ tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre todos os cidadãos, igualdade de direitos e deveres perante a lei e acima de tudo igualdade de origem da dignidade.

Acrescenta este autor que “na concepção democrática da sociedade não há por natureza cidadãos que sejam bons e cidadãos que sejam maus”⁵⁷, não aceitando como tal, que se crie ou mantenha na sociedade democrática, um estigma ou preconceito colectivo de grupos, raças, ou classes de pessoas no que à apetência ou disponibilidade

⁵⁶ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁷ *Ibidem*

para o cometimento de crimes diz respeito, bem como que os operadores de justiça tais como os OPC que zelam no seu exercício diário pela cultura da democracia, se sirvam de meios que contrariam aquilo que pretendem que seja mantido, referindo-se a meios e métodos antidemocráticos.

Fica claramente a ideia de que estaríamos a voltar a um estado de polícia se o Estado se servisse de tais métodos de forma arbitrária, discricionária e ilimitada, restringindo ou mesmo subvertendo direitos, liberdades e garantias com muito esforço conseguidas, o que não se coadunaria com um Estado de direito democrático patente nos artgs. 1º e 2º da CRP, onde estes dois princípios se traduzem nos pilares que sustentam toda esta estrutura, digamos que a base no qual o ordenamento jurídico assenta impondo limites à actuação da máquina do estado. Ainda este autor afirma que:

“a ordem pública é mais perturbada com a violação das regras fundamentais da dignidade e da rectidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, pois são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos, por não descobertos, sejam quais forem os métodos de investigação utilizados”

Não podemos concordar com esta afirmação. Basta olharmos para documentos oficiais como os Relatórios Anuais de Segurança Interna para pensarmos que poderão ter sido tidos em conta e servido de fundamento àquela afirmação. Nestes relatórios podemos verificar que a maior parte dos crimes que são cometidos em Portugal são crimes de pouca gravidade. Iremos proceder à divisão desta problemática quanto à gravidade dos crimes em causa.

Se falarmos de crimes de pouca gravidade, estes ao serem a grande maioria, é normal que a sociedade não se sinta perturbada pela não repressão destes crimes, o que permite ao autor defender tal posição com a qual concordamos nestes moldes.

Mas se falarmos da não repressão de crimes violentos ou graves não nos parece que a sociedade fique mais abalada com a actuação desleal do Estado na persecução penal, do que com a não repressão daqueles crimes, pois neste caso estaria em causa um sentimento de insegurança generalizado.

Veja-se por exemplo o Relatório Anual relativo a 2012⁵⁸ onde dos quinze crimes mais praticados em território português naquele ano, mais de metade são de furto, ora obviamente que a passagem impune dos autores de tais “bagatelas” pouco impacto tem na ordem pública. O que queremos dizer é que aquela afirmação aplica-se a crimes leves ou se preferirmos de pouca gravidade, tendo em consideração por exemplo a moldura penal para aferição deste critério, porque por exemplo com crimes de homicídio tal não se nos afigura correto. Exemplificamos com o que poderá ser uma excepção àquela regra.

Basta por exemplo pensarmos que revolta mais a sociedade, a condenação a pena de prisão de um indivíduo que furta num espaço comercial para alimentar os seus filhos, do que as autoridades actuarem por vias paralelas/alternativas às estabelecidas por lei. Aquele autor refere que alguns crimes não são descobertos, mas há que referir que também actuações das autoridades judiciais à margem daquelas regras são omitidas e acabam por não chegar à opinião pública. Concordamos que a nível generalizado a afirmação deste Professor faz sentido tendo em conta o atrás referido, no entanto, por exemplo, numa pequena comunidade onde há uma maior proximidade entre os seus habitantes, onde há conhecimento mútuo entre eles e uma maior convivência, muitas dúvidas temos de tal, referimo-nos não a nível nacional mas à escala regional.

Muitos exemplos conseguiríamos aqui expor onde tal não se nos afiguraria como consensual mesmo à escala nacional. Basicamente, e voltando ao princípio em apreço, gostaríamos apenas de salientar que os OPC, ao desempenharem uma acção encoberta, têm de actuar segundo o preceito da democracia e o direito no seu todo, sendo que aquele pressupõe uma actuação com transparência não só do agente infiltrado em particular, como do Estado de forma mais abrangente. Este instituto justifica-se essencialmente pela exigibilidade clara de que este meio de obtenção, é necessário para manter o funcionamento pleno do próprio Estado, perante uma criminalidade cada vez mais poderosa em todos os sentidos.

No que à dignidade da pessoa humana diz respeito, e antes de constar nas Constituições de países democráticos e civilizados, de salientar que historicamente, em meados da II Guerra Mundial, este foi, como sabemos, um valor várias vezes violado. Apontando como exemplo, os campos de concentração onde se aprisionavam as pessoas, palco de tais violações, tendo como autores, os grupos nazis onde para além do

⁵⁸ Consultado a 09/07/2013 em:
http://www.portugal.gov.pt/media/904058/20130327_RASI%202012_vers%C3%A3o%20final.pdf

seu isolamento, estes seres vivos prisioneiros eram sujeitos a condições degradantes e mais do que isso ofendidos, humilhados, tratados de forma contrária ao que hoje, mais do que nunca, a dignidade pressupõe. Dúvidas não restam de que a pessoa humana, em tempos felizmente longínquos, era tratada como objecto e sujeita à escravidão sendo que este valor ganha força quando há uma diferenciação de tratamento e se deixe de ver a pessoa como coisa.

Pretende-se cada vez mais a generalização como valor universal e onipresente da dignidade da pessoa humana, que é nem mais nem menos, que parte integrante do núcleo duro dos direitos fundamentais. Partilhamos da visão de António Marques da Silva quando indica que, “a dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida dos cidadãos e por razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem”⁵⁹.

De facto, como já referimos, este é provavelmente o mais importante princípio limitador da acção investigatória e punitiva do Estado, encontrando naquele princípio uma barreira ao *ius puniendi* deste. Ora se considerarmos o agente infiltrado como atentatório da integridade moral dos cidadãos, o princípio da dignidade da pessoa humana encontrar-se-ia violado por um meio enganoso de obtenção de prova, já para não falarmos do agente provocador que não deixa qualquer tipo de dúvidas neste aspecto.

Analisemos agora o art. 3º do RJAE, onde constam os requisitos e pressupostos deste meio de prevenção e repressão criminal, onde naturalmente começaremos pelo nº 1 o qual sujeita as acções encobertas ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou princípio da proibição do excesso, já referido anteriormente, do qual decorrem três princípios.

O princípio da adequação, isto é, a acção encoberta deve ser adequada, ou se preferirmos, idónea para atingir os fins legítimos a que se propõe, (de prevenção e repressão criminal) e para os quais se autoriza a restrição de direitos fundamentais, isto é, traduz a ideia de exigência de que a adopção de tal método de obtenção de prova seja apropriado à finalidade a que se destina. Gostaríamos de salientar neste aspecto que, como iremos ver mais à frente, apesar de ser um meio enganoso e não ser isento de

⁵⁹ SILVA, Marco António Marques da, *Acesso à justiça e Estado democrático de direito*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, p.5.

críticas no presente, tal como o foi no passado, revela-se como o meio mais eficaz na luta contra a criminalidade organizada, ou se preferirmos especialmente grave, devido à sua enorme eficácia pois será dos poucos, para não dizermos o único, que consegue estar ao nível da sofisticação de meios de que a nova criminalidade se faz valer.

Concordamos com Lorena Bachmaier Winter⁶⁰, quando refere que, são os conhecimentos empírico-técnicos que permitem aferir da aptidão de uma medida ao resultado a que se propõe, conhecimentos esses que devem ter por base, a nosso ver, um histórico de situações idênticas, ou seja, se em situações semelhantes no passado tal método se mostrou eficaz em determinada situação, apelando-se ao juízo/teoria do homem médio, isto é, se do ponto de vista do homem médio, adaptando ao caso, se tal meio é apto a alcançar tal fim, tendo que se fazer uma ponderação de interesses e direitos em causa.

A não esquecer que em caso de excessos por parte das autoridades na restrição de direitos fundamentais, tem de haver um mecanismo de controlo que possibilite anular tais abusos, mantendo tais intromissões do lado interior da fronteira entre o razoável e o abuso, pois só assim nos poderemos apelidar de “sociedade democrática” que se insere no Estado de direito, sendo que, não havendo tal possibilidade de defesa por parte do cidadão, ou havendo, o mesmo se encontre impossibilitado de o invocar, estaríamos a violar o art. 8º da CEDH como é exemplo o caso *Lambert vs France*, de 24/08/1998.

O princípio da necessidade ou exigibilidade onde se considera que um meio é exigível quando não é possível ao legislador a escolha de outro tão eficaz como o escolhido, sendo que esse preterido seria em princípio um meio intocável nos direitos fundamentais do visado/s. Exigir faz-nos lembrar reclamar algo, demandar, sendo que neste caso não está em causa ser um meio ou acção imprescindível para a prevenção e/ou investigação criminal da situação em concreto, mas apenas ser razoavelmente necessário e conveniente.

Gostaríamos de fazer referência a uma definição dada por Guedes Valente a este propósito, em que apesar de ser perceptível, suscita-nos algumas dúvidas a intenção do autor, quando nos refere a propósito deste princípio que “... é o meio de obtenção de prova e de prevenção mais eficaz e menos oneroso para os restantes direitos, liberdades

⁶⁰ WINTER, Lorena Bachmaier, *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in Congresso de Investigação Criminal, 2º, Lisboa, Outubro, 2010, p. 172. Texto original: “la apreciación se realiza sobre la base de conocimientos empírico-técnicos que permiten apreciar si con la medida se puede objetivamente obtener el resultado que se pretende”.

e garantias”⁶¹. Este autor diz que o meio escolhido no caso concreto, obedecendo a este princípio é o menos oneroso, o que nos levanta algumas questões.

Suponhamos que numa determinada situação há dois meios passíveis de alcançar certo fim em que um deles não é certo que alcance tal desiderato, mas no entanto não coloca em risco direitos e liberdades dos cidadãos ou o faz em pequena escala, e outro que restringe estes direitos e liberdades mas alcança por certo tal finalidade, seria este o escolhido, pois é como podemos constatar o mais eficaz embora também seja o mais oneroso de tais direitos. No nosso entender o autor terá querido dizer que entre vários meios eficazes para alcançar certa finalidade, deve-se escolher o menos oneroso, pois em primeiro plano estará sempre, a nosso ver, a eficácia e só depois a onerosidade, ou seja, de entre os eficazes escolhe-se o menos oneroso e não o contrário, dos menos onerosos escolher-se o mais eficaz.

Não tem de ser necessariamente o mais eficaz nem o menos oneroso o escolhido, sendo que esses serão critérios para a escolha, mas não necessariamente os únicos decisivos, tendo que haver uma ponderação no caso concreto. Imaginemos que uma busca e o uso de um agente infiltrado são os únicos meios capazes de alcançar certo fim, ora a busca não nos dá tantas garantias como a infiltração do agente, no entanto, aquela é menos onerosa para os direitos e liberdades, assim sendo, parece-nos neste caso que as autoridades competentes jogariam pelo seguro, não abdicando da infiltração, pois, com aquele outro correriam o risco da operação ser um fracasso.

Voltando ao princípio em causa, esta consideração/reflexão da necessidade tem sempre em conta a possibilidade de uso de meios alternativos para alcançar tal fim, que não atinjam com tanta intensidade a esfera dos direitos fundamentais. Há uma clara ligação entre este princípio e o princípio da subsidiariedade, pois este instituto só poderá ser utilizado, quando esgotados todos os outros mais conservadores dos direitos, liberdades e garantias. Ora, fica assim a ideia de que é feita uma análise dos menos lesivos para os mais lesivos, sendo que, ao primeiro que se encontre suficientemente capaz nesta lista para alvejar tal fim será o escolhido.

Os OPC dispõem de meios para a investigação criminal tais como o sistema estratégico de informações (SEI), o “International Mobile Subscriber Identity”, isto é, dispositivo de interceptação e rastreio de telemóveis (IMSI-Catcher), SMS-Blaster, onde através de mensagens escritas conseguem chegar ao paradeiro do detentor do telemóvel,

⁶¹ VALENTE, M. M. Guedes, *Dos órgãos de Polícia Criminal, Natureza – Intervenção – Cooperação*, Almedina Editora, Coimbra, 2004, p. 196.

vigilância nocturna para além de várias formas de identificação, sendo que a investigação criminal deve dar primazia a estes e outros se possível e só no caso de se revelarem insuficientes, então sim, avançar com a acção encoberta, o que faz todo o sentido pois falamos de um meio enganoso que como Guedes Valente *et. al.* referem “é uma técnica de investigação de moral duvidosa, uma vez que é o próprio suspeito que, actuando em erro sobre a qualidade do funcionário de investigação criminal, produz, involuntariamente, a prova da sua própria condenação”⁶².

Este princípio consta também no art. 18º, nº 2 da CRP e no art. 340º, nº 4 do CPP sendo que o interesse a que alude o preceito é a administração da justiça por sua vez constante no art. 202º da lei fundamental.

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito que nos diz que a limitação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, devem ser proporcionais às finalidades de prevenção e investigação que se visam atingir, como também à gravidade do crime, sendo que caso tal não aconteça, viola o art. 8º da C.E.D.H.. Este princípio é, digamos, um factor de correção e de limitação quando se trata de criar e fazer uso de medidas restritivas de direitos e diga-se que não é tarefa fácil analisar este princípio. Ao contrário dos anteriormente referidos (necessidade e adequação), nos quais subjazem critérios baseados na experiência, neste caso estamos num campo claramente mais amplo, mais abstracto. Pretende-se que quando haja uma colisão de direitos, haja também uma garantia de equidade na distribuição de obrigações, tendo sempre em linha de conta quais os valores que se cruzam.

É de extrema importância referirmos aqui, quais as componentes que são tidas em conta neste princípio para ajuizar da sua proporcionalidade. Como nos indica Lorena Bachmaier Winter, são elas “a intensidade da suspeita ou o tipo de indícios; as perspectivas de êxito da medida; o esforço na sua realização em relação ao resultado a obter; o prejuízo que se causa em relação à utilidade do resultado”⁶³.

Reparamos que na primeira, está presente aquilo a que podemos chamar de o grau de desconfiança de que um delito foi cometido, ou nas provas envolventes que nos levam a acreditar que um crime foi cometido. Na segunda componente está claramente implícita a eficácia do meio pois depende dele em parte o êxito da medida tal como o

⁶² GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado vs o Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, 2001, p. 83.

⁶³ WINTER, Lorena Bachmaier, *op. cit.*, p. 174.

planeamento da acção, na terceira as exigências que tal medida implica, isto é toda uma preparação, treino, onde também aqui se encontra o planeamento, tendo em conta a finalidade que se pretende atingir. No último denotamos aqui uma ponderação, isto é, procura-se o equilíbrio entre os prós da medida e os danos que se causam. Estes elementos ajudam-nos a equilibrar o interesse individual do cidadão que se vê atingido e o interesse geral da comunidade na resolução do crime.

Um sistema demasiado garantístico, resultaria numa inoperância da justiça e como tal, há que abrir mão da inviolabilidade absoluta de direitos para que aquela consiga actuar com um nível de eficácia que acompanhe o evoluir da criminalidade organizada. Não olvidemos que estes três requisitos são cumulativos, sendo suficiente que não se verifique um deles, para não ser possível socorreremo-nos deste instituto.

Pretendemos com este capítulo, que o leitor ficasse a conhecer os mais relevantes princípios relacionados com a actuação do agente infiltrado e de que forma condicionam a mesma, sendo que, muitos mais haveriam certamente a referir, mas que compreensivelmente não nos é possível. Procurámos começar nos mais abrangentes constantes na lei fundamental para os constantes expressamente no RJAÉ em particular no nº 1.

4. Criminalidade Organizada

Iremos agora dar a conhecer como se caracteriza a criminalidade organizada, demonstrando tudo o que envolve este contágio da sociedade, mostrar a sua evolução desde tempos longínquos até a actualidade e revelar de que forma se relaciona o agente infiltrado com esta, isto é, vamos analisar a sua capacidade e aptidão real para combater este fenómeno assustador que tem crescido a um ritmo igualmente assustador

4.1. Evolução

A criminalidade organizada não é algo recente e afigura-se-nos tarefa impossível determinar com certezas o seu surgimento preciso, a verdade é que esta tem-se vindo a desenvolver de forma paralela ao desenvolvimento da sociedade pós-industrial e reportamo-nos principalmente, à segunda metade do século XX. Esta época marca uma subida exponencial do crime e o aparecimento de novos tipos de ilícitos, onde o tráfico de estupefacientes se encontra no topo, o que obriga a mudanças do foro político-criminal que permitam suprimir tal criminalidade ou pelo menos reduzi-la.

É neste âmbito que também vemos surgir aquilo a que chamamos de “sociedade de riscos”, a qual traduz sucintamente, um sentimento de insegurança generalizado para o qual contribuem obviamente estas novas formas de criminalidade organizada, as quais vão além-fronteiras e se desenvolvem a todos os níveis a uma velocidade estonteante, em parte devido à globalização, a qual traz não apenas aspectos positivos. Temos neste âmbito por exemplo o uso da internet que pode ser usada para o bem mas também para o mal.

Esta nova criminalidade explora não só as novas tecnologias trazidas pela globalização, mas também os pontos fracos deste mercado globalizado. Esta é aliás, uma visão partilhada por Silva Sánchez quando refere que, “a criminalidade organizada aumentou extraordinariamente as suas actividades nos últimos anos, afectando toda a

comunidade internacional e estendendo-se a muitos sectores da actividade económica, favorecida tanto pela globalização como pela integração supranacional”⁶⁴.

Segundo verificámos, no que à falsificação de moeda diz respeito, temos na vanguarda multinacionais que se estabeleciam nas cidades mais desenvolvidas da Europa, de que é exemplo Lindau no sul da Alemanha, hoje praticamente desconhecida, mas na época uma das principais metrópoles da indústria perto de países como a Suíça, França, Itália e Áustria localização que favorecia a distribuição de moeda, sendo que disto nos dá conta Isabel Oneto⁶⁵. Acrescenta Caffarena ao referido que os traficantes entre o norte e o sul da Europa:

“encontravam-se perfeitamente organizados, dispendo em cidades como Frankfurt e Viena os seus principais teatros de operações”, ao ponto de “as instâncias de controlo terem de alterar a política criminal para tornar mais eficaz a perseguição, mas, cedendo, por exemplo, na rigidez das fronteiras e da soberania”⁶⁶.

Por aqui podemos verificar, até onde a criminalidade organizada obriga a alterar modelos político-criminais no combate àquela, sendo que a criminalidade organizada molda a forma de actuar por parte destas instâncias de persecução penal, bem como verificamos a opção pela Europa Central por parte dos grandes centros, que a nosso ver seria para facilitar a distribuição.

Segundo consta as primeiras associações criminosas foram a *Máfia Italiana*, as *Yakuza japonesas* e as *Tríades chinesas*⁶⁷, surgidas no final do século XVI e inícios do século XVII. Têm o mesmo traço em particular, ou seja, a sua proveniência no campo, e até mesmo a manutenção da ordem e da sua soberania, sendo que inicialmente as suas intenções até eram louváveis, não fossem a troca de dinheiro, intenções essas que

⁶⁴ SILVA SANCHÉZ, José Maria, *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 63.

⁶⁵ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...* op. cit., pág. 49.

⁶⁶ CAFFARENA, Borja Mapelli, *Problemas de la Ejecución Penal frente la Criminalidad Organizada, in La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Universidade de Sevilha, 1996, p. 54. *apud ibidem*.

⁶⁷ SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime Organizado – Procedimento Probatório*, São Paulo: Atlas, 2003, págs. 19 – 24.

passavam pela protecção de populações rurais mais desfavorecidas, em virtude do abandono e falta de apoio por parte do Estado.

O célebre caso de Jonathan Wild⁶⁸, no início do século XVIII, é um caso interessante no contexto das organizações criminosas, dado que logrou durante mais de uma década ser rei e senhor do crime em Londres, ao colocar os ladrões a venderem às próprias vítimas o que tinham roubado, ficando uma percentagem do conseguido.

Curiosamente o termo “criminalidade organizada” foi referido pioneiramente nos Estados Unidos da América (E.U.A.) no início do séc. XX, mais propriamente em 1920 pela polícia daquele país no âmbito da interdição da venda de álcool, onde se presencia o confronto entre grupos para definir o território com vista à venda ilegal de whisky. Treze anos após, com o terminar da interdição, os delinquentes mudam o seu ramo de actividade para o jogo ilegal e o mercado negro.

Na segunda metade do séc. XX assiste-se a uma forte subida da criminalidade acompanhada de novos tipos, tais como o ciber-crime (a que só respondemos legislativamente em 2009), o tráfico de estupefacientes, o terrorismo nas suas variadas vertentes, o comando de centros de decisão, mas principalmente a forma de crimes económicos, e poucos anos depois assistimos a uma subida da migração com o desaparecimento dos controlos nas fronteiras. Atente-se aos principais crimes no fim do milénio transacto e início deste que passavam por:

“crimes relacionados com a droga, tráfico de seres humanos e prostituição, serviços de protecção, contrabando de imigração ilegal, furto de viaturas, contrabando de tabaco, transações ilegais de armas de fogo e outro armamento, jogo ilegal, eliminação ilegal de lixo tóxico, e fraudes nas subvenções em prejuízo da Comunidade Europeia”⁶⁹.

Na última década do séc. XX, em reacção a esta crescente amplitude tipológica, verifica-se, aí sim, uma mudança radical por parte dos Estados e das instâncias

⁶⁸ Para uma leitura aprofundada FONSECA, Luís G. S. Dinis, *O Crime Organizado*, Revista de Investigação Criminal, nº 22, Março, Edição da Polícia Judiciária do Porto, 1987, p. 16.

⁶⁹ KREY, Volker F., *Legal Problems in Using Undercover Agents Including Electronic Surveillance for their Backup and as Instrument of Crime Prosecution in Germany*, in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Universidade do Minho, Tomo L, nº 289, Janeiro/Abril, 2001, p. 211. (tradução nossa).

européias na abordagem a este fenómeno, quando se percebeu que a liberalização acompanhada da globalização também tinham as suas desvantagens, as quais favoreciam também esta actividade, e prova disso, é a criação por parte daquelas instâncias de novos tipos criminais, que por sua vez exigem novos métodos de investigação.

Assim surgem por exemplo Convenções, Recomendações e outros documentos com aquele intuito, dos quais destacamos a Convenção de Viena de 1988 direccionada ao tráfico de estupefacientes, a Convenção de Palermo de 2000 respeitante à Criminalidade Organizada Transnacional ou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003.

Também organismos de combate à criminalidade foram criados, veja-se o exemplo da EUROJUST, no âmbito do Conselho Europeu de Tampere através da decisão do conselho de 26 de Fevereiro de 2002 constituída por procuradores, juizes ou ainda agentes de polícia dos estados membros, a qual tem por funções aprimorar o auxílio judiciário mútuo entre os estados membros, coordenar investigações e acções penais, incitar os estados a tomar a iniciativa de ambas e colaborar com a EUROPOL (serviço europeu de polícia) e o OLAF (Organismo Europeu de Luta Anti-Fraude). A EUROPOL é outro exemplo de um organismo criado naquele âmbito e tem por missão estabelecer a cooperação com as autoridades dos estados membros.

Ao contrário do que sucedia em tempos longínquos, hoje a criminalidade é marcada pela sua “delinquência não convencional”, isto é, possui variadas formas de se revelar, o que demanda do processo penal como diz Paulo Pinto de Sousa “a árdua tarefa de rever conceitos tradicionais, adequando-os ao tempo e ao espaço, por meio do filtro da eficiência penal”⁷⁰, o que pressupõe uma mudança legislativa e de dogmática penal, referindo ainda que é aquela eficiência que se pretende alcançar.

Termina com aquilo a que já fizemos uma alusão, isto é, cabe ao Estado dar uma resposta à expansão deste fenómeno, mas não de qualquer forma e a todo o custo, não se permitindo a violação dos direitos fundamentais indiscriminadamente sem qualquer critério orientador, sendo que esta resposta deve obedecer a vários filtros, revela-se urgente e com resultados claramente positivos.

⁷⁰ SOUSA, Paulo Pinto de, *Acções Encobertas. Meio enganoso de prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador Outras Questões*, in Revista do CEJ, *Dossiê Temático – Direito Contra Ordenacional*, número 14, Almedina Editora, 2º Semestre 2010, p. 231.

A criminalidade deixou nos últimos séculos de ser individual para passar a ser organizada, sendo esta a que mais prejuízos e mais danos gera na sociedade e no Estado, e podemos mesmo dizer que se trata da principal transformação que se operou desde a sua fase inicial até aos tempos modernos, bem como o secretismo e a crescente complexidade que nela impera. Muitos membros no seio desta já a encaram como uma actividade profissional à qual se dedicam a tempo inteiro, opinião partilhada por Cunha Rodrigues⁷¹ quando refere que “*o crime não é cometido apenas no âmbito das profissões. Ganha o estatuto de profissão. Deixou de ser um subproduto dos negócios para ser um negócio em si mesmo*”, e isto verifica-se mais no topo da hierarquia das mesmas, cujos lucros mais avultados destes senhores os motivam na prossecução desta actividade, sendo que o profissionalismo exigido no seu interior é admirável.

São compostas por uma hierarquia bem definida, onde os membros da base recebem instruções/ordens dos do topo da mesma, códigos de conduta cumpridos escrupulosamente e desta forma, constituem a principal preocupação dos OPC pondo em causa a segurança e a paz pública de qualquer nação. Perguntarmo-nos como combater este tipo de criminalidade é colocar a questão de que modelo de política criminal devemos seguir, é pôr em causa a eficácia dos actuais meios de combate, do próprio Processo Penal sendo que o Estado deve revelar-se através do seu “*ius puniendi*”, mas tendo sempre em consideração a restrição dos direitos fundamentais.

A grande dificuldade no combate a este novo paradigma prende-se com a escassez de conhecimentos sobre tais organizações, bem como perceber como está organizada estruturalmente e a nível de logística, o que está directamente relacionado com a incapacidade dos meios vulgares de investigação de obter informações e provas que possam servir para pôr a descoberto a actividade, responsáveis e o suporte técnico das mesmas.

Daqui advém a extrema urgência na adopção, não apenas de novos meios de combate a tal criminalidade organizada, mas também de suporte tecnológico avançado que os auxilie nesta difícil e arriscada tarefa, que aumente consideravelmente a eficácia ou a percentagem de sucesso de tais operações sem que estes coloquem em risco, ou o façam no mínimo permitido, os direitos dos cidadãos.

Podemos dizer que a curto prazo a finalidade desta actividade é o lucro rápido, sendo que a médio-longo prazo será o poder a vários níveis, porque detendo este poder

⁷¹ RODRIGUES, Cunha, Os Senhores do Crime, RPCC, Ano 9, Fasc. 1, 1999 *apud* BRAZ, José, *op. cit.*, pág. 261.

mais facilmente conseguem obter lucros, de forma ainda mais célere, mais segura, crescimento enquanto organização através do contacto estabelecido com várias entidades e muito mais membros do que inicialmente possuíam.

Na actualidade o termo “criminalidade organizada” é bastante mais abrangente do que o era há largas décadas atrás, sendo que a definição que nos é dada pela Convenção de Palermo de 2000⁷² no seu art. 2º alínea a) não ajuda muito, ao ser uma definição que nos parece vasta, não especificando por exemplo que período de tempo se exige, tal como a definição de “organizações criminosas” que também nos parece abrangente. Estas organizações procuram aproveitar a proibição em certas áreas por parte do Estado para terem o controlo de tal ramo, ou seja, o monopólio dessa actividade, o que leva por sua vez à obtenção de grandiosas margens de lucro, pois como sabemos de acordo com a lei da oferta e da procura, pouca oferta leva a aumento da procura e por sua vez a subidas enormes de preços.

Os lucros são depois distribuídos em quantias pequenas pelos seus membros sendo que quanto maior o estatuto na mesma, maior a quantia, mas boa parte também é investido na melhoria dos recursos, sejam eles logísticos, humanos, tecnológicos, materiais, entre muitos outros, daí ser considerada uma criminalidade especialmente grave com imensos danos causados na sociedade, dos quais destacam-se “danos à economia nacional; também causa danos aos interesses protegidos dos indivíduos como a vida e a integridade, liberdade de decisão, integridade sexual, e por último mas não menos importante à propriedade”⁷³.

Deve-se a crescentes dificuldades na investigação desta grave criminalidade, que se traduz na falta de eficácia, que os vários países tiveram de recorrer à adopção de novos meios de investigação criminal nos seus ordenamentos jurídicos, fruto da incapacidade para acompanhar esta grave criminalidade.

Perante a incapacidade dos meios tradicionais no combate a esta nova criminalidade muito mais exigente de todos os pontos de vista, surge a necessidade de recorrer ao agente infiltrado, recurso que se justifica devido à sua eficácia. Contudo este instituto não pode exceder os limites impostos pela Constituição e pelo seu regime, nomeadamente os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, sendo que o grande alvo

⁷² Consultada a 17/07/2013 em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>

⁷³ KREY, Volker F., *idem*, (tradução nossa).

do agente infiltrado é esta criminalidade organizada, que se socorre de entre outros do secretismo que nela impera.

4.2 O agente infiltrado como recurso contra a Criminalidade Organizada

É com a procura por novos meios de investigação que nos surge esta figura claramente mais apropriada à nova realidade criminal que ultrapassa a incapacidade dos meios tradicionais/clássicos na luta contra a criminalidade organizada. Denota-se a clara tendência por parte do Estado em adoptar novos meios de investigação extraordinários, sendo que o agente infiltrado, em razão da oportunidade, pode vir a preencher uma lacuna a curto prazo mas deixar de o ser a longo prazo, isto porque é um método que surge como reação a um tipo de criminalidade e não de forma preventiva. Ao não se antecipar novas formas de criminalidade que possam vir a surgir e olhando para o rumo que a mesma está a levar, pode deixar de ser um método adequado nas próximas décadas, isto porque o Estado procura resolver problemas do presente mas não em se antecipar aos que poderão surgir no futuro, exige-se pró-actividade por parte da máquina estatal, em antecipação dos problemas e não em reação.

No combate à criminalidade organizada, o agente infiltrado aparece-nos como uma necessidade democrática da sociedade na produção de prova, embora como meio excepcional e de aplicação limitada. A sua utilização não pode ser banalizada, daí estar circunscrita aos crimes de catálogo, assim são designados os crimes constantes no seu regime (RJAE) além dos quais a sua utilização não é permitida, bem como sujeita a controlo e autorização judicial com base nos princípios atrás referidos neste trabalho.

Passemos agora à análise da criminalidade organizada para melhor percebermos por que razão é este meio de obtenção de prova tão eficaz nesta luta, sendo que iremos de seguida analisar as suas características que são: uma actividade continuada; com repetição de crimes; com um grau de organização variável; uma violência estratégica (em que há sempre um planeamento e execução dirigidos para fins/objectivos determinados); as vítimas são resultado da estratégia ou objectivos do grupo (e, em regra, desconhecidas); é tendencialmente transnacional (podendo, no entanto, ser nacional ou mesmo regional) e; a estrutura é celular e organizada, com separação de funções e incomunicabilidade ao mesmo nível.

Ao nível dos métodos utilizados estes dividem-se em três níveis sendo eles a organização, a economia e finanças (financiamento) e as informações.

Ao nível da organização esta subdivide-se em celular onde uma célula operacional não conhece a outra célula operacional. Existe apenas comunicação para o nível superior. Isto permite-lhes estancar uma investigação quando uma dessas células é tocada e em separação de funções onde as tarefas são diferenciadas e partilhadas pelos diferentes indivíduos que integram a organização – que, em regra, não se conhecem – e executadas de forma integrada convergindo para um resultado final. Só ao nível da chefia existe o conhecimento e o domínio de todas as actividades criminosas e da extensão da organização.

Ao nível da economia e finanças (financiamento) esta comporta o branqueamento/reciclagem de fundos, isto é, os fundos de proveniência ilícita (resultantes da prática de crimes) são introduzidos nos circuitos financeiros legais e/ou investidos em negócios lícitos, com vista a dissimular a sua proveniência criminosa e a dar-lhes uma aparência legal, para que possam ser utilizados sem levantar quaisquer suspeitas e não possam servir como meio de prova no processo.

Ao nível das informações estas subdividem-se em recolha sistemática onde se faz uma recolha continuada da informação, um pouco à semelhança do que acontece com as entidades policiais.

Seguidamente temos aquilo que se denomina de contra informação, onde se encontra a protecção que se traduz em medidas que a organização toma para impedir a infiltração por parte da polícia ou de organizações rivais, detecção que são medidas activas que a organização desenvolve, de forma permanente, no sentido de descobrir possíveis infiltrações e decepção que por sua vez consiste na criação de factos falsos, gerando desinformação, para desviar ou centrar as atenções da polícia ou de organizações rivais em determinados acontecimentos.

Temos ainda a este nível as técnicas especializadas de recolha, que passam pela vigilância onde se desenvolvem com regularidade estas tarefas de recolha de informação e pela infiltração onde treinam elementos para concorrer a determinados cargos na organização a infiltrar ou aliciam/corrompem funcionários dessa organização.

Por fim temos a segurança, que compreende medidas disciplinares na medida em que seguem códigos de conduta extremamente rigorosos⁷⁴. As medidas podem ir desde a recompensa até à execução sendo que na recompensa um membro da organização caso seja detido e mantenha o silêncio, tem direito a apoio jurídico e financeiro, para si e para a sua família e a uma eventual promoção na hierarquia da organização, passando pelo abandono, pois tratando-se de um operacional que nada saiba de relevante sobre a organização, é ignorado e pela expulsão ou mesmo execução onde qualquer membro da organização que colabore com as autoridades será expulso e corre o risco de poder ser eliminado fisicamente.

Já Joaquín Delgado Martín⁷⁵, acrescenta algumas novidades, autor para o qual esta criminalidade tem como principais características a disposição de maiores meios pessoais e materiais, uma cultura da supressão da prova, o emprego da violência, a influência negativa sobre o sistema, a extensão a muitos âmbitos da actividade económica, a internacionalização e transnacionalização e o recrutamento de jovens em ambientes marginais.

Aqui é de salientar o aproveitamento das carências de jovens que vivem em bairros degradados onde impera o crime, em grandes dificuldades económicas, em que toda a sua infância foi bastante difícil, situações em que os angariadores se fazem valer de promessas de dinheiro fácil, melhor qualidade de vida e possibilidade de concretização de sonhos com tal dinheiro. Exploram todas as carências familiares, sendo que por vezes, até os pais ou quem exerce o poder paternal, são abordados com garantias de bons encaixes financeiros por troca da permissão que os seus filhos estejam

⁷⁴ As organizações criminosas onde impera o secretismo, normalmente adoptam regras de conduta muito rígidas e severas de que se pode considerar exemplo o Código da Máfia, que reza assim: 1) Pôr a organização acima da mulher, filhos, pais ou religião. 2) Obedecer incondicionalmente às ordens do chefe – “Capo regime” – na execução de qualquer tarefa criminosa, incluindo o assassinio. 3) Não fornecer qualquer informação ou ajuda às autoridades incumbidas da aplicação da lei. 4) Pagar as taxas impostas pelos chefes seja qual for o seu destino. 5) Nada referir a estranhos acerca da organização. 6) Respeitar todos os membros independentemente de simpatias pessoais; pagar as dívidas aos outros membros; nunca injuriar ou fazer referências desonrosas acerca dos outros membros. 7) Abster-se de qualquer ligação com as mulheres, irmãs ou filhas dos outros membros excepto tratando-se de ligações honestas. – in FONSECA, Luís G. S. Dinis da – *O Crime Organizado, Revista de Investigação Criminal*, nº 22, Março, Edição da Polícia Judiciária do Porto, 1987, pág. 19.

⁷⁵ MARTÍN DELGADO, Joaquín, *op. cit.*, pp. 24 – 29.

ao dispor de tal organização, predispondo-se a cumprir todas as indicações que lhe forem dadas rigorosamente.

Não é difícil de prever que tais jovens cheguem a deixar os estudos bem cedo, sem perspectivas de um futuro melhor, a passar dificuldades diariamente e por vezes sujeitos a maus tratos na sua própria casa, educados por outros jovens que se dizem ser seus amigos, normalmente integrados em gangs por quem os tomam como a sua verdadeira família e desta forma aceitem se subjugar a tais propostas, pois o que têm de cumprir não foge muito ao seu estilo habitual de vida, com a diferença de que a sua margem de lucro nos negócios celebrados é bastante maior.

Analisemos cada uma destas sete características na prática num confronto directo com os meios que o Estado actualmente possui.

Começando pelos meios pessoais e materiais, o primeiro aspecto a assinalar é o facto de os da criminalidade organizada e os do Estado estarem numa proporção inversa. Esta nova criminalidade faz-se valer dos seus lucros portentosos para angariar mais recursos humanos, na medida em que têm cada vez mais capacidade financeira para pagar pelos seus contributos, que por sua vez, com mais recursos humanos a desempenhar as funções, segundo os seus padrões estabelecidos, geram cada vez mais lucros tornando-se esta actividade num efeito de bola de neve, tendo em conta que com maiores somas, melhor é a qualidade do serviço prestado, sendo inegável a nosso ver que quanto maior as somas pagas aos seus membros melhor é a qualidade dos recursos contratados e das actividades por estes desempenhadas.

Já o Estado, que como vemos na actualidade cada vez mais endividado, a cortar constantemente nas despesas com funcionários, suprimindo os actuais e cortando em novas entradas na administração pública, reduzindo em concursos para os OPC, a sofrer com a crise da dívida soberana tem cada vez mais crescentes dificuldades, uma vez que dota de menos meios que os daquela criminalidade. Corre mesmo o risco de, a nosso ver, aquela criminalidade se servir dos mesmos meios para reprimir possíveis investigações, que o Estado se serve para proceder a elas, isto é, ver infiltrados destas organizações sem registo criminal a concorrer para cargos em OPC e em várias instituições para estar a par de investigações futuras, ganhando conhecimentos no seio das mesmas e facilitar a actividade daquelas.

O Estado, no respeitante a recursos materiais, não nos parece investir razoavelmente na inovação tecnológica que permita sermos pioneiros em determinados

sectores de investigação, sendo que aqui também se fazem notar cortes em bolsas, preferindo antes seguir o exemplo de outros países, fruto da conjuntura económica diga-se.

Quanto a este ponto é de salientar que os novos membros são desde bem cedo, instruídos a manterem e a incrementarem uma cultura e princípios nos quais reina o secretismo e a eliminação de provas que levem à investigação de membros da organização pelo cometimento de infrações penais, ensinamentos esses que os tornam, em verdadeiros profissionais em certas áreas de actividade. É certamente tido em conta neste contexto que o mínimo deslize pode pôr cobro a uma operação e traduzir-se por conseguinte em riscos acrescidos para o responsável e para a organização, embora a sua organização por células seja precisamente para antever quando os membros são apanhados nas malhas duma investigação.

Neste aspecto é de assinalar que o cometimento de delitos graves, tais como o homicídio ou as ofensas à integridade física são normalmente o último recurso na obtenção de algo, tal como o é o recurso ao agente infiltrado embora em contextos diferentes claro está. É usualmente o recurso usado pelos membros quando as outras vias não se revelaram satisfatórias, o que revela a frequência com que são cometidos. O recurso a situações limite é usado para conseguir pagamentos de compradores de bens ou serviços, intermediários em operações, fornecedores, método de coação sobre testemunhas para esquecerem o que viram e manter desta forma segredo, forma de punição, no limite, por tarefas deficientemente desempenhadas entre muitas outras utilidades.

Aqui de salientar que a sua influência negativa se estende a outros vectores para além do referido, mas focando-nos no assinalado, o sistema vê-se claramente afectado numa sociedade onde estas começam a imperar, embora tal não seja de conhecimento público pois muitas são as que existem e não são conhecidas. O sistema vê-se atingido na medida em que a confiança dos cidadãos no sistema vigente, diminui à medida que também estes começam a sentir a incapacidade de fazer frente a ditas novas formas de criminalidade.

A influência negativa estende-se de muitas outras formas, tais como a corrupção de autoridades e de todos os sujeitos que se revelarem de interesse em tal, pois aquelas

no caso, deveriam combater e não participar na expansão das ditas. O suborno é uma forma de influenciar negativamente pessoas com poderes públicos e desta forma, corroer instituições públicas ligadas à justiça, à segurança, à política entre muitos outros sectores.

Relacionado com o ponto anterior apontamos a título de exemplo a fraude, o desvio de subvenções, a fraude de créditos ou a fiscal e o branqueamento de capitais sendo estes crimes pertencentes ao direito penal económico. Estes são apenas alguns crimes cometidos no seio da actividade económica.

Aqui de notar a afirmação de Figueiredo Dias que embora minoritária entende que:

“na última década certos domínios do direito penal económico se tenham tornado no campo por excelência de actuação da **criminalidade organizada** e sejam mesmo os principais responsáveis pela sua internacionalização ou *globalização*; no campo por excelência de um fenómeno, em suma, que concita hoje, como talvez nenhum outro, os maiores esforços político-criminais (e também dogmáticos e criminológicos) para o seu controlo e domínio.”⁷⁶

A contrapor esta ideia está de certa forma Isabel Oneto, bem como Jean Maillard, ao referir a primeira “O facto de os crimes económicos serem a face mais visível da nova criminalidade não significa que este seja o domínio mais atingido pelo fenómeno da globalização”⁷⁷ e continua aquela citando este autor assinalando que a “par dos novos delitos, verifica-se o ressurgimento de delitos antigos que pareciam ter desaparecido”⁷⁸ dando exemplos de seguida como a pirataria, rapto, sequestro ou falsificação.

⁷⁶ DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo II, 1999, p. 1165. (itálico nosso).

⁷⁷ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado... op. cit.*, p. 53.

⁷⁸ MAILLARD, Jean de, *Os senhores do Crime*, cit., p. 17. *apud idem*.

Provavelmente a característica mais marcante nas últimas décadas do século passado, onde esta criminalidade deixou de ser local, regional, nacional e estendeu-se a todos os pontos do globo, aproveitando as vantagens que esta globalização trouxe com ela, como os contributos tecnológicos. A comunicação e a informação jamais serão as mesmas do passado em que a “inexistência de um Estado mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham do *ius puniendi* e que possam, portanto, emitir normas penais de carácter supranacional, (...) agravam ainda mais as dificuldades do enfrentamento dessa criminalidade gerada pela globalização”⁷⁹.

Quanto à última característica enumerada nada mais iremos acrescentar dado que já foi alvo de análise da nossa parte, após a enumeração das características.

Como referimos anteriormente, tais organizações criminosas optam usualmente por áreas do crime onde a proibição imposta pelo Estado lhes garante a dita situação de monopólio, e sendo estas as únicas distribuidoras no mercado negro/paralelo, (referimo-nos agora a venda de bens e serviços), têm a liberdade de fixarem os valores que bem entenderem, pois quem não tem mais onde se socorrer paga o preço que o vendedor estipula por mais alto que seja.

Com os lucros dotam-se de cada vez mais e melhor tecnologia para prosseguirem a sua actividade, e é pelo facto de terem estes recursos financeiros e tecnológicos, os quais cada vez mais começam a faltar às entidades de perseguição penal, que estas organizações são encaradas como o cancro da sociedade criminal, que se expande como uma doença sem cura, cujos médicos (no caso as autoridades) tentam minimizar, mas sabe-se que é praticamente impossível anular os seus efeitos, pois estas corroem a sociedade e colocam em causa o próprio Estado de Direito Democrático.

Os ordenamentos jurídicos de vários estados têm procurado adaptar-se a esta nova realidade com a introdução de novos meios excepcionais de investigação, dos quais para além do agente infiltrado fazem parte a título de exemplo, as entregas controladas ou as escutas telefónicas, bem como regimes de compensação aos membros destas organizações que deixem de colaborar com estas, para passarem a colaborar com as autoridades tais como o sistema premial, onde se atribui normalmente compensação financeira, atenuação da pena ou no limite dispensa da pena.

⁷⁹ ONETO, Isabel, *op. cit.*, p. 54.

Se olharmos ao Capítulo 2 deste trabalho podemos perceber que os confidentes e os arrependidos são os beneficiários destas compensações - sendo que no caso deste último sistema, temos dos mais amplos de que se tem conhecimento -, daí a necessária distinção que entendemos fazer entre todas aquelas figuras. Ora a respeito assinala José Braz que:

“instrumentos como o reconhecimento da colaboração e a acção encoberta, introduzem brechas na organização criminosa, encorajam e exploram a infidelidade criminal, a quebra da chamada *affectio societatis* que, como se sabe, constitui um dos principais trunfos do crime organizado, para manter a sua invulnerabilidade e conhecida resistência à acção da Justiça.”⁸⁰

A par destas organizações tem-se desenvolvido o terrorismo o qual se tem sentido mais em países com grande impacto mundial, por motivos religiosos (caso do Ira e da Al Qaeda), políticos, ou bélicos, o que é bem revelador das dificuldades que os Estados sentem no combate a esta criminalidade. A relação entre ambos é comumente a que abaixo iremos expor na medida em que o crime organizado se divide em crime com motivações e objectivos lucrativos (e por vezes de poder) – são exemplos deste tipo o tráfico de drogas, armas, raptos, extorsões, crimes económicos *et. al.* –, e crime com motivações e objectivos de ordem política – Terrorismo –.

No caso do tráfico de droga, os locais de produção estão bastante afastados dos locais de consumo, o que obriga a cruzar grandes distâncias com material proibido e ultrapassar barreiras alfandegárias, autoritárias e mesmo concorrenciais, levando a definições estruturais no interior da organização por departamentos, onde um se encarrega da produção e da distribuição, outro normalmente encarrega-se de assegurar que certas barreiras são ultrapassadas com os meios necessários para tal, entre muitos outros, o que chega a surpreender mesmo as autoridades quando estas organizações são postas a descoberto, tal a dimensão que na realidade elas vêm a revelar.

Na criminalidade organizada, o que nos parece realmente importante salientar, será o facto do poder público ter de recorrer a métodos extraordinários de investigação,

⁸⁰ BRAZ, José, *Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado*, in Congresso de Investigação Criminal, 2º, Lisboa, Outubro, 2010, p. 335.

seja de Direito Penal material, onde nos referimos a novos tipos criminais com agravamento de penas, seja de Direito Processual, onde se inserem uma maior restrição de direitos fundamentais, bem como definir os contornos em que determinado meio pode ser utilizado a nível legislativo, aquando de uma autorização para o uso deste.

Fazer ainda breve referência às classes de criminalidade organizada, que segundo Georges Kellens⁸¹ são as de natureza mafiosa, terroristas ou subversivas e as respeitantes à delinquência comum. Após tudo o que verificámos, dúvidas não restam do quão danosa a criminalidade organizada é para a comunidade nacional e internacional, colocando em risco mais do que o seu correcto funcionamento, o próprio funcionamento de instituições públicas e privadas, sendo que, subjaz aqui a justificativa legitimária da utilização do agente infiltrado nesta luta tão tenebrosa.

O futuro está nos novos meios excepcionais de investigação, no entanto, não podemos afirmar que os tradicionais vão cair em desuso, pois a sua utilidade não está em causa, mas deixarão com o tempo de ser úteis a solo, uma vez que consegue-se extrair mais destes quando complementados com aqueles. A este propósito partilhamos da visão de Guedes Valente quando afirma que:

“Para prevenir e perseguir o crime organizado (...) é necessário, mais do que meios e técnicas extremamente restritivas dos direitos e liberdades fundamentais, **engenho e arte que emergirá dos operadores judiciais bem preparados técnica, profissional, académica, científica e eticamente.**”⁸²

De facto e na esteira deste autor, mais do que eficácia, há que antes de mais procurar actuar de acordo com princípios e valores de uma cultura jurídica assente na vontade do povo e na dignidade humana, pois estes são fundamentais numa democracia.

Na investigação desta criminalidade, a cooperação em matéria penal entre os vários Estados torna-se essencial quando a criminalidade em investigação não se resume a um Estado, mas, mesmo assim, na investigação dos seus precedentes

⁸¹ KELLENS, Georges, *L'évolution de la theorie du crime organisé*, in *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. Libro-homenaje al professor Antonio Beristain, editado por el Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 285 *apud* MARTÍN DELGADO, Joaquín, *op. cit.*, p. 40.

⁸² VALENTE, M. M. Guedes, *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa - Interferências e Ingerências Mútuas*, Almedina Editora, 2009, p. 165.

por vezes ainda assim se torna precisa tal cooperação. Esta cooperação terá sempre de obedecer à CEDH e é de salientar que foi um passo em frente, na concretização desta cooperação, definir-se que o direito processual de execução das medidas ou dos meios de obtenção de prova e da prevenção e investigação desta criminalidade ser a do estado executor da diligência. Também gostaríamos de destacar o empenho admirável que se tem efectuado, rumo à harmonização legislativa e da referida cooperação internacional por parte das entidades competentes.

Para finalizar o capítulo, breve referência a como defendemos que a criminalidade organizada deve ser investigada, uma vez que como o próprio nome indica, sendo organizada, carece de um tratamento diferente na aproximação à mesma. Não se deverá individualizar ou investigar isoladamente certo crime ou detetar o agente do mesmo, mas sim no seu todo, porque normalmente é um crime no seio de muitos outros, ou seja, é apenas uma peça de um enorme puzzle por desvendar.

A forma de investigação a nosso ver passa por conhecer em que âmbito actua, como está estruturada, quem faz parte da mesma e com que finalidade foi criada. Deve ser sujeita a um estudo contínuo e lógico e a sua investigação deverá basear-se na actividade desenvolvida e em como se hierarquiza, ou seja, verificar a sua estrutura organizacional, proceder ao estabelecimento de correlações entre os crimes cometidos, aferir de que meios dispõe (para as autoridades que a investigam não serem surpreendidas e a operação sair fracassada) e, por precaução, analisar as informações entretanto recolhidas sobre a mesma, para que se possa adoptar a melhor solução na sua abordagem e até para se tentar superar a sua complexidade.

5. O agente infiltrado no Ordenamento Jurídico Português

5.1. Evolução Legislativa

Façamos agora uma incursão pela forma como o agente infiltrado tem evoluído a nível legislativo desde o primeiro diploma até ao actual RJAÉ:

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.”⁸³

No entender de Moraes Rocha este preceito teve origem na lei federal suíça sobre o combate ao tráfico de estupefacientes, datada de 3 de Outubro de 1951 no seu art. 23º⁸⁴. Ora, na sua estreia no nosso ordenamento, vislumbramos que só se admitia o uso deste instituto no ilícito 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 Martins⁸⁵, não se revelou bem assim na Doutrina e

⁸³ Consultado a 10/04/2015 em: <https://dre.pt/application/file/a/443237>

⁸⁴ ROCHA, Moraes, *Droga – Regime Jurídico (Legislação Nacional anotada – Diplomas Internacionais)*, Lisboa 1994, p.190, *apud* ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado... op. cit.*, p.111. Diz o 2.º § deste art. o seguinte: “*Le fonctionnaire n'est pas punissable lorsque, à des fins d'enquête, il aura accepté lui - même ou par l'intermédiaire d'un tiers, une offre de stupéfiants, ou qu'il en aura pris possession personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, même s'il n'a pas révélé sa qualité et son identité*”. Consultado a 24/07/13 em: <http://www.dgsi.pt/pggrp.nsf/0/36114ab34d8a6e458025661700422a52?OpenDocument&ExpandSection=-2>

⁸⁵ MARTINS, Lourenço, *Droga – Prevenção e Tratamento*, Coimbra, 1984, págs. 154 e 155 *apud* LOUREIRO, Joaquim *op. cit.*, p. 188.

Jurisprudência, pois ambas faziam uma interpretação “laxista” daquele preceito no respeitante à forma, permitindo ir além da mera entrega.

Este preceito é posteriormente sujeito a tratamento na Lei de Autorização Legislativa nº 27/92, de 31 de Agosto, que concede autorização ao governo a rever a lei da droga.

Também como lei penal especial e na sequência passa a vigorar 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 Castro⁸⁶, 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 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.

Com a Lei nº 36/94, de 29 de Setembro temos a primeira grande extensão do âmbito de aplicação do agente infiltrado, prevendo-se nesta a possibilidade de uso do mesmo 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, *à posteriori* revogado pelo actual RJAe para os ilícitos constantes no art. 1, nº 1, o recurso a acções encobertas sob a epígrafe “actos de colaboração ou instrumentais”, no âmbito de inquéritos, sujeitos, claro está, a autorização judiciária.

Seguidamente, a Lei 45/96 de 3 de Setembro vem alterar o regime originário (do tráfico e consumo de estupefacientes), desenvolvendo-o e complementando-o com a junção ao mesmo do art. 59º - A, ao dar ao art. 59º do Dec. Lei 15/93 de 22 de Janeiro

⁸⁶ LOUREIRO, Joaquim *op. cit.*, p. 51-57.

uma nova redação, alargando o âmbito de actuação do agente infiltrado à prevenção e repressão de crimes, nomeadamente do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. A alteração da epígrafe que dizia “Conduta não punível” para passar a “Condutas não puníveis” deixa isso claro e é na epígrafe do art. 59º-A (Protecção de funcionário e de terceiro infiltrados), que vislumbramos pioneiramente a referência expressa ao agente infiltrado bem como a colaboração de terceiro em tais operações. Como condutas não puníveis acrescenta 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”⁸⁷.

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

Eis-nos chegados ao actual Regime Jurídico das Acções Encobertas (RJAE), a Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, que encerra a especial ligação deste instituto com o tráfico de droga para a alargar a crimes, os quais, por razões de dogmática e teórica, não justificam o uso de método tão restritivo de direitos dos cidadãos. Parece-nos óbvio que este regime se deve à especial dificuldade na obtenção de provas, denotando-se claramente o cuidado que o legislador tem, dada a abrangência de crimes a que agora este instituto pode ser aplicável, em delimitar os requisitos e pressupostos a que este está sujeito, como o é a sujeição ao princípio da adequação, aos fins de prevenção e repressão criminal, ao princípio da proporcionalidade *lato sensu*, às finalidades e à gravidade do ilícito em investigação. (art. 3º, nº 1 desta Lei).

⁸⁷ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado... op. cit.*, pág. 114. (itálico nosso).

Nova tomada de atenção ao nº 3 onde o legislador teve o cuidado reforçado de sujeitar a obtenção de provas a um rigoroso controlo judiciário. Ficam revogados os artigos 59º e 59º-A da Lei da Droga com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 45/96.

Vemos claramente aqui um volte face, àquele que era o âmbito do agente infiltrado, uma vez que antes só se admitia frente a particulares formas graves de criminalidade, e agora vê-se aqui um estender do regime a outras formas que não tanto pela gravidade das mesmas, mas pela dificuldade na sua investigação se viu necessário recorrer a tal método.

Desde já congratulamos o facto de tal regime conter apenas e simplesmente sete artigos, o que facilita de certa forma a interpretação e se torna menos confuso, na medida em que contém apenas o necessário. Sublinhamos que esta extensão do catálogo não traduz a legitimidade de acções encobertas ou que todos os outros meios de obtenção de provas o sejam, pois as mesmas têm de atender e actuar de acordo com o artigo 25º nº 1 e o artigo 32º nº 8 da CRP. Aqui vem à tona a integridade moral como garantia suprema, assegurada pela lei fundamental, ligada à dignidade da pessoa humana, e pelo próprio CPP que nos explica o que é ofensivo daquela.

O art. 6º desta Lei (RJAE) diz-nos basicamente que a acção do agente provocador não é permitida, pois ultrapassa os limites deste artigo e da lei no seu todo, salvo se apesar de haver uma provocação ao crime, e esta parte não está explícita na lei, a intenção de cometer o crime já era anterior à provocação, isto é, se o suspeito já tinha intenções de cometer o delito e se preparava para o exteriorizar.

De salientar 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).

Bastante recente é, para terminar, a Lei 109/2009, de 15 de Setembro, (Lei do Cibercrime). O legislador já tinha deixado uma porta aberta à possibilidade de uso de acções encobertas a outros âmbitos de aplicação, sendo que, no art. 2º alínea o) do R.J.A.E., vislumbramos aquilo que se poderia entender como um prenúncio do que viria

a ser lançado, ao se referir aquele às infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática. No seu art. 1º, vemos que esta lei procura adaptar o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

Parece-nos por exemplo duvidoso que um agente infiltrado tenha legitimidade numa situação em que, havendo indícios de uma rede que se dedica ao tráfico de seres humanos, fazendo essa rede uso de meios informáticos para se fazer passar por exemplo por uma casa de acompanhantes de luxo, na qual recruta “colaboradoras” para este serviço, o agente infiltrado se faça passar por uma mulher que está interessado em prestar os seus serviços com vista a “desmascarar” tal rede. No entanto, como podemos ver ao longo deste capítulo o legislador vai estendendo o âmbito de aplicação a áreas que inicialmente seriam impensáveis, seja por não existirem tais meios inicialmente, seja por não se considerar os crimes graves ao ponto de recorrer a este instituto.

5.2. (In)admissibilidade das Acções Encobertas e respectiva Validade (Legalidade e Legitimidade): Problemática e análise da figura

Traçada que está a evolução jurídica do agente infiltrado, centremo-nos agora no que torna esta figura alvo de divisões na doutrina quanto à sua admissibilidade. Que factores existiam para que a doutrina a considerasse como ilegal ou ilegítima, e por outro lado o que a torna válida no nosso Ordenamento, sendo que para chegarmos a tal teremos de fazer uma breve análise à figura no sistema jurídico nacional.

O regime jurídico lançado em 2001 pelo legislador está como sabemos, sujeito aos princípios norteadores da administração da justiça, obediência esta, que permite no futuro a adopção de novas medidas, uma vez que na sociedade exige-se segurança e na perseguição penal olha-se para a eficácia. Ora, na análise da figura, para apurarmos quanto à sua admissibilidade, desde já carimbar que não nos parece adequado fazer uso de particulares, como sujeitos com legitimação para actuarem infiltrados por várias ordens de razão.

É inegável que mais facilmente se deixam subornar do que um membro de uma autoridade que actue oficialmente, também aqui por várias ordens de razão, como por exemplo, não têm total noção por vezes da enorme montagem e de quantos meios foram movidos para “desmascarar” uma organização criminosa, em segundo, não têm, como

que uma obrigação moral profissional a seguir e desta forma, dado que não fazem parte de qualquer OPC, não estão vinculados a perseguir o crime, o que os pode levar a desistir, em terceiro, o medo pode a qualquer momento apoderar-se dos mesmos e deitar uma acção “por terra”, sendo que aqui já falamos de treino, de preparação dos mesmos.

Neste caso, sugerimos mesmo a criação de um código de conduta do agente infiltrado que tratasse de matérias como a escolha dos mesmos, os ensinamentos dados e os meios envolvidos em determinada operação. São como vemos várias razões que abonam contra a utilização destes como “colaboradores” numa infiltração policial, mas dado o consenso existente nos diversos ordenamentos da não utilização de particulares, não nos iremos alongar mais, consenso esse que iremos ver adiante.

Uma das dúvidas que se levantam, é como já foi identificado atrás, a extensão desta figura a áreas, que inicialmente passavam pelo combate ao tráfico de droga e mais recentemente à área da corrupção e criminalidade económico-financeira, à criminalidade organizada, ao terrorismo e mais recentemente em 2009 ao cibercrime⁸⁸. Verificamos a colocação no mesmo patamar de crimes totalmente distintos entre si e esta é uma expansão que nos deveria preocupar pois tem como objectivo no nosso entender, a eficácia penal e o facilitismo concedido às autoridades na investigação.

No art. 3º, nº 2, presenciamos a opção em recusar participar numa acção encoberta (princípio da voluntariedade ou do consentimento), o que se deve a motivos principalmente de ordem securitária, ligados ao risco que tais acções comportam, mas também de ordem moral como a consciência. A irresponsabilidade do agente quando comete um crime acaba aqui por nem sempre ser um motivo reconfortante o suficiente que o leve a se voluntariar ou a aceitar, pois o que é facto é que comete um crime e há sujeitos aos quais isso condiciona o resto da sua vida, aqueles principalmente mais ligados à religião, daí a alegação de “objecção de consciência” poder ser suscitada pelos funcionários de investigação como pelos terceiros patente no art. 41º da CRP.

No art. 3º nº 3, verificamos outro problema segundo o qual a “realização de uma acção encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público”⁸⁹, quando parecer-nos-ia mais adequado, tal incumbência pertencer ao Juíz de Instrução Criminal (JIC), o que já acontece quando

⁸⁸ Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro, (Lei do Cibercrime). Consultada a 10/04/2015 em: http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/LEI109_2009_CIBERCRIME.pdf

⁸⁹ Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto. Consultada a 10/04/2015 em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis

não haja inquérito a decorrer, dado ser este o garante dos direitos, liberdades e garantias, este apenas recebe uma comunicação, haja ou não inquérito a decorrer. No entanto admitimos que ao ser comunicada ao *juíz das liberdades*, na prática e na verdade, cabe a este de qualquer forma aceitar ou recusar a admissibilidade da acção encoberta.

O agente infiltrado, segundo o art. 5º do RJAE, pode actuar sob identidade fictícia a qual é atribuída pelo Ministro da Justiça através de despacho, mediante proposta do Director Nacional da PJ. Ora a identidade fictícia da acção encoberta põe a descoberto outro problema, que se trata de esta só poder ser atribuída a funcionário de investigação criminal, o que coloca neste aspecto, este cidadão (particular) sem protecção. A nosso ver e na falta de soluções no regime que contornem este problema, resta ao mesmo beneficiar das medidas de protecção de testemunhas em processo penal⁹⁰.

Já quanto ao despacho outro conflito poderá existir, a saber, quando a identidade fictícia for essencial em determinada acção encoberta e o Ministro da Justiça, o qual tem incumbência para a autorizar (a identidade fictícia), não o fizer. Temos o caso de o JIC ou o Magistrado do M.P. autorizarem a acção encoberta mas o Ministro da Justiça não autorizar a identidade fictícia do agente infiltrado nesta acção encoberta. Gera-se aqui um confronto de decisões e uma certa dependência da acção encoberta da decisão do Ministro da Justiça quanto à identidade fictícia, o que não aconteceria se a autorização desta, fosse da competência de quem autoriza a acção encoberta, isto é do JIC, pois é quem acompanha mais de perto o desenvolvimento do processo já que todas as informações passam pelas suas mãos.

De facto na CRP e no CPP não encontramos qualquer previsão referente ao agente infiltrado, mas segundo Fernando Gonçalves e Manuel João Alves estes textos permitem-no, pois se no texto fundamental é consagrado o direito à vida, à igualdade, à integridade física e moral *et. al.* “há-de permitir também, o recurso aos meios necessários para garantir a realização e a defesa de tais direitos, entre os quais se

⁹⁰ Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, alterada pela Lei n.º 29/2008, de 4 de Julho e pela Lei n.º 42/2010, de 3 de Setembro, regulada pelo Decreto-Lei n.º 190/2003, de 22 de Agosto. Consultado a 10/04/2015 em: <http://www.dgpi.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-processuais/outra-legislacao/proteccao-de-testemunhas>

encontra a figura do agente infiltrado, a fim de prevenir e reprimir as formas de criminalidade mais grave, que atentem contra tais direitos”⁹¹.

Acrescentam estes autores que, o agente infiltrado “actua legitimado pela lei e ainda no cumprimento de um dever, estando pois excluída assim a ilicitude”. Não negamos o sentido daquela afirmação, pois tacitamente somos levados a tal conclusão, pese embora nos pareça uma dedução perigosa pois pode levar à consagração de meios, cujo fundamento seja a defesa de certos direitos e tais meios se venham a revelar prejudiciais de outros direitos que, após ponderação cuidada, se verifique que os mesmos são mais prejudiciais a um Estado Democrático do que o beneficiam.

No entanto se na dita afirmação já tiver sido considerada a legalidade e legitimidade dos meios a que se refere e se os mesmos já estejam consagrados, e não a futuros meios estamos totalmente de acordo. Dito de outra forma, se estiver a falar-se de meios já consagrados legislativamente seja em legislação ordinária ou extravagante cuja legalidade e legitimidade não estão em causa, aí concordamos inteiramente com a afirmação sem restrições, se por outro lado se se refere a meios que possam vir a ser adoptados (ainda não consagrados legislativamente) cuja legalidade e legitimidade ainda não foi aferida, então, como referimos parece-nos arriscado.

A este propósito, Guedes Valente subdivide a legitimidade em normativa e sociológica, sendo que a primeira será a “que ressalta da previsão legal emanada do órgão eleito pelo povo” e a segunda aquela que confere aos meios e técnicas de investigação “ser tidos por necessários e úteis aos olhos dos cidadãos”⁹² e neste contexto, Germano Marques da Silva assinala que “a população está disposta a colaborar com uma polícia que lhe pareça claramente legítima, ou seja, uma polícia que respeite a legalidade, seja tecnicamente eficaz, cumpra os imperativos morais dominantes e seja eticamente responsável.”⁹³

Após críticas feitas ao actual RJAE sobre os pontos não esclarecidos ou que deviam ser alvo de aperfeiçoamento, centremo-nos agora na sua (in)admissibilidade,

⁹¹ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado vs o Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, 2001, p. 267-268.

⁹² VALENTE, M. M. Guedes, *op. cit.*, p. 164.

⁹³ SILVA, Germano Marques da, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Edição ISCPSI, Lisboa, 2001, pp. 20 e 85 *apud idem*.

atendendo à sua (i)legitimidade e (i)legalidade e aos argumentos das duas posições que encontramos.

Quanto à corrente favorável entende-se, e aqui figura a jurisprudência, que, o agente infiltrado é um meio legítimo e apto a combater a criminalidade organizada, e que a sua admissibilidade se concretiza por ser um meio eficaz, pois o Estado está obrigado a exercer o seu “*ius puniendi*” e que por razões de política criminal face aos novos desafios excepcionais criminais, este necessita de recorrer a novos métodos na luta contra esta nova criminalidade, como é o caso do agente infiltrado.

Já na corrente desfavorável (aqui subjazem duas posições no sustento desta).

Uma que entende que este meio de obtenção e prova é violador de vários princípios, os quais já referimos neste trabalho tais como o da lealdade, igualdade das partes (igualdade de armas), proibição do excesso entre outros verdadeiros pilares sustentatórios de um Estado de direito democrático como a dignidade da pessoa humana.

Outra, numa visão mais relacionada com a sociedade, tem por base que o agente infiltrado reflete um meio de obtenção de prova enganoso, ofensivo da integridade moral do agente do crime, estando o Estado incumbido de que tais meios não sejam permitidos na perseguição criminal, incumbência essa não só jurídica, como ética.

Para concluirmos pela legalidade e legitimidade desta figura tem de se efectuar uma análise à luz do texto fundamental, mormente, os princípios que regem os direitos fundamentais que podem conflitar com este e a matéria da obtenção de prova em processo penal. Para além destes também estão em causa valores enraizados numa cultura e costumes societários, que constituem limites na procura da verdade. Ainda no respeitante à legitimidade e à concordância com o texto fundamental, onde no art. 1º encontra uma barreira na dignidade da pessoa humana e no art. 2º, cujo se reporta ao Estado de direito democrático e obviamente aos princípios que o sustentam, citamos inevitavelmente o Tribunal Constitucional quando assinala que:

“O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade – da intervenção do agente infiltrado – é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a

colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária.”⁹⁴

Portanto segundo este Tribunal, a legitimidade fica assegurada quando este não actue como agente provocador e que a mesma acção tenha sido previamente autorizada ou posteriormente ratificada pela entidade competente, sendo que os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, ficam assegurados se a actuação for desempenhada naqueles moldes, o que também acontece a nível de direito comparado como veremos adiante em Estados de direito democrático.

Perante o art. 32º nº 8 da CRP (proibição de utilização de meios enganoso na obtenção de prova), a admissibilidade constitucional e legalidade da figura afere-se diante do art. 18º, nº 2 do mesmo texto, quando esteja em conformidade com os princípios do RJAÉ (art. 3º, nº 1), e no âmbito dos crimes constantes neste regime. Está também em causa o núcleo essencial do direito tais como o direito à vida art. 24º, nº 1, à integridade física e moral no artigo seguinte no mesmo número, à igualdade art. 13º e outros como a liberdade, segurança e a saúde, todos do texto fundamental. Aliás a maioria da jurisprudência toma partido pela legalidade e conformidade constitucional desta figura como meio de obtenção de provas, ainda que principalmente para fins preventivos, e não apenas com os fundamentos atrás referidos.

Os limites desta figura também encontram consagração no CPP, a saber no art. 125º respeitante à legalidade da prova e no art. 126º com a epígrafe “Métodos proibidos de prova”, pois está em causa a ofensa à integridade moral das pessoas, se entendermos este como um método enganoso de prova. Aqui o critério em causa é aferir se a decisão criminosa já tinha sido tomada, se o crime já tinha sido consumado, se o agente infiltrado não condicionou ou influenciou de alguma forma a liberdade de decisão do agente do crime, pois nestes termos o uso deste é processualmente admissível.

Criticamos no entanto fortemente que este instituto possa ser usado em alguns crimes constantes do RJAÉ como por exemplo, os relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados (alínea c)), roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios (alínea h)), fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou

⁹⁴ Acórdão nº 578/98, Processo n.º 835/98. Consultado a 10/04/2015 em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>

subvenção (alínea n)), principalmente estes onde não vemos onde a gravidade dos crimes justifica o recurso a este instituto, nem conseguimos perceber de que forma cumprem os princípios a que o RJAÉ sujeita o uso do agente infiltrado, no caso, o princípio da proporcionalidade e o da subsidiariedade. Parece-nos haver métodos mais adequados no combate a estes ilícitos, ainda que não tão céleres, mas igualmente eficazes e muito menos lesivos de direitos e liberdades. Adoptamos a ordem de avaliação para que se possa fazer uso do agente infiltrado de Benjamim Silva Rodrigues⁹⁵:

- 1º - Identificar uma situação de investigação criminal *preventiva* ou *repressiva* pertinente a um *crime do catálogo*;
- 2º - Avaliar da desadequação dos demais meios de obtenção da prova para a investigação e repressão do concreto crime;
- 3º - A adequação das acções encobertas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto;
- 4º - A adequação e proporcionalidade das acções encobertas para a descoberta de material probatório e finalidades de prevenção e repressão;
- 5º - A proporcionalidade das acções encobertas, em concreto, face a um crime do catálogo, perante a gravidade (concreta) do crime em investigação.

Já no que se refere a efeitos de validade da prova (diferente de produção de prova) obtida através de acções encobertas, a jurisprudência tende a fazer uma interpretação restritiva do termo “meios enganosos”, procedendo à destrição entre “engano proibido” e “astúcia permitida”, meios enganosos esses que podemos encontrar no art. 126º nº 2, al. a) do CPP. Para aferir da validade da acção encoberta há que atender à predisposição do suspeito, bem como à provocação por parte do “agente infiltrado” que neste caso a acontecer, tornar-se-ia num agente provocador, o que poderia até ser permitido caso se tivesse revelado que aquela era anterior à provocação deste.

Ainda na jurisprudência mais especificamente do STJ, há uma clara preferência pelo critério subjectivo, no qual se analisa a predisposição do suspeito para a prática do crime ou a actuação do agente infiltrado na decisão criminosa, tendência da qual não

⁹⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva, *op. cit.*, p. 383.

partilha o TC, que por sua vez, usa um critério objectivo-subjectivo onde se analisa a conjugação destes dois factores e não um em detrimento do outro, segundo nos diz António Henriques Gaspar⁹⁶. No entanto é com fundamento no primeiro critério que referimos que casos como *Sherman vs United States*⁹⁷ em 1958 e *Russel* contra este mesmo país⁹⁸ em 1984, foram decididos ambos tendo como pano de fundo o tráfico de estupefacientes.

No respeitante a crimes não constantes do catálogo, é legalmente inadmissível o uso do agente infiltrado na investigação dos mesmos, tornando estas provas proibidas, e como tal nulas 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. Apesar de não se encontrar estatuída no artigo 119º (nulidades insanáveis) e no artigo seguinte do CPP, o que leva a que seja uma nulidade atípica, trata-se ainda assim de uma nulidade insanável/absoluta pois também as do nº 1 do artigo 126º o são, como é o caso em apreço e face também ao já referido artigo 32º, nº 8 da CRP. Se porventura se admitir num processo uma prova cuja produção seja proibida esta perde qualquer utilidade, não podendo desta forma ser valorada, e por conseguinte usada com fundamento de uma decisão.

A proibição de produção de prova que consta no artigo 126, nº 4 do CPP, encontra excepção quando o uso do meio de obtenção de prova se traduzir em crime, situação na qual a mesma pode ser utilizada para proceder processualmente contra o agente responsável pela mesma. De salientar que a violação dos limites da produção de prova tais como as normas do CPP, implicam a proibição da mesma ou da sua valoração.

Parece-nos acertado o entendimento de que o agente infiltrado se traduz num método relativamente proibido de prova e como tal ilícito, levando a que as provas obtidas sejam nulas, mas, apenas nos casos em que se revelar “abusiva intromissão” nos direitos dos cidadãos. Caso contrário este meio é admissível quando não fôr proibido por lei, como nos diz o artigo 125º do CPP, o que nos leva a questionar o que se entende por intromissão abusiva, ou quando é que ela é considerada como tal.

⁹⁶ 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*, CEJ, Coimbra Editora, 2005, p. 52.

⁹⁷ LOUREIRO, Joaquim *op. cit.*, p. 119-121.

⁹⁸ ONETO, Isabel, *op. cit.*, p. 38-42.

Aqui teremos que remeter para dois grandes mestres do direito constitucional como o são Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao assinalarem que uma intromissão é abusiva “quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (artigo 34.^a, n.º 2 e n.º 4), quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cfr. artigo 18.^a, n.º 2 e n.º 3)”⁹⁹ todos da C.R.P., opinião partilhada pelo STJ¹⁰⁰ com os mesmos argumentos.

Verificamos que o agente infiltrado é assim um meio legítimo de obtenção de prova admitido pela doutrina, quando se restrinja à prevenção e repressão da criminalidade mais grave porque se trata de uma excepção ao estabelecido no CPP. Também a jurisprudência partilha em regra desta tomada de opinião, uma vez que tende a considerar a legalidade desta figura obedecendo a certos limites e pressupostos, dada a sua real necessidade e o seu valor contra a criminalidade organizada. Muitos acórdãos do STJ partilham desta decisão mas gostaríamos de centrar atenções no acórdão de outro tribunal¹⁰¹, nomeadamente o TC, quando destaca a necessidade de recorrer a tal método terminando com:

*“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 excepionalidade no meio de obter as provas.”*¹⁰²

Agora relativamente à admissibilidade processual deste instituto há que ter em conta que, felizmente, temos no nosso regime a existência de um princípio segundo o qual a prova não poderá ser obtida com prejuízo dos direitos fundamentais, onde temos no topo a dignidade da pessoa humana, através da vida e integridade física patentes no art. 24º e 25º da CRP, atribuindo a ambos uma protecção absoluta através da

⁹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, Coimbra, 1993, p. 218 *apud* MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁰ Acórdão de 28 de Setembro de 2011 consultado a 10/04/2015 em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>

¹⁰¹ Acórdão de 14/10/1998 (DRII série nº 48 de 26/02/99).

¹⁰² BRAZ, José, *Investigação Criminal – A Organização*, ..., pág. 322.

inviolabilidade dos mesmos. Abaixo destes estão os denominados direitos de personalidade, estipulados no art. 26º, nº 1 da CRP onde destacamos a reserva da intimidade da vida privada, um dos mais postos em causa por este instituto. Não são tão relevantes constitucionalmente, logo a começar pela sistematização da mesma e também por aos mesmos “apenas” ser conferida protecção relativa, cedendo parcialmente ou na totalidade a interesses ou valores prioritários.

Para terminar o capítulo uma breve caracterização do agente infiltrado. Começaríamos pelo facto de a investigação que este procede, se estender a toda a actividade de uma organização criminal e não meramente a um delito isolado, foi este o sentido para que se adoptou este mecanismo de investigação, é uma actuação que se prolonga no tempo e não ocasional, pois só assim se conseguirá integração na organização através da aproximação aos membros dela, serve-se da manobra enganosa que é a ocultação da sua qualidade de polícia e identidade no caso de ser fictícia, bem como se serve de outros meios também eles por vezes enganosos na busca da conquista de confiança dos membros da organização, meios estes a roçar a fronteira entre a democracia e o autoritarismo e por fim, a própria confiança reinante no seio da sua esfera de amizade criadas com os membros da organização.

Poderíamos aqui também inserir o perigo ou risco, se preferirmos, desta actividade dado que sendo uma actividade com actuação no terreno, relacionada com a segurança de um Estado, tem sempre bens jurídicos em alta probabilidade de lesão, como também o treino exigente a vários níveis a que estes agentes estão sujeitos, para que a sua actuação seja exímia e isenta de falhas que deitem por terra uma operação que pode ter durado meses a chegar a tal ponto decisivo. Imensas outras poderíamos acrescentar mas entendemos que o essencial da sua actuação foi referido.

6. Danos causados na sociedade pelo agente infiltrado

Chegamos então desta forma, seguindo a mesma linha de raciocínio que nos trouxe até aqui, e que teve como escopo facilitar a compreensão da problemática que é este instituto, ao capítulo que dá o nome ao nosso trabalho, não, necessariamente o mais extenso pelas limitações a que estamos sujeitos. Neste não iremos abordar os danos que a criminalidade organizada causa na sociedade, mas sim os que entendemos que o agente infiltrado causa na sociedade, fazendo uma breve alusão também aos danos causados no próprio aquando das acções encobertas.

Não pretendemos aqui abordar os elementos tidos em conta por vários autores para alegar a inadmissibilidade do mesmo, mas sim de certa forma inovar algo que jamais vimos retratado. Decidimos abordar este tema devido à falta de dedicação ao mesmo noutras bibliografias que se concentram demasiado na admissibilidade do mesmo, em tempos com razão, hoje talvez já nem tanto. Admitimos que estes danos que iremos expor, não afetam toda uma sociedade, mas sim parte dela, por mais pequena que seja o segmento. Cumpre-nos enunciar então alguns desses danos.

Começando pela confiança, ou neste caso desconfiança, este é um dos mais óbvios impactos que este instituto gera na sociedade, mais propriamente a desconfiança entre as pessoas que possam temer serem alvo de investigações, o que nos lembra o ditado popular “quem não deve, não teme” mas a verdade é que há cidadãos, que apesar de nada de errado terem feito, temem algo sempre que se cruzam com autoridades de polícia. Neste caso não o sabem quando se cruzam com o agente infiltrado, mas com cada vez mais uso desta figura e quanto mais for do conhecimento público que esta é uma das formas de investigação de crimes (embora mais graves), as pessoas tendem a procurar uma defesa para tal, sendo a falta de abertura uma dessas formas. Uma pessoa que tenha cometido um crime ainda não descoberto, tende a desconfiar de pessoas que façam demasiadas questões, mesmo que sejam conhecidas, a desconfiar de pessoas que subitamente tentem uma aproximação ao mesmo, que tentem conhecer os hábitos, costumes, locais que costuma frequentar, o que faz, entre outros factores.

Não é novidade que um sujeito que tenha cometido algo que sabe que esse facto se traduz num crime, não vai falar todos os pormenores nem a amigos de infância, ou pelo menos não com tanta facilidade, pois teme que as autoridades ainda que possam

não chegar a ele através das suas conversações, o consigam por intermédio de terceiros a quem o mesmo tenha partilhado detalhes do crime. Aqui não falamos da confiança que a sociedade deposita neste método para efeitos da sua segurança, o que acreditamos que aumenta o seu sentimento de tal enquanto este método for uma forma de combate ao crime mais violento, mas sim da confiança dos cidadãos em relação a outros cidadãos quando um tenha cometido um crime grave ou não e que reflita que pode ser alvo deste método.

Sendo um meio de obtenção de prova desleal por se servir do (dilema ético) engano/engodo, na medida em que conquista como vimos a confiança do suspeito para *a jusante* o trair, passa a ideia de que o Estado se serve de meios desleais para alcançar os seus intentos, ainda que sejam em prol da defesa e segurança dos seus cidadãos. Isto gera uma visão de suceder o mesmo a estes cidadãos quando forem suspeitos do cometimento de crimes. Passa a ideia de arbitrariedade, de um tudo poder na investigação do crime. Pondo a segurança e a defesa de parte, é a causa de uma má reputação, mas obviamente que aqui não falamos da sociedade em geral, falamos sim do nicho que sabe que este método é usado em Portugal e do que o mesmo se faz valer para alcançar os seus desideratos, seus, entenda-se do Estado.

Não nos parece haver muitas dúvidas sobre o facto deste método de obtenção de prova ser desconhecido para a maioria da opinião pública na investigação de crimes graves, assim como dos que têm conhecimento deste, nem todos saberão com certeza como é que este actua bem como tudo o que o envolve e os seus contornos. Também já ficou claro neste trabalho que este envolve o sacrifício de direitos, algo de que aliás se serviram os que sustentaram a ideia de que este não era um método admissível no nosso ordenamento, direitos como o direito à reserva da intimidade da vida privada, dignidade da pessoa humana, direito ao silêncio, à liberdade de expressão e acção entre muitos outros enumerados. Serão estes os direitos afectados com maior intensidade.

Outro problema que se levanta, e porque antes de ser Estado no termo amplo e genérico, este é composto por seres humanos, que fora das suas funções são cidadãos normais, é o facto de à medida que o agente infiltrado vai conseguindo alcançar o desiderato a que se propôs com sucesso, ou seja eficazmente, isto pode dar azo futuramente à tendência na admissão de novos meios extraordinários. A acontecer, tal

poderá vir a afetar cada vez mais direitos fundamentais dos cidadãos com o pretexto da eficácia no combate à criminalidade organizada, como também o facilitismo com que se alcança a dita eficácia com este meio, sobrando tempo aos operadores judiciais para a investigação de outros crimes, sendo que neste sentido destacamos Joachim Vogel¹⁰³ o qual nos remete para um reforço.

O reforço a que se refere poderá ser o reforço da cooperação, de novos meios materiais e tecnológicos aliados aos meios já existentes, mas também a novos métodos de investigação criminal ou de obtenção de prova cada vez mais eficazes, mas também no mesmo sentido mais penalizadores dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos que acabam por pagar com um preço elevado a sua segurança, isto porque, e continua aquele autor, refere que a criminalidade não afecta apenas a individualidade mas sim um colectivo, uma generalidade de cidadãos sendo como tal prejudicial para a sociedade¹⁰⁴.

E porque as organizações criminosas também fazem parte da sociedade, embora não desejadas pela restante, o agente infiltrado gera nelas infidelidade criminal, ou *affectio societatis* e neste ponto chamamos à colação o excelente filme “Snitch, infiltrado”¹⁰⁵. O ambiente de suspeita é outro dano causado, não apenas nas

¹⁰³ “el ordenamiento jurídico-penal nacional es impotente frente a la criminalidad que actúa transnacionalmente, de modo que debe ser reforzado”. VOGEL, Joachim, *Derecho Penal y globalización*, in CANCIO MELIÁ, Manuel, *Globalización y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9, 2005, p 117.

¹⁰⁴ “el criminal no sólo agrede a un individuo, un Estado, sino que ataca a todo el mundo, realiza con ello un grave injusto y una grave culpabilidad y demuestra ser especialmente malo, peligroso y nocivo”. *Idem*, p. 116.

¹⁰⁵ O filme baseado numa história verídica estreado em 2013, tem realização de Ric Roman Waugh, do género Thriller, sendo que a acção conta com Dwayne Johnson, Susan Sarandon, J.D. Pardo nos principais papeis, conta a história de um rapaz que aceita guardar em sua casa droga a um amigo quando este vai de viagem, no entanto após abrir a caixa apercebe-se que a mesma tem um localizador colocado pela Brigada de Narcóticos (DEA). Este, na sua casa, ao receber ordem nesse preciso momento por aquela Brigada que rodeava a casa para sair de mãos no ar, tenta fugir mas acaba detido. O seu pai é avisado pela mãe do rapaz da qual estava separado que o filho de ambos está detido. Após falar com a promotora, tem conhecimento de uma lei que, na condição de ajudar a prender traficantes, poderá ver a pena reduzida dos 10 anos a que tinha sido condenado para 2 anos (1 ano suspenso), e fica a saber que o amigo do rapaz que lhe tinha pedido para guardar a droga denunciou o filho a quem tinha pedido para guardar a mesma, para beneficiar desta lei que reduz a pena, e a promotora propõe que o filho deste faça o mesmo a alguém que este conheça que pudesse estar interessado em adquirir. O rapaz não concorda em armar uma cilada seja a quem for. O pai ao falar novamente com a promotora confirma que a única forma de reduzir a pena ao seu filho é ajudando a capturar um traficante, e numa tentativa por sua conta em tentar identificar 1 traficante de rua que saiu frustrada, simulando ser comprador, acaba violentamente espancado e quase morto não fosse uma patrulha passar no local naquele instante de noite. De volta à promotora, concorda em trabalhar sob o comando daqueles que deteram o seu filho (DEA) e tentar prender alguém na posse de meio quilo de cocaína, e para isso conta com a ajuda de um ex presidiário, seu funcionário, a quem tinha dado emprego há três meses que inicialmente, não sabia a razão pela qual este queria ser introduzido no mundo

organizações criminosas como também na própria sociedade. No primeiro caso, isto sucede-se, não apenas, quando um membro estranho à organização criminosa procura se inserir de alguma forma nesta, ou procurar saber detalhes da mesma, como também, no seio da mesma, quando o comportamento de um membro revela insegurança nas respostas que dá às perguntas que lhe são feitas, em desvios de trajeto não programados ou comportamentais.

Já entre os cidadãos também este é um dano, pois o agente infiltrado que sem revelar a sua qualidade procurar obter informações, os cidadãos não conhecendo a pessoa, vão-se perguntar quem será o sujeito e o que pretenderá ao certo e estando em causa o crime, terão receio em colaborar com um estranho pois não se querem envolver temendo pela sua vida e integridade.

Directamente relacionado com vários danos anteriores, está um outro a que poderemos chamar a criação de “perda de culto à amizade”, a solidariedade que é posta em causa e o próprio desejo de ajudar. Não pode haver criação de amizade, de um sentimento amigável na sociedade quando é o próprio estado por intermédio do agente infiltrado que o acaba por destruir, e o filme que referenciámos atrás é disso exemplo, um pai que se vê forçado a ajudar a prender um traficante de topo pode ser benéfico para a sociedade em termos securitários, de saúde, mesmo financeiros para o estado, mas já não o será se olharmos do ponto de vista de uma relação entre pessoas, entre cidadãos futuramente.

Há aqui uma clara relação com o dano confiança, uma vez que as pessoas deixam de acreditar umas nas outras, em quem não conhecem, perde-se o valor amizade e a

da droga tendo o padrão dito que era porque o negócio estava em queda e que tinha uma família para sustentar, mas mais à frente vem a saber a real razão. Ambos vão ter com Malik, o chefe de um cartel regional e aqui começa o seu papel como agente infiltrado revelando-se os riscos que os mesmos correm através da apresentação do ex presidiário, que foi condenado por tráfico de droga o qual já conhecia Malik doutros tempos, e a troco de 20000\$ aceita introduzir Malik ao agente infiltrado. O agente mostra que é uma mais-valia para Malik no transporte de grandes quantidades de droga e Malik aceita testá-lo, ao lhe propor transportar uma grande quantidade no seu camião para outro chefe de cartel, esse sim com um maior território dominado, passando este novo chefe chamado de “El Topo” (alcunha que parece expressar a hierarquia que o mesmo ocupa no tráfico de droga) a ser o principal alvo da DEA e já não Malik. Ao chegarem ao local, onde aparentava que o seu negócio era a sucata e transformação do ferro, e após terem mostrado o produto que carregavam, vêem-se envolvidos numa emboscada onde aparentemente também estava outro gang e começa o fogo cruzado, porém, dizemos aparentemente, porque tudo não passava de um teste de “El Topo” ao agente infiltrado, cujo obviamente não sabia ainda que o era, passando apenas por mero transportador fiel de droga. A partir daqui vê-se as enormes dificuldades pelas quais passa um agente infiltrado, com constante risco de morte, levado a “aspirar” o produto que transportava, afastamento da própria família estando também esta em risco de vida quando a sua qualidade é revelada. Este ex presidiário é também o exemplo da infidelidade criminal no seio de uma organização criminal, que se faz sentir quando algo maior que o seu carácter e integridade os leva a trair os do próprio negócio, ou noutros casos quando puro e simplesmente são descobertos e pretendem colaborar com as autoridades para atenuação da pena.

facilidade numa relação interpessoal. Isto não será muito notório admitimos, só quem está de certa forma ligado ao crime nem que seja como cúmplice de um crime passado, sente com mais intensidade este sentimento.

Já quanto à solidariedade e o desejo de ajudar, são postos em causa precisamente devido à desconfiança que se gera entre as pessoas, pois para se ajudar quem não conhecemos podemos estar a “cavar a nossa própria sepultura”, que é precisamente o que acontece quando o agente infiltrado pede a um traficante que lhe venda droga ou outro bem qualquer.

Outro problema que se levanta é a renúncia ao direito à privacidade, isto é, o Estado ao ter o controlo absoluto da investigação e dada a finalidade da mesma, tem-se como que tendo direito a aceder à vida privada dos cidadãos em investigação. O Estado acha-se no direito de invadir a privacidade dos cidadãos, porque dado os fins visados, os cidadãos têm de renunciar à sua privacidade, pois o que se pretende alcançar justifica a desnecessidade de consentimento na intromissão da vida privada por parte do visado, uma vez que feita uma ponderação de interesses concluiu-se que o agente infiltrado justifica-se quando se trate de direitos relativos como o é a vida privada, o que já foi aliás alvo de análise neste trabalho, razão pela qual não nos iremos prolongar neste ponto, direito aquele intimamente ligado à dignidade da pessoa humana também já referenciada e tida como um direito em causa.

Para terminar, e mais a nível legislativo-processual, está em causa a cultura jurídica e a legitimação do processo penal, pois não só são postas em causa pela actuação ardilosa e enganosa do agente infiltrado, como também pelo povo todo um Processo Penal que nos seus métodos de apurar responsabilidades viola direitos dos cidadãos, colocando-se mesmo a questão, que legitimidade tem um método que se serve como vimos do engano, da mentira, da traição, da falsidade, para a investigação de crimes quando o Estado não actua como se pretende que um cidadão actue, isto é, conforme a lei e os bons costumes. O direito é, numa visão enquanto fenómeno social, um processo que actua no interior da sociedade, logo deverá agir em conformidade como exige de quem actua de acordo com ele, devendo seguir condutas exemplares que fomentem a adopção de comportamentos também corretos por parte da comunidade, o que não é propriamente o caso do agente infiltrado como vimos.

Apesar destes danos que, obviamente não se fazem sentir por toda a sociedade, mas apenas por uma pequena parte mais ligada no presente ou no passado ao crime, e por outra parte que tem conhecimento deste instituto e sabe dos seus contornos,

entendemos que são males menores no combate a um mal maior que é a criminalidade organizada. São estes os principais desequilíbrios que encontramos na sociedade, problemas sociais e psicológicos que levam a uma degradação em pequena escala de um restrito segmento da sociedade, podendo mesmo o agente infiltrado ser encarado como um atentado à liberdade de declaração, na medida em que faz as pessoas dizerem o que, conhecendo a sua qualidade e identidade não o fariam, ou seja a declaração encontra-se viciada.

Já no agente infiltrado, podemos fazer uma separação entre os danos causados no decorrer da acção infiltrada e o pós acção infiltrada. No primeiro caso destacamos o risco para a vida, a integridade física do próprio, o medo de ser descoberto, a tranquilidade de consciência aquando da obrigação a que pode estar sujeito em cometer um delito ou vários, afastamento da família, da realidade, risco de se tornar parte da organização, de se deixar corromper, entre outros e no segundo caso, destacamos uma experiência marcante que pode afetar uma vida que se quer caracterizada pela paz, sossego, harmonia, segurança, e não pelo constante receio de que possa surgir uma vingança por parte de membros porventura não capturados.

Em alguns casos uma fase de ruptura é o momento ideal para um membro assumir a liderança de uma nova organização, com os contactos e conhecimentos que aquela possuía. Os traumas são uma outra realidade, uma vida plena de stresse, enfim um pouco aquilo pelo que passaram ex-combatentes do ultramar, situações distintas mas com consequências em comum, para além das dificuldades na retoma de uma vida normal. Tudo isto está dependente da força moral e do treino que um agente infiltrado recebe, da capacidade em separar a vida profissional ou uma experiência isolada da sua vida enquanto cidadão.

Ao Estado cabe minimizar o impacto que estes danos têm no agente infiltrado enquanto desempenha a sua função estatal, pois é em prol da segurança da sociedade que este actua, logo, faz todo o sentido que também o Estado garanta a segurança deste agente que antes de mais é um cidadão normal, cidadãos esses que o Estado pretende proteger não fazendo sentido que toda a sua função protectora recaia sobre os cidadãos não agentes do Estado, e descurar aqueles que o são.

Para além dos danos na sociedade e dos danos no próprio agente infiltrado também poderemos falar nos danos que os agentes infiltrados podem causar na própria

máquina do Estado onde elencamos por exemplo a entrega de recursos aos investigados (organizações criminosas) ou da venda de informação que as colocaria sempre numa posição de vantagem em relação ao Estado.

Não é novidade nesta fase deste trabalho que o RJAE impõe limitações à actuação do agente infiltrado. O que pode ser uma condição para um agente infiltrado ser parte de uma organização criminosa, pode esse mesmo acto ser proibido por este regime, o que coloca a vida do próprio agente em risco na medida em que cria desconfiança sobre o porquê de não pretender cometer por exemplo um homicídio e com essa atitude ser alvo de investigação sobre a sua verdadeira identidade e se a mesma fôr revelada há sérios riscos de ser eliminado. Por outro lado o cometimento de um homicídio poderá implicar anos de prisão por não ter cumprido com o regime a que está sujeito. Convenhamos também que as organizações criminosas tendem a saber a identidade de um sujeito que queira nela ser admitido e o seu historial antes de fazer parte dessa organização.

Nas operações mais duradouras e profundas há ainda a considerar que o agente infiltrado deixa de ter acesso ao seu círculo de amigos, família, poderá ter que se deslocar para outro ponto do país e mudar radicalmente a pessoa que é, transformando-se forçosamente numa identidade completamente diferente.

Gostaríamos aqui de trazer à colação algo a que já fizemos referência neste trabalho que é aquilo a que vulgarmente se chama de “infiltração inversa” que consiste na infiltração de pessoas ligadas às organizações criminosas no sistema de justiça criminal que tem como objectivos evidentes, saber por exemplo a identidade dos agentes infiltrados, em que casos sob investigação está a fazer-se uso de agente infiltrado ou ainda sobre quem recaem mandados de captura. Se aqui quisermos falar de danos salta à vista a posição de desvantagem do Estado, da máquina investigatória, perante as organizações criminosas pois estas usam-se dos mesmos métodos para obter informações privilegiadas sobre estas situações atrás referidas o que enfraquece a capacidade de obtenção de informação por parte dos agentes infiltrados, sendo que aqui falamos de danos da infiltração mas no estado naturalmente quando são as organizações a fazerem-se valer este método.

De referir que os danos causados por um agente infiltrado e também os nele causados numa acção encoberta podem ser irreparáveis. Exemplos disto são a prisão de um ou mais elementos ou do próprio agente quando se verificar que este foi além do que a lei permite e cometeu um crime, a falência de uma organização/empresa ou de um

elemento ou ainda quando alguém fica gravemente ferido no decorrer dessa operação ferimento esse que se traduza numa ofensa à integridade física qualificada.

Imaginemos que um dos suspeitos investigados pertence a um grupo ou movimento com finalidades louváveis mas onde os fundos provinham de origem ilícita, ou onde apenas um dos elementos se dedicava a actividades ilícitas sem o conhecimento dos outros. A descoberta de tal poderá muito provavelmente gerar o desmantelamento do mesmo por desconfiança no resto dos membros do grupo ou por revolta de sempre ter sido um grupo que se dedicava a causas nobres e um elemento ter manchado para sempre o bom nome desse conjunto.

Indo ainda mais longe agora não diretamente relacionado com o agente infiltrado mas sim uma consequência da organização saber que tem alguém infiltrado, desconhecendo no entanto o responsável, pensemos por momentos no dano que causa uma pessoa ser erroneamente acusada de estar a passar informações sobre a organização às autoridades. As consequências podem ser trágicas e irremediáveis. Pode ser gerado o caos na organização ao se saber que um dos elementos está a passar informações da ilicitude das actividades, e se refletirmos naquelas organizações das quais fazem parte centenas de “colaboradores” mais assustador se torna.

Começamos por pensar na perda de reputação que a pessoa injustamente acusada terá que acarretar, sendo que fica “manchada” quando se quiser inserir noutra organização de carácter duvidoso ou não, pode ser atacada ou mesmo humilhada em público por membros dessa organização a título de vingança, ou pode-se até por a hipótese de uma pessoa que tenha sido injustamente acusada de ser infiltrada ou de estar a passar informações para fora e após ter sido punida por isso, pode muito bem vingar-se e aí sim tornar-se num agente infiltrado.

Um membro de uma organização criminosa ao se ver confrontado com este tipo de acusação inesperada e injusta pode desesperadamente ter tendência a acusar outra pessoa de ser ela o agente infiltrado também sem grandes fundamentos e aqui mais uma vez vemos a quebra de confiança e de elos entre os membros da organização, aliás acusação essa que é típica de quem quer desviar atenções de si próprio.

O agente infiltrado causa também no entanto, um efeito perverso e dificuldades processuais como nos diz Joaquín Delgado Martín¹⁰⁶, dificuldades essas que advêm do

¹⁰⁶ “Aquéllos en los que el Estado accede a la esfera privada del ciudadano sin su conocimiento, y menos aún con su consentimiento. Aquí radica el efecto perverso del agente encubierto, de donde nacen la mayor

facto de não respeitar direitos fundamentais, ofendendo assim a integridade moral dos cidadãos, o direito à intimidade bem como afecta o seu direito de defesa e consequentemente a dignidade da pessoa humana. O facto de ter acesso a pormenores que em circunstâncias normais não teria, causa danos na vida privada das pessoas quando tem conhecimento de factos que não eram à partida objecto da sua investigação, lembramo-nos por exemplo do diálogo entre dois sujeitos em que se revelam detalhes de outros crimes ou pormenores da sua vida íntima.

No que ao direito de defesa diz respeito este é de facto um dano causado no suspeito, alvo da investigação, na medida em que este presta informações que acabam por ser inseridas no processo, tal como se estivesse a ser interrogado, só que neste caso não lhe são assegurados quaisquer direitos, lembramo-nos do direito ao silêncio e do direito de não produzir prova contra si próprio uma vez que não tem conhecimento da identidade da pessoa que tem diante de si, pois se soubesse, certamente não as prestaria, situação que também acontece em tribunal quando o agente infiltrado mantém a identidade fictícia.

Segundo Miguel Ángel Núñez Paz e Germán Guillén López¹⁰⁷ o uso do agente infiltrado também causa danos àquilo a que chamam de princípio da autodeterminação informativa e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade que se traduzem no direito de certa pessoa saber quem, quando e de que forma outra conseguiu obter informações relativas a si, artigos 37º e 26º da CRP respectivamente o que faz todo o sentido tendo em conta que uma relação e comunicação entre cidadãos deve estar livre da presença do Estado e do seu controlo.

Outro aspecto a ter em conta, uma vez que o dinheiro que as organizações criminosas conseguem obter através das suas actividades ilícitas, normalmente circula pelo fluxo financeiro e desta forma se proceda a uma lavagem de dinheiro, há a necessidade de ao agente infiltrado ser facultado se possível, dados relativos às contas bancárias e outras aplicações que as mesmas tenham dada a quantidade de transações que estas organizações fazem e do montante que as mesmas costumam envolver.

parte de los problemas procesales y los mayores riesgos para el adecuado respeto de los derechos fundamentales del ciudadano”. *op. cit.*, pág. 101.

¹⁰⁷ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GUILLÉN LÓPEZ, Germán. “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas”. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado. Tomo LXI, 2008, p. 89-164, 2009, 134.

Ao termos acesso às transações destas não só para perceber os recursos que as mesmas possuem mas também para efeitos de investigação e de rasto que essas transações deixam, podemos dar de caras com irregularidades as quais nos podem fazer crer que pessoas internas nas instituições bancárias estão também envolvidas com a organização. Os media a terem acesso a esta informação, também a instituição financeira fica com má reputação, má imagem perante a opinião pública ou a sociedade em geral o que pode levar anos a “limpar” estes danos causados.

7. Direito Comparado

7.1. O agente infiltrado nos Ordenamentos Jurídicos Europeus

Após toda uma análise ao agente infiltrado no nosso ordenamento, e mais do que ver este instituto num prisma redutor apenas a nível nacional, torna-se de suma importância e natural, um entendimento de como está consagrado este instituto noutros ordenamentos e desta forma melhor entender como é tratado num panorama geral e não apenas nacional. Começaremos por ordenamentos europeus por uma questão de proximidade geográfica ao nosso país e estender-nos-emos posteriormente ao continente americano.

O direito comparado pode surgir em qualquer ordenamento como um aperfeiçoar da sua legislação, para precaver situações que até então não estavam previstas, ou como sugestão para problemas já identificados, mas não só, permite também saber como outros Estados resolvem determinadas situações seja no terreno seja legislativamente. Também é de extrema relevância quando se trata de cooperar com outros estados na resolução e combate à criminalidade, não apenas organizada.

Podemos adiantar desde já que Portugal, faz parte do lote de países com legislação mais permissiva neste domínio, onde se inserem também países como os E.U.A., a Holanda, o Reino Unido *et. al.*. Do outro lado estão países que apesar de admitirem as acções encobertas, não permitem a utilização de particulares como agentes infiltrados, dos quais fazem parte, Alemanha, Espanha, França, Itália e outros, no entanto a esmagadora maioria, só admite o recurso ao agente infiltrado como *ultima ratio* limitando o uso deste, à semelhança do que acontece em Portugal, à criminalidade organizada, ou se preferirmos à mais grave e complexa.

7.1.1. Alemanha

As acções encobertas foram introduzidas neste ordenamento imediatamente após a aprovação da Lei contra o tráfico ilícito de estupefacientes, datada de 22 de Setembro de 1992, bem como após outras manifestações de criminalidade organizada e tal como

em Portugal, também estão submetidas ao princípio da subsidiariedade e da necessidade, sendo que na Alemanha, exige-se a existência de indícios que demonstrem a gravidade do crime e que o mesmo seja cometido por grupos organizados, ou que diga respeito a tráfico de armas ou estupefacientes, falsificação de moeda, documentos ou valores ou ainda respeitante à segurança do Estado.

Consta precisamente no § 110a da Lei contra o tráfico ilícito de estupefacientes, a referência ao facto de a nomeação do agente infiltrado se destinar a esclarecer crimes, mas apenas quando haja indícios suficientes de que foram cometidos ou puderem voltar a sê-lo. No § 110b estabelece-se que se as investigações tiverem como objecto um certo suspeito identificado ou se exigirem a entrada num domicílio particular, a autorização para a mesma é dada pelo juiz e só em casos de urgência pelo M.P., sendo que, se ainda assim esta não for possível o agente considera-se possibilitado a actuar, sendo a operação anulada se em três dias não for convalidada judicialmente. É possibilitada à autoridade judiciária, a requerimento do M.P., a nomeação de agentes para actuarem anonimamente na investigação de crimes, ou como o próprio texto diz, o esclarecimento de crimes.

Após o término da acção encoberta, a identidade fictícia do agente deve ser guardada por razões óbvias, como a sujeição a represálias pelas medidas investigatórias e acusatórias na produção de prova, no entanto, perante a autoridade judicial a sua identidade verdadeira terá de ser revelada. De destacar ainda a previsão do recurso a informadores (Informanten) e a pessoas de confiança (Vertrauenspersonen), ainda que o seu âmbito de actuação não esteja previsto por lei.

A maioria da jurisprudência alemã dá crédito ao agente infiltrado como meio admissível de investigação criminal, embora o distinga do agente provocador, considerando que extravasou os seus limites quando basicamente se transforma em agente provocador. À semelhança de Portugal, confirmados os pressupostos formais e materiais exigidos pela lei, o agente infiltrado pode actuar sob identidade fictícia, quer na investigação em causa, quer após a mesma na sua vida particular, sendo que a este respeito citamos José Braz quando refere que:

“Esta faculdade, que em termos de direito comparado é similar à prevista noutros ordenamentos jurídicos, designadamente 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 encoberto 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”¹⁰⁸.

Já a alínea e) deste mesmo artigo daquele diploma, assinala que os conhecimentos fortuitos obtidos numa acção encoberta, podem ser usados noutras investigações desde que obedeçam ao princípio da necessidade e conste do catálogo de crimes constantes na alínea a) do mesmo. Ainda na legislação alemã, verificamos que o agente infiltrado está inibido de cometer delitos durante uma acção encoberta, apesar de alguns sectores reclamarem “a aprovação de regulamentação que permita ao agente infiltrado cometer pequenos delitos”¹⁰⁹.

7.1.2 Espanha

Na “nossa vizinha” Espanha, o agente infiltrado consagra-se pioneiramente através da Ley Orgânica nº 5/1999, de 13 de Janeiro, a qual cria a figura do “agente encubierto” na investigação da delinquência organizada e amplia os meios de investigação utilizados na luta contra o tráfico de drogas e branqueamento de capitais dele derivados. Não se vê grandes diferenças em comparação com o nosso RJAÉ, com excepção no catálogo de crimes, onde o nosso é mais extenso e compare-se, para tal, o art. 2º do nosso regime com o art. 282 bis nº 4 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No art. 263 bis desta lei, verificamos que compete ao J.I.C. e ao M.P. autorizarem funcionários policiais a actuarem sob identidade fictícia numa investigação criminal, e que tal autorização pode ser obtida conforme nos diz Isabel Oneto¹¹⁰, mesmo após o início das investigações, em casos urgentes, pelo agente infiltrado. Esta identidade fictícia pode ser conservada mesmo no julgamento sendo que a lei, como sucede na

¹⁰⁸ BRAZ, José, *op.cit.*, pág. 325.

¹⁰⁹ EDWARDS, Carlos Henrique, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Editora Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996. *apud* ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado... op. cit.*, p. 98.

¹¹⁰ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado... op. cit.*, p. 98-100.

Alemanha, faz depender de autorização judiciária, podendo a mesma ser obtida já após o início da acção encoberta em situações urgentes.

À semelhança do que sucede no ordenamento alemão, também aqui a jurisprudência admite o agente infiltrado como meio de investigação criminal, procedendo igualmente à distinção entre este e o agente provocador, enquanto que a doutrina na sua generalidade, entende que o agente infiltrado actua de acordo com a sua lei fundamental e as suas práticas estão justificadas pelo cumprimento de um dever, devendo estas acções obedecer sempre ao princípio da proporcionalidade.

Vejamos agora as principais diferenças entre o nosso ordenamento e este. O legislador optou por em Portugal, criar um regime específico e concreto, já o legislador espanhol opta por o incorporar na lei processual espanhola. Estaríamos mais inclinados para a forma de incorporação adoptada no ordenamento jurídico espanhol, pois entendemos que traria mais facilidade por questões de ordem prática, como também de percepção e compreensão ao cidadão comum, se este meio de obtenção de prova viesse no capítulo do CPP dedicado a tais meios em detrimento da legislação avulsa, embora esta última forma adoptada em Portugal, parece dar mais importância e cuidado no seu tratamento, na medida em que como referimos, cria-se legislação especial, um regime específico, concreto, completamente à parte de todos os outros meios.

No tocante a quem pode ser sujeito de infiltração em Espanha, verificamos que tal possibilidade se encontra restrita ao funcionário de polícia, enquanto que, em Portugal, há a possibilidade de tal ser concedido ao funcionário de investigação criminal, mas também ao terceiro como já pudemos ver no nosso trabalho. Aqui voltamos a tomar parte pela decisão do legislador espanhol pois, não nos parece adequado um cidadão comum poder actuar como infiltrado, devido aos riscos que o mesmo corre, à falta de preparação e treino de que pode carecer em relação a um funcionário que já tenha actuado como tal, bem como aos riscos que corre iminentes da actividade, como o são, a maior facilidade em se deixar corromper, uma vez que se tratam de pessoas ligadas ao crime, embora visto por outro prisma, admitimos que poderão se sentir mais à vontade em actuar numa organização criminosa, dado que nos casos de ex criminosos poderão já ter tido ligações a estas, opinião aliás partilhada por Adán Gonzalez-Castell¹¹¹.

¹¹¹ Assinala este autor que “no podemos aceptar que la regulación portuguesa permita que un tercero, no vinculado con ningún cuerpo policial, pueda desarrollar esta actividad, mucho menos cuando las personas utilizadas para este fin pueden ser incluso otros delincuentes o personas que tengan algún tipo de deuda con la justicia”. GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo, *El agente infiltrado en España y Portugal* in

Já quando se trata do cometimento de delitos em Espanha, vemos que os mesmos só podem ser cometidos no âmbito da delinquência organizada enquanto que em Portugal, estende-se a finalidade de utilização deste instituto tanto à investigação criminal como à prevenção deste mesmo tipo criminal.

Relativamente à autoridade competente para autorizar acções encobertas, já referimos anteriormente o que sucede em Portugal neste trabalho, sendo que em Espanha quando diga respeito a investigações, como vimos, relativas à delinquência organizada, é da competência do Juíz de Instrução, ou do M.P. dando conta imediata àquele, algo idêntico do que sucede em Portugal e com o qual já nos mostrámos contra, na medida em que, tendo em conta que as acções encobertas são restritivas de direitos fundamentais, defendemos que só ao Juíz de Instrução Criminal cabe autorizar as mesmas.

Quanto ao relato da intervenção do agente infiltrado, também aqui há uma diferença relevante entre ambos os ordenamentos, uma vez que em Espanha o mesmo é junto ao processo na sua totalidade, em Portugal o mesmo só se junta ao processo se se considerar absolutamente indispensável em termos probatórios, sendo que releva aqui a discricionariedade da autoridade judiciária que pode 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 inoportuno. Assim terminamos com os principais aspectos distintos entre os dois ordenamentos e em jeito de sugestão para futuros aspectos a melhorar.

7.1.3 Reino Unido

No Reino Unido, radicalmente diferente dos outros ordenamentos, optou-se por integrar o regime do agente infiltrado num Código de Conduta que define a procura, detenção, prisão, investigação, identificação e o inquérito dos suspeitos, bem como a actuação daquele agente, o qual está disponível nas esquadras policiais para consulta

pública por todo o país, de nome “Police and Criminal Evidence Act”, já tendo sido alvo de modificações em 2008.

Um pouco atrás falámos da vantagem em integrar o regime no CPP em detrimento da criação de um regime específico, como fez a regulação portuguesa, uma vez que facilitaria a consulta, a compreensão e a acessibilidade. Ora, parece-nos que esta solução adoptada por este ordenamento, neste pormenor, está mais próximo do povo e em caso de dúvida, há sempre alguém perto ligado às autoridades para esclarecer, uma vez que se encontra nas esquadras. Segundo este Código de Conduta, o âmbito de aplicação das acções encobertas restringe-se a causas como a segurança nacional, prevenção ou detecção de delitos, manutenção da ordem pública, ou segurança da comunidade.

Verificamos no referido Código, nomeadamente no seu ponto 1.6¹¹², que a operação encoberta visa acima de tudo, a obtenção dos meios de prova que permitem julgar os culpados, pese embora também possam ser usadas para a prevenção e detecção de crimes. Exige-se nestas operações o respeito pelo princípio da proporcionalidade – à semelhança do que sucede no ordenamento português – face à gravidade do crime ou perigosidade do suspeito. Um aspecto que já não se verifica no RJAE, é o constante no ponto 1.8 que nos diz que, os incumbidos de autorizar as operações encobertas, devem ponderar os riscos de invasão da privacidade dos cidadãos que não eram à partida o alvo directo da acção, apelando a medidas que evitem estes chamados “danos colaterais”.

O ponto 1.10 afasta liminarmente o uso do agente provocador quando não haja predisposição da parte do agente. No ponto 1.12.5 temos a definição de crime grave, implicando este o emprego de 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 de idade, venha a ser condenado a três ou mais anos de prisão.

Para concluir a análise nos ordenamentos europeus de referir ainda que, neste mesmo ordenamento as operações encobertas constam em documento escrito tendo uma validade máxima de três meses, com possibilidade de renovação, sendo que em situações de urgência pode haver autorização oral com validade máxima neste caso de 72 horas.

¹¹² Consultado a 10/04/2015 em: <https://www.gov.uk/police-and-criminal-evidence-act-1984-pace-codes-of-practice#pace-codes-of-practice>

7.2 No continente americano

7.2.1 Brasil

Neste país temos o primeiro surgimento do agente infiltrado através do Projecto Lei 3.516/1989, no seu art. 2º al. i), quando refere “a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso a antijuridicidade”. Este Projecto Lei passou a lei em 1995, tendo como intento a adopção de meios operacionais para a prevenção e repressão da criminalidade organizada. Esta lei 9.034, de 3 de Maio de 1995 (Lei do crime organizado) e a Lei 11.343 de 23 de Agosto de 2006 (Lei da Droga), vieram a incluir a possibilidade de uso do agente infiltrado como método de obtenção de prova. Curioso é o facto de aquela lei ter sido aprovada, mas não a admissão do agente infiltrado, tendo-se admitido apenas a “acção controlada”.

Só seis anos depois, a 12 de Abril de 2001, se introduz neste ordenamento o agente infiltrado entre outros meios, com a aprovação dos deputados brasileiros da Lei nº 10.217 que veio modificar a Lei de 1995, todos sujeitos a autorização judicial.

Quanto à forma de adopção deste meio de investigação, o legislador não optou pela mesma via que optou o legislador português, isto é, através de um regime específico para este instituto, optou-se antes por fazer uma breve referência ao mesmo através de uma alínea na Lei das Drogas sem grandes minuciosidades, o que revela a pouca importância dada a este meio de investigação, algo com que a doutrina se vem debatendo, a par da fraca regulamentação.

De ressaltar que ao contrário de Portugal, neste ordenamento o agente infiltrado não pode ser um particular, limitando tal possibilidade a agentes de polícia ou pertencentes a algum órgão de inteligência, sendo que nos dois casos, a autorização tem de ser judicial e sigilosa. A legislação brasileira consegue ser peculiar num aspecto, pois permite que o agente infiltrado seja usado na investigação de qualquer delito, contando que o mesmo tenha sido cometido por grupos organizados.

É ainda de salientar que esta legislação não faz qualquer referência aos tipos criminais que podem ser cometidos pelo agente infiltrado, o que consideramos de suma

relevância, dado que torna-se uma constante o cometimento de delitos no seio de organizações criminosas.

7.2.2 E.U.A.

Eis-nos chegados à maior potência mundial, e provavelmente o país mais desenvolvido do mundo, com a criminalidade organizada das mais avançadas do globo e dizemos isto porque se servem dos mesmos meios que as autoridades se servem para a combater, e porque os seus métodos de defesa contra as investigações estatais são avançados, como nos diz Isabel Oneto, ao apontar que neste ordenamento “...muitas organizações criminosas já adoptam contra-medidas, entre as quais a obrigatoriedade de um rito inicial de acesso à organização e que impõe ao novo membro à prática de um homicídio”¹¹³. Ressalva ainda esta autora, de acordo com Gropp, as dificuldades que se têm sentido nos E.U.A. para tirar proveito do agente infiltrado, pois apesar de ser um meio extremamente necessário no combate à criminalidade organizada, esta tem-se defendido e precavido devidamente como pudemos verificar. Segundo Rafael Pacheco, o agente infiltrado é mesmo “o meio de investigação de provas mais empregado pelos organismos policiais norte-americanos, mormente o *Drug Enforcement Administration* (DEA)”¹¹⁴.

As operações encobertas encontram-se previstas no Código Federal nos caps. 13 (Prevenção e Controle) e no cap. 21 (Alimentos e Drogas) e são da competência dos agentes do Federal Bureau of Investigation (FBI). Actualmente permite-se a compra de substâncias proibidas para serem usadas nas operações encobertas, bem como a criação de empresas fictícias pelo agente infiltrado e pode-se mesmo dizer, que foi neste ordenamento que o agente infiltrado ganhou maior destaque, graças em parte à data em que o mesmo é conhecido neste país (desde o séc, XVIII) e também devido à doutrina da *entrapment defense*, que corresponde à defesa dos direitos dos cidadãos, e ao cumprimento do “*due process of law*”, o mesmo é dizer, processo equitativo e protecção da esfera privada dos cidadãos contra intromissões abusivas do Estado.

¹¹³ GROPP, W., *Special Methods of Investigation for Combating Organized Crime*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Lisse (Holanda), 1993, p.33 apud ONETO, Isabel, *op. cit.*, p. 96.

¹¹⁴ PACHECO, Rafael, *Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 22.

À semelhança do que sucede no ordenamento jurídico português, também neste caso se permite a infiltração por agentes de autoridade, como por particulares, consagrando-se mesmo conforme nos diz Isabel Oneto “imunidade geral para os funcionários policiais que, no exercício das competências que lhe são próprias e que legalmente lhes tenham sido atribuídas, realizem operações encobertas”¹¹⁵ e à semelhança do nosso ordenamento, a maioria dos estados exigem autorização judicial para a infiltração, sendo que as acções com duração superior a seis meses carecem de autorização, não apenas do M.P., como também de um comité específico de controlo. Em situações de urgência, pode ser um director do FBI a autorizar as mesmas, estando a mesma sujeita a validação pelas entidades atrás referidas num prazo máximo de 48 horas.

Quanto à apresentação dos relatórios relativos às acções encobertas, o agente infiltrado tem por obrigação apresentar o mesmo, revelar a sua verdadeira identidade, e está ainda sujeito à necessidade da sua comparência no julgamento do/s acusado/s. De referir ainda que se admite o cometimento de delitos pelo agente infiltrado, desde que com autorização superior *a montante*, ainda que com restrições como o são a obtenção de benefícios pessoais, a violação de direitos constitucionais (salvo se autorizado superior e previamente), compensações sexuais em pleno exercício, a coacção, pressão e/ou ameaça e por fim a transformação do agente em agente provocador.

Para terminar o capítulo, fazer referência ao tipo de acções encobertas neste ordenamento¹¹⁶, sendo classificadas pela doutrina quanto ao grau de infiltração do agente infiltrado no ambiente criminoso e ao tempo/duração da acção. Dividem-se assim em “light cover” (infiltração leve), a qual em termos de duração não ultrapassa os 6 meses, e como o próprio nome sugere, não é tão exigente a todos os níveis como sejam o planeamento, o controlo ou o conhecimento e na prática anterior em situações similares. A sua verdadeira identidade não muda e não se exige uma constante permanência no meio criminoso.

Já nas “deep cover” (infiltração profunda) sucede precisamente o contrário, uma vez que a sua duração é superior a 6 meses, implica claramente um planeamento pormenorizado de todos os detalhes da operação nas suas diversas fases, por exemplo de que forma será feita a supervisão do agente e como é que se vai inserir o agente na

¹¹⁵ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado... op. cit.*, p. 105.

¹¹⁶ Para mais detalhes sobre este tema consultar: *Idem*, p. 79-84.

organização criminosa, o que poderá ser feito, tal como vimos atrás no filme por nós referido, através de um conhecido que anteriormente se relacionava com a organização que apresenta o novo membro como alguém que pretende colaborar com a mesma a troco de dinheiro. Aqui já há lugar naturalmente a identidade fictícia, bem como a afastamento da realidade social, um dos danos que apontámos durante a acção encoberta.

8. Conclusões

O agente infiltrado, agente provocador, e o agente encoberto são a nosso ver realidades distintas, sendo que o primeiro tem como principal característica a conquista da confiança do sujeito visado para recolha de informações, o segundo (inadmissível num Estado de Direito Democrático) é caracterizado por ser ele a criar a vontade no cometimento do delito, uma vez que até aí o “alvo” não estava predisposto a cometê-lo. É este agente provocador que provoca no cidadão a vontade de cometer um delito, que o leva a exteriorizar a sua vontade e por fim o agente encoberto tem como principal característica, a sua passividade na resolução criminosa, no lugar deste poderia qualquer outra pessoa que o crime seria praticado na mesma, não contribui em nada para o seu cometimento.

As acções encobertas colocam em causa vários princípios constitucionais e processuais e uma avaliação da sua admissibilidade, passará sempre por uma ponderação de, se os fins que visam, compensam a violação de princípios sustentatórios da dignidade da pessoa humana. Ao estado compete minimizar ou mesmo neutralizar os efeitos que as acções encobertas têm nos cidadãos, para que estes princípios encabeçados pela dignidade da pessoa humana sejam o menos visados possível. Ao acusado devem ser dadas as mesmas “armas” de defesa que a acusação possui, para que não fique numa situação desvantajosa, sendo que o Estado não pode combater o “cancro” da sociedade com intromissão na esfera privada dos cidadãos de forma arbitrária.

A criminalidade organizada é um fenómeno que assola a sociedade há séculos e tem acompanhado o evoluir desta com sofisticação de meios tecnológicos, logísticos, entre muitos outros, um desenvolvimento que consegue mesmo estar acima por vezes do que é usado pelas entidades investigatórias. O agente infiltrado consegue ser dos poucos, para não dizermos o único meio de investigação, que consegue ser eficaz e reduzir a diferença que separa a evolução no desenvolvimento da criminalidade organizada, para com a capacidade investigatória do Estado na tentativa de travar a expansão deste fenómeno. É um fenómeno que se serve de tudo para conseguir os seus intentos e exige do agente infiltrado, uma preparação que a nosso ver um particular não

pode ter, em parte devido à experiência que estes agentes têm no combate a esta criminalidade, bem como um saber actuar em determinadas circunstâncias a qual deve ser investigada não isoladamente, mas sim como um todo.

O agente infiltrado foi pela primeira vez regulamentado em Portugal através do Decreto-Lei nº 430/83 de 13 de Dezembro (Lei da Droga) e só era admitido como facilmente concluímos neste âmbito. Posteriormente surge o Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de Janeiro, que consagra as entregas controladas e vem punir o branqueamento dos frutos obtidos com o tráfico de estupefacientes, no entanto, é com a Lei nº 36/94 de 29 de Setembro que se vem pela primeira vez permitir o uso do agente infiltrado. De seguida com a Lei 45/96 de 3 de Setembro que altera a lei pioneira, vem-se alargar o âmbito de actuação do agente infiltrado à prevenção e repressão criminal e com a derradeira e talvez a mais notória lei reguladora do agente infiltrado temos a Lei nº 101/2001 de 25 de Agosto, onde temos o maior alargamento em toda esta legislação a crimes que não tanto pela sua gravidade, mas pela dificuldade na obtenção de prova nestes domínios, vem justificar este meio excepcional de obtenção de prova.

Por aqui podemos verificar todo o cuidado que o legislador procurou em sujeitar o agente infiltrado a critérios e requisitos muito bem delimitados, uma vez que é um meio que coloca em causa direitos fundamentais dos cidadãos, embora também, como confirmámos deixa algumas lacunas.

A admissibilidade deste instituto, justifica-se por ser um meio de defesa de direitos fundamentais dos cidadãos na protecção contra a criminalidade organizada, a sua legitimidade encontra-se na lei e para aferir da mesma temos sempre de passar pela análise à luz de princípios basilares de um Estado de direito democrático.

Mas nem tudo neste instituto é positivo, o mesmo não apresenta só vantagens, também apresenta desvantagens para além dos direitos atingidos, não só para o próprio agente infiltrado durante e após a operação encoberta, como para os visados e a sociedade em geral, criando-se um clima de desconfiança. Na verdade, o Estado cumpre o seu papel na defesa da comunidade e do bem colectivo, mas dá uma imagem de tudo poder no alcance dos seus intentos, cria problemas sociais e psicológicos, causa desequilíbrios vários, arrogando-se da eficácia na investigação criminal. No entanto estes são males menores em gravidade e em abrangência, contra um mal maior que é a expansão de uma criminalidade organizada que corrói a sociedade.

Para concluir este trabalho, de referir que, mais do que uma visão redutora e restritiva do ordenamento nacional, há que verificar num plano mais abrangente no qual se pôde confirmar que no essencial os ordenamentos internacionais convergem. Uma maior eficácia no combate à criminalidade passa pela cooperação entre estados, a troca de informações, e até a análise de outras legislações pode ser uma forma de aperfeiçoamento de lacunas nacionais. Os diversos estados estudados, reconhecem que não é isento de críticas ou prejuízo para a esfera jurídica dos cidadãos este meio de obtenção, mas um valor superior e global justifica a sua adopção por parte dos mesmos... a defesa e segurança dos cidadãos que se traduza num bem-estar colectivo.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992.
- BRAZ, José, *Investigação Criminal – A Organização, o método e a prova – Os desafios da nova criminalidade*, Almedina Editora, Outubro, 2009.
- BRAZ, José, *Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado*, in Congresso de Investigação Criminal, 2º, Lisboa, Outubro, 2010.
- CALIFANO, Enrico, *L'Agente Provocatore*, Milano – Dott. A. Giuffrè – Editore, 1964.
- DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo II, 1999.
- FONSECA, Luís G. S. Dinis, *O Crime Organizado*, Revista de Investigação Criminal, nº 22, Março, Edição da Polícia Judiciária do Porto, 1987.
- 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, CEJ, Coimbra Editora, 2005.
- GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado vs o Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, 2001.
- GONÇALVES, Fernando, ALVES, Maria João e VALENTE, M. M. Guedes, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado - Comentado e Anotado – Legislação Complementar*, Almedina Editora, Coimbra, 2001.
- GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo, *El agente infiltrado en España y Portugal* in VALENTE, M. M. Guedes, *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa - Interferências e Ingerências Mútuas*, Almedina Editora, 2009.
- KREY, Volker F., *Legal Problems in Using Undercover Agents Including Electronic Surveillance for their Backup and as Instrument of Crime Prosecution in Germany*, in Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Universidade do Minho, Tomo L, nº 289, Janeiro/Abril, 2001.
- LOUREIRO, Joaquim, *Agente Infiltrado? Agente Provocador!, Reflexões sobre o 1º Acórdão do T.E.D. Homem – 9.Junho.1998 Condenação do Estado Português*, Almedina Editora, Coimbra, Outubro 2007.
- MARTÍN DELGADO, Joaquín, *La Criminalidad Organizada, Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación...*, J.M.Bosch – Editor – Barcelona, 2001.
- MARTINS, A. G. Lourenço, *Direito Internacional da Droga e da Toxicodependência*, Coimbra, 2003.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, 1999.

MONTE, Mário Ferreira, *Anotação ao Relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, processo nº 25829/94, Francisco Teixeira de Castro contra Portugal*, in *Scientia Iurídica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo XLVI, Univ. do Minho, 1997.

MONTE, Mário Ferreira et. al., Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, 2009.

OLIVEIRA, Eugénio Pacceli, *Curso de Processo Penal*, Edição Lumen Juris, 2008

ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado: Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Rafael, *Crime organizado – medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2008.

Revista do CEJ, *Dossiê Temático – Direito Contra Ordenacional*, número 14, Almedina Editora, 2º Semestre 2010.

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal, Novos Métodos “Científicos” de Investigação Criminal nas Fronteiras das nossas Crenças*, Tomo IV, 1ª Edição, Rei dos Livros, 2011.

ROCHA, João Luís de Moraes, *Droga. Regime Jurídico*, Legislação Nacional Anotada – Diplomas Internacionais, Lisboa, 1994.

RUIZ ANTON, Luís Felipe, *Del Agente Provocador y del Delito Provocado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen dedicado a “Problemas de Autoría”, editado por el Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1994.

RUIZ ANTON, Luís Felipe, *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, Madrid, 1982.

SANCHEZ, Juan Muñoz, *El Agente Provocador*, Tirant Monografias, Valência, 1995.

SANCHEZ, Juan Muñoz, *La Moderna problemática Jurídico Penal del Agente Provocador*, Valência, 1995.

SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime Organizado – Procedimento Probatório*, São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Germano Marques da, *Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos*, in *Direito e Justiça*, F.D.U. Católica, Vol. VIII, T. 2, 1994.

SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Penal Preliminar*, UCP, 1990.

SILVA, Marco António Marques da, *Acesso à justiça e Estado democrático de direito*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001.

- SILVA SANCHÉZ, José Maria, *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.
- SILVEIRA, Jorge Noronha, Separata, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Suplemento, *Processo Penal e Criminalidade Organizada*, Coimbra Editora, 2003.
- SOUSA, Paulo Pinto de, *Acções Encobertas. Meio enganoso de prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador Outras Questões*, in Revista do CEJ, *Dossiê Temático – Direito Contra Ordenacional*, número 14, Almedina Editora, 2º Semestre 2010.
- VALENTE, M. M. Guedes, *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa - Interferências e Inerências Mútuas*, Almedina Editora, 2009.
- VALENTE, M. M. Guedes, *Dos órgãos de Polícia Criminal, Natureza – Intervenção – Cooperação*, Almedina Editora, Coimbra, 2004.
- VALENTE, M. M. Guedes, *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, CUNHA, José Manuel Damião da, Cap. *Dos Meios de Obtenção da Prova face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal*, Almedina Editora, 2006.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *O agente infiltrado na investigação e prevenção dos crimes de corrupção e de branqueamento de capitais*. In: *Blanquei de Dinero y Corrupción en el Sistema Bancario*. Ediciones Universidad de Salamanca, nov. 2002.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, Coimbra, Outubro 2009.
- VALENTE, M. M. Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial – 3ª Edição*, pp. 486, Almedina Editora, Coimbra, 2012.
- VOGEL, Joachim, *Derecho Penal y globalización*, in CANCIO MELIÁ, Manuel, *Globalización y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9, 2005.
- WINTER, Lorena Bachmaier, *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in Congresso de Investigação Criminal, 2º, Lisboa, Outubro, 2010.

Endereços electrónicos consultados

<https://dre.pt/application/file/a/443237>

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{\"itemid\":\[\"001-57980\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{\)

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{>

http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/LEI109_2009_CIBERCRIME.pdf

<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-processuais/outra-legislacao/proteccao-de-testemunhas>

<http://www.dgsi.pt/bpjl.nsf/83cbe9acef94db5a8025730800549412/64d0ee0b4bab7bf4802567b5003cd1b4?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8e6a4b734855238b80257a3a00628c9f?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/36114ab34d8a6e458025661700422a52?OpenDocument&ExpandSection=-2>

<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>

<https://www.gov.uk/police-and-criminal-evidence-act-1984-pace-codes-of-practice#pace-codes-of-practice>

<http://www.oexplorador.com.br/site/ver.php?codigo=14291>

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=ac%F3rd%E3o&ficha=8095&pagina=323&exacta=&nid=3845

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis

http://www.portugal.gov.pt/media/904058/20130327_RASI%202012_vers%C3%A3o%20final.pdf

<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000102.html>