



Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Do Agente Encoberto
ao
Agente Provocador

Sara Daniela Quintas Couto Rego

Maio de 2016



CATÓLICA
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

Do Agente Encoberto

ao

Agente Provocador:

A Fronteira entre a Irresponsabilidade e a
Responsabilidade Penal

Dissertação de Mestrado em
Direito Criminal, elaborada
sob a orientação do
Professor Doutor José
Damião da Cunha.

Sara Daniela Quintas Couto Rego

Maio de 2016

Ao Senhor Professor Doutor José Damião da Cunha, pela orientação e apoio prestados durante a elaboração do presente trabalho.

Aos meus amigos, pela confiança que sempre depositaram em mim.

Em especial à Joana, à Leonor, ao Ricardo e ao Telmo.

Aos meus pais, meus pilares, o maior agradecimento.

Índice

| | |
|---|-----------|
| Lista de Abreviaturas | 5 |
| Nota | 6 |
| I. Introdução | 7 |
| II. “Homens de confiança”, “Infiltrados”, “Encobertos” e Provocadores” no Combate à “Criminalidade Organizada” | 9 |
| III. O Agente Encoberto no Ordenamento Jurídico Português | 14 |
| A) Admissibilidade na lei portuguesa..... | 14 |
| B) Consagração legal e evolução legislativa | 16 |
| C) A Lei n.º 101/2001 – regime jurídico vigente..... | 17 |
| IV. O Tratamento das Ações Encobertas pela Jurisprudência | 20 |
| A) A jurisprudência nacional | 20 |
| - Vigência do DL n.º 430/83 | 20 |
| - Vigência do DL n.º 15/93 | 23 |
| - Vigência da Lei n.º 101/2001 (RJAE) | 26 |
| B) Breve referência à jurisprudência europeia..... | 26 |
| C) Apreciação final | 28 |
| V. Do Agente Encoberto ao Agente Provocador: a Fronteira entre a Irresponsabilidade e a Responsabilidade Penal | 31 |
| A) O Artigo 6º, n.º 1 do RJAE – “Isenção de responsabilidade”..... | 32 |
| B) O âmbito da atuação do AE | 33 |
| C) A fronteira entre a irresponsabilidade e a responsabilidade penal..... | 38 |
| VI. Conclusão | 43 |
| Bibliografia | 45 |

Lista de Abreviaturas

Ac./Acs. – Acórdão/Acórdãos

AE – Agente Encoberto

AI – Agente Infiltrado

Al. - Alínea

AP – Agente Provocador

Art./Arts. – Artigo/Artigos

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CEDH - Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

Cfr./Cf. – Conferir

Cit. - Citado

CJ – Coletânea de Jurisprudência

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DAR – Diário da Assembleia da República

DL – Decreto-Lei

EUA – Estados Unidos da América

MP – Ministério Público

Par. – Parágrafo

P. ex. – Por exemplo

PJ – Polícia Judiciária

P./pp. – Páginas/páginas

Proc. - Processo

PSP – Polícia de Segurança Pública

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

Ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UE – União Europeia

V. - Ver

Nota

Salvo indicação em contrário:

- A jurisprudência do TC foi consultada em www.tribunalconstitucional.pt;
- A jurisprudência do TEDH foi consultada em <http://hudoc.echr.coe.int>;
- A jurisprudência do STJ e dos Tribunais da Relação foi consultada em www.dgsi.pt;
- A jurisprudência com indicação da respetiva CJ pode ser consultada em <http://www.colectaneadejurisprudencia.com/>;
- O DAR foi consultado em <http://debates.parlamento.pt/>.

O presente trabalho está escrito ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico. Porém, as citações de obras e diplomas legais anteriores ao mesmo mantêm a redação original.

I. Introdução

O presente estudo versa sobre uma temática que, apesar das suas (elevadas) implicações ao nível dos direitos penal e processual penal, não é ainda muito explorada no nosso ordenamento jurídico: as ações encobertas e seus agentes.

É sabido que a matéria em análise não é novidade irrompida na ordem jurídica contemporânea. O recurso a ações encobertas, materializadas por terceiros particulares e agentes das instâncias policiais, no contexto de uma mais eficiente luta contra o crime, remonta à França do século XVIII, em pleno Antigo Regime¹. Todavia, é, também, ponto assente que a discussão em volta deste meio de investigação criminal recrudescer no século transato, concretamente na década de 80, em virtude do romper da sua consagração legal nos ordenamentos jurídicos de vários países, apelidados “Estados democráticos”.

Na verdade, a afirmação da figura do agente encoberto (AE) no plano legal surge como resposta a um inédito panorama: o desenvolvimento da criminalidade no novo mundo – da globalização e da evolução tecnológica -, um quadro em que os mecanismos comuns, facultados pelo processo penal, deixaram de dar cabal resposta aos constantes e mutáveis desafios colocados pela moderna criminalidade².

Destarte, o AE é uma figura que, “pela sua actualidade, relevo pragmático e complexidade normativa e dogmática”³, carece do mais profundo tratamento doutrinal, urgindo, face ao crescente recurso a este expediente, clarificar e determinar o exato alcance do seu regime.

Para delimitar o objeto do nosso estudo, importa ter presente que o tratamento do AE pode ser feito através de dois prismas: por um lado, incidindo na sua vertente penal substantiva; por outro, atentando na dimensão processual penal (adjetiva). Enquanto a primeira se prende com a análise da (ir)responsabilidade penal do agente, a segunda visa o tratamento a dar aos elementos obtidos no decorrer da ação encoberta,

¹ MEIREIS (1999:19 e 21).

² A este propósito *vide*, p. ex., MEIREIS (2006:82 e 83) e BRAZ (2010:285 e ss.).

³ ANDRADE (1992:220).

maxime a sua admissibilidade enquanto meio de prova⁴, sendo, esta última, a vertente privilegiada pela doutrina e jurisprudência no âmbito da problemática do AE⁵. Contudo, na impossibilidade de aqui proceder a uma abordagem integral, cingir-nos-emos à dimensão substantiva.

Assim, cuidaremos da matéria atinente à responsabilidade penal do AE, no âmbito da difícil tarefa de demarcar a «ação de infiltração» (que poderá, excecionalmente, admitir-se) da «provocação»⁶ (rejeitada, pelo menos no contexto do Estado de Direito Democrático⁷)⁸, tendo como pano de fundo a norma do n.º 1 do art.6º do RJAE, no qual se estabelece uma cláusula de isenção de responsabilidade do AE, que, como veremos, deixa no limbo um elevado número de situações.

⁴ Cfr. MEIREIS (1999:156 e 160).

⁵ Vide N. LOUREIRO (2015:80).

⁶ No fundo, a clássica contraposição entre AE e AP - cfr. MARTINS (1984:154).

⁷ Sobre a inadmissibilidade da provocação no contexto do Estado de Direito Democrático, GONZALEZ-CASTELL (2009:194); G. SILVA (1994:28 e 30); G. SILVA (2003:23 e 24); MEIREIS (2006:83 e 84, 100 e 101); ANDRADE (1992:222).

⁸ Note-se que a referida dificuldade delimitativa advém da própria realidade das coisas, marcada por um elevado casuísmo, mas constata-se que o regime aplicável (o art.6º, n.º 1 do RJAE) nem sempre conduz à solução mais acertada.

II. “Homens de confiança”, “Infiltrados”, “Encobertos” e “Provocadores” no Combate à “Criminalidade Organizada”

Aqui chegados, cabe esclarecer, com base na doutrina portuguesa, o exato sentido e alcance dos conceitos a utilizar ao longo da nossa exposição.

No contexto das ações encobertas, deparamo-nos com expressões como “homens de confiança”, “agente infiltrado ou encoberto” e “agente provocador”. Na verdade, e apesar de muitas vezes empregues com sentido unívoco, a cada um destes termos corresponde um significado próprio, o qual consideramos ser relevante determinar, até porque, como veremos, o regime (substantivo e processual) a aplicar variará consoante o tipo de agente em causa⁹.

Ab initio, e seguindo Andrade (1992:220), surge a expressão “homens de confiança”, noção latíssima a abranger “todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade”. Segundo o autor, incluem-se “tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais nomeadamente da polícia (...), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (...), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime”¹⁰.

Do conceito de “homens de confiança” derivam as noções de “agente infiltrado”, “agente encoberto” e “agente provocador”.

Na esteira de Meireis, a distinção entre “agente infiltrado” e “agente encoberto” assenta num critério que tem por base o grau de ingerência na esfera jurídica dos particulares, concretamente nos seus direitos e liberdades fundamentais.

⁹ MEIREIS (1999:162).

¹⁰ V. também MEIREIS (1999:140 e 163).

O “agente infiltrado” designa os agentes da autoridade ou particulares¹¹, em colaboração com as instâncias formais, que, ocultando a sua identidade ou qualidade, interagem com o(s) suspeito(s) e conquistam a sua confiança, acompanhando os seus atos e praticando, se necessário, atos de execução criminosa, com a finalidade de obter provas incriminatórias ou de prevenir a prática de futuros crimes¹².

Por seu turno, o “agente encoberto” identifica-se com a figura do “polícia à paisana”: o agente da autoridade ou terceiro particular (a atuar de forma concertada com a polícia), que, igualmente sem revelar a sua identidade ou qualidade, comparece em locais ligados ao crime, com o objetivo de desvendar eventuais criminosos, não interferindo nas condutas criminosas, nem sequer estabelecendo qualquer proximidade com os suspeitos. A sua conduta é “de absoluta passividade relativamente à decisão criminosa”, pois “naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma”^{13 14}.

Em sentido diverso, Oneto (2005:138 e 140) nega a distinção entre agente infiltrado e encoberto, a não ser que este último se identifique com o “agente à paisana”, caso em que admite a diferenciação na medida em que o agente encoberto corresponderia tão só a uma subespécie do agente infiltrado¹⁵. Contudo, conclui pela inexistência de autonomia conceptual entre a figura do AI e AE, considerando este último “aquele que pode ocultar a sua qualidade ou identidade no seu relacionamento com terceiros, mantendo-os na ignorância para ganhar a sua confiança”^{16 17}.

¹¹ Não é assim na Alemanha: a lei alemã regula as ações encobertas efetuadas tão só por agentes da polícia – cfr. ANDRADE (2009b:534). Também em Espanha só podem ser sujeitos ativos da infiltração funcionários da polícia – cfr. MONTEROS (2010:98). Contudo, o conceito de “Policía Judicial” abrange um grande elenco de pessoas e grupos – cfr. GONZALEZ-CASTELL (2009:191). Assim, na opinião deste autor, deverá optar-se pela definição prevista no art.1º do Real Decreto 769/1987, de 19 de junho sobre a regulação da *Policía Judicial* (GONZALEZ-CASTELL, 2009:191 e 192).

¹² Cfr. MEIREIS (1999:163 e 164); MEIREIS (2006:94 e 95).

¹³ MEIREIS (1999:192); MEIREIS (2006:93 e 94).

¹⁴ No mesmo sentido, na doutrina espanhola – cfr. GONZALEZ-CASTELL (2009:194).

¹⁵ Nas palavras de ONETO: “A proceder-se a uma distinção (...) esta haveria de operar-se no âmbito do conceito de agente infiltrado, atribuindo ao agente encoberto as operações *light cover*, que precisamente se caracterizam por não durarem mais de seis meses, exigirem um menos grau de planeamento, de supervisão e de experiência por parte do agente, mantendo este a sua identidade e o seu lugar na estrutura policial” (2005:140).

¹⁶ ONETO (2005:139).

¹⁷ Existe ainda a figura do informador, a englobar o particular que presta informações às instâncias formais sobre crimes, quer se encontrem ainda em fase de preparação, quer tenham sido já cometidos, bem como sobre seus intervenientes – v. SOUSA (2010:234). O informador não se confunde com o AE,

Expostas as duas concepções, aderimos ao entendimento de Oneto, aquele que mais vai ao encontro do espírito da lei. É que o legislador, no RJAE (Lei n.º 101/2001), subsume o agente interveniente em operações “com ocultação da sua qualidade e identidade” à denominação de “agente encoberto”¹⁸. Assim, ao longo das nossas considerações, utilizaremos as duas expressões (AE e AI) de forma indiferenciada, não obstante preferência pela expressão inscrita na lei.

Por fim, o “agente provocador”¹⁹ afasta-se destes dois últimos “agentes” na medida em que se caracteriza como aquele que conduz outrem ao cometimento de um crime – provoca o crime, “instigando-o, induzindo-o” (Andrade, 1992:221). O provocador não quer o crime em si mesmo (o dolo não é de consumação), antes procura incriminar o provocado, para que este seja penalizado (Meireis, 2006:97 e 98).

Como vimos, a consagração legal das ações encobertas está associada à emergência de uma nova criminalidade, surgida no século XX, cada vez mais aperfeiçoada e sem limites demarcados pelas fronteiras dos Estados, e, por isso, capaz de superar os tradicionais meios de investigação criminal: “novos problemas se colocam ao direito penal e (...) parece ter perdido a habilidade de lidar com eles”²⁰.

Importa traçar aquelas que são as principais notas distintivas deste alarmante fenómeno face à restante criminalidade.

“não é figura da investigação criminal, porquanto não está prevista no [CPP] nem no [RJAE].” Cf. ONETO (2005:201).

¹⁸ Segundo ONETO (2005:141), “Parece que o legislador optou pela expressão “agente encoberto” ao invés de utilizar o termo “agente infiltrado”, nela se incluindo a realidade que pode comportar as duas figuras”.

¹⁹ A figura nasce em França como “*agent provocateur*”: de acordo com GLASER (*apud* MEIREIS, 1999:25 e 26) “o agente provocador é aquele instigador que determina outrem à perpetração de um crime apenas porque quer que este seja acusado e punido”. Todavia, é no ordenamento jurídico alemão que a figura tem maior desenvolvimento: surge, aqui, o “*Locksptizel*” («espia» que «atrai») e, nos anos 80, emana da jurisprudência alemã, a figura complexa do *V-Mann*, a designar “a pessoa que, por diversos motivos, seja para esclarecer o crime, ou para denunciar os agentes, seja útil ao impedimento e esclarecimento do crime e cuja identidade seja mantida secreta à disposição das entidades de instrução em cuja dependência opera”, segundo MEIREIS (1999:28, 24-30). Para uma visão do “agente provocador” no ordenamento espanhol, MONTEROS (2010:100 a 113).

²⁰ MEIREIS (2006:83); para uma referência mais desenvolvida, MONTEROS (2010:46 e ss.) e PAZ (2005:21 e ss.). DETRAZ (2006:50) afirma que a *ratio legis* subjacente ao uso de agentes infiltrados, à semelhança dos criminosos arrependidos, é permitir à sociedade obter informações relevantes sobre o crime organizado.

As modernas formas de crime emanam de um contexto que é fruto de novos paradigmas societários. De facto, a sociedade em que vivemos sofreu alterações estruturais profundas, com implicações na vida económica, nas relações sociais e nos padrões ético-culturais vigentes. Tornou-se uma verdadeira “*sociedade do risco*”, da qual ressaltam os aspetos negativos da inovação tecnológica e da globalização e onde se evidencia a “actual capacidade humana para produzir riscos que são infinitamente superiores aos riscos de ordem natural que ocorriam no passado”²¹. Tais perigos levam a concluir pela existência de uma íntima relação entre progresso tecnológico e criminalidade organizada, atendendo ao facto de que o crime organizado se encontra na vanguarda de muito desse potencial inovador²².

No que toca ao conceito de criminalidade organizada, não há uma definição consensual na dogmática jurídico-penal. Tal dificuldade advém da circunstância de esta noção estar envolta numa elevada subjetividade e apresentar inúmeras e atípicas características que nem sempre, *in casu*, são totalmente claras e delimitáveis. Deste modo, as mais das vezes, o fenómeno afigura-se irregular, já que os fins e os meios de que se serve a criminalidade organizada variam no tempo e no espaço.

Apesar de patentes as dificuldades na delimitação conceitual da criminalidade organizada, avançamos a seguinte noção, apresentada por alguns autores²³:

“A criminalidade organizada será o resultado da actividade de uma associação de duas ou mais pessoas, reunidas de forma permanente ou com significativo grau de estabilidade para a prática de crimes ou contra-ordenações que reúnam algumas das seguintes características: a) organização hierárquica; b) planeamento estratégico de tipo empresarial; c) uso de meios tecnológicos avançados; d) organização e divisão funcional de tarefas/actividades; e) intercomunicabilidade com o poder público ou com agentes de poder público; f) divisão territorial na incidência das actividades ilícitas; recurso à intimidação e corrupção; h) conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações criminosas (funcionamento em rede); i) elevada capacidade

²¹ BRAZ (2010:295). Igualmente, SOUSA (2010:231-233).

²² Cf. BRAZ (2010:295). Sobre esta temática, também, J. LOUREIRO (2007:229-236 e 254-265).

²³ Referimo-nos a ABADINSKY, H. e a GOMES, L.; CERVINI, R. (*apud* BRAZ, 2010:301, nota 298).

para a prática de fraudes; j) oferta de prestações sociais e mecanismos de protecção e entreadjudada dos seus membros” (Braz, 2010:301)²⁴.

No ordenamento jurídico português a noção “crime organizado” aparece em diversas normas legais²⁵. Contudo, não encontramos na lei uma definição para o conceito²⁶. Ainda assim, verificamos que a noção de “criminalidade organizada” está intimamente associada aos crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, de armas, de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio e branqueamento de capitais (al. m) do art.1º do CPP), e aos crimes de terrorismo (Lei n.º 52/2003).

Ora, as ações encobertas nasceram no contexto do surgimento e aperfeiçoamento do fenómeno acabado de descrever, como forma de a justiça fazer face a uma nova realidade. Porém, como veremos *infra*, hoje, no nosso ordenamento, o referido método de investigação extravasa este campo de ação, podendo ser admitido em situações de criminalidade dita comum.

Para finalizar, diga-se que o crime organizado, aliado ao ingente avanço tecnológico, num paradigma de globalização, concorre para o “progressivo esbatimento da fronteira entre a *investigação/repressão*, como actividade própria do processo penal, e a *prevenção de perigos* como tarefa de polícia (...). Com o consequente esbatimento do que até aqui constituía a marca irredutível e distintiva da investigação/repressão (...) *a reacção à suspeita da prática, no passado, de um crime*. Com o processo penal a surgir cada vez mais comprometido em tarefas de prevenção” (Andrade, 2009b:530). Um dos mais evidentes indícios é, precisamente, o recurso às ações encobertas no âmbito de atividades de prevenção criminal²⁷.

²⁴ A este propósito *vide* também as noções propostas por ONETO (2005:56-58) e PAZ (2005:39-41). Sobre o conceito de “organização criminosa” v. BRAZ (2010:302-303) e PAZ (2005:31-35).

²⁵ Veja-se, p. ex., o art.1º, al. m) do CPP, o art.299º (“Associação criminosa”) e o art.300º (“Organizações terroristas”) do CP, este último entretanto revogado pela Lei n.º 52/2003, diploma que veio regular o combate ao terrorismo.

²⁶ À semelhança do que ocorre na maioria dos países ocidentais tidos como referenciais em termos de direito comparado, v. BRAZ (2010:310); M. PÉREZ (2006:271-272) e PAZ (2005:28-30 e 35-39).

²⁷ PEREIRA (2004:20-22); D. SILVA (2013:46 e 47).

III. O Agente Encoberto no Ordenamento Jurídico Português

A) Admissibilidade na lei portuguesa

As ações encobertas encontram, atualmente, acolhimento legal em praticamente todos os países europeus, “variando apenas na amplitude de recurso”²⁸. Na nossa ordem jurídica, a sua consagração remonta à década de 80 do século passado.

Antes de delinear, em traços gerais, o esquema da sua evolução legislativa, cabe uma breve referência à controvertida questão da legitimidade das ações encobertas no ordenamento português. Sem pretensões de a aprofundar, digamos que a problemática se coloca no ponto de vista do confronto entre dois elevados valores constitucionais: a Liberdade e a Segurança²⁹. A primeira a pugnar pela defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos (arts.1º, 25º e 26º, n.º 1 da CRP); a segunda a requerer uma maior eficácia na descoberta da verdade material e na resposta do sistema de justiça (art.27º, n.º 1 da CRP). Concretamente, em prol de um “*primado da eficácia do sistema*”³⁰, atentar-se-ia contra a “integridade moral dos cidadãos, *ex vi* do n.º 8 do art.32º”³¹ da CRP.

De facto, a utilização das ações encobertas é temática geradora de controvérsia, considerada “uma técnica de investigação de moral duvidosa”³² devido ao facto de tal expediente colidir com as matrizes do Estado de Direito e afetar certos direitos fundamentais da pessoa visada, nomeadamente o respeito pela dignidade da pessoa humana, o direito à integridade moral, à reserva da intimidade da vida privada (arts.1º, 25º e 26º, n.º 1 CRP)³³ e à não autoincriminação^{34 35}. É que este método oculto implica a

²⁸ A expressão é de VALENTE (2009:402).

²⁹ P. ex., MEIREIS (2006:82).

³⁰ MEIREIS (2006:84).

³¹ PEREIRA (2004:20).

³² VALENTE (2009:406).

³³ Pode, ainda, contender com os arts.34º (Inviolabilidade de domicílio e da correspondência) e 35º, n.ºs 2 a 6 da CRP (proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada e de acesso a dados pessoais).

³⁴ A respeito deste direito, afirma o TRL, “Não obstante o princípio *nemo tenetur* – seja na sua vertente de direito ao silêncio do arguido, seja na sua dimensão de “privilégio” do arguido contra uma auto-incriminação – não estar expressa e directamente plasmado no texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto à sua vigência no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional” – Ac. do TRL de 17-04-2012 (Proc. 594/11.5TAPDL.L1-5).

³⁵ Entre outros direitos, tanto no plano substantivo como processual (ANDRADE, 2009a: 106 e 107).

devassa dos atos, interações e comunicações das pessoas objeto da ação, que, ignorando a sua condição, permanecem alheias a esse facto, continuando a comportar-se naturalmente. Assim, ingenuamente acabam por fazer ou revelar atos ou omissões de cariz autoincriminatório ou incriminatório de outros com quem se relacionam. Ou seja, o uso desta forma de investigação leva “as pessoas atingidas (...) a “ditar” para o processo “confissões” não esclarecidas nem livres”, podendo ir até ao ponto de as induzir “à prática de crimes pelos quais vão ser depois perseguidas (agente provocador)” (Andrade, 2009a:105 e 106). Daí que se suscite a conformidade das ações encobertas com o art.32º, n.º 8 da CRP e o art.126º, n.ºs 1 e 2, al. a) do CPP³⁶.

Ora, poderia argumentar-se que as ações encobertas violam o princípio da lealdade processual, o qual transpõe para o processo penal o respeito pela dignidade do ser humano e do sistema de justiça, acarretando, por isso, a proibição da prova assim obtida³⁷. Todavia, é a própria Constituição que, ao preceituar uma vasta gama de direitos (o direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade e à segurança, e outros), acaba por tolerar que as autoridades públicas se socorram deste método, por força da necessidade de acautelar meios capazes de assegurar a efetividade dos direitos nela plasmados³⁸.

Assim, limitar-nos-emos a concluir que, mesmo comportando perigos e alguma deslealdade³⁹ por parte do Estado que delas lança mão, é, nos dias atuais, inegável a imprescindibilidade das ações encobertas no combate a uma criminalidade que escapa aos ditos meios comuns de investigação⁴⁰. Com algumas reservas⁴¹, a elas se pode recorrer “sempre sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia de Estado de

³⁶ Como é sabido, impende sobre a polícia um dever de atuar lealmente, devendo o uso das novas técnicas de investigação obedecer ao preceito constitucional do n.º 8 do art.32º CRP e aos arts.125º e 126º do CPP (VALENTE, 2009:415). O art.126º do CPP prescreve como nulas as provas obtidas através de “meios enganosos”, pelo que a dúvida que paira é a de saber se o emprego do AE configura um meio enganoso na aceção desta norma, desencadeando a nulidade da prova daí resultante – sobre esta questão v. ALBUQUERQUE (2011:341 e 342).

³⁷ G. SILVA (2005:405), que considera que o princípio da lealdade é violado com o recurso à figura do AE.

³⁸ Neste sentido, GONÇALVES, F.; ALVES, M.; VALENTE, M. (2001a:267 e 268).

³⁹ Assim, o Ac. do TC n.º 578/98.

⁴⁰ A título de exemplo, refira-se os Estados Unidos, onde as ações encobertas são tidas como indispensáveis (GROPP *apud* ONETO, 2005:96).

⁴¹ Nas palavras de G. SILVA (2005:405), este método apenas “é tolerável nos limites da estrita necessidade para protecção de bens essenciais à vida comunitária”.

Direito”⁴²: trata-se de alcançar o ponto de equilíbrio entre os interesses contrapostos, através da sua conciliação, por recurso ao regime constitucional de restrição de direitos, a saber, os princípios dos n.ºs 2 e 3 do art.18º da CRP⁴³. Com efeito, as ditas operações ocultas serão conformes à ordem constitucional portuguesa na medida em que as suas normas reguladoras respeitarem o regime do art.18º da CRP⁴⁴. Por tudo isto, a legitimidade do AE está subordinada ao princípio da legalidade, dependendo de consagração na lei (a qual, veremos *infra*, cura dos requisitos aplicáveis), além de que a sua utilização está sujeita a decisão da autoridade judiciária competente⁴⁵.

B) Consagração legal e evolução legislativa

Foi o diploma conhecido como “Lei da Droga” - DL n.º 430/83, de 13 de dezembro - o pioneiro nesta matéria⁴⁶: no seu art.52º (“Conduta não punível”), n.º 1, estabelecia-se “Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que,

⁴² GASPAR (2004:48 e 49). Assim, embora apenas admitindo a legitimidade de tais ações no contexto da prevenção criminal, PEREIRA (2004:21 e 22): “É claro que uma conclusão “radical”, que exclua sempre o recurso ao “agente encoberto”, pode implicar um elevado custo político-criminal. (...) a ponderação das normas constitucionais nesta matéria não deve excluir o recurso ao “agente encoberto”, desde que ele seja sempre concebido como modo necessário, adequado e proporcionado de impedir o cometimento de futuros crimes e assegurar a incolumidade de bens jurídicos (art.18º, n.º 2 da Constituição)”. Também ANDRADE (1992:232) não admite “casos de intervenção de *homens de confiança* com propósitos e para fins unicamente *repressivos*”, considerando-os um método proibido de prova, mas aceita que a eles se recorra visando “finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas”. E, ainda, G. SILVA (1994:31), a admitir o recurso a este meio de investigação “*no limite*” - “quando a inteligência dos agentes da Justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos”.

⁴³ Sobre o regime constitucional das leis restritivas de direitos, CANOTILHO (2003:448-461).

⁴⁴ Nesta medida, as ações encobertas são encaradas como técnica de investigação excecional, “mecanismo de último recurso” – cfr. D. SILVA (2013:47, nota 13). Nessa linha, o Ac. do STJ de 20-02-2003 (Proc. 02P4510).

⁴⁵ A este propósito o Ac. do TC n.º 578/98: 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 (...) [e] que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária.”. Quanto a esta última *nuance*, refira-se ser *facto* assente que a atuação das forças públicas deve obedecer ao princípio da legalidade, pelo que é essencial que o AE seja autorizado pela autoridade judiciária competente e que atue em conformidade com os fins que lhe foram cometidos.

⁴⁶ Na Alemanha a consagração legal da figura do AI deu-se, em 1992, com a Lei contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Outras Manifestações de Criminalidade Organizada, de 22 de setembro. Em Espanha, apenas em 1999 foi emitida a primeira lei nesta matéria: a Ley Orgánica 5/1999, de 13 de janeiro. Em França, foi no âmbito da investigação de crimes de tráfico de estupefacientes e precursores que se inseriram as ações encobertas no ordenamento jurídico, com a L.627-7, § 2, do Código da Saúde Pública, de 20 de dezembro de 1991, e com a Lei n.º 91-1264, de 19 de dezembro de 1991. Fora da Europa, p. ex., a Argentina viu ser aprovado, em 1995 com a Lei n.º 24.424, o primeiro regime legal do AI; no Brasil esta consagração sucedeu, também em 1995, através da Lei n.º 9.034. Por seu lado, a Colômbia não aceita o recurso às ações encobertas – cf. ONETO (2005:96-108).

para fins de inquérito, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”.

Seguiu-se o DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, que veio alterar a Lei da Droga, passando o anterior art.52º para o art.59º e, através do art.51º, n.º 1, nivelou, para fins processuais, o tráfico de drogas com o terrorismo e com a criminalidade violenta ou altamente organizada.

No ano seguinte, a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, previa a possibilidade de recorrer ao AI nas hipóteses de corrupção e de criminalidade económico-financeira. Acresce a novidade introduzida pelo art.6º (“Actos de colaboração ou instrumentais”): o aumento considerável do âmbito de atuação do agente, já que, a partir de então, podia praticar certos atos de colaboração ou instrumentais quanto aos crimes constantes do n.º 1 do art.1º da mesma lei.

Em relação aos crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, as possibilidades de ação do AI, “para fins de prevenção ou repressão criminal”, foram ampliadas pela Lei n.º 45/96, de 3 de setembro, procedendo à alteração do art.59º do DL 15/93. É ainda nesta lei de 96 que, pela primeira vez, é feita menção ao “agente infiltrado” e se prevê a possibilidade de estas ações serem efetuadas por “terceiros infiltrados” (novo art.59º-A).

C) A Lei n.º 101/2001 – regime jurídico vigente

Atualmente, as ações encobertas são objeto de um regime jurídico próprio, estabelecido ao abrigo da Lei n.º 101/2001, o qual veio revogar as normas relativas a esta matéria até então em vigor (art.7º) – o RJAE.

Aqui é dada, pela primeira vez, no n.º 2 do art.1º, uma noção de “ação encoberta”, a saber “aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou

repressão dos crimes indicados neste diploma, com ocultação da sua qualidade e identidade”⁴⁷.

Mas a grande novidade do RJAÉ é a ampliação do catálogo de crimes em relação aos quais se permite, para efeitos de prevenção e de repressão, a utilização de ações desta espécie⁴⁸. De facto, no art.2º, a juntar aos já acautelados crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, de corrupção e outros no âmbito económico-financeiro, surgem, em certas circunstâncias aí discriminadas, crimes como o homicídio voluntário, os crimes contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual, tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados e tráfico de pessoas, que estão longe de se identificar com a criminalidade organizada conforme a caracterizámos⁴⁹.

O RJAÉ estabelece, no seu art.3º, os “requisitos” a observar no uso deste expediente, “legitimando-o e limitando-o” (Valente, 2009:398). Assim, o n.º 1 consagra o princípio da proporcionalidade, como condição para se lançar mão das ações encobertas, devendo estas “ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto” e “proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação”.

Após tal crivo prévio, faz-se diferenciação consoante a ação encoberta se desenrole com finalidades preventivas ou de repressão criminal: se a ação se destinar a operações de prevenção criminal, mais exigentemente, a sua realização dependerá de autorização do juiz de instrução criminal, após proposta do MP (v. n.ºs 3 e 4 do art.3º, respetivamente); caso esteja a decorrer o inquérito, o recurso a tal ação é feito mediante

⁴⁷ Na Alemanha são admitidos os chamados “homens de confiança”: particulares que, não estando subordinados a uma autoridade policial, com ela colaboram na investigação de crimes, mantendo em segredo a sua identidade. Apesar de a lei não regulamentar a figura, equipara-a à de mera testemunha, não tendo nem mais direitos nem deveres do que a generalidade das pessoas; por outro lado, a Bélgica só admite a realização de ações encobertas por oficiais da polícia (ONETO, 2005:97 e 102).

⁴⁸ No ordenamento espanhol, a figura do AI é regulamentada no art.282º bis da Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Além da diferença já enunciada na nota 11, o regime espanhol distingue-se do português, desde logo, pelo catálogo de crimes, já que exige que os delitos enumerados sejam cometidos no contexto da criminalidade organizada. Acresce que (o que resulta da própria letra da lei) em Portugal o expediente em referência pode ser usado no âmbito da prevenção criminal – cfr. GONZALEZ-CASTELL (2009:198 e 199). O mesmo se passa no Reino Unido, onde tais ações podem servir fins de prevenção – v. ONETO (2005:104).

⁴⁹ Sobre a discrepância entre o conceito de criminalidade organizada e os crimes do catálogo ver J. LOUREIRO (2007:229, 230 e 266).

autorização do “competente magistrado” do MP, embora sujeita a posterior comunicação ao juiz de instrução⁵⁰.

Acresce, ao abrigo do n.º 6 do art.3º, que, no desenrolar da ação encoberta, impende sobre a PJ o dever de fazer o relato da intervenção do AE à autoridade judiciária competente, no prazo máximo de 48 horas após o seu termo⁵¹.

O art.5º traz outra novidade: o regime de identidade fictícia. Esta só pode ser concedida a agentes da polícia criminal, uma vez que a norma é omissa em relação a eventuais terceiros que intervenham nestas ações (n.º 1 do art.5º)⁵².

Por fim, encontra-se plasmado no art.6º o regime da isenção de responsabilidade penal do AE⁵³, ao qual nos iremos dedicar nos próximos capítulos da nossa exposição.

⁵⁰ Nos termos do n.º 3 do art.3º, tal autorização considera-se “validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes”. Deparamo-nos com uma diferenciação de regime, consoante os fins sejam de prevenção ou repressão, que, a nosso ver, não tem fundamento. É que numa “área problemática” (ANDRADE, 1992:232) como a que tratamos, a autorização do juiz, “mitigada por esta invulgar forma de “validação tácita””, é indispensável, atendendo a que a ação encoberta “se prende directamente com o direito à integridade moral”, não podendo tal ato “ser delegado pelo juiz (art.32º, n.º 4, da Constituição)” (PEREIRA, 2004:27). Assim, a solução em apreço suscita dúvidas, nomeadamente no que concerne à sua conformidade com a CRP. Saliendo a relevância da intervenção do juiz nesta matéria, ainda que no domínio da legislação anterior ao RJAE, MATA-MOUROS (2001:107-110, 114-119). Em Espanha a mesma autorização cabe ao Juiz de Instrução competente, ou ao “Ministério Fiscal” (órgão correspondente ao MP) dando conta imediata ao juiz, solução que se aproxima da portuguesa, v. GONZALEZ-CASTELL (2009:202-204).

⁵¹ O mesmo se impõe na lei francesa, tendo os agentes que reportar, aos magistrados outorgantes, o sucedido no âmbito da ação encoberta. Acrescente-se, ainda, que a mesma lei prevê a atribuição aos AI de “meios judiciais” no contexto das intervenções, podendo, por exemplo, ser concedidas identidades fictícias (ONETO, 2005:100 e 101).

⁵² A identidade fictícia é válida por um período de 6 meses, prorrogáveis por períodos de igual duração, sendo que é extensível “a todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social” – cfr. n.º 3 do art.5º.

⁵³ No ordenamento alemão, o AI não pode cometer crimes por ocasião da ação encoberta. Todavia, há quem defenda a isenção de responsabilidade penal relativamente a ilícitos de pequena dimensão – cfr. EDWARDS (1996:86). Em Espanha, o regime da isenção de responsabilidade do AI é semelhante ao nosso, v. GONZALEZ-CASTELL (2009:215 e 216). Na Bélgica a regra é não ser permitido ao AI a comissão de crimes, salvaguardando-se casos excepcionais em que a prática de um delito seja “estritamente necessária” (ONETO, 2005:102).

IV. O Tratamento das Ações Encobertas pela Jurisprudência

Com o presente capítulo pretende-se fornecer uma visão global sobre o modo como a jurisprudência tem abordado a problemática da investigação por via de atuação encoberta, particularmente o delinear da ténue fronteira entre AE e AP⁵⁴.

Não obstante a jurisprudência nacional sobre a matéria não ser vasta, remontando ao ano de 1990 o primeiro acórdão sobre uma operação de infiltração⁵⁵, dela podemos retirar algumas ilações. Assim, desde logo constata-se que as decisões havidas debruçam-se sobre a autonomização conceptual da figura do AE em relação ao AP, denotando o esforço empregue no sentido de separar as duas figuras. Em suma, se o agente assume uma atitude passiva em relação ao crime atuou como AE; se, pelo contrário, o agente age como um instigador do crime, “que dolosamente determina outrem à comissão do crime, o qual não seria cometido sem a sua intervenção”⁵⁶, configura um AP, sendo “inquestionável a inadmissibilidade da prova [assim] obtida (...), pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir”⁵⁷: a legitimação da valoração da prova depende do juízo sobre esta conduta, as “questões entrecruzam-se” (Mata-Mouros, 2001:115).

A) A jurisprudência nacional

- Vigência do DL n.º 430/83

Cumprir fazer referência àquele que foi o acórdão pioneiro no exame jurisprudencial à figura do AE - a decisão do STJ de 12-06-90. Estava em causa um agente da PJ que simulou pretender adquirir certo tipo de droga, abordando o réu (H.M.) para esse fim, o qual referiu ter conhecimento de quem lha poderia fornecer (A.C.). Uns dias mais tarde, os três encontraram-se, tendo o alegado fornecedor entregue ao agente amostras do produto, sendo que este último as recebeu. O tribunal de primeira instância condenou ambos os réus, pelo que o processo subiu ao STJ, por recurso interposto por A.C., o qual alegou que o agente da PJ teria “extravasado o âmbito do art.52º”, motivo

⁵⁴ Acentuando que “a diferença é, por vezes, bem ténue”, o Ac. do TC n.º 578/98; VALENTE (2009:399).

⁵⁵ A saber, o Ac. do STJ de 12-06-1990 (Proc. n.º 40 983) – cfr. MEIREIS (1999:130, 131 e 141); sublinhando a escassez da jurisprudência nacional neste âmbito, ONETO (2005:134).

⁵⁶ Ac. do STJ de 21-03-96 (Proc. n.º 2796) *in* CJ.

⁵⁷ Ac. do TC n.º 578/98.

pelo qual a sua conduta seria ilegal⁵⁸. O recurso não procedeu, pois, o STJ considerou que o agente da PJ não era causa da “criminalidade que se imputa ao réu. (...) apenas teve o mérito de captar a [sua] confiança a ponto de (...) desvendar que detinha e traficava drogas”, pelo que não se verificava a violação da regra do art.32º, n.º 8 da CRP⁵⁹.

Meireis afirma a sua discordância relativamente ao entendimento seguido pelo STJ⁶⁰, porquanto considera que a norma do art.52º da Lei da Droga apenas consente, ao agente, “aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega” (sublinhado nosso), isto é, que este tão só aceite a proposta de venda de droga. Daqui depreende que, naqueles casos em que é o próprio agente da PJ a fazer a proposta de compra da droga, dele partindo a iniciativa, não se está já no âmbito de protecção desta disposição legal. Para o autor, numa tal situação, estaremos antes perante um autêntico agente provocador, na modalidade de *fictus emptor* (Meireis, 1999:142 e 143)⁶¹. Porém, ainda que o entendimento do autor remonte à vigência do DL n.º 15/93 e, não obstante a letra da lei – “aceitar (...) a entrega” (art.59º) -, duvidamos ter sido essa a intenção do legislador, sob pena de tal previsão legal ficar, praticamente, esvaziada de conteúdo. De facto, restringir o âmbito de aplicação da norma às hipóteses em que o agente tão só aceita a entrega do produto, acabaria por limitar drasticamente o campo de ação do AI, apenas lhe permitindo uma atuação em muito semelhante àquela própria da figura que Meireis conceptualiza como “polícia à paisana”^{62 63}.

⁵⁸ V. Ac. do STJ de 12-06-90, Proc. n.º 40 983 (BMJ n.º 398, 1990:284-285).

⁵⁹ BMJ n.º 398 (1990:286).

⁶⁰ No mesmo sentido foi o Ac. do STJ de 14-11-91 (Proc. n.º 42 103) *apud* MARTINS (1994:274).

⁶¹ A figura do *fictus emptor* consubstancia aquele “comprador aparente” que desencadeia “acto de alienação de mercadoria proibida efectuado perante [si] (...), violando [o alienante] a proibição legislativa” (MEIREIS, 1999:40). Segundo MEIREIS (1999:143), a diferença entre o *fictus emptor* e a hipótese do art.52º é “o facto de àquele ser permitido (...) fazer uma proposta criminosa *ex nihil* no domínio dos crimes-contrato, e de a este só ser permitido aceitar uma proposta feita sem que o mesmo agente possa (...) ser considerado seu impulsor, indutor ou instigador”, pelo que, para o autor, o primeiro é um AP. Contra, considerando que o *fictus emptor* não é um provocador, alegadamente, “como a doutrina em geral reconhece”, GASPARI (2000:164). De acordo com a doutrina italiana, o *fictus emptor* deve circunscrever-se ao âmbito do “*reaticontratto*”, que corresponde a um negócio jurídico bilateral inquinado pela ilicitude criminal do objeto do contrato, p. ex., os casos de venda de drogas e de armas SCALICI (2014:1 e 2).

⁶² *Supra* p. 10.

⁶³ JUSTO (2006:510 e 511), tendo por referência o art.59º do DL n.º 15/93, considera que a norma não pretendia cobrir os casos do agente que “*simula a compra da droga para, em seguida, deter o suspeito (conduta provocatória)*”, admitindo, porém, o caso em que o “agente propõe comprar droga a um suspeito de tráfico, enquanto operação instrumental para ganhar a confiança do criminoso e, assim, poder recolher informações e provas da sua actividade criminosa”. COSTA (2000:164 e 165), embora

Mas a primeira decisão conhecida de um tribunal nacional a tratar a problemática da contraposição entre AE e AP foi a sentença de 5-03-93 do Tribunal Judicial de Oeiras⁶⁴. Tratou-se de um caso de venda de aparelhos de vídeo e videogramas gravados sem autorização. Os agentes tomaram conhecimento de que o arguido (A.M.S.) vendia tais materiais e, com o objetivo de desvendar a atividade ilícita e, concomitantemente, de o responsabilizar penalmente, começou um deles a frequentar de forma assídua o estabelecimento de A.M.S., ocultando a sua qualidade e identidade, para conquistar a confiança daquele. Assim que conseguiu, o agente passou a demonstrar interesse por videogramas, até ao ponto de conseguir que A.M.S. reproduzisse alguns para venda, de acordo com o pedido que lhe fez. No dia combinado para a entrega, a Guarda Fiscal intercepetou A.M.S.

A sentença em referência assume relevância para o nosso estudo porquanto apresenta um enquadramento material (e processual) da figura do AP: o agente induz o investigado à prática de crimes, o que não aconteceria sem a sua intervenção; não age com dolo de consumação em relação ao delito; tem como finalidade a responsabilização penal do visado, pretendendo que este seja condenado pelo crime que foi levado a cometer⁶⁵. Com base nesta sistematização, o tribunal absolveu o arguido, pois entendeu que o agente atuou como AP (fez-se passar por comprador, visando pôr a descoberto a atividade ilegal): a prova obtida resultou de um meio enganoso que condicionou a liberdade de determinação do arguido, sendo, em consequência, nula por violação do n.º 1 e da al. a) do n.º 2 do art.126º do CPP⁶⁶.

O Acórdão do STJ de 5-05-94⁶⁷ apresentou uma particularidade que interessa explorar. *Sub judice* estava um caso de tráfico de droga, em que os agentes da polícia simularam pretender adquirir estupefacientes, abordando o arguido para esse efeito, o qual, depois de “uma insistência muito forte”, os levou até aos fornecedores de droga⁶⁸. Na sua decisão, o STJ entendeu que os agentes agiram de modo legítimo, cabendo as

afirme que o legislador não chegou tão longe, refere que a interpretação da norma de forma a abarcar “a simulação de compra” enquadra-se “no espírito que presidia ao legislador do DL n.º 430/83, que confessou o seu propósito de «maximizar os meios processuais» ao dispor da polícia”.

⁶⁴ Sentença de 5/03/93 (Proc. 777/91) do Tribunal Judicial de Oeiras (*Sub Judice* n.º 4, 1992:71-80).

⁶⁵ *Sub Judice* n.º 4 (1992:76, 72, 77).

⁶⁶ *Sub Judice* n.º 4 (1992:75, 77-80).

⁶⁷ Ac. do STJ de 5-05-94 (Proc. n.º 46.385) *in* CJ.

⁶⁸ Ac. do STJ de 5-05-94 *in* CJ.

respetivas condutas no âmbito do art.52º do DL n.º 430/83, com base no facto de os agentes terem vindo atestar as suspeitas que recaíam sobre os arguidos, que foram detidos na posse de quantidade considerável de droga⁶⁹. Surpreendente é ter o mesmo tribunal, nos acórdãos de 11-03-93 e 13-05-93, a propósito de dois pedidos de *Habeas Corpus*, qualificado a conduta dos agentes como provocadora do crime, não obstante entender que a detenção teve fundamento por motivo de o arguido ter sido apanhado com droga (Oneto, 2005:133). Esta circunstância causa perplexidade, pois indica contradição entre as decisões do STJ, o qual, na apreciação dos *Habeas Corpus*, considerou que os agentes consubstanciaram autênticos AP, enquanto, no julgamento do recurso, entendeu ser essa mesma atuação legítima, por intervirem como AI.

- Vigência do DL n.º 15/93

No sentido oposto foi o Acórdão do STJ de 15-01-97⁷⁰, que classificou como AP o agente da PSP que se dirigiu a um grupo de pessoas associadas ao consumo de droga, tendo interpelado o arguido para lhe solicitar a venda de heroína, o qual só acedeu ao referido pedido após certa insistência do agente, sendo detido aquando da entrega do produto. O STJ decidiu pela absolvição do arguido, entendendo estar-se perante “um caso em que a actuação policial foi meramente repressiva, dirigida à punição de um crime que se pretende provocar e, por isso, inadmissível”, já que foram os agentes que impeliram o arguido “enganosamente (...) a uma actividade pontual e desgarrada”, pelo que a “actuação policial foi nula, (...) e os seus resultados não podem ser considerados”⁷¹. Considerou, assim, o douto tribunal que o arguido foi instigado pelos agentes, que não se limitaram “a encontrar ou criar uma situação em que se pudesse surpreender o arguido no desenvolvimento de uma actividade criminosa que já viesse de trás, essa abordagem, bem como a insistência persistente (...), foi (...) uma actuação à sorte”⁷².

Importante foi também o acórdão do STJ de 21-03-96⁷³. É neste aresto que o tribunal fundamenta a admissibilidade da prova obtida pelo AI com base no art.29º da CRP e 31º e ss. do CP, afastando a ilicitude da conduta do agente por recurso ao tipo

⁶⁹ Ac. do STJ de 5-05-94 *in CJ*.

⁷⁰ Ac. do STJ de 15-01-97 (Proc. n.º 870) *in CJ*.

⁷¹ Ac. do STJ de 15-01-97 *in CJ*.

⁷² Ac. do STJ de 15-01-97 *in CJ*.

⁷³ Ac. do STJ de 21-03-96 (Proc. n.º 2796) *in CJ*.

justificador do ilícito: quando “a lei penal considera como lícito um facto que, de outra maneira, seria subsumível à lei penal, deixa de haver, em harmonia com os princípios gerais e constitucionais (arts. 31º e seguintes do Código Penal, e art.29º da Constituição), qualquer acto ilícito, gerador da nulidade de provas processuais obtidas com o recurso à prática daquele facto”, afirmando ser esse o caso do art.59º do DL n.º 15/93⁷⁴. Por conseguinte, conclui o tribunal que há que distinguir o AI, que “usa o anonimato para recolher os indícios da execução de uma actividade criminosa que o seu autor já está anteriormente determinado a praticar”, do AP, que “induz (ou determina) o agente material a cometer o crime e é, por isso, um elemento necessário e indispensável na formação da resolução da prática do acto ilícito”⁷⁵.

No seu acórdão de 30-10-2002, o STJ deparou-se com a hipótese de um particular (E) que, por sugestão da PSP, colaborou com a dita polícia, encomendando uma certa quantidade de droga ao arguido (A), conotado com o mundo da droga, com o objetivo que este fosse detido⁷⁶. Perante tal base circunstancial, teve o tribunal de se pronunciar acerca da qualificação da conduta do particular, já que os arguidos alegaram que tal atuação consubstanciava uma provocação, estando em causa o uso do AP.

O STJ entendeu que a conduta do particular, *in casu*, não se enquadrava numa atuação provocatória nem de infiltração. Na perspetiva do tribunal, E não agiu como AP nem como AI: ao solicitar, acedendo à sugestão da PSP, certa quantidade de droga a A, não o determinou nem instigou à prática do crime, pois era certo que “no seu meio social constava que este arguido estava ligado ao tráfico de drogas, o que nos autos veio a confirmar-se, pela facilidade e rapidez com que este satisfiz a encomenda”, além de que “já anteriormente (...) sofreu duas condenações (...), por haver praticado crimes de tráfico de estupefacientes”. A “determinou-se com inteira liberdade, de forma autónoma e plenamente consciente, sem que se verificasse qualquer perturbação da vontade ou liberdade de acção”. Assim, E tão só colaborou de forma “espontânea, voluntária e desinteressada” com a PSP, não se inserindo em nenhuma das categorias (AI/AP), pelo que inexistiu violação dos arts.32º, n.º 8 CRP e 126º, n.ºs 1 e 2, a) CPP^{77 78}.

⁷⁴ Ac. do STJ de 21-03-96 *in CJ*.

⁷⁵ Ac. do STJ de 21-03-96 *in CJ*.

⁷⁶ Ac. do STJ de 30-10-2002 (Proc. 02P2118).

⁷⁷ Ac. do STJ de 30-10-2002.

Como assinala Justo (2006:507 e 508), a nosso ver bem, o STJ utilizou, aqui, argumentação em muito similar àquela que se encontra noutros casos de crimes de trato sucessivo, nos quais considerou estar-se na presença de um agente infiltrado, o que não se coaduna com a decisão ora transcrita de qualificar a atuação de E como sendo de mera colaboração.

Na opinião da autora, E atuou como AP, na medida em que, seguindo a sugestão da polícia para encomendar droga a A, pretendia que este fosse detido na sequência da realização do seu pedido, motivo pelo qual tal conduta não foi desinteressada⁷⁹. Acrescenta, ainda, que a fundamentação do STJ é refutável, pois parte do pressuposto de que a vontade de A para delinquir estava já formada, colocando em causa o princípio *in dubio pro reo*, por “presumir uma intenção prévia (de A) sem provas concretas e decisivas”, já que aquelas que o tribunal invoca para sustentar a anterioridade da intenção - fama de ter ligação ao mundo da droga e anteriores condenações - são insuficientes⁸⁰. Considera, por fim, que não houve formação de uma vontade livre⁸¹.

A decisão do STJ de 20-02-2003 defendeu que, estando o projeto criminoso já em marcha (a embarcação de transporte da droga já se encontrava no Atlântico), aquando do contacto com S, o qual, de sua iniciativa, contactou a PJ, não havia instigação ao crime de importação de cocaína por Portugal: “a operação de importação e distribuição daquela droga na Europa estava em marcha e haviam sido os seus proprietários a procurar aquele que viria a ser o principal agente infiltrado”, além de que os arguidos “nunca deixaram de ter (...) domínio do facto”. Conclui o juízo afirmando não se poder dizer que os agentes da PJ participaram e prolongaram “para lá do legalmente admissível a própria actuação criminosa”⁸².

⁷⁸ Caso semelhante é o que versa o Ac. do STJ de 30-11-2005 (Proc. 05P3349). Porém, neste ac., quando a coarguida EE fez o telefonema (voluntariamente), o arguido DD já possuía a droga, o que, desde logo, o constituía autor do crime pelo qual foi condenado, existindo assim uma intenção de venda prévia, que o referido contacto apenas veio desencadear, não se vendo, nas palavras do tribunal, “em que é que o telefonema se traduziu em grave e intolerável limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do Arguido”.

⁷⁹ JUSTO (2006:508).

⁸⁰ JUSTO (2006:509).

⁸¹ JUSTO (2006:510). No mesmo sentido, COSTA (2003:169-172), salientando que este acórdão do STJ “confunde manifestamente liberdade de acção com vontade livremente formada”, tendo o arguido agido “sob *instigação*” - COSTA (2003:172).

⁸² Ac. do STJ de 20-02-2003, cit. nota 44.

- **Vigência da Lei n.º 101/2001 (RJAE)**

No sentido inverso foram os Acórdãos do TRL de 29-11-2006 e de 25-05-2010. O primeiro respeita a um caso de compra e venda de droga: um agente da PJ (S.V.) e um particular (N.T.), o qual admitiu ter colaborado na ação impelido pelo desejo de ser libertado, na pele de pretensos compradores de droga, encomendaram certa quantidade de haxixe aos arguidos, M e J, sendo que S.V. pagou o respetivo preço, com dinheiro da PJ, e N.T. (conhecido dos arguidos) pressionou J para que este arranjasse o produto. Perante tal base factual, o TRL entendeu que a transação de droga foi instigada pela atuação de S.V. e N.T., tendo os arguidos cometido o crime tão só porque lhes fora solicitado e entregue o pagamento, para além da insistência de que foram alvos⁸³. O segundo segue a mesma linha, considerando o TRL que “a situação corresponde a um caso nítido de ação encoberta que conduziu à provocação de um crime”. Em causa estava a entrada de droga em Portugal, tendo um particular (preso por tráfico de droga), visando uma atenuação especial da pena, colaborado com a PJ no sentido de convencer o arguido J de que tinha contactos para facilmente fazer passar no aeroporto grande quantidade de cocaína, levando-o a praticar o crime. Para a decisão do TRL pesou o facto de não haver notícia de anterior predisposição de J para cometer tal crime, nem ter ficado provado que o cometeria mesmo sem a intervenção encoberta⁸⁴.

B) Breve referência à jurisprudência europeia

Também o TEDH tem sido chamado a pronunciar-se sobre a temática em estudo. Damos agora conta de alguns casos a ele submetidos.

O supracitado Acórdão do STJ de 5-05-94 deu origem àquela que foi a primeira decisão do TEDH sobre a distinção entre AI e AP e sequencial validade das provas obtidas – o Caso Teixeira de Castro v. Portugal⁸⁵. Este caso atingiu grande dimensão na investigação do tráfico de estupefacientes, especialmente porque o TEDH assumiu uma posição contrária à orientação habitual da jurisprudência de vários países europeus,

⁸³ Ac. do TRL de 29-11-2006 (Proc. 9060/2006-3).

⁸⁴ Ac. do TRL de 25-05-2010 (Proc. 281/08.1JELSB.L1-5).

⁸⁵ Cfr. ALVES (2013:345).

designadamente à jurisprudência dominante do STJ, plasmada no Acórdão de 5-05-94, a decisão que deu lugar a este recurso⁸⁶.

Na sua Sentença de 9-06-98⁸⁷, o TEDH começa por salientar que a utilização de agentes infiltrados deve ser “circunscrita e rodeada de garantias”, mesmo no combate ao tráfico de estupefacientes, afirmando que o art.6º da CEDH – “Direito a um processo equitativo” – tem aplicação em todo o tipo de infrações, pelo que “o interesse público não poderá justificar a utilização de elementos recolhidos na sequência de uma provocação policial”⁸⁸.

Alicerçado nos argumentos de que não ficou demonstrado que a infiltração policial integrava uma ação de repressão do tráfico de droga determinada e controlada por magistrado, nem sequer que as autoridades tinham motivos para suspeitar do requerente ou que este tinha propensão para delinquir, além de que os agentes não conheciam o requerente, a droga não estava na sua casa, e este não foi além da provocação pois não detinha mais quantidade do que a solicitada, veio o TEDH decidir que os agentes policiais provocaram o crime, não se limitando a atuar como infiltrados. Foi, por isso, afetado o direito do requerente a ter um processo equitativo, havendo violação do art.6º da CEDH⁸⁹. Este juízo, ainda que com uma opinião dissidente⁹⁰, determinou a condenação do Estado Português.

Em Portugal, a decisão em apreço dividiu opiniões. Se, por um lado, Gaspar (2000:166) afirma a sua discordância relativamente à decisão do TEDH, por considerar que não houve “instigação, fraude, engano ou astúcia” nos contactos entre os agentes da polícia e os arguidos, tendo a operação decorrido da mesma forma que comumente “são propostos e realizados os ‘negócios’ no ‘meio’ habitual do tráfico de droga”⁹¹; por outro, Alves (2013:374 e 384) considera que os agentes policiais agiram como provocadores, na medida em que a respetiva conduta “persuasiva e insistente” fez com que a intervenção policial “ultrapassasse o mero erro quanto à realidade (...), lesando a

⁸⁶ Cfr. COSTA (2000:162).

⁸⁷ Ac. do TEDH Teixeira de Castro v. Portugal, de 9-06-98.

⁸⁸ Ac. Teixeira de Castro v. Portugal, par. 36.

⁸⁹ Ac. Teixeira de Castro v. Portugal, par. 38-39.

⁹⁰ Ac. Teixeira de Castro v. Portugal; v. GASPAS (2000:161).

⁹¹ Conclui GASPAS (2000:166) que “todos os elementos concorriam (...) para demonstrar que, no caso, existia intenção ou resolução prévia e potencial, que se limitou a ficar exteriorizada (...)”.

liberdade de decisão e vontade do suspeito”, que, com base num engano, cometeu o crime e produziu prova autoincriminatória⁹².

Diversamente, no Caso Calabrò, o TEDH seguiu orientação inversa: embora tendo como paradigma o Caso Teixeira de Castro, distancia-se do entendimento aí adotado quanto à demarcação da atuação provocatória, por considerar que tal posição não promoveria uma mais cautelosa ponderação da equidade e proporcionalidade *in casu*. Assim, o TEDH, após ter considerado provocatória a conduta do agente que simula a compra de droga, num meio conotado com o tráfico de estupefacientes, vem assumir uma linha mais moderada, ao entender que o comportamento de homem de confiança que prepara uma operação de importação de quantidade considerável de droga, visando apenas a detenção do suspeito, se enquadra no espaço reservado ao AI⁹³.

Mais recentemente, os Casos Vanyan e Khudobin, ambos contra a Rússia⁹⁴, retomaram a orientação seguida pelo TEDH no Caso Teixeira de Castro. Nestas decisões, o tribunal concluiu unanimemente pela existência de violação do art.6º da CEDH, condenando a Rússia. Os dois casos respeitam a eventos relacionados com tráfico de droga. No primeiro, interveio um particular em colaboração com a polícia, enquanto no segundo a operação de investigação foi realizada por agentes policiais, sendo que, em ambos, os agentes das ações encobertas surgiram como pretensos compradores de droga⁹⁵. O TEDH considerou que nas duas factualidades consubstanciavam-se verdadeiras atuações provocatórias, tendo os crimes pelos quais os requerentes foram acusados e, posteriormente, condenados, sido instigados pela conduta dos agentes que, destarte, os determinaram à prática de crime, acrescendo o facto de que não ficou demonstrado que esses crimes ocorreriam ainda que se não tivesse verificado a intervenção provocatória⁹⁶.

C) Apreciação final

⁹² Igualmente, COSTA (2000:170-173) que afirma repudiar a posição maioritária da jurisprudência do STJ nesta matéria.

⁹³ Ac. do TEDH Calabrò, de 21-03-2002 *apud* Ac. do STJ de 20-02-2003 (Proc. 02P4510).

⁹⁴ Ac. do TEDH Vanyan v. Rússia, de 15-12-2005; Ac. do TEDH Khudobin v. Rússia, de 26-10-2006.

⁹⁵ Ac. Vanyan v. Rússia, par. 11-14; Ac. Khudobin v. Rússia, par. 8-9.

⁹⁶ Ac. Vanyan v. Rússia, par. 49-50; Ac. Khudobin v. Rússia, par. 133-137. Diversamente, no Ac. Bannikova v. Rússia, de 04-11-2010, o TEDH considerou que “o agente FSB B. entrou na transação quando ela já estava em curso. Portanto, no que toca ao papel de B, não há dúvida que ele apenas se juntou aos atos criminosos, em vez de os instigar”, par. 69.

A análise jurisprudencial exposta serviu para comprovar as dificuldades com que se depara o aplicador do direito no que concerne à matéria objeto do presente estudo – a delimitação entre a infiltração e a provocação.

Atentando no RJAE, vemos que a determinação da legitimidade da ação encoberta está em saber se, num dado caso, o agente apenas acompanhou a prática do crime ou se o provocou, isto é, se atuou como AI ou como AP.

Assim, a jurisprudência majoritária do STJ define o AP como o agente das instâncias policiais, ou terceiro por estas controlado, que dolosamente leva outrem a praticar um crime que de contrário não seria cometido, com o objetivo de recolher provas desse mesmo crime e submeter o seu autor a um processo penal e a uma condenação; e o AI como uma daquelas pessoas atuando apenas no sentido de, com ocultação da sua qualidade, infiltrar-se nos meios conotados com o crime para conquistar a confiança dos potenciais criminosos, visando obter informações e provas para utilizar em processo contra os suspeitos.

Apesar da dificuldade que, na prática, tal distinção suscita, da orientação do STJ importa reter que o critério de distinção baseia-se no “provocar uma intenção criminosa que ainda não existia”, situação diferente daquela em que “a actuação do infiltrado apenas acompanha ou, no limite, põe em marcha uma decisão previamente tomada”, caso em que o “sujeito já estava decidido a delinquir”. Destarte, o AP “fez nascer ou reforçar a resolução criminosa”, ao passo que o AI “não suscitou a infracção (...), não actuando para dar vida ao crime, mas com uma pretensão de descoberta”⁹⁷. O STJ considera, assim, ser diferente o caso em que se cria uma intenção criminosa até esse momento inexistente, daquele em que tão só se gera a oportunidade com vista à concretização de intenção já nascida, estando o sujeito anteriormente predisposto a cometer o crime e o agente se limita “a pôr em marcha a intenção preexistente”⁹⁸.

A determinação dos limites da ação encoberta, tarefa particularmente complexa quando estão em causa “crimes de trato sucessivo”, pode ser feita por apelo a critérios que derivam do princípio do processo equitativo e que têm sido enunciados pela doutrina e jurisprudência. São eles o critério subjetivo e o critério objetivo: o primeiro

⁹⁷ Cf. GASPAR (2004:46 e 47).

⁹⁸ GASPAR (2004:47).

visa apurar se a resolução criminosa partiu do AE (atenta na conduta do AE) e se existia potencial disposição do autor para o cometimento do delito (atenta na vontade do autor); o segundo foca-se na atuação do AE e sua admissibilidade, de forma a garantir que não são ultrapassados os princípios do Estado de Direito, não admitindo que o AE se comporte como instigador⁹⁹.

Na prática, o recurso ao critério subjetivo pode desencadear situações dúbias¹⁰⁰, pois afigura-se extremamente difícil apurar, *in casu*, qual a intenção do autor e sua predisposição para o cometimento do crime¹⁰¹. Tais incertezas levam à intervenção do critério objetivo, sendo a conduta do AE valorada em si mesma, por forma a indagar-se a sua legitimidade.

O TEDH, como vimos, limita a sua intervenção e análise à averiguação da efetividade do princípio do processo equitativo (art.6º da CEDH), sendo que tal exame atende, sobretudo, ao critério subjetivo, já que o elemento crucial consiste em saber se, sem a intervenção dos AE, o acusado cometeria na mesma o crime¹⁰².

O STJ tem também recorrido, essencialmente, ao critério subjetivo para decidir acerca da validade da ação encoberta, porquanto, das decisões citadas, observamos que o tribunal se fundou principalmente no apuramento da existência ou não de prévia intenção criminosa do autor dos factos^{103 104}.

Por fim, observe-se que, mesmo com as sucessivas alterações legais, as dificuldades constatadas neste domínio permanecem incólumes.

⁹⁹ GASPAR (2004:49-51). V. também JUSTO (2006:506).

¹⁰⁰ Como nota ALVES (2013:365), a propósito do Caso Teixeira de Castro, o critério subjetivo foi usado distintamente pelo STJ e pelo TEDH, o que demonstra as dificuldades que o mesmo acarreta.

¹⁰¹ GASPAR (2004:50) refere que deve demonstrar-se que o AE “tinha boas razões para crer que o indivíduo em causa se dedicava já” a atividades criminosas, e que os dados previamente descobertos denotavam “a existência de uma predisposição para a prática dos factos”. COSTA (2003:170) questiona mesmo como é que se determina quando é que a decisão de cometer o crime foi tomada, afirmando não haver dúvidas quando o AE se introduz no meio criminoso e apenas vai obtendo informações ou até aceita entregas de droga. Contudo, diferente é a situação em que é o próprio AE a tomar a iniciativa, p. ex. simula a compra de droga, surgindo aqui dificuldades acrescidas.

¹⁰² Cf. GASPAR (2004:51). Diversamente, ALVES (2013:365-367), a partir da análise do Caso Teixeira de Castro, refere que o TEDH começa por utilizar o critério subjetivo, combinado com o de suspeitas fundadas, no entanto, afirma que este não é o critério usado preferencialmente, pois “para dirimir os conflitos que a arbitrariedade do teste subjetivo pode trazer, o TEDH opta por conferir uma maior importância ao teste objetivo” (ALVES, 2013:367).

¹⁰³ V. JUSTO (2006:506).

¹⁰⁴ Já o TC tem seguido um critério «misto», com laivos subjetivos e objetivos (GASPAR, 2004:52).

V. Do Agente Encoberto ao Agente Provocador: a Fronteira entre a Irresponsabilidade e a Responsabilidade Penal

Perante a dificuldade com que se depara o julgador na definição da fronteira entre a investigação encoberta admissível e aquela que ultrapassa os limites inerentes ao Estado de Direito, como se evidenciou *supra*, afigura-se-nos essencial dedicar especial atenção ao regime legal nesta sede aplicável.

Como já se referiu, tal fronteira é ténue, sendo particularmente complexa a sua transposição para o caso concreto, porquanto, as mais das vezes, muitas são as dúvidas e incertezas. Sob o RJAE, essa separação, afinal, reconduz-se à tradicional contraposição entre Agente Infiltrado e Agente Provocador, na medida em que a legitimidade da ação é aferida pelo comportamento do agente, mormente se este provocou ou não o crime.

De facto, o art.6º, n.º 1 do RJAE estabelece a cláusula de isenção de responsabilidade penal do AE, fixando, indiretamente, os limites da ação encoberta. Daqui decorre que, ao abrigo da nossa lei, o AE pode praticar “actos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata (...)” (art.6º, n.º 1)¹⁰⁵, pelo que, por conseguinte, sempre que a conduta do AE for a de um instigador ou autor mediato, a ação será inadmissível.

É que, de outra sorte, permitindo-se que um agente, agindo em prol do interesse público e em defesa de valores fundamentais como a segurança e a administração eficaz da justiça, instigasse outrem à prática de crime ou fosse ele próprio o seu autor mediato, estar-se-ia a legitimar a figura do AP, de todo incompatível com os princípios basilares “num Estado de Direito Democrático, como é o nosso”¹⁰⁶. Aliás, como deixámos já subentendido, a doutrina é (quase) unânime no que toca ao repúdio do AP¹⁰⁷.

¹⁰⁵ V. GASPAR (2004:45 e 46).

¹⁰⁶ GONÇALVES, F.; ALVES, M.; VALENTE, M. (2001b:102).

¹⁰⁷ Dizemos “quase” pois MONTE (1997:202) defende uma posição um tanto «híbrida». Refere o autor que, se enunciasse um critério, seria o de que “*em regra* é de aceitar o homem de confiança mas não o agente provocador. *Excepcionalmente*, porém, o agente provocador será de aceitar se respeitados certos pressupostos, quais sejam o da sua actuação ser *necessária* em concreto, *justificada por razões de política criminal e teleologicamente fundada na prevenção*, desde que inviolável o *princípio da dignidade da pessoa humana*”.

Com efeito, importa enquadrar as situações da vida no âmbito da atuação legítima ou provocatória, com a maior exatidão possível, sob pena de serem gravemente ofendidos os direitos fundamentais das pessoas alvo da investigação.

É claro que, nesta tarefa de determinação da linha entre o AE e o AP, “objectivamente as soluções oferecidas pelo legislador estão longe de resolver todos os problemas em concreto”¹⁰⁸. Este é, por excelência, um «terreno movediço», em que a diversidade de circunstancialismos concorrentes dificulta, particularmente, a tomada de decisões isentas de dúvidas, o que acarreta riscos acrescidos para todos. Contudo, ficou patente que a solução legal adotada dá lugar a aplicações práticas antagónicas¹⁰⁹. Focaremos, de seguida, a norma do art.6º, n.º 1 do RJAE.

A) O Artigo 6º, n.º 1 do RJAE – “Isenção de responsabilidade”

O art.6º, n.º 1 consagra, mediante certos pressupostos, a isenção de responsabilidade penal do AE: “Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”. O RJAE, comparativamente à legislação anterior, cuja metodologia seguia a tipificação das condutas admissíveis, veio alargar o âmbito da isenção de responsabilidade do AE, ao estabelecer uma delimitação pela negativa, subordinada ao princípio da proporcionalidade.

Antes de mais, cumpre fazer referência à natureza jurídica da cláusula de desresponsabilização do AE. Trata-se de aferir se o art.6º, n.º 1 constitui um tipo justificador ou uma causa de exclusão da culpa.

A doutrina inclina-se para classificar a norma em apreço como tipo justificador do ilícito¹¹⁰, pois que está em causa o cumprimento de um dever, de acordo com o

¹⁰⁸ MONTE (1997:202).

¹⁰⁹ V. capítulo IV.

¹¹⁰ Noutros ordenamentos, alguma doutrina entende que as correspondentes normas conformam causas de exclusão da culpa. É o caso da Argentina, segundo ZAFFARONI (1996:734). Tal perspectiva não nos parece adequada tendo em conta que a acção encoberta constitui um meio de investigação autorizado por lei, que tem como fim último a defesa de bens jurídicos fundamentais, não se

art.31º, n.º 1 e 2, c) do CP. Assim, a ilicitude da conduta do AE estaria excluída, não sendo punida, por razão de estar legitimada por lei (art.6º RJAE) e, ainda, por o agente se encontrar no exercício de um dever (art.31º, n.º 1 e 2, c) CP)¹¹¹. Aderimos a esta perspectiva, uma vez que o AE atua no âmbito de uma operação que, pela função que lhe incumbe, é valorada positivamente pela ordem jurídica e submetida ao crivo da ponderação de interesses que nesta sede colidem (o AE depara-se constantemente com situações de conflito de interesses: por um lado, os bens jurídicos afetados pelas suas ações típicas, por outro, a administração eficaz da justiça)¹¹². Portanto, deve ser justificada, ainda que concordemos com Pereira (2004:30 e 31) quando afirma que tal conclusão não está isenta de dificuldades¹¹³.

B) O âmbito da atuação do AE

Importa traçar o âmbito da atuação do AE em face do art.6º, n.º 1. Desde logo, prescreve esta norma que o agente atue “no âmbito de uma ação encoberta”, o que pressupõe que a ação em si mesma esteja legitimada, isto é, que obedeça aos requisitos previstos no RJAE: ao abrigo do n.º 1 do art.3º, a ação deve ser adequada “aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto” e proporcional “quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação”¹¹⁴.

De seguida, prevê-se que o AE pode praticar “atos preparatórios ou de execução de uma infração”, isto é, pode afetar certos bens jurídico-penais. *Prima facie*, a referida

coadunando com tal missão tratar a questão no plano da “desculpa”. Seguimos, aqui, o entendimento de PEREIRA (2004:30).

¹¹¹ Neste sentido, ALBUQUERQUE (2010:147); ALBUQUERQUE (2011:686); ONETO (2005:154 e 179); MEIREIS (1999:164); GONÇALVES, F.; ALVES, M.; VALENTE, M. (2001a:268), embora as últimas duas obras se reportem ao domínio da legislação anterior ao RJAE. Na jurisprudência, o citado Ac. do STJ de 21-03-96 v. nota 56. Posição diferente, mas não totalmente oposta, é a de PEREIRA (2004:30 e 31), defendendo estar-se diante de “uma causa de exclusão da ilicitude estritamente penal”, já que considerá-la uma causa de justificação, apesar de “*prima facie* adequada”, levanta algumas dificuldades. Sobre a tese da “exclusão da ilicitude estritamente penal” v. PALMA (1990:709 e ss.).

¹¹² A situação é próxima do direito necessidade, pois está em causa um “pensamento fundamental de *recíproca solidariedade* entre os membros da comunidade jurídica”, impondo-se que “o indivíduo [suporte] o sacrifício de bens jurídicos seus, em favor da preservação de bens jurídicos de outrem” – cf. DIAS (1983:62). Igualmente, CARVALHO (2008:400 e 401).

¹¹³ Para uma delimitação das hipóteses que cabem no art.6º, n.º 1, ALBUQUERQUE (2011:683 e 684).

¹¹⁴ Para além de ter que visar fins preventivos ou de investigação (art.1º), bem como ter subjacente um crime do catálogo (art.2º). Sobre a legalidade da ação encoberta e restantes requisitos do art.3º v. N. LOUREIRO (2015:96-99). Para uma visão do direito comparado de Portugal e Espanha, GONZALEZ-CASTELL (2009:201-209).

delimitação parece não suscitar dúvidas de maior. Todavia, uma leitura mais cuidadosa revela alguns problemas.

De acordo com a letra da lei, o AE pode cometer atos preparatórios. Sobre estes atos, dispõe o art.21º do CP que não são puníveis, motivo pelo qual a justificação em apreço circunscreve-se àqueles casos em que a lei determinou, de forma expressa, a sua punibilidade. Exemplo disso é o crime de contrafação de moeda (art.2º, q) do RJAE e 271º do CP)¹¹⁵.

A outra hipótese prevista é a prática de atos de execução. Ora, estes atos são os que constam do conceito de tentativa, de acordo com o art.22º do CP, cujo n.º 1 afirma “Há tentativa quando o agente praticar atos de execução de um crime (...) sem que este chegue a consumir-se”, e o n.º 2 tipifica esses mesmos atos. Daqui decorre, como referimos, que o RJAE, ao aludir apenas a atos de execução (além dos preparatórios), parece restringir a ação do AE à comissão de crimes na forma tentada, sendo-lhe vedada a consumação¹¹⁶.

Porém, coloca-se aqui o problema dos crimes de perigo abstrato inseridos no catálogo do art.2º. Diante destes crimes, em que a adoção de conduta, em abstrato tida como perigosa, basta para que o crime se consuma, o AE dificilmente não consumará o crime, pelo que, a entender-se assim o regime, não gozaria de impunidade em relação a esse crime. Particularmente, no que toca ao tráfico de estupefacientes (art.2º, l)), desde logo a posse do produto leva o AE a preencher o tipo penal do art.21º, n.º 1 do DL n.º 15/93. Com efeito, a partir desta leitura, o RJAE operaria, em relação ao tráfico de droga, uma justificação mais restrita da conduta do AE do que aquela prevista no regime anterior – o art.59º do DL n.º 15/93, que afastava a punibilidade do AE que “aceitar, detiver, guardar, transportar ou (...), entregar estupefacientes (...)”¹¹⁷.

Julgamos, no entanto, não ser esta a leitura mais adequada. Atendendo ao espírito do legislador do RJAE, que proclamava o intuito de alargar o âmbito de aplicação da ação encoberta e reconhecia que a atuação do AE poderia “levar à prática de factos (...) ilícitos típicos penais”, para tal criando o “regime de isenção da

¹¹⁵ Cfr. GONÇALVES, F.; ALVES, M.; VALENTE, M. (2001b:104). Relativamente a estes atos é necessário, portanto, recorrer ao art.2º RJAE para apurar a aplicabilidade da não punibilidade dos mesmos.

¹¹⁶ Assim, ONETO (2005:152).

¹¹⁷ ONETO (2005:153 e 180).

responsabilidade criminal por esses factos”¹¹⁸, não nos parece que o objetivo fosse o de restringir esse regime, em contraposição com o da lei anterior.

Sobretudo, por dois motivos. O primeiro prende-se com o facto de, a entender-se assim, correr-se-ia o risco de retirar eficácia útil à operação encoberta. Na verdade, atendendo aos meios em que o AE se introduz, nos quais tem que se movimentar como se a eles pertencesse, não faz sentido que o AE tão só esteja autorizado a cometer ilícitos típicos na forma tentada, já que a sua atuação não seria credível aos olhos daqueles com quem visa contactar e, facilmente, a sua missão acabaria desvendada. Assim, para conquistar a confiança dos sujeitos sob investigação, mormente de organizações criminosas, o AE precisa de poder agir para além da prática de meros atos de tentativa, pois muitas vezes “é precisamente com a prática de alguns delitos que o agente infiltrado ganha a confiança dos restantes membros do grupo”¹¹⁹, sendo ponto assente que o êxito da ação é tanto maior quanto maior for o grau de envolvimento do AE no ambiente criminoso¹²⁰.

O segundo deriva de, apesar de os atos de execução integrarem o conceito de tentativa, os mesmos não se esgotarem nos factos típicos tentados. Ora, os atos de execução são um elemento inerente à realização e consumação de qualquer crime, integrando, deste modo, tanto os crimes tentados como os consumados. Por este motivo, não nos parece acertado circunscrevê-los ao domínio da tentativa¹²¹.

Além disso, como nota, com razão, N. Loureiro, no que toca à cumplicidade, estaríamos neste âmbito limitados a “atos de tentativa de cumplicidade”. Só que acontece que “a tentativa de cumplicidade ou a cumplicidade falhada não é punível” (enquanto o autor não iniciar a execução do crime, os cúmplices são impunes¹²²), pelo que, na prática, estar-se-ia a justificar um ato de cumplicidade tentado que não é punível, enquanto os verdadeiros atos de cumplicidade (atos de auxílio material ou moral àquele que pratica o facto – art.27º, n.º 1 CP) ficariam de fora da justificação¹²³.

¹¹⁸ V. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 79/VIII (DAR II Série-A, N.º 62/VIII/2, 2001:2056-2057).

¹¹⁹ Nas palavras de Vanessa D. Ferreira (*apud* ONETO, 2005:154).

¹²⁰ ONETO (2005:154 e 181).

¹²¹ Alinhamos neste ponto com N. LOUREIRO (2015:100).

¹²² Sobre este aspeto, ALBUQUERQUE (2010:149).

¹²³ N. LOUREIRO (2015:100 e 101).

Pelo exposto, cabe concluir que o art.6º, n.º 1, na parte em que alude aos atos de execução, deve ser lido como englobando, para efeitos de isenção de responsabilidade, não só atos ilícitos na forma tentada, como também os consumados e os de auxílio (cúmplice), “desde que esses atos sejam proporcionais aos fins visados”, o que equivale a dizer que o princípio da proporcionalidade operará o crivo posterior, não admitindo que, em casos onde seja suficientemente eficaz um ato na forma tentada, o AE realize um ato consumado¹²⁴.

Prossegue o legislador fixando que tais atos assumem “qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata”. A participação consiste na “realização típica [em que] colaboram várias pessoas, uma *pluralidade de agentes*”¹²⁵. Daqui decorre que a lei pretendeu afastar da cobertura da norma do art.6º aquelas situações em que o AE é autor imediato singular, restringindo a justificação da sua conduta às hipóteses de coautoria e de cumplicidade¹²⁶, pois que apenas nestas o AE atua em conjunto com aqueles que são objeto da ação encoberta e, nessa medida, cumpriria as finalidades a que *maxime* se propõe: prevenir a consumação de delitos e obter provas que permitam reprimir os já cometidos¹²⁷. Parece-nos que o legislador apenas equacionou os casos “mais tradicionais” sucedidos no contexto de uma ação encoberta, os quais estiveram na origem da figura do AE. Mas a prática veio demonstrar que as operações desenrolam-se de tal forma que, inevitavelmente, acabam por surgir situações diversas das hipóteses conjeturadas *ex ante*.

Nesta medida, julgamos que a opção legal pelo termo “participação” não foi a mais acertada. E a nossa posição não se prende com aquelas hipóteses em que o AE tem em vista obter material probatório e, ainda assim, a sua conduta não se subsume à de um coautor nem sequer à de cúmplice. É o caso do AE que compra droga a um traficante, mediante proposta de venda deste último, ou realiza a solicitação de funcionário, para, em ambos, reunir evidências para provar em juízo, respetivamente, a

¹²⁴ Cfr. ALBUQUERQUE (2010:147) e (2011:682); no mesmo sentido, N. LOUREIRO (2015:103 e 104). Contra, ONETO (2005:153). Porém, atenua a sua posição, acabando por aceitar a prática de atos consumados, com fundamento numa “justiça funcionalmente eficaz”, quando se trate apenas da “lesão de bens jurídicos patrimoniais ou supra-individuais”, ficando de fora os bens pessoais (ONETO, 2005:181).

¹²⁵ DIAS (2011:757).

¹²⁶ Sobre a coautoria e a cumplicidade v. ALBUQUERQUE (2010:144 e 148-150).

¹²⁷ Assim, referindo-se à “colaboração nas actividades criminosas”, GASPAR (2004:49); PEREIRA (2004: 30 e 32); e no domínio da anterior legislação, MEIREIS (1999:164 e nota 36).

comissão do crime de tráfico de droga e de corrupção passiva¹²⁸. É que pode conceber-se que as hipóteses descritas cabem no âmbito de proteção do art.6º, n.º 1, apesar de a conduta do AE conformar a de um autor imediato singular, uma vez que esta “não é punível por se considerar, em sentido material, uma forma de participação” no crime de tráfico e de corrupção (ainda que na modalidade de corrupção ativa)¹²⁹.

Poderia questionar-se tal solução com base no argumento de que, nas ações em que se visa sobretudo a repressão de delitos já cometidos, naturalmente que o AE não pode participar numa execução criminosa já passada¹³⁰. Apesar de esta conclusão ser inegável, deve ser vista com especial cautela, já que apenas se vislumbra que, com o intuito de obter provas de factos passados, o AE atue, na pele de autor imediato singular, tão só no sentido de descobrir informações ou outros dados relevantes, para tal acabando por preencher tipos que salvaguardam a proteção do foro privado do suspeito.

Acresce que casos há em que é indispensável que o AE cometa delitos diversos daqueles que está incumbido de investigar. As ações encobertas contendem com realidades embrenhadas, nas quais o AE leva tempo a imiscuir-se, tanto que cada vez mais esses meios aumentam as defesas “anti infiltração”. Neste contexto, o AE tem que conquistar a confiança daqueles que investiga e manter-se no meio, de forma a alcançar os níveis superiores do grupo criminoso, o que o poderá conduzir à prática de crimes instrumentais¹³¹ em autoria imediata singular, sob pena de a ação perder o efeito útil ou até ser desvendada¹³². Todavia, uma interpretação literal não permite abranger estas situações no âmbito da norma, por não serem casos de participação, pelo que, a menos que se recorra à interpretação extensiva (com subsequente prejuízo do princípio da legalidade), tais hipóteses extravasam a justificação do art.6º¹³³. Neste âmbito, teria sido mais acertada a opção pela expressão “actos de colaboração ou instrumentais” do art.6º da Lei n.º 36/94.

¹²⁸ N. LOUREIRO (2015:105 e 106).

¹²⁹ Com razão, PEREIRA (2004:32).

¹³⁰ Argumento apontado por N. LOUREIRO (2015:106).

¹³¹ ROSS (2004:586-588) define os “ancillary crimes” como “aqueles que o agente comete ou permite que outros cometam para investigar os “constitutive crimes” e manter o seu disfarce” (ROSS, 2004:586), dando uma perspetiva do direito comparado dos EUA e Itália. KREY (2001:218) afirma, em relação à lei alemã, que “o agente encoberto não deve cometer crimes graves como “bilhete de entrada” na organização criminosa ou para manter a sua identidade falsa”.

¹³² Cf. N. LOUREIRO (2015:106 e 107); ONETO (2005:147-149).

¹³³ ONETO (2005:147) defende que a autoria imediata (singular) é abrangida no art.6º, n.º 1; Iguualmente, o Ac. do STJ de 11-7-2013 (Proc. 1690/10.1JAPRT.L1.S1).

C) A fronteira entre a irresponsabilidade e a responsabilidade penal

Precisamente para delimitar a figura do AE da do AP, a qual, como vimos, não é admitida à luz dos princípios do Estado de Direito, o RJA, no art.6º, expressamente vedou ao AE a atuação típica que conforme a de um instigador ou autor mediato.

Antes de mais, duas notas a fazer: primeiro, nos casos em que, visando obter provas e informações, o AE submete o investigado a tortura ou coação, está a utilizar um método proibido de prova, além de cometer um ilícito típico não abarcado no âmbito do art.6º. Porém, nestas situações não se pode dizer que o AE foi um AP¹³⁴. Em segundo lugar, e no que toca à autoria mediata, sendo autor mediato “quem executar o facto (...) por intermédio de outrem” (art.26º do CP), temos que existe “sempre nesta figura um “homem-de-trás” (...) aquele por cuja autoria se pergunta – e um “homem-da-frente”, o executor, (...) ou “instrumento””. De acordo com Dias (2011:776 e 777), aplicando aqui “o princípio do *domínio do facto*”, o homem-de-trás é o mentor de “todo o acontecimento”, que deriva “da sua vontade responsável”, isto é, “todos os pressupostos de punibilidade têm de concorrer na pessoa do homem-de-trás”, pelo que, atendendo ao “princípio da (auto-)responsabilidade”, da autoria mediata ficam de fora “todas as situações em que entre a conduta do homem-de-trás e o delito se interponha a atuação de um homem-da-frente plenamente responsável”, começando aí a instigação. Assim, uma vez que, atuando na pele de autor mediato, o AE é o principal, se não único, responsável pelo facto cometido pelo suspeito instrumentalizado, deixa de fazer sentido concebê-lo como provocador do crime – mais do que isso, ele é o seu único autor¹³⁵, donde se conclui que o domínio do AP será o de um instigador¹³⁶.

A instigação é uma forma de autoria, prevista no art.26º do CP, pelo que instigador, nesta aceção, “é unicamente quem produz ou cria de forma cabal (...) no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de

¹³⁴ Cfr. ONETO (2005:146).

¹³⁵ Cremos, com DIAS (2011:786), que a “figura de um autor atrás do autor (ambos plenamente responsáveis) (...) não é dogmaticamente concebível no quadro da autoria mediata”.

¹³⁶ Assim, ONETO (2005:145); PEREIRA (2004:32); GONÇALVES, F.; ALVES, M.; VALENTE, M. (2001a:260); Ac. do STJ de 8-10-2015 (Proc. 417/10.2TAMDL.G1.S1). Contra, o Ac. do STJ de 21-03-96, cit. nota 56: ““agente provocador” que não é mais do que um simples autor mediato do crime”, e Ac. do STJ de 8-07-2002 *apud* Ac. do STJ de 5-11-2008 (Proc. 08P2963).

um concreto ilícito típico”¹³⁷. O AE tornar-se-á um AP sempre que instigar outrem à prática de crime, caso em que responderá penalmente pelo facto instigado. É o que determina o art.6º, que explicitamente o exclui da isenção de responsabilidade.

Destarte, retomando as noções que enunciámos *supra*, o AE é aquele agente policial, ou terceiro sob controlo deste, que, tendo em vista fins de prevenção ou repressão criminal e ocultando a sua identidade e qualidade, se infiltra num dado meio, de forma a ganhar a confiança dos suspeitos, podendo realizar factos típicos sem determinar aqueles à prática de crime e, desde que guardada a devida adequação e proporcionalidade com os fins identificados em concreto¹³⁸; enquanto o AP é o agente que leva outra pessoa a cometer um crime, criando nela a intenção criminosa, que sem a provocação não existiria (e portanto, o crime não seria cometido), tendo como objetivo único submetê-la a um processo penal e obter a sua condenação¹³⁹.

Se, no plano teórico, a distinção não levanta grandes problemas, a prática vem demonstrar o contrário. Como ficou patente no capítulo IV, muitos são os casos que suscitam dúvidas, revelando-se complexa a tarefa de demarcar a raia da provocação. De facto, por vezes situações semelhantes conduzem a soluções diversas ou, até, a aplicação dos mesmos critérios ao mesmo caso dá lugar a decisões contrárias, com conseqüente prejuízo para a unidade jurisprudencial¹⁴⁰, o que, numa área como o direito penal, que lida com bens jurídicos de valor eminente, coloca especiais e acrescidas preocupações.

¹³⁷ DIAS (2011:799). A instigação pode ainda assumir a forma de cumplicidade, “instigação-auxílio moral”, na qual o agente “com a sua conduta influencia a motivação do homem-da-frente, sem verdadeiramente o «determinar» (...) à realização típica” (DIAS, 2011:800-801). Este entendimento não é, contudo, unânime, havendo doutrina que insere a instigação no âmbito da participação - v., p. ex., VALDÁGUA (2001:932).

¹³⁸ Cf. ONETO (2005:146 e 150); ALBUQUERQUE (2010:147); Acs. do STJ de 13-01-99 (Proc. 98P999) e de 11-7-2013, cit. nota 133.

¹³⁹ Cf. ONETO (2005:145); MEIREIS (1999:155); GONÇALVES, F.; ALVES, M.; VALENTE, M. (2001a:259 e 260). Sobre a figura do AP no direito espanhol, F. PÉREZ (2002:23-24).

¹⁴⁰ Veja-se os Acs. do STJ de 5-05-94, cit. nota 67; de 21-03-96, cit. nota 56; de 30-10-2002, cit. nota 76; de 30-11-2005, cit. nota 78; e em sentido oposto o Ac. do STJ de 15-01-97, cit. nota 70; e os Acs. do TRL de 29-11-2006, cit. nota 83, e de 25-05-2010, cit. nota 84. Saliente-se que o TEDH no Caso Teixeira de Castro, cit. nota 87, decidiu no sentido oposto ao STJ no Ac. de 5-05-94, seguindo no Ac. Ramanauskas v. Lituânia, de 5-02-2008, a mesma orientação; mas no Caso Calabrò, cit. nota 93, o TEDH atenuou a posição assumida anteriormente, decidindo pela não existência de provocação, o mesmo ocorrendo no Ac. Milinienė v. Lituânia, de 24-06-2008, em relação ao Caso Ramanauskas.

Da definição doutrinal de AP e, à luz do RJAE, retiramos que o que importa para determinar, *in casu*, se o agente interveio como AE ou AP, é aferir o momento em que a intenção criminosa surgiu no autor do facto: se esse propósito for prévio, então o autor do facto não foi determinado pelo AE e o crime ocorreria independentemente da atuação deste, o que se dá, por exemplo, quando a execução criminosa teve já início e o AE a revela, ou quando este se limita a desencadear uma vontade delinvente já formada ou cria a oportunidade para a sua efetivação¹⁴¹; se, ao invés, a intenção nascer por ocasião da provocação, o infrator foi levado a cometer o crime, o qual não seria praticado se não fosse a conduta do AE¹⁴², donde se infere que, na provocação, essa conduta é fator essencial do aparecimento da resolução criminosa, sendo a liberdade de determinação do infrator condicionada pelo AP.

Mas como se poderá saber se essa intenção era prévia ou se, pelo contrário, nasceu em virtude da provocação? É nesta indagação que surgem as incertezas.

O art.6º do RJAE veio delinear os limites à atuação do AE, utilizando “conceitos típicos e conhecidos do direito penal que são mais claros para o aplicador”¹⁴³, de forma a facultar uma noção mais rigorosa e exata, tendo o legislador substituído a metodologia de enumeração taxativa da lei anterior (art.59º DL n.º 15/93) por uma fórmula de definição pela negativa, o que permitiu abranger no seu âmbito maior diversidade de casos¹⁴⁴.

Porém, a verdade é que, na prática, continua a ser tarefa árdua determinar com absoluta precisão se dada atuação consubstancia uma ação de infiltração admissível, ou

¹⁴¹ V. Ac. do STJ de 15-01-97, cit. nota 70; Ac. do TRL de 15-6-2004 (Proc. 6919/2003-5); Ac. do STJ de 30-11-2005, cit. nota 78; Ac. do STJ de 20-02-2003, cit. nota 44; Ac. do TC n.º 76/2001.

¹⁴² Assim, o Ac. do STJ de 6-07-95 (Proc. 047221); Ac. do STJ de 8-07-2002, cit. nota 136; Ac. do STJ de 9-04-2015 (Proc. 326/12.OJELSB.L1.S1).

¹⁴³ Cf. VALENTE (2009:430).

¹⁴⁴ Daí que o legislador tenha previsto uma cláusula de proporcionalidade, para a atuação do AE *in casu*, como requisito último da justificação. É que a expansão do seu âmbito acarreta o aumento do risco de ocorrência de atuações abusivas e da incerteza quanto às condutas adotadas, tanto que esse juízo compete ao AE, que no momento tem que decidir da proporcionalidade (ou não) do ato típico (MONTEROS, 2010:403 e 404). Quanto a este pressuposto, cabe dizer que opera em fase posterior aqueloutro prescrito no art.3º, n.º 1, do qual, já vimos, depende a legitimidade da ação encoberta. Aqui, está em causa a conduta do AE que, destarte, deve ser adequada (para a prossecução das finalidades subjacentes à ação em concreto); necessária (para alcançar esses fins, o mesmo é dizer que, de entre todas as possibilidades de cumprir esses fins, o AE deve optar pelo menos gravoso (ALBUQUERQUE, 2011:682)) e proporcional aos fins visados pela operação (da ponderação entre os bens lesados pela atuação típica do AE e os bens que se pretende preservar com os crimes em investigação, deve resultar que *in casu* este segundo interesse se sobrepõe ao primeiro (PEREIRA, 2004:36 e 37)).

ultrapassa já a raia do tolerável, mormente porque tal implica aferir da vontade do autor do facto. O que é particularmente complexo nos crimes de trato sucessivo, bem como nos casos em que o AE toma a iniciativa que desencadeia o delito.

O que se verifica é que a decisão em face do caso concreto “vai depender muito da prudência dos juízes (...)”, sendo “grande a margem entregue à prudência do julgador” (G. M. da Silva *apud* Valente, 2004:167). Acontece que, como vimos, os tribunais não têm sido muito precisos neste domínio, nem na definição dos critérios seguidos, nem sequer na sua aplicação *in casu*, com conseqüente prejuízo do princípio da segurança jurídica. O que não se pode ignorar pois concorrem aqui bens jurídicos de ordem superior.

O critério que a jurisprudência nacional utiliza primordialmente é, como se disse *supra*, o subjetivo, que procura aferir se a decisão criminosa partiu do AE e se existia já essa vontade no autor. O TEDH também baseia as suas decisões neste critério, embora o complemente com outros elementos, chegando por vezes a conclusão diversa da adotada pelo tribunal estadual.

Por outro lado, o art.6º, n.º 1 do RJAÉ parece seguir um critério complexo, sendo, no entanto, evidentes as notas de ordem objetiva, já que coloca a tónica na conduta do AE, exigindo que esta não seja instigadora e que seja proporcional aos fins visados¹⁴⁵.

Assim, e atendendo à necessidade de as decisões judiciais se pautarem por um maior rigor, julgamos que, uma vez que o critério subjetivo comporta uma importância máxima na determinação da admissibilidade da atuação do AE, por se reportar à aferição do momento em que nasce a intenção criminosa, a nossa lei deveria dedicar maior atenção à determinação desse momento, de forma a conceder, neste campo, mais concretas diretrizes ao aplicador penal.

Ora, consideramos que os tribunais portugueses não têm sido suficientemente diligentes nesta matéria, pelo que a lei deverá assumir aqui um papel preponderante, auxiliando o julgador a aferir do momento em que surgiu a resolução criminosa, de

¹⁴⁵ Aqui seguimos GASPARELLO (2004:52). Discordamos com N. LOUREIRO (2015:112) quando afirma que o critério subjacente ao art.6º é o subjetivo.

forma a evitar tamanha discricionariiedade nessa definição. É que não podemos anuir com certas orientações que vêm sendo seguidas na jurisprudência, designadamente a consideração de que uma alegada predisposição do autor para delinquir denota a intenção prévia de cometer aquele concreto crime¹⁴⁶, bem como a mera existência de antecedentes criminais ou ainda a conotação do sujeito com o mundo do crime¹⁴⁷. Cremos que tais conclusões ferem os direitos fundamentais dos investigados, tornando a ação encoberta numa atividade persecutória. Assim, em nossa opinião, poderá convocar-se um 3º elemento, além do teste subjetivo e objetivo, que poderá trazer um acréscimo ao grau de certeza das decisões tomadas nesta sede: a existência de suspeitas fundadas¹⁴⁸.

A previsão do critério de suspeitas fundadas no art.6º distinguir-se-ia daqueloutro contido no art.3º, n.º 1, pois trata-se aqui de uma aferição em concreto, isto é, de reportar os indícios ao sujeito em concreto (e não a um grupo ou meio em geral).

Ao abrigo deste critério, as suspeitas, para serem fundadas, devem ter por base indícios objetivos razoáveis, que demonstrem que o sujeito, por exemplo, colabora com uma associação criminosa ou prepara a execução de certo crime. Inerentemente, por o objetivo do recurso a tal critério ser o de aferir a existência (ou não) de intenção criminosa antes da intervenção do AE, as suspeitas têm que ser prévias a essa atuação (juízo *ex ante*), permitindo assim obviar as “atuações à sorte” da polícia.

Consideramos que a inclusão do critério de suspeitas fundadas, conferindo maior certeza ao subjetivo e a ser utilizado em conjugação com o objetivo, poderá proporcionar uma solução legal mais exata, no sentido de evitar que fatores subjetivos, como os que têm sido usados pelos tribunais, afastem uma eventual atitude provocatória, contribuindo para uma maior justeza e harmonia na aplicação da norma do art.6º.

¹⁴⁶ P. ex. o Ac. do STJ de 20-02-2003, cit. nota 44.

¹⁴⁷ P. ex. o Ac. do STJ de 30-10-2002, cit. nota 76. Concordamos assim com a posição de JUSTO (2006:509), que afirma que a predisposição de um sujeito a delinquir, nomeadamente pela “fama” que tinha no seu meio social e pelas anteriores condenações, não é suficiente para demonstrar que a decisão de cometer aquele crime em concreto estava já tomada, sob pena de se colocar em causa o princípio *in dubio pro reo*.

¹⁴⁸ O critério de suspeitas fundadas é usado pelo TEDH combinado com o subjetivo (ALVES, 2013:365).

VI. Conclusão

O presente trabalho versa sobre uma temática que tem sofrido grande desenvolvimento nos últimos anos, fruto da evolução social e conseqüente emergência de novas formas de criminalidade, cada vez mais sofisticadas e de difícil detecção.

Neste contexto, ao virar do século, surge o RJAE, procurando dar resposta a uma realidade que veio para ficar, tendo o mérito de regular e sistematizar uma área tão controversa como é a ocupada pelas ações encobertas.

A atuação do AE no âmbito destas operações *ab initio* que foi, e continua a ser, o tema ao qual a doutrina e jurisprudência mais se dedicaram, tendo como grande preocupação a distinção entre a atuação de um AE, que seria tolerável pela ordem jurídica, da de um AP, figura fortemente rejeitada no Estado de Direito Democrático.

O art.6º do RJAE pretendeu facilitar ao julgador tal tarefa, nomeadamente utilizando conceitos próprios do direito penal, certamente para melhor se distinguir, na prática, as condutas permitidas das proibidas. Porém, a lei mudou e as dúvidas permaneceram, sendo de “admirar mais as intenções do que os resultados” (DIAS, 2009:811): como demos conta ao longo deste trabalho, a realidade demonstra que a demarcação entre a figura do AE e do AP mantém-se complexa e, muitas vezes, acarreta dúvidas e incertezas quase intransponíveis. Isto origina situações injustas, havendo casos em que se considera uma atuação legítima, pressupondo-se a existência de uma vontade criminosa prévia, com base em elementos inadequados e até discriminatórios (p. ex., os antecedentes criminais e a “fama” de ligação a meio criminoso), afastando-se uma possível provocação sem reunir suficientes indícios probatórios.

Numa “área problemática”, onde a interpretação deve ser restritiva (Andrade, 1992:232), os tribunais devem ser especialmente exigentes na prova requerida, não devendo fundar as suas decisões em elementos como os referidos, tanto é que se está num domínio particularmente sensível: contendem aqui direitos fundamentais elevados, estando a constitucionalidade das ações ocultas dependente da obediência ao regime da restrição de direitos, o qual faz apelo ao princípio da proporcionalidade. Daí que se exija especial cautela no juízo destes casos.

Creemos que a solução que propomos exigirá um maior rigor e precisão da parte dos tribunais, exigindo que as suas convicções se fundem em dados materiais e razoáveis e não em meras conjeturas sem suficiente base probatória. Assim, sugerimos o aditamento de um n.º 2 ao art.6º, onde se estabeleça: “A isenção de responsabilidade prevista no número anterior requer a demonstração, em concreto, da existência de prévias suspeitas fundadas”.

Todavia, reconheça-se que esta é uma área onde impera o casuísmo, intervindo, em cada caso, uma imensidão de variantes e circunstâncias, de tal modo que ambicionar resolver todas as hesitações afigura-se sobremaneira difícil.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010), *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2011), *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- ALVES, Catarina Abegão (2013), “Agente Infiltrado ou Provocador? Um Problema de Proibições de Prova à Luz do Caso Teixeira de Castro V. Portugal”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16, Coimbra, pp. 345-390.
- ANDRADE, Manuel da Costa (1992), *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora.
- ANDRADE, Manuel da Costa (2009a), “Bruscamente no Verão Passado”, *A Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora.
- ANDRADE, Manuel da Costa (2009b), “Métodos Ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coordenação Mário Ferreira Monte [et.al.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 525-551.
- BRAZ, José (2010), *Investigação Criminal – A Organização, o Método e a Prova – Os Desafios da Nova Criminalidade*, Coimbra, Almedina.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina.
- CARVALHO, A. Taipa de (2008), *Direito Penal - Parte Geral, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora.

- COSTA, Eduardo Maia (2000), “Agente Provocador – Validade das Provas. Comentário à Sentença de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro contra Portugal)”, in *Revista do Ministério Público*, ano 21º, n.º 81, pp. 155-174.
- COSTA, Eduardo Maia (2003), “Agente Provocador/Agente Infiltrado. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 24º, n.º 93, pp. 161-172.
- DETRAZ, Stéphane (2006), “Un Aspect de la Protection des Infiltrés et des Repentis: Le Délit de Révélation d'Identité”, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 1, Paris, pp. 49-60.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (1983), "Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilicitude e a Culpa", in *Jornadas de Direito Criminal I*, Centro de Estudos Judiciários (org.).
- DIAS, Jorge de Figueiredo (2009), “O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coordenação Mário Ferreira Monte [et.al.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 805-819.
- DIAS, Figueiredo (2011), *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora.
- EDWARDS, Carlos Enrique (1996), *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada – Modificación a la Ley de Estupefacientes Análisis de la ley 24.424*, 1.ª Edição, Buenos Aires, AD-HOC S.R.L.
- GASPAR, António Henriques (2000), “Anotação à Decisão de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro c. Portugal)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 1, Coimbra Editora, pp. 145-167.

- GASPAR, António Henriques (2004), “As acções encobertas e o processo penal. Questões sobre a prova e o processo equitativo”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, pp. 43-53.
- GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel J., VALENTE, Manuel M. G. (2001a), *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador – Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, Almedina.
- GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel J., VALENTE, Manuel M. G. (2001b), *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado – Legislação Complementar*, Coimbra, Almedina.
- GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo (2009), “El agente infiltrado en España y Portugal – Estudio comparado a la luz de las garantías de los principios constitucionales”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa – Interferências e Ingerências Mútuas*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente, Centro de Investigação do ISCPSI, Almedina, pp. 185-219.
- JUSTO, Ana Rita de Melo (2006), “Proibição da Prova em Processo Penal: o Agente Provocador. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 3, pp. 497-512.
- KREY, Volker F. (2001), “Legal Problems in Using Undercover Agents Including Electronic Surveillance for their Backup and as Instrument of Crime Prosecution in Germany”, in *Scientia Iuridica*, Tomo L, n.º 290, Braga, pp. 209-228.
- LOUREIRO, Joaquim (2007), *Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o 1.º Acórdão do T.E.D. Homem – 9.Junho.1998, Condenação do Estado Português*, Coimbra, Almedina.
- LOUREIRO, Nuno Miguel (2015), “A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 36º, n.º 142, pp. 79-120.

- MARTINS, A. G. Lourenço (1984), *Droga – Prevenção e Tratamento, Combate ao Tráfico*, Coimbra, Almedina.
- MARTINS, A. G. Lourenço (1994), *Droga e Direito – Legislação, Jurisprudência, Direito Comparado e Comentários*, Lisboa, Aequitas Editora, Editorial Notícias.
- MATA-MOUROS, Fátima (2001), “O Agente Infiltrado”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 22º, n.º 85, pp. 105-120.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves (1999), *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, Almedina.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves (2006), «”Homens de Confiança”. Será o Caminho?», in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina, pp. 81-101.
- MONTE, Mário Ferreira (1997), “A Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVI, n.º 265/267, Universidade do Minho, pp. 183-202.
- MONTEROS, Rocío Zafra Espinosa De Los (2010), *El Policía Infiltrado – Los Presupuestos Jurídicos en el Proceso Penal Español*, Valência, Tirant lo Blanch.
- ONETO, Isabel (2005), *O Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra, Coimbra Editora.
- PALMA, Fernanda (1990), *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- PAZ, Isabel Sánchez García de (2005), *La Criminalidad Organizada – Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales*, Madrid, Dykinson S.L.
- PEREIRA, Rui (2004), “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, pp. 11-41.

- PÉREZ, Francisco Alonso (2002), “La figura del agente encubierto”, *in Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, n.º 9, Madrid, pp. 9-24.
- PÉREZ, Marta del Pozo (2006), “El Agente Encubierto Como Medio de Investigacion de la Delincuencia Organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española”, *in Criterio Jurídico*, V. 6, Santiago de Cali, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 267-310.
<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/260/1023>, consult. em 19/mar/2016.
- ROSS, Jacqueline (2004), “Impediments to Transnational Cooperation in un Undercover Policing - A Comparative Study of the United States and Italy”, *in American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, n.º 3, Berkeley, pp. 569-624.
- SCALICI, Marianna (2014), “Operazioni sotto copertura ed equo processo”, *in Archivio Penale - Rivista web*, Fascicolo n.º 2, pp. 1-10.
<http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2014/03/web.Quesiti.Operazioni-sotto-copertura.Scalici1.pdf>, consult. em 7/abr/2016.
- SILVA, Daniel (2013), “Ações encobertas no Estado de Direito Democrático”, *in Investigação Criminal n.º 5 – Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, Lisboa, pp. 35-61.
- SILVA, Germano Marques da (1994), “Bufos, Infiltrados, provocadores e arrendidos – Os princípios democrático e da lealdade em processo penal”, *in Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2, pp. 27-34.
- SILVA, Germano Marques da (2003), “Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)”, *in Direito e Justiça*, Vol. XVII, pp. 17-31.
- SILVA, Germano Marques da (2005), “A Criminalidade Organizada e a Investigação Criminal”, *in I Congresso de processo penal - Memórias*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra, Almedina, pp. 397-414.

- SOUSA, Paulo Pinto de (2010), “Acções Encobertas. Meio enganoso de prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador. Outras questões”, in *Revista do CEJ*, n.º 14, Lisboa, Almedina, pp. 231-247.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição (2001), “Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Org. Jorge de Figueiredo Dias [et.al.], Coimbra, Coimbra Editora, pp. 917-938.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2004), *Dos Órgãos de Polícia Criminal. Natureza, Intervenção, Cooperação*, Coimbra, Almedina.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2009), *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1996), “Impunidad del Agente Encubierto y Del Delator: Una Tendencia Legislativa Latinoamericana”, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 67, Toulouse, pp. 725-738.

Jurisprudência citada:

Tribunal Constitucional:

- Ac. n.º 578/98, de 07-07-1998, Relator: Messias Bento, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>.
- Ac. n.º 76/2001, de 14-02-2001, Relator: Guilherme da Fonseca, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010076.html>.

Supremo Tribunal de Justiça:

- Ac. de 12-06-90, Proc. n.º 40 983, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 398, 1990, pp. 282-288.

- Ac. de 05-05-94, Proc. n.º 46.385, Relator: Manuel Luís de Sá Ferreira, *in* Coletânea de Jurisprudência, 1994, Tomo II.
- Ac. de 06-07-95, Proc. n.º 047221, Relator: Nunes da Cruz.
- Ac. de 21-03-96, Proc. n.º 2796, Relator: Sá Nogueira, *in* Coletânea de Jurisprudência, 1996, Tomo I.
- Ac. de 15-01-97, Proc. n.º 870, Relator: Rosa Maria Mendes Cardoso Ribeiro Coelho, *in* Coletânea de Jurisprudência, 1997, Tomo I.
- Ac. de 13-01-99, Proc. n.º 98P999, Relator: Augusto Alves.
- Ac. de 30-10-2002, Proc. n.º 02P2118, Relator: Pires Salpico.
- Ac. de 20.02.2003, Proc. n.º 02P4510, Relator: Simas Santos.
- Ac. de 30-11-2005, Proc. n.º 05P3349, Relator: Sousa Fonte.
- Ac. de 05-11-2008, Proc. n.º 08P2963, Relator: Maia Costa.
- Ac. de 11-07-2013, Proc. n.º 1690/10.1JAPRT.L1.S1, Relator: Arménio Sottomayor.
- Ac. de 09-04-2015, Proc. n.º 326/12.0JELSB.L1.S1, Relator: Nuno Gomes da Silva.
- Ac. de 08-10-2015, Proc. n.º 417/10.2TAMDL.G1.S1, Relator: João Silva Miguel.

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Ac. de 15-06-2004, Proc. n.º 6919/2003-5, Relator: Ana Sebastião.
- Ac. de 29-11-2006, Proc. n.º 9060/2006-3, Relator: Carlos Sousa.
- Ac. de 25-05-2010, Proc. n.º 281/08.1JELSB.L1-5, Relator: Pedro Martins.
- Ac. de 17-04-2012, Proc. n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, Relator: Simões de Carvalho.

Tribunal Judicial de Oeiras:

- Sentença de 05/03/93, Proc. n.º 777/91, do Tribunal Judicial de Oeiras, 3.º Juízo – “Os amigos da Guarda”, *in Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 4, Lisboa, Set. – Dez. 1992, pp. 71-80.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

- Ac. Teixeira de Castro v. Portugal, de 09-06-98, Aplicação n.º 25829/94.
- Ac. Vanyan v. Rússia, de 15-12-2005, Aplicação n.º 53203/99.
- Ac. Khudobin v. Rússia, de 26-10-2006, Aplicação n.º 59696/00.
- Ac. Ramanauskas v. Lituânia, de 05-02-2008, Aplicação n.º 74420/01.
- Ac. Milinienė v. Lituânia, de 24-06-2008, Aplicação n.º 74355/01.
- Ac. Bannikova v. Rússia, de 04-11-2010, Aplicação n.º 18757/06.

Diários da Assembleia da República:

- Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 79/VIII, *in* DAR II Série-A, N.º 62/VIII/2, 2001-05-31, pp. 2056-2057, disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/08/02/062/2001-05-31/2056?q=Exposi%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bde%2Bmotivos%2Bda%2BProposta%2Bde%2BLei%2Bn.%25C2%25BA%2B79%252FVIII>.