



Universidade do Minho
Escola de Direito

A Atuação do Agente Infiltrado ou Provocador no Processo Penal

Mestrado em Direito Judiciário e
Organização Judiciária

Trabalho de Processual Penal

Corentina Nabais, PG 20473
Duarte Rocha , PG 20434
Eurico Carrapatoso, PG 20439
João Ferreira, PG 20428
Marisa Silva, PG 20376
Nádia Martins, PG 20461
Nelma Rodrigues, PG 20438
Paula Junqueira, PG 20449

18-02-2012





Universidade do Minho
Escola de Direito

A Atuação do Agente Infiltrado ou Provocador no Processo Penal

Docente: Professor Doutor

Mário Ferreira Monte



Índice

Introdução	3
Enquadramento Histórico	4
Enquadramento Legal	6
Conceito de Agente Infiltrado e a sua comparação ao Agente Provocador	6
Admissibilidade do Agente Infiltrado e Agente Provocador	12
Regime Jurídico da Ações Encobertas.....	14
Valoração das provas recolhidas pelo Agente Infiltrado	15
Regime das provas obtidas pelo Agente Provocador	20
Conclusão	25
Bibliografia	27



Introdução

Aquando da escolha do tema para a elaboração do trabalho, a problemática do Agente Infiltrado vs Agente Provocador surgiu desde logo, devido à grande controvérsia que envolvem estas figuras.

A maior parte das pessoas, juristas ou não, têm noção daquilo em que consiste o regime do agente infiltrado, os meios de comunicação social alertam-nos para o cada vez mais recorrente uso desta figura.

Conscientes das dificuldades de abordar um tema tão controverso e com tanto “pano para mangas” como este, decidimos mesmo assim deitar “mãos à obra”, por considerarmos ser extremamente enriquecedor e interessante.

Tendo clara noção de que o tempo para a realização do trabalho foi extremamente escasso relativamente à amplitude do tema e por isso alguns aspetos não mereceram a atenção devida.

O primeiro e principal objetivo foi tentar dar uma noção de agente infiltrado, agente provocador e agente encoberto (dando menor importância a este último já que é minoritária a doutrina que admite esta classificação), analisando a doutrina e a jurisprudência.

Para melhor entender a figura do agente infiltrado, tentamos fazer um enquadramento histórico-social e legislativo, de forma a compreender a evolução que a figura sofreu ao longo das décadas.

Foi na década de 90 que a figura do agente infiltrado começou a assumir uma maior relevância nos ordenamentos jurídicos europeus estando diretamente relacionado com o apogeu da criminalidade altamente organizada, ligada essencialmente ao tráfico de droga, tráfico de armas e branqueamento de capitais.

Com a delimitação das figuras de agente infiltrado vs agente provocador, o objetivo foi de seguida abordar a sua admissibilidade, no âmbito do processo penal e constitucional. Analisando o Regime das Ações Encobertas (Lei 101/2001, de 25 de Agosto) respondemos a perguntas tais como: Quem pode ser agente infiltrado? Como tem ser a atuação do agente infiltrado? Quais os crimes onde se pode socorrer a ação encoberta? Que critérios devem ser observados para a legalidade da ação encoberta? Como dever ser a atuação do agente (abordando conceitos como a instigação, autoria mediata)?.

Também mereceu a nossa atenção a legalidade da prova e dos meios de obtenção de prova no âmbito das ações encobertas, nomeadamente a análise dos princípios constitucionais e processuais penais a salvaguardar para a legitimação deste método de investigação que é o agente infiltrado.



Enquadramento Histórico

O comum dos autores reconhece que a figura do agente provocador e do agente infiltrado, movimentaram-se historicamente sob a designação de *agent provocateur* na França do *Ancien Régime*¹.

Como refere Alves Meireis, os “primeiros agentes provocadores da história europeia” foram contratados por inspetores da polícia parisiense, em finais do século XVIII². No recrutamento desses agentes, a polícia distinguia entre “aqueles que trabalham encobertos, na clandestinidade, a que chama eufemisticamente de ‘observateurs’ e aqueles que são abertamente contratados, a quem, em linguagem popular, denominava de ‘mouches’, ou ‘sous-inspecteurs’, ‘commis’ ou ‘préposés’³.

Existia, assim, diferentes formas de intervenção do *agent provocateur*: o agente podia ser contratado para se infiltrar (agente infiltrado) ou ser pago para seguir, escutar e informar, como para provocar a comissão do crime (agente provocador), ou aquele que negocia a sua liberdade a troco de cooperação (informador).

Muñoz Sánchez, sublinha que a utilização do agente provocador “como técnica de luta contra a criminalidade” era uma “constante nas medidas tático-policiais dos diversos regimes políticos”⁴, segundo o qual, permitiu reforçar o regime através da criação da figura do delator. Essa figura era composta por cidadãos que se limitavam a espiar e a dar conhecimento dos factos às autoridades, sem que se realizasse uma atividade de provocação e, em troca, recebiam favores do Rei ou das autoridades oficiais⁵.

No entanto, com o passar do tempo essa atividade de mera espionagem passou à de provocação como forma de “neutralizar” a oposição ao regime. Podemos assim constatar que inicialmente a utilização do *agent provocateur* ocorria quer para fins de prevenção e repressão criminal, como para fortalecer estratégias políticas de poder.

Contudo, e apesar da expressão *agent provocateur* ser do uso comum nos ordenamentos jurídicos, será na Alemanha, com o estudo de Glaser em 1858 sobre o dolo do instigador, que se dá ao tratamento do agente provocador (*Lockspitzel*) enquanto figura jurídica dogmaticamente enquadrada, afastada do carácter político que marcou o seu nascimento⁶.

É de referir que na França, curiosamente o tratamento dado ao agente provocador por parte da doutrina e jurisprudência foi praticamente nula. Em Espanha, seguiu-se o mesmo

¹ Aires de Sousa, Susana - “*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões”, p. 1223.

² Meireis, Manuel Augusto Alves - “*O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*”, Coimbra, 1999, p. 20.

³ Meireis, Manuel Augusto Alves - “*O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*”, Coimbra, 1999, p. 21.

⁴ Sánchez, Juan Muñoz - “*La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*”, Valência, 1995, p.21.

⁵ Sánchez, Juan Muñoz - “*La moderna...*”, cit., idem, nota 4.

⁶ Aires de Sousa, Susana - “*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões”, p. 1224.



caminho, não merecendo especial interesse por parte da doutrina. Já no Reino Unido, o tratamento e recurso ao *agent provocateur* era uma prática corrente, tendo uma origem antiga naquele país, segundo Sybil Sharpe⁷.

Entre nós, a partir da II metade do século XIX, quer a doutrina quer a jurisprudência, iniciam a análise jurídica dos chamados “homens de confiança”. Nomeadamente, nas *lições de direito criminal* de 1845 e nas *lições de direito criminal português*, de 1861 de Sousa Pinto com o uso da expressão <provocador>⁸. Será, então, dentro dos chamados “homens de confiança”, que se irá autonomizar as figuras do agente provocador e agente infiltrado.

No seio da doutrina continental, foi o agente provocador que maior atenção suscitou. Contudo, segundo sustenta Alves Meireis, o direito americano operou uma “verdadeira revolução na problemática da provocação do crime” ao deslocar o seu epicentro para a figura da problemática no agente provocador”⁹, com a criação da doutrina da *entrapment defense*. Esta doutrina, de origem jurisprudencial teve a sua primeira consagração no processo *Sorrels vs U.S.*, em 1932¹⁰.

Com o fim da era pós-industrial, o fenómeno da nova criminalidade emerge face à emergência de uma *sociedade de risco* – a *Risikogesellschaft* de que fala o sociólogo Ulrich Beck.

Dessa evolução tecnológica, surgem modernas formas de criminalidade frequentemente muito bem estruturadas e organizadas e, por isso mesmo particularmente eficazes no exercício das suas atividades criminosas. Em face disto, a partir do último quartel do século XX, as legislações dos vários países sentiram necessidade de adotar diversas medidas de combate a este verdadeiro flagelo.

Em finais dos anos 50 os países da Europa Ocidental desenvolveram formas de cooperação no combate à criminalidade mas, a partir dos anos 80, essa cooperação recebeu um forte impulso na sequência do aumento da criminalidade internacional. Um dos instrumentos adotados pela maioria dos países da U.E. traduziu-se na Convenção de Schengen, que contém regulamentos detalhados sobre as formas de cooperação entre as autoridades policiais dos vários Estados subscritores. Contudo, não existe qualquer referência às operações encobertas.

⁷ Planas, Gabriel Garcia - “*Consideraciones en torno al agente provocador*”, in cuadernos de política criminal, Madrid, 1982, p. 378.

⁸ Aires de Sousa, Susana - “*Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões*”, p. 1225.

⁹ Meireis, Manuel Augusto Alves - “*O Regime, ...*” cit., p. 85.

¹⁰ Um agente policial visitou um antigo companheiro de guerra, que se encontrava na companhia de três amigos. Com o pretexto de que ambos haviam lutado na divisão durante a I guerra mundial, o agente policial solicitou ao indivíduo que arranjasse uma bebida alcoólica. Este recusou, mas o agente insistiu três a cinco vezes, tendo aquele acabado por aceder à solicitação, obtendo meia garrafa de whisky. O indivíduo foi posteriormente acusado de ter violado o *National Prohibition Act* e condenado em tribunal, que rejeitou a tese da defesa, alicerçada no facto de ter havido instigação ao crime por parte do agente policial. Mas em sede de recurso, os juizes americanos acabaram por consagrar a tese de *entrapment defense* assente no critério subjetivo.



Enquadramento Legal

A figura do agente infiltrado está atualmente consagrado em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, designadamente europeus como *verbi gratia*, França, Itália, Alemanha, embora com mais ou menos restrições, maior ou menor amplitude. Portugal não foge à regra.

Esta figura, enquanto meio de obtenção de prova, não se encontra previsto no Código de Processo Penal. Todavia, a Constituição da República Portuguesa embora não o preveja expressamente, admiti-o, quando no seu art.º 18º, permite o recurso aos meios necessários para garantir a realização e defesa de outros direitos e interesses com tutela constitucional.

Na verdade, a doutrina tem procurado distinguir, dentro do conceito extensivo de homens de confiança, as figuras do agente provocador e do agente infiltrado de forma a considerar que a figura que o legislador tem vindo a admitir em legislação especial, desde 1983, é somente a do agente infiltrado.

A primeira referência legal no que toca à investigação e prevenção do crime dá-se com o art.º 52º do DL n.º 430/83 de 13 de Dezembro. Contudo essa norma transita para o art.º 59º, nº 1 do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Mais tarde com a Lei n.º 36/94 é alargada a atuação do agente infiltrado no âmbito do combate à criminalidade económica e financeira. Surgem mais dois Decretos-Leis, o 36/95, de 29 de Setembro e o 45/96 de 3 de Setembro, que alargam a atuação do agente infiltrado na prevenção e repressão dos crimes do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

No entanto, em 1998 uma decisão da comissão europeia dos direitos do homem, envolvendo um cidadão português contra o governo português, foi bastante importante para o surgimento da Lei de 2001.

Assim, em 2001, o legislador através da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, cria o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, revogando os arts.º 59º e 59º-A do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e o art.º 6º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. Este regime vem consagrar a figura do agente infiltrado, contribuindo, para definir os contornos da atuação do aí designado agente encoberto, alargando substancialmente o âmbito das ações desenvolvidas e potencia as atuações encobertas ao abrigo do art.º 125º CPP - legalidade da prova.

Conceito de Agente Infiltrado e a sua comparação ao Agente Provocador

O desenvolvimento da criminalidade organizada tem levado os estados, no combate àquela criminalidade e na perseguição pela justiça, a legitimar e legalizar o recurso, por parte dos órgãos de investigação criminal, a técnicas de prevenção e investigação ocultas.



De entre as referidas técnicas, cabe destacar o uso de funcionários policiais integrados no meio criminal, com ocultação dessa qualidade, tendo por objetivo não somente a investigação e recolha de provas, mas a prevenção criminal.

A atuação encoberta dos funcionários policiais convoca a figura do homem de confiança. Todavia, a expressão homem de confiança abrange “todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de persecução penal, tendo como contrapartida a promessa de confidencialidade da sua identidade e atividade. Nela se incluem tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade), como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (*Untergrundfahnder, undercoveragent, agentes encobertos ou infiltrados*) que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (*Polizeispitel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios à prática do crime (*polzeilicheLockspitzel, agent provocateur, entrapment*)”¹¹.

A doutrina e a jurisprudência têm distinguido, no seio desta noção ampla, as figuras do agente provocador e do agente infiltrado. Cabe ainda referir a figura do agente encoberto, que será esclarecida mais adiante.

A figura do agente infiltrado sempre gerou algumas dificuldades dogmáticas, quer no plano substantivo, quer no plano processual, contribuindo para o acumular dessas dificuldades a inexistência de uma delimitação clara do conceito. A consagração legal da figura do agente infiltrado, plasmada no DL n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, veio dar uma contribuição importante ao tentar definir os contornos da atuação do aí designado agente encoberto. Efetivamente, o art.º. 1.º, n.º 2 deste diploma vem definir que as ações encobertas são “desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”. A partir desta consagração legal, várias são as delimitações concetuais possíveis, especialmente no que toca ao grau de participação do agente nas operações de prevenção e repressão dos crimes.

No entanto, cremos que a Lei n.º 101/2001 potenciou em larga medida e ao abrigo do art.º. 125º do C.P.P., as atuações encobertas. Da definição de ações encobertas (n.º 2 do artigo 1º) decorre que a lei veio permitir a figura dos homens de confiança, não distinguindo entre agente provocador e agente infiltrado.

A distinção mais frequente feita pela doutrina e pela jurisprudência é entre agente infiltrado e agente provocador, sendo também esta distinção a que mais dificuldades provoca.

Para delimitar estas figuras, Germano Marques da Silva refere-se à contribuição do agente para a formação do crime. Assim, o agente infiltrado caracteriza-se por não participar

¹¹ Classificação efetuada por Meyer, *apud* Manuel da Costa Andrade - “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 220.



na prática do crime, “a sua atividade não é constitutiva, mas apenas informativa”¹². Pelo contrário, o agente provocador será aquele que utiliza a provocação como instrumento de atuação, ou seja, ele “não revela um crime e um criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso”¹³.

Por sua vez, Manuel da Costa Andrade, inspirando-se na doutrina alemã, acolhe um conceito mais amplo de “homens de confiança”, englobando nesta designação tanto os agentes infiltrados como os agentes provocadores. Assim, nesta designação cabem os agentes que “quer se limitem à recolha de informações, quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime”¹⁴. Os primeiros corresponderão aos agentes infiltrados ou encobertos e os segundos aos agentes provocadores.

Manuel Augusto Alves Meireis faz uma estruturação distinta, entendendo que há três modalidades distintas de “homens de confiança”: os agentes encobertos, os agentes infiltrados e os agentes provocadores.

Para este autor o agente encoberto será um funcionário policial ou um terceiro à sua ordem que, sem revelar a sua identidade, frequenta meios previsivelmente criminosos com o objetivo de recolher possíveis indícios relevantes, mas cuja presença e cuja qualidade “não determinam nem influenciam de forma alguma o rumo dos acontecimentos, naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma”¹⁵.

Já quanto ao agente infiltrado, este também não terá uma conduta que propicie a ocorrência de factos, limitando-se a ganhar a confiança dos suspeitos de forma a obter material probatório contra os suspeitos, “mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos de execução se necessário for”¹⁶.

Portanto, no entendimento deste autor, uma das principais diferenças entre agente encoberto e agente infiltrado parece ser o grau de intervenção e de integração do agente na situação criminosa. No caso do agente encoberto a intervenção é mínima, o agente é um mero observador, enquanto que no caso do agente infiltrado a sua atuação, embora não seja formadora do crime, pode incluir, se necessário, atos de execução do mesmo.

Por último, o agente provocador distingue-se das demais categorias por ter uma atitude pró-ativa no decurso dos acontecimentos; são aqueles agentes que, aproveitando

¹² Germano Marques da Silva - “*Bufos, infiltrados e arrependidos. Os princípios Democrático e da Lealdade em processo penal*”, in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*, Volume VIII, II, 1994, p. 29.

¹³ Germano Marques da Silva - “*Bufos, infiltrados e arrependidos. Os princípios Democrático e da Lealdade em processo penal*”, in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*, Volume VIII, II, 1994, p. 31.

¹⁴ Andrade, Manuel da Costa - “*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 220.

¹⁵ Meireis, Manuel Augusto Alves - “*Homens de Confiança*”, in *II Congresso de Processo Penal*, Almedina, Lisboa, 2006, p. 93.

¹⁶ Meireis, Manuel Augusto Alves - “*Homens de Confiança*”, in *II Congresso de Processo Penal*, Almedina, Lisboa, 2006, p. 94.



“uma certa predisposição do sujeito para o crime, o convencem à sua prática”¹⁷. A sua conduta será equiparada à de um instigador.

Por sua vez Gonçalves/Alves/Valente consideram que agente infiltrado é “o funcionário de investigação criminal ou terceiro, por exemplo, o cidadão particular, que atue sob o controlo da Polícia Judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às atividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o(s) determinar à prática de novos crimes”¹⁸. Daqui partem para a definição de agente provocador, caracterizado como aquele que “cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de atos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos”¹⁹.

Estes autores aderem à tipologia tripartida proposta por Alves Meireis, distinguindo agente provocador, agente infiltrado e agente encoberto, caracterizando este último como o tradicional “agente à paisana”, que mantém uma “absoluta passividade relativamente à decisão criminosa”²⁰, não oferecendo a sua conduta, quer no plano material-substantivo, quer no plano processual, qualquer resistência.

Atendendo à doutrina, é, ainda, de referir a posição de Isabel Oneto. Esta autora defende um entendimento diferente face ao defendido por Alves Meireis, na medida em que o agente infiltrado tem uma participação ativa. Ele não é apenas um observador, mas também não atua como instigador ou como autor mediato. O agente infiltrado será o “agente policial, ou terceiro sob a orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas atividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar factos típicos sem, contudo, os poder determinar”²¹.

Acrescente-se, ainda, que esta autora, ao contrário de Alves Meireis, entende que, a fazer-se uma distinção entre agente infiltrado e agente encoberto, ela terá de ser no sentido de entender o segundo como uma subespécie do primeiro. Diz a autora que “o polícia à paisana” corresponde à definição de Alves Meireis para o agente encoberto”²²e, nesse sentido, nenhum dos dois provoca o crime nem intervém de forma significativa no desenrolar dos

¹⁷ Manuel Augusto Alves Meireis - *“Homens de Confiança”*, Congresso de Processo Penal, Almedina, Lisboa, 2006, p. 93 e 94.

¹⁸ Fernando Gonçalves/Manuel João Alves/Manuel Monteiro Guedes Valente - *“Lei e Crime – O Agente infiltrado Versus o Agente Provocador – Os princípios do Processo Penal”*, Coimbra, 2011, p. 264.

¹⁹ Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente - *“Lei e Crime – O Agente infiltrado Versus o Agente Provocador – Os princípios do Processo Penal”*, Coimbra, 2011, p. 264

²⁰ Fernando Gonçalves/Manuel João Alves/Manuel Monteiro Guedes - *“O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado”*, Almedina, Coimbra, 1991, p.40.

²¹ Isabel Oneto - *“O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 150.

²² Isabel Oneto - *“O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 139.



acontecimentos. A sua presença nesse tempo e espaço é inócua para a verificação do crime. Portanto, a distinção entre agente encoberto e agente infiltrado só é relevante se entendermos que entre o agente à paisana e o agente encoberto não há diferenças. Assim, em jeito de conclusão, o agente encoberto é “aquele que pode ocultar a sua qualidade ou identidade no seu relacionamento com terceiros, mantendo-os na sua ignorância para ganhar a sua confiança”²³ e que não há autonomia conceptual deste, mas, a entender-se o contrário, ele será uma subespécie do agente infiltrado.

Tendo em conta as diversas posições doutrinárias apresentadas, e seguindo um pouco a explicação de Sandra Pereira, parece que a distinção entre agente provocador e agente infiltrado terá de utilizar os critérios relativos ao grau de intervenção do agente no desenrolar dos factos e ao contributo do mesmo para a formação da vontade criminosa, ou seja, para a prática do crime.

Assim, deve entender-se que o agente infiltrado “será aquele sujeito (agente da autoridade ou terceiro por si comandado) que não determina outrem à prática do crime, mantendo-se à margem da formação da vontade de cometer o ilícito criminal”²⁴. Limitar-se-á a observar a eventual prática de crimes e, se necessário, acompanhará a execução dos mesmos. Já o agente provocador “comportar-se-á, na essência, como um instigador, tendo um papel determinante na ocorrência do crime”²⁵. A sua atuação, em maior ou menor medida, precipita a ocorrência do crime, pois sem a sua intervenção o mesmo não se teria verificado. Aliás, mesmo que a vontade criminosa possa já existir (algo difícil de aferir), se o agente apoiar decisivamente essa vontade, fazendo com que ela se manifeste e se concretize efetivamente, então, nesse caso, estaremos perante um agente provocador.

Relativamente à distinção entre agente encoberto e agente infiltrado, julgamos que ela não é de importância capital visto que, tal como Isabel Oneto, entendemos que a Lei n.º 101/2001 é aplicável a ambas as figuras, independentemente de elas serem autonomizáveis ou não. Parece-nos que este regime jurídico abrange, quer as condutas identificadas como típicas de agente infiltrado, quer as características do agente encoberto.

A relevância prática desta distinção opera a dois níveis: em termos da determinação da responsabilidade penal substantiva daqueles sujeitos, funcionários policiais, e, num segundo plano, no tratamento jurídico-processual das provas obtidas e recolhidas por aqueles agentes, dado o relativo consenso doutrinal e jurisprudencial quanto à admissibilidade processual das provas obtidas pelo agente infiltrado, contrariamente à reconhecida invalidade, sob a forma de nulidade, inerente à atividade probatória do provocador. Entende-se que a provocação é um meio enganoso de obtenção de prova, como tal proibido pela parte final da alínea a) no n.º 2 do artigo 126º do CPP e pelo n.º 2 do artigo 38º da CRP, enquanto ofensiva da integridade moral das pessoas.

²³ Isabel Oneto - “*O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 139.

²⁴ Sandra Pereira - “*A Recolha de prova por agente infiltrado*”, p.143.

²⁵ Sandra Pereira - “*A Recolha de prova por agente infiltrado*”, p.143.



Em relação a este segundo ponto, e como já vimos, a distinção entre agente infiltrado e agente provocador não tem sido clara, quando enquadradas no âmbito dos métodos proibidos de prova, as duas figuras não têm autonomia conceptual. Isto porque, naturalmente, para a determinação da validade da prova interessa o modo como a mesma foi obtida e não quem a obteve, ou seja, não é a qualidade do agente mas, pelo contrário, é a análise objetiva do modo como a mesma foi recolhida.

Entre nós, o Tribunal Constitucional pronunciou-se neste sentido, no seu Acórdão n.º 102/00, de 22 de Fevereiro, ao sustentar a irrelevância da qualificação da atuação do agente policial – infiltrado ou provocador – por considerar que a questão da constitucionalidade dos meios de prova deve aferir-se pela sua conformação com o n.º 6 do artigo 32º da CRP, norma que poderá ser violada se se verificar uma incorreta interpretação do estipulado na alínea a) do n.º 2 do artigo 126º do CPP²⁶.

Tendo em conta o acabado de referir, importa proferir, de um modo muito resumido, que os nossos tribunais tendem a aceitar a figura do agente infiltrado, aderindo, em regra, quer às teses da sua admissibilidade para fins preventivos, quer à justificação da legalidade da atuação do agente policial com recurso a expressões e termos utilizados na doutrina da *entrapment defense*, em particular na sua vertente objetiva.

Fica aqui, a título exemplificativo, uma decisão do tribunal no que concerne à distinção entre agente infiltrado e provocador: “a ilegitimidade e inadmissibilidade da prova obtida por via do agente provocador - o agente policial ou o particular por ele comandado que induz outrem à prática do crime para facilitar a recolha de provas da ocorrência do ato criminoso - «é inquestionável... pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir». Uma «tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de Direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética». Nada terá de ilegítimo, no entanto, a conduta do funcionário de investigação criminal, desde que não induza ou instigue o agente à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que já não estivesse disposto a praticar, porquanto em tais situações não se vê em que é que essa atuação represente grave limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido (Vital Moreira e Gomes Canotilho, Constituição da República Portuguesa, 3.ª ed., pág. 207, e Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, pág. 216) - cf. o Acórdão TC n.º 76/01, de 14.02, Proc. n.º 508/99.

Neste sentido decidiu o STJ, entre outros nos Acórdãos de 09-06-05, Proc. n.º 1015/05-3, de 06-05-04, Proc. n.º 1138/04-5, de 30-10-02, Proc. n.º 2118/02-3, de 20-02-03, Proc. 4510/02-5, sendo pacífica aquela ideia de que é preciso distinguir os casos em que a atuação do agente provocador cria uma intenção criminosa até então inexistente, dos casos em que o sujeito já está implícita ou potencialmente inclinado a delinquir e a atuação do agente apenas

²⁶ Acórdão disponível em www.tribunalconstitucional.pt/Acordaos00/101-200/10200.htm. O citado n.º 6 do artigo 32º da Constituição corresponde ao atual n.º 8 deste artigo.



põe em marcha aquela decisão. Isto é, importa distinguir entre a criação de uma oportunidade com vista à realização de uma intenção criminosa, e a criação dessa mesma intenção²⁷.

Admissibilidade do Agente Infiltrado e Agente Provocador

Uma vez já definidas e delimitadas as figuras de agente infiltrado e de agente provocador, importa agora aferir da sua admissibilidade no plano legal e constitucional.

Poderemos então, começar por referir o artigo 32º, n.º 8 da CRP que prevê as garantias dos cidadãos no âmbito do processo penal, deste artigo decorre a importância do respeito pelos direitos fundamentais na investigação criminal. Ao consagrar estes direitos a Constituição da República Portuguesa há-de permitir que se recorra aos meios de investigação necessários, entre os quais a figura do agente infiltrado, para garantir a defesa e a realização de tais direitos, tendo sempre em conta o princípio da necessidade, adequação e proporcionalidade de acordo com o artigo 18º, n.º 2 da CRP.

Desta forma, será relevante a delimitação clara entre agente infiltrado e agente provocador dado que os atos praticados pelo agente provocador configuram meios de prova proibidos de acordo com o artigo 126º, n.º 2, alínea a) do CPP, violadores portanto do princípio da integridade moral.

Neste sentido de admissibilidade da figura do agente infiltrado e não admissibilidade do agente provocador a jurisprudência tem sido unânime, entre as várias decisões judiciais sobre o tema, podemos referir duas em especial que fazem clara distinção entre as duas figuras referidas e não admitem a atuação do agente provocador, diz-nos assim o acórdão 9060/2006-3: «Se a transação de droga foi desencadeada/determinada pela PJ, tendo sido utilizado agente provocador, a prova obtida é nula, por inadmissível, por ter sido utilizado meio enganoso, proibido por lei, já que afeta a liberdade de vontade ou de decisão dos arguidos em causa. A atividade do agente provocador não pode deixar de ser considerada ilícita e, por isso, as provas assim obtidas são provas proibidas, por inadmissível face, desde logo, o art.º 125º do Código de Processo Penal, ao estabelecer que, apenas, são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.²⁸»; no mesmo sentido o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a legitimidade constitucional do agente infiltrado no acórdão 578/98 e decidiu do seguinte modo: «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 atividades criminosas de que ele é suspeito.²⁹»

²⁷ Acórdão disponível in www.dgsi.pt, Processo n.º 05P3349, Relator: Sousa Fonte.

²⁸ Acórdão disponível in www.dgsi.pt, do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 9060/2006-3 de 29-11-2006, Relator: Carlos Sousa.

²⁹ Acórdão n.º 578/98, DR - II Série, de 26/02/98, p.2951. Eduardo da Maia Costa - "Agente Provocador - Validade das Provas", in Revista do Ministério Público, n.º 93, ano 24 Editorial Minerva, Lisboa, 2003.



Alguns autores dividem-se quanto a esta questão utilizando o critério das finalidades prosseguidas, sendo elas preventivas e repressivas.

De acordo com Rui Pereira e Manuel da Costa Andrade sempre que o agente infiltrado prosseguir finalidades preventivas esta figura será de admitir, no que respeita às finalidades repressivas Manuel da Costa Andrade diverge dizendo que a conduta de agente infiltrado não será de admitir por se tratar de um meio enganoso de prova referido no artigo 126º, n.º2, alínea a) do CPP.

Diferentemente, na opinião de Alves Meireis o agente infiltrado é de admitir se forem respeitados os princípios da lealdade, necessidade e proporcionalidade e não houver violação do núcleo essencial do direito, diz o autor que só observando estas condições é que «a infiltração constituirá uma intromissão não abusiva dos direitos fundamentais, representará uma atividade lícita de recolha de prova, e as provas daí decorrentes serão consideradas válidas.³⁰»

Por seu lado Germano Marques da Silva recorre ao princípio da legalidade defendendo que o agente infiltrado só é admissível «quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça Criminal cabe tutelar.³¹»

A Lei consagra a admissibilidade do agente infiltrado quando atua com finalidades quer preventivas quer repressivas desde que salvaguardados os princípios constitucionais da dignidade humana e da integridade moral dos cidadãos. Diferentemente quanto ao agente provocador este atua como instigador tendo um papel determinante na ocorrência do crime na medida em que sem a sua atuação o crime não se teria verificado, assim não será de admitir por consistir um meio enganoso de prova pois serão «meios de prova que representam grave limitação da liberdade de formação e manifestação de vontade do arguido.³²»

Assim, concluindo e de acordo com tudo o que foi dito, entendemos que os agentes infiltrados são admissíveis no nosso ordenamento jurídico desde que respeitado o princípio da dignidade humana e apenas quando não for possível recorrer a outro meio menos lesivo dos direitos fundamentais.

Teresa Pizarro Beleza, Frederico de Lacerda da Costa Pinto - *"Prova criminal e direito de defesa - Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal"*, Almedina, 2011.

³⁰ Manuel Augusto Alves Meireis - *"Homens de Confiança"*, in II Congresso de Processo Penal, Almedina, Lisboa, 2006, p.97.

³¹ Germano Marques da Silva - *"Bufos, infiltrados e arrependidos. Os princípios Democrático e da Lealdade em processo penal"*, in Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, volume VIII, II, 1994, p.29.

³² J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira - *"Constituição da Republica Portuguesa Anotada"*, I, 4ª edição Coimbra Editora, 2007, p.524.



Regime Jurídico da Ações Encobertas

O atual regime jurídico das ações encobertas resulta da Lei 101/2001, de 25 de Agosto que revogou os artigos 59º e 59º-A do DL 15/93, de 22 de Janeiro e art.º 6º da Lei 36/94, de 29 de Setembro.

O artigo 2º desta lei veio alargar o catálogo de crimes em que é permitida a atuação do agente encoberto, tornando mais permissivo mas não deixando de ser um catálogo taxativo.

O artigo 1º, n.º 2 da Lei 101/2001 diz-nos que pode ser agente encoberto «o funcionário de investigação criminal ou terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária» e este deve atuar voluntariamente de acordo com o artigo 3º, n.º2. Assim em Portugal, diferentemente do que acontece na Alemanha (onde estes agentes são todos profissionais da polícia), o agente encoberto pode ser alguém fora das estruturas vocacionadas para a investigação criminal, esta questão tem suscitado alguma discussão quer na doutrina quer na jurisprudência.

Neste sentido Isabel Oneto refere: «maiores dificuldades suscita ainda, neste contexto a atuação do terceiro que atua sob o controlo da polícia judiciária, em particular porque a lei não define quem pode ser terceiro (ou quem não pode ser terceiro), nem dá indicações sobre o tipo de controlo que será efetuado, nomeadamente em termos de espelhar uma diferente supervisão para o terceiro daquela que se supõe também será exercida sobre o agente da polícia judiciária. E aqui não se coloca a questão da omissão do relato mas sim o “excesso” de ações para as quais o terceiro poderá ali encontrar um amparo seguro.³³»

Para que possa existir uma ação encoberta importa também fazer referência ao artigo 3º, n.º 1 que enuncia os requisitos sendo eles: «que a ação encoberta seja adequada aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto e proporcional àquela finalidade e à gravidade do crime em investigação»³⁴, o que obriga à existência prévia de indícios de atividade criminosa ou fundadas suspeitas que um crime pode estar em vias de ser cometido.

Com esta lei foi enunciado com maior rigor o alcance e os limites das ações encobertas. Na verdade, agora muito claramente se veda aos agentes encobertos que se constituam como instigadores ou autores mediatos de infrações criminais. Na lei anterior enunciava antes as condutas permitidas, embora não haja qualquer alteração normativa essas condutas permitidas excluía qualquer ato de instigação ou autoria mediata, ou seja, a nova lei apenas adotou uma definição mais rigorosa e precisa da figura de agente infiltrado conforme está enunciado no artigo 6º, n.º 1.

³³ Isabel Oneto - *“O Agente Infiltrado, Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Ações Encobertas”*, Coimbra Editora, 2005, p.198.

³⁴ Isabel Oneto - *“O Agente Infiltrado, Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Ações Encobertas”*, Coimbra editora, 2005, p.152.



Quanto à autorização para realização de ação encoberta o legislador distingue esta autorização de acordo com as finalidades prosseguidas: «a lei estabelece a competência judicial para autorizar e ratificar a decisão de autorização de ação encoberta, consoante se trate de medida de prevenção criminal ou de medida processual penal. Assim, o controlo judicial da ação tem duas modalidades: i) a ratificação expressa ou tácita pelo juiz da autorização do MP no processo criminal; ii) a autorização expressa e prévia pelo juiz no âmbito da prevenção criminal³⁵», de acordo com o artigo 3º, n.º 3 e 4.

Valoração das provas recolhidas pelo Agente Infiltrado

“O ponto de partida de toda a elaboração do direito criminal é a conduta, o comportamento humano, a ação em sentido lato como juízo teleológico, como negação de valores ou interesses pelo homem.”³⁶

Meios de obtenção de prova legalmente admissíveis

O livro III do Código de Processo Penal inicia com a disposição segundo a qual, o objeto da prova é constituído por todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (artigo 124º, n.º 1).

No processo penal, vigora o princípio da liberdade da prova, no sentido de que, em regra, todos os meios de prova são igualmente aptos e admissíveis para o apuramento da verdade material, pois nenhum facto tem a sua prova ligada à utilização de um certo meio de prova pré-estabelecido pela lei. E recorda-se também que a busca da verdade material é, no processo penal, um dever ético e jurídico.

Os métodos proibidos de prova estão indicados no artigo 126º, segundo o qual:

1. São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas;
2. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com conhecimento delas, mediante:
 - a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
 - b) Perturbação, por qualquer meio da capacidade de memória ou de avaliação;
 - c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;

³⁵ Paulo Pinto de Albuquerque - *“Comentário do Código Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*, 2ª Edição atualizada - Universidade Católica Portuguesa, pág. 658/659.

³⁶ Eduardo Correia - *“Direito Criminal”*, Volume I.



- d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
 - e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível
3. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular.
 4. Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

Este preceito está umbilicalmente ligado a um outro da nossa Lei Fundamental (artigo 32.º da CRP):

1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.
3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.
4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática de atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais.
5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.
6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em atos processuais, incluindo a audiência de julgamento.
7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei.
8. **São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. (negrito nosso)**
9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.
10. Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

«Soe dizer-se que o direito processual penal é direito constitucional aplicado porque anda estreitamente associado às normas constitucionais na medida em que é a Constituição que define a estrutura do Estado, as relações entre o Estado e os cidadãos e os direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas.³⁷»

³⁷ Jorge Miranda e Rui Medeiros - *“Constituição Portuguesa Anotada”*, Tomo I, 2.ª Edição-.



Por isso, regras como a que se encontra estatuída no n.º 8, demonstram que, embora a eficácia da justiça e a demanda da verdade material sejam valores norteadores da atuação e existência do direito penal e processo penal, não devem ser elevados a supremo objetivo absolutizado, sob pena de, assim e com isso, se degradar o respeito pela dignidade do Homem.

«Assim, para distinguir e caracterizar um meio proibido de prova é relevante o respeito ou não respeito pela liberdade de determinação, pela liberdade de vontade ou decisão, pela capacidade de memória ou de avaliação. Respeitados tais limites, isto é, sempre que o modo ou meio de obtenção ou revelação da prova não afete a liberdade de vontade ou de decisão, a autoavaliação das circunstâncias e o autodomínio do pessoa - estando em causa provas pessoais -, não há afetação do equilíbrio, da equidade, do "fair balance" entre as exigências públicas de averiguação e investigação e os direitos das pessoas fonte ou detentoras da prova.»³⁸

De tal modo assim é, que tal consagração encontra-se também presente em textos de direito internacional, tais como:

➤ Na Declaração Universal dos Direitos do Homem:

- Artigo 5.º Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes
- Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

➤ Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

- Artigo 3.º Proibição da tortura
Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.
- Artigo 8.º Direito ao respeito pela vida privada e familiar
 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

³⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, disponível in www.gdsi.pt, - STJ 200302200045105.



➤ No Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos:

- Artigo 7.º Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, inhumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.

Adequação da atuação encoberta para a prevenção e investigação

A intervenção do agente encoberto e do agente infiltrado resulta de uma necessidade que o Estado tem de fazer face à impunidade, irresponsabilidade e desresponsabilização do criminoso, que, com cada vez mais meios e recursos, consegue furtar-se à fina malha penal. No entanto, tal deve ser conseguido através da adequação dos meios implementados à complexidade da atividade que se visa reprimir ou prevenir, tendo sempre no horizonte o respeito pelo princípio da lealdade ou do fair trial “que impõe aos agentes da administração da justiça a obrigatoriedade de atuarem no estrito respeito pelos valores próprios da pessoa humana, como a sua dignidade (valor supremo que se sobrepõe aos próprios fins da justiça), como a sua integridade pessoal, cuja interdição “é absoluta”, como a própria liberdade de formação e manifestação da sua vontade.”³⁹

Limites

As técnicas de obtenção de meios de prova em processo penal devem materializar o princípio democrático como forma de legitimação do poder, impondo, deste modo, que «ao cidadão seja dada a liberdade de escolha dos seus atos»...«logo, não faz parte da democracia que exista uma estrutura processual que permita que os operadores da justiça, incluindo obrigatoriamente os órgãos de polícia criminal utilizem meios e métodos antidemocráticos, próprios de uma legitimação autoritária do poder, não se podendo - muito menos devendo - assim lançar mão de meios, (ainda que eficazes), desonestos, deontologicamente reprováveis para “apanhar alguns infratores.»⁴⁰

Por não ser um valor supremo, a verdade material cede perante a obrigatoriedade de ter em conta a dignidade, integridade e liberdade de pensar da pessoa humana, daí que, passando a atuação como agente infiltrado a ser a de agente provocador, a consequência resultante seja a estatuída pelo n.º 8 do art.º 32 CRP (nulidade de provas) e, a nível processual nos artigos 118º – princípio da legalidade e 126º CPP – métodos proibidos de prova.

«A lealdade é um princípio inerente à estrutura do processo penal. A lealdade pretende imprimir *a priori* toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da Justiça e nessa perspetiva é fundamento de proibição de prova. Nesta perspetiva parece-me

³⁹ Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente - *“O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado”*, comentado e anotado.

⁴⁰ Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente - *“O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado”*, comentado e anotado.



que o recurso a agentes informadores e agentes infiltrados viola o princípio da lealdade e pode acarretar como consequência a proibição de provas obtidas por essa via. A questão dos agentes informadores e infiltrados não tem, porém, a mesma tensão da dos agentes provocadores; estes são sempre inadmissíveis, porque agentes do próprio crime, e em circunstância alguma se pode admitir que a Justiça atue por meios ilícitos e que o combate à criminalidade se possa fazer por meios criminosos; os agentes informadores e infiltrados não participam na prática do crime, a sua atividade 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 (...). Dizemos no limite, ou seja, quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar. E que uma sociedade organizada na base do respeito pelos valores da dignidade humana, que respeite e promova os valores da amizade e da solidariedade, que vise a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno (cf. Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa), não pode consentir que o exercício de uma função soberana possa constituir a causa da quebra da solidariedade entre os seus membros, possa ser motivo de desconfiança no próximo, conduzir ao egoísmo e ao isolamento. A sociedade que assim se organize, que consinta a delação organizada e a estimule, tem na sua própria estrutura os gérmes da sua destruição.»⁴¹

Do exposto resulta que, dados os valores e problemáticas subjacentes à intervenção do agente infiltrado, apenas em concreto se poderá aferir se a atuação do agente e a prova por si conseguida, está ou não ferida de nulidade pelos motivos em cima já explanados, visto "ser muito ténue a linha que separa o agente infiltrado do agente provocador", e que no fundo quando no processo surge um agente infiltrado, "é certo e sabido que o que na realidade houve foi um agente provocador. Como observava um magistrado e professor de direito penal alemão, Kreuzer, na atuação do agente infiltrado torna-se patente a semelhança entre o proceder dos polícias e o dos delinquentes. Munido de todo o tipo de privilégios (dinheiro abundante, documentação falsa, etc.), o polícia infiltrado funciona como conspirador, incitando diretamente outras pessoas à prática de atos delituosos. Noutras ocasiões, ele tem de participar diretamente nesses atos delituosos e fechar os olhos a muitas situações graves para não prejudicar os seus colaboradores."⁴²

⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa - Processo n.º 8605/02, de 15-07-2002.

⁴² Parecer do Conselho Consultivo da PGR - N.º Convencional: PGRP00000687 - Parecer: P000501994.



Regime das provas obtidas pelo Agente Provocador

O agente provocador na sua vertente processual penal, mais não é, do que um método pessoal de obtenção de provas.

A única coisa que podemos afirmar com a provocação é a aptidão do indivíduo para o crime através da prática do ato para o qual foi provocado. Isto não serve os fins do nosso processo penal: realização da justiça e a descoberta da verdade material, a proteção dos direitos fundamentais e o restabelecimento da paz jurídica.

A provocação não se reconduz a uma forma de investigação processual nem de prevenção do crime, mas antes a uma forma de repressão que o Estado utiliza para punir os cidadãos que respondem afirmativamente à provocação. A provocação é uma violentação psicológica da vontade do cidadão e constitui, por isso mesmo, uma ofensa à integridade moral da pessoa humana, protegida no art.º 25º, n.º 1 da Constituição e que segundo Gomes Canotilho/Vital Moreira é absolutamente irrestritivo. A proteção da integridade moral da pessoa enquanto expressão de liberdade de pensamento é garantida por meios de defesa gerais e meios próprios do processo penal. Assim de entre as várias garantias de processo criminal, temos o art.º 32º, n.º 8 da CRP, que diz respeito à obtenção das provas.

No que toca aos direitos absolutamente irrestritivos que decorrem da dignidade humana – art.º 1º CRP – e dos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático – art.º 2º CRP – estes constituem um verdadeiro limite aos interesses do processo criminal. O art.º 32º, n.º 8 - parte da CRP defende a integridade pessoal e a liberdade individual – art.º 25º, n.º 1 CRP das potenciais investidas do processo penal enquanto expressão da liberdade de pensamento, vontade ou de ação.

Na proibição desta ofensa, a integridade moral da pessoa cabe também a proibição de utilização de meios de prova, que sejam capazes de afetar psicologicamente o indivíduo na sua vontade, conhecimento ou decisão.

Assim, o legislador acolheu no art.º 126º, n.º 2 do CRP a norma constitucional, sendo que, as suas várias alíneas reportam-se a todas as situações anómalas de perturbação da vontade, conhecimento e decisão. Por isso, a provocação aparece como um método proibido de prova, subespécie “meios enganosos”, uma manifestação da categoria «Täuschung» enquanto «Beweiverbotemittel».

Na Alemanha Lüderssen construiu uma tese da improcedibilidade processual em favor do provocado com base na «Täuschung» - art.º 136 a) STPO. Assim, adotando uma interpretação extensiva da norma do código do processo alemão, semelhante à nossa (art.º 126º, n.º 2 CPP), defendia que a presença do agente provocador, pretendendo o esclarecimento do facto através de uma prova não admitida, deveria viciar todo o processado e, em consequência, ser o arguido absolvido. A jurisprudência do BGH, adotou uma interpretação restritiva do mesmo artigo, excluindo sempre dos efeitos do facto a total impunidade do provocado. A jurisprudência de tribunais inferiores, nomeadamente o Amtsgericht de Heidenheim no caso “da sedução” de 27-11-1980, arquivou o processo que corria contra a provocada pelo crime de aquisição de estupefacientes, porque a arguida fora



induzida ao facto por um agente provocador que para esse fim havia desfrutado do seu ascendente derivado da relação amorosa existente entre ambos.

Esta decisão aproxima-se do paradigma americano da *entrapment defense* na vertente objetiva.

Em suma, alguma doutrina e a jurisprudência do BGH têm vindo a defender em nome da eficácia da justiça penal o sacrifício de alguns direitos fundamentais em sede de valoração e produção da prova, obtidas pelo agente provocador, na luta contra a criminalidade mais grave, segundo um princípio de ponderação de interesses. Foi o que aconteceu no primeiro e no segundo caso do diário (Tagebuchfall) em 21-2-1964 e em 9-7-1987. Hässemmer Amelung, entre outros, vieram opor-se a esta teoria dizendo que o princípio do estado de direito representa um baluarte contra o qual esbarram os interesses da perseguição penal. Para estes autores, ao permitirmos estes meios enganosos estaríamos a transformar o delinquente em inimigo e o direito penal em direito penal do inimigo. Ora para Radbruch o *ius puniendi* enquanto expressão de um Estado de Direito há-de aparecer perante o delinquente com um poder dotado de superioridade ética, logo a proteção dos direitos fundamentais que se manifesta no regime das proibições de prova, para além de tutelar o seu titular é garantia de credibilidade e reputação do Estado de Direito.

A provocação surge-nos como um flagrante atentado do princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, que tem o seu apoio constitucional em princípios, como a dignidade humana, a liberdade de ação e a presunção de inocência. A provocação, enquanto método proibido de prova, na subespécie (meio enganoso) – art.º 126º, n.º2, al. a) CPP – deve consistir num engano ardilosamente provocado como forma de extorquir do provocado uma declaração ou um *facere* ou como forma de colocar o provocado num estado de irresistibilidade.

A provocação consubstancia um método ilícito de obtenção de provas, já que neste caso, o legislador entendeu proteger em absoluto a liberdade de formação e exteriorização da vontade de cada indivíduo enquanto desenvolvimento da sua própria personalidade – art.º 32º, n.º 1 CRP. A esta ilicitude do método corresponde uma nulidade da prova “*sui generis*”. Assim, as provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, são nulas não podendo ser utilizadas, exceto para proceder criminalmente contra quem as produziu – art.º 126º, n.º 4 CPP e art.º 32º, n.º 8 - 1ª parte CRP. O juiz na nulidade da prova deve fixar o alcance dessa nulidade relativamente a outras provas (efeito-à-distância da nulidade das provas).

Jurisprudência em Portugal

Quanto à jurisprudência, só em 1990 é que surge a primeira sentença relativa ao agente provocador. Foi no acórdão de 12-6-1990 do STJ, que tratava de um caso, dum agente da PJ que se tinha feito passar por um comprador de cocaína, tendo abordado o arguido para que lhe vendesse cocaína. Este disse que conhecia a pessoa indicada para o efeito. Assim, combinaram um encontro entre os três, sendo que, no dia em que se encontraram um deles mostrou um saco plástico com droga. Combinaram que a entrega se faria no dia seguinte. Foram condenados, tendo um deles recorrido para o STJ, com base na ilegalidade da atuação



do agente da PJ que teria ultrapassado os limites do art.º 52º do DL 430/83 de 13-12. O STJ entendeu que não, e, negou provimento ao recurso.

É, contudo, numa sentença de 5 de Março de 1993 do Tribunal Judicial de Oeiras, 3º Juízo, que se discute abertamente o problema do agente provocador em Portugal. Tratava-se de um caso que envolvia a venda de videogramas não autorizados. Elementos da guarda fiscal mostraram interesse na sua aquisição, dizendo ao arguido que vinham da parte de um amigo, sem, contudo, revelarem a sua identidade. O Tribunal acaba por absolver o arguido, tendo em conta que os factos de que era acusado não foram provados, uma vez que a acusação se baseava em provas nulas, porque obtidas através de um método ilícito, ou seja, a utilização de um agente provocador.

Segundo a fundamentação da sentença o agente terá começado por infiltrar-se, a fim de ganhar a confiança do arguido para obter informação, só que a partir de certo momento induziu o arguido à prática de atos ilícitos, pelos quais, irá ser incriminado passa a agir como um verdadeiro agente provocador. Esta sentença teve o condão de tentar arrumar substantivamente a figura do agente provocador, mas também ao nível processual, considerou a prova nula e, todos os meios de prova que resultaram dessa, em consequência do efeito - à distância, igualmente nulas, por força do disposto, no art.º 126º n.º 1 e 2, al. a) do CPP.

Mais recentemente, após a entrada em vigor da Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, apuramos um acórdão do coletivo do Tribunal da Relação de Évora, em que os arguidos tinham recorrido da sentença de 1º Instância, com base na atuação provocadora da PJ. O acórdão declarou nulas todas as provas obtidas nos autos, porquanto o foram através de agente provocador, em virtude do art.º 32º, n.º 8 da CRP e do art.º 126º, n.º 1 e 2, al. a) do CPP e, consequentemente considerado nulo todo o processado.

O caso tratava-se de uma operação de desembarque por mar, seguido de transporte terrestre, em que foi a própria PJ a disponibilizar toda a logística e, a angariar os meios humanos com promessa de prémio monetário. A tendência dominante na jurisprudência, após a entrada em vigor da Lei nº 101/2001, tem sido a de considerar nulas as provas obtidas por agente provocador, já que a figura do agente provocador é característico do meio enganoso de prova, logo a sua atuação é ilícita.

O STJ em 20-2-2003, admitiu medidas de investigação especiais, quanto aos crimes mais graves, porque produzem elevada danosidade social e, corroem os próprios fundamentos das sociedades democráticas e abertas. São atividades criminosas a que estão associadas grandes dificuldades de investigação, por isso, a exceção admitida pelo STJ.

Jurisprudência nos E.U.A.

Nos E.U.A. operou-se uma verdadeira revolução copernicana. Ao invés dos países da *civil law* que colocam o centro da problemática no agente provocador, nos E.U.A., o provocado passa a ser o epicentro da problemática.



Graças à constante infiltração de agentes para combater o crime, desenvolveu-se, naquele país a doutrina da *entrapment defense*, que é utilizada como defesa contra as práticas de infiltração policial.

Entrapment, numa tradução literal, significa “apanhar na armadilha” é definida pela jurisprudência norte-americana como “the conception and planning of na offense by an officer, and his procudement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion or fraud of the officer.”

A *entrapment defense* tem a sua origem na jurisprudência americana. Face à necessidade de impor limites à atividade dos agentes encarregues de porem prática a lei seca, os quais, através de métodos encobertos induziam as pessoas a violá-la.

As primeiras referências à doutrina da *entrapment defense* aparecem nos casos Whittier de 1878, de Woo Wai de 1915 e Casey vs U.S. em 1928. Neste último caso, o juiz Brandeis fez uma declaração de voto que passamos a citar: “ the government may set decoys to entrap criminals, but it may not provoke or creat a crime and then punish the criminal, its creature.”

Foi, contudo, no caso Sorrels vs U.S. em 1932 finalmente consagrada a *entrapment defense*. Nesse acórdão lê-se “ that defendant had no previous disposition to commit it but was an industrious law-abiding citizen, and that the agent lured the defendant otherwise innocent, to its commission in wich he succeeded by taking advantage of the sentiment aroused by reminiscences of their experiences as companious in arms in the world war. “

Este caso, reporta-se ao período da lei seca, em que um agente do governo, fazendo-se passar por turista, contacta um homem “Sorrels”, para que este lhe venda whisky. Sorrels, não aceita de imediato a venda, mas depois da insistência do agente governamental acaba por aceder e vende-lhe determinada quantidade de whisky. O tribunal absolveu o provocado reconhecendo-lhe a isenção de pena pela provocação (*entrapment defense*), já que foi, o agente provocador que o induziu à prática do crime, tendo-lhe criado ânimo para praticar um crime, para o qual não estava predisposto, com o objetivo de o prender na armadilha.

Esta particular forma de “defense”, está positivada numa norma dedicada ao «entrapment» no Model penal code. O *entrapment defense* assenta em dois modelos: o subjetivo e o objetivo.

O modelo subjetivo, dominante na jurisprudência, é apoiado pelo Federal court e pela maioria dos tribunais estaduais.

O modelo objetivo é preferido pela doutrina e pelos restante dos tribunais estaduais, tendo sido adotado pela norma do Model penal code. Este modelo adotado também pelo *american law institute* dá mais relevo à atuação da polícia do que à eventual predisposição do investigado para cometer o crime. Segundo este modelo, deve ser analisada a atuação dos agentes policiais, cujos efeitos no provocado são averiguados em função do seu impacto hipotético sobre o homem médio respeitador da lei (normally law-abiding person).

Assim, cabe ao juiz verificar se no decurso da ação policial foram cumpridas as regras mínimas para que um individuo normalmente respeitador das leis não seja levado a cometer um crime que nunca cometeria se não fosse a atuação do agente da polícia. Se assim for,



mesmo que o indivíduo seja tecnicamente culpado, ele não será punido por se considerar que a ação foi objetivamente intolerável. O ónus da prova recai inteiramente sobre o acusado. “O fundamento real da teoria para o modelo objetivo reside no interesse público de proteger a pureza das instituições e os seus processos.”

Quanto ao modelo subjetivo, centra a *defense* exclusivamente à proteção do acusado «de outra forma inocente» reforçando a ideia do «encouragement» tutelando o «incauto inocente», distinguindo-o do «culpado incauto» e focaliza decisivamente a *entrapment* sobre o autor do crime e sobre a sua eventual predisposição para o crime. Em termos, de ónus da prova, caberá ao provocado provar a indução da autoridade policial e, à acusação caberá provar que o provocado já estava predisposto para o crime.

A *entrapment defense* consubstancia-se nas *excusatory rules*, e têm o seu âmbito de aplicação restringido à qualidade do agente, apenas se aplica em situações de provocação policial, e, tem nos seus alicerces a defesa de dois valores:

- 1º evitar que os cidadãos sejam levados pelo próprio estado a cometerem crimes;
- 2º impedir que os tribunais americanos tolerem práticas policiais excessivas, mesmo quando o arguido seja “really guilty”.

Anos mais tarde, a doutrina americana segundo a *ratio decidendum* do supremo tribunal e, segundo a *dissenting opinion* do caso Sorrels, pronunciou-se sobre a *entrapment* definindo-a como «o planeamento por parte de um funcionário de um crime procurando que seja cometido por um sujeito que não o teria cometido, senão devido ao engano, à persuasão ou à aldrabice do próprio funcionário».

O caso Sherman de 1958, também ilustra a doutrina do *entrapment*.

Um Estado de Direito deve estar sujeito a princípios jurídicos fundamentais e a valores de referência. Deve no seu desenvolvimento criar uma ordem jurídica materialmente justa. Logo, os cidadãos devem confiar no seu próprio estado, a quem lhe foi confiada a missão de prosseguir as atribuições legalmente estipuladas, com respeito pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Em sede de processo penal são atribuições do Estado a prevenção da criminalidade e a realização da justiça penal através dos tribunais.

Partilhamos, assim, do entendimento de Alves Meireis, considerando que a provocação nem é uma forma de o Estado realizar a justiça nem uma forma de combater o crime, assim é de rejeitar em absoluto no nosso ordenamento a figura do agente provocador.

Exige-se do Estado que persiga o crime, não o homem.

O nosso direito penal é do facto e não do agente.



Conclusão

Com a realização deste trabalho podemos concluir que a alteração operada em 2001 ao Regime das Ações Encobertas veio colocar a distinção entre agente infiltrado e agente provocador no âmbito da teoria da comparticipação criminosa.

A chamada sociedade de risco traz cada vez mais a “lume” a necessidade de aprimorar as formas de combate à criminalidade altamente organizada e especialmente violenta.

A principal conclusão deste estudo reveste-se no facto desta ser uma figura que deve ser tratada com muito cuidado e respeito, porque a linha que separa a atuação de um agente como infiltrado ou como provocador pode revelar-se muito ténue e a sua má interpretação pode dar lugar á violação de princípios constitucionalmente consagrados e pôr em causa os princípios da investigação criminal.

Relativamente à figura do agente provocador podemos concluir que ele atua como um instigador, tendo mesmo um papel determinante na ocorrência do crime, não sendo assim de considerar, uma vez que, estariam a ser violados princípios fundamentais, pois a atuação deste consiste num meio enganoso de prova.

A atuação do agente infiltrado, desde que sejam salvaguardados os princípios como o da dignidade da pessoa humana e integridade moral, pode prosseguir finalidades quer preventivas quer repressivas (contrariamente ao que era defendido pela maior parte da doutrina), sendo certo que, em nossa opinião as primeiras devem ser as principais a perseguir devendo estas últimas (repressivas) funcionar quase em regime de excecionalidade.

Apesar do esforço realizado pela jurisprudência e pelo legislador em sanar as fragilidades da figura em causa, verdade é que, algumas situações consagradas como é a da permissão da atuação de terceiros na ação encoberta vem levantar sérias questões relativamente à legitimidade da intervenção desses mesmos terceiros, alheios ao mundo da investigação criminal.

Relativamente ao regime da valoração da prova obtidas no âmbito da ação encoberta, entendemos que deve existir uma certa adequação dos meios aos fins, ou seja, dos meios implementados para obter a prova e a complexidade do crime que se visa prevenir ou reprimir, tendo sempre como pano de fundo o princípio da lealdade e respeito pela dignidade humana e o princípio democrático. Os fins nunca podem justificar os meios, não podemos prevenir a criminalidade com recurso a meios deontologicamente reprováveis e desonestos.

Outra conclusão a que chegamos relaciona-se com a fragilidade de que o depoimento do agente infiltrado pode estar ferido, uma vez que, poderá constituir uma limitação quase violenta do direito de defesa do arguido, já que os outros sujeitos processuais não têm contacto com o depoimento do agente, é por isso de salientar o facto de a legislação em vigor dispor que depoimento do agente infiltrado apenas poderá ser tido em conta para efeitos de condenação em sede de julgamento quando corroborado por outros meios de prova, (equiparando-o mesmo este depoimento ao que é prestado pelas testemunhas anónimas) pois é considerado como sendo de qualidade inferior (artigo 19º, nº 2 da Lei 93/99).



Universidade do Minho
Escola de Direito

Por último cumpre-nos referir que este trabalho é apenas uma mera introdução a todo este complexo regime que envolve o agente infiltrado, muito mais haveria para debater, investigar e estudar, pois a complexidade do regime, a sua atualidade e as implicações práticas do mesmo, exigem que se explore e se trate algumas questões de forma mais exaustiva já que estamos a falar de um regime que pode trazer consequências ao nível da violação dos direitos fundamentais.



Universidade do Minho
Escola de Direito

Bibliografia

Aires de Sousa, Susana - "*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões."

Andrade, Manuel da Costa - "*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*", Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

Correia, Eduardo - "*Direito Criminal*" - Volume I.

Costa, Eduardo da Maia - "*Agente Provocador - Validade das Provas*", in Revista do Ministério Público, nº 93, ano 24 Editorial Minerva, Lisboa, 2003.

Fernando Gonçalves/Manuel João Alves/Manuel Monteiro Guedes Valente - "*Lei e Crime - O agente infiltrado Versus o agente provocador - Os princípios do Processo Penal*", Coimbra, 2011 e "*O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*", Almedina, Coimbra, 1991.

J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira - "*Constituição da Republica Portuguesa Anotada*", I, 4ª edição Coimbra Editora, 2007.

Marques da Silva, Germano - "*Bufos, infiltrados e arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em processo penal*", in Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, Volume VIII, II, 1994.

Meireis, Manuel Augusto Alves - "*O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*", Coimbra, 1999 e "*Homens de Confiança*", in *II Congresso de Processo Penal*, Almedina, Lisboa, 2006.

Oneto, Isabel - "*O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*", Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

Pereira, Sandra - "*A Recolha de prova por agente infiltrado.*"

Pinto de Albuquerque, Paulo - "*Comentário do Código Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*", 2ª Edição atualizada, Universidade Católica Portuguesa.

Planas, Gabriel Garcia - "*Consideraciones en torno al agente provocador*", in cuadernos de política criminal, Madrid, 1982.

Sánchez, Juan Muñoz - "*La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*", Valência, 1995.

Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto - "*Prova criminal e direito de defesa*" - Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal, Almedina, 2011.