

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



André Filipe Ramos Vieira

Aspirante a Oficial de Polícia

Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais

XXV Curso de Formação de Oficiais de Polícia

Agente Infiltrado

O Regime das Provas Obtidas

Orientador:

Professor Catedrático Germano Marques da Silva

Lisboa, 24 de Abril de 2013



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



André Filipe Ramos Vieira

Aspirante a Oficial de Polícia

Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais

XXV Curso de Formação de Oficiais de Polícia

Agente Infiltrado

O Regime das Provas Obtidas

Orientador:

Professor Catedrático Germano Marques da Silva

Lisboa, 24 de Abril de 2013





Estabelecimento de ensino Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

Curso XXV Curso de Formação de Oficiais de Polícia

Orientador Professor Catedrático Germano Marques da Silva

Título Agente Infiltrado – O Regime das Provas Obtidas

Autor André Filipe Ramos Vieira

Data de Edição Abril de 2013

Local de Edição Lisboa

*A todos aqueles que me ajudaram
a ultrapassar esta fase da minha vida,
em especial aos meus pais e avós.*

“A crise actual, no seu aspecto mais relevante ou pelo menos mais visível, é a morosidade. É preciso pôr absolutamente de parte a ideia de que o tempo resolve ou ajuda a resolver muita coisa, sobretudo as questões mais difíceis; o tempo não resolve nada, mata a questão, mas na longa caminhada vai fazendo suas vítimas. A Justiça demorada não compensa nunca os custos e as injustiças causadas pela demora. Impõe-se uma melhor prática ao trabalho da Justiça: mais, melhor, mais rápido e mais barato.”

GERMANO MARQUES DA SILVA,
Os Novos Desafios do Processo
Penal, in II Congresso de Processo
Penal, p. 298.

AGRADECIMENTOS

Todo o processo de realização do Mestrado Integrado em Ciências Policiais, no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, é produto de muito esforço, empenho e dedicação individual. Muitos foram os que contribuíram, uns mais e outros menos, uns direta e outros indiretamente, em todo o caminho que percorri. A essa contribuição estarei sempre grato, pois facilitaram-me um caminho longo e difícil. A todos dirijo o meu mais sincero agradecimento. Contudo, aproveito para destacar a importância de certas pessoas que me marcaram ao longo destes anos.

Em primeiro lugar, a minha família. Pelo que me deram e pelo que não pude retribuir. Pelos convites aos quais não consegui dar resposta e a todos os momentos que me conseguiram proporcionar, ao longo dos 5 anos que, embora não tenham sido tantos quantos os que desejei, foram, sem dúvida, especiais. Aos meus pais, irmã e namorada, pela amizade, compreensão, apoio e carinho transmitidos.

Ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna por ser a minha “casa-mãe”, a primeira neste início profissional, que me ajudou ao longo do curso. Errei, cai, ergui-me e aprendi, certamente, valores importantes para toda a vida profissional e pessoal. Agradeço, assim, a todos os comandantes de curso que me acompanharam, presididos, na maior parte do tempo, pelo Subintendente Pedro Pinho, a quem também endereço os meus agradecimentos, que se prolongam também à Subcomissário Fátima Rocha. Não posso de deixar de destacar, também, as famílias que criei, ao XXI, XXII, XXIII, XXIV, XVI, XVII, XVIII e XXIX CFOP, pois com eles muito aprendi e muito continuarei a aprender. Uma palavra de grande apreço aos eternos Subcomissário Canário e Aspirante a Oficial de Polícia Antunes, pelos valores que me ensinaram e que ficarão para todo o sempre na memória.

Ao meu curso, o XXV CFOP, por tudo o que passámos, 5 anos de algum sacrifício mas, sem dúvida, muito bem superados, onde o sentimento de camaradagem e amizade cresceu ao longo dos anos, com destaque especial para o Ricardo, o Tiago, o Márcio, o Hugo, o Luís e o Flávio.

Não poderia nunca esquecer os meus amigos de longa data, que sempre me apoiaram: o Hugo, o Dinarte, a Andreia, a Isabel, a Marlene e a família das Farturas.

Ao Professor Catedrático Germano Marques Da Silva que me concedeu o seu tempo e se disponibilizou a colaborar e a contribuir para a realização deste trabalho.

A minha última palavra vai para quem muito me ensinou este ano na vertente prática do meu curso: ao subcomissário Tito, ao subcomissário Frias, ao Chefe Jardim, bem como a todos os elementos afetos à 80.^a Esquadra e à 2.^a Esquadra.

A todos vós, MUITO OBRIGADO!

RESUMO

O fenómeno da “Criminalidade Organizada” caminha paralelamente com o avanço tecnológico e a evolução da própria sociedade, assumindo grande importância a sua definição jurídica que, contudo, ainda não constata uma perfeita harmonia conceptual. Pelo facto de este fenómeno estar em constante mutabilidade, a utilização do agente infiltrado mostra-se, muitas vezes, o único recurso eficaz e eficiente na prevenção e repressão da “Criminalidade Organizada”.

Assim, no âmbito processual penal, assume grande importância o recurso à figura do agente infiltrado, considerado um *instrumento* estatal na prevenção e repressão da “Criminalidade Organizada”. O recurso a este meio excepcional de obtenção de prova requer uma análise profunda no âmbito da sua admissibilidade constitucional e processual penal, pois tal método lesa um elevado número de bens jurídicos e direitos constitucionalmente consagrados.

Tal recurso encontra-se tipificado na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, constando-se que o legislador processual penal optou, nas últimas alterações, por não elencar o método da “Ação Encoberta” no âmbito dos meios de obtenção de prova, evidenciando, desse modo, o seu elevado grau de excepcionalidade.

A definição e o tema da prova é um ponto indispensável no âmbito da “Ação Encoberta” porque a prova obtida pelo agente infiltrado, cujo objetivo se centra na inserção do agente no mundo criminal de modo a, encobertamente, obter informações e provas para incriminar os suspeitos, encontra-se limitada legalmente, sendo proibida a sua obtenção através da provocação do agente.

Presentemente, torna-se essencial o estudo da prova no âmbito de tal recurso, nomeadamente no que concerne à prova obtida pelo agente infiltrado..

Palavras-chave: “Criminalidade Organizada”; agente infiltrado; meio de obtenção de prova; Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto; provocação.

ABSTRACT

The phenomenon of “Organized Crime” has kept up with technological progress and the evolution of society itself, and therefore its legal definition has become an issue of huge importance. However, there is not yet a perfect conceptual harmony in the legislation. The fact that this criminality is in a constant flux, the use of the undercover agent, plenty of times, has proved to be the only efficient and effective way of preventing and repressing “Organized Crime”.

That way, in the framework of criminal procedure, the undercover agents are considered a state’s *weapon* in preventing and repressing of “Organized Crime”, assuming a great importance. The resource of this means of obtaining evidence requires a deep analysis of its constitutional and criminal procedure admissibility, because this method harms a vast number of legal interests and constitutional rights.

The resort to undercover operations is framed in the Law number 101/2001, of 25th of August. It is apparent that the legislator opted not to place the aforementioned resort criminal procedure code, in its last changes, as one of the mains of obtaining evidence, observing its huge level of exceptionality.

The definition and the theme of evidence is an indispensable point in the scope of the “Undercover Operation” because the evidence obtained by the undercover agent, whose goal is centralized in the agent’s integration in the criminal world to, covertly, obtain information and proof to incriminate the suspects, is legally limited, being extremely forbidden to obtain through the agent’s provocation.

Presently, it is essential the study of proof in the scope of this resort, namely of the evidence obtained by the undercover agent.

Keywords: “Organized Crime”; undercover agent; main of obtaining evidence; Law n.º 101/2001, of 25th of August; provocation.

LISTA DE SIGLAS

AJ – Autoridade Judiciária

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

EUA - Estados Unidos da América

FBI - Federal Bureau of Investigation

ISCPSP – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

MP – Ministério Público

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PJ – Polícia Judiciária

RJAEFPIC - Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRE – Tribunal de Relação de Évora

TRL – Tribunal de Relação de Lisboa

TRP – Tribunal de Relação do Porto

UE – União Europeia

Índice

AGRADECIMENTOS	IV
RESUMO	V
ABSTRACT	VI
LISTA DE SIGLAS	VII
Introdução	1
Apresentação e Justificação da Escolha do Tema.....	1
Metodologia.....	2
Problemática da Investigação.....	3
Capítulo I – “Criminalidade Organizada”	4
1.1. Nota Introdutória	4
1.2. O Brotar da “Criminalidade Organizada”	5
1.3. A “Criminalidade Organizada”	6
1.4. A “Criminalidade Organizada” em Portugal	11
1.5. Necessidade de uma Definição Jurídico-Penal?	13
1.6. A Convenção de Palermo.....	14
1.7. Conclusão Capitular	16
Capítulo II - Da Prova	18
2.1. Nota Introdutória	18
2.2. Conceito e Tipologia da Prova	19
a) A Prova	20
b) Tipologia da Prova	21
c) Princípios Estruturantes da Prova	22
2.3. Meios de Prova	24
2.4. Meios de Obtenção de Prova	27
2.5. Os Meios Enganosos	29
2.6. A Proibição da Prova.....	30
2.7. Nulidades	32
2.8. Conclusão Capitular	34
Capítulo III – As “Ações Encobertas”	35
3.1. Nota Introdutória	35
3.2. As Modalidades da “Ação Encoberta”	36
a) do Agente Infiltrado e do Agente Provocador	36
b) do Agente Encoberto	42

3.3.	A Admissibilidade da “Ação Encoberta”	42
3.4.	O Desenvolvimento Legislativo no Ordenamento Jurídico Português.....	46
3.5.	Conclusão Capitular	47
Capítulo IV – Campo de Atuação do Agente Infiltrado.....		49
4.1.	Nota Introdutória	49
4.2.	Regime Normativo-Legal Atual.....	49
4.3.	Regime do Agente Infiltrado noutros Ordenamentos Jurídicos.....	53
	a) Alemanha	53
	b) Espanha	54
	c) EUA	56
4.4.	O Agente Infiltrado enquanto Testemunha	57
4.5.	O Regime das Provas Obtidas pela Provocação	59
4.6.	Conclusão Capitular	60
Conclusão		61
Bibliografia		65

Introdução

APRESENTAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DA ESCOLHA DO TEMA

A consumação deste trabalho foi baseada na metodologia de trabalho de conclusão do Curso de Mestrado Integrado em Ciências Policiais, cujo objetivo se encontra focado na obtenção de grau de Mestre em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI.

Cabe às autoridades competentes utilizar os recursos tecnológicos que se encontram em constante evolução, porque, como defende PEDRO CLEMENTE, *favorecem a previsão e a contenção de comportamentos ilícitos*¹. Contudo, o conceito de “Criminalidade Organizada”, muito relacionado com o progressivo fenómeno de mutação a que a sociedade tem estado sujeita no decorrer das últimas décadas, está carregado de elevada subjetividade e complexidade, razão que dificulta a sua conceptualização jurídica. Este obstáculo legal exponencia as dificuldades das autoridades judiciais e policiais em articular e coordenar esforços para reprimir este tipo de criminalidade.

A prova é o objeto determinante no mundo criminal e é, sem dúvida, *o pilar estruturante de qualquer processo*². A sua importância é incontestável, porque é ela que forma a convicção da AJ que preside ao julgamento para a respetiva condenação ou absolvição do arguido. Para tal, cabe ao Processo Penal constituir determinados *instrumentos*, vulgo meios de obtenção de prova, para, de um modo mais eficaz e eficiente, reprimir e prevenir a “Criminalidade Organizada” que se encontra subjacente a nós, enquanto comunidade. Não obstante, tais *instrumentos* têm que estar balizados de forma a não lesar os direitos fundamentais dos cidadãos e, se lesar, apenas conforme a lei, nunca ultrapassando os seus limites. Ou seja, a lei pode, efetivamente, lesar os Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos, mas apenas de acordo com o princípio da proporcionalidade e tendo em conta a hierarquia dos direitos fundamentais.

Foi com este enquadramento que se encontra a pertinência e o interesse em estudar uma das *ferramentas* mais complexas, mais lesivas de bens jurídicos e, subsequentemente, umas das mais poderosas que o Estado tem ao seu dispor para prevenir e reprimir a criminalidade mais grave, *o crime organizado em geral e o terrorismo em particular*³: o recurso à “Ação Encoberta”. Tipificada na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto,

¹ CLEMENTE, Pedro, Polícia – O Caminho..., *in Estudos Comemorativos dos 25 Anos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*, Coimbra, 2009, p. 96.

² GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime – Meios Legais para a sua Obtenção*, Coimbra, 2009, p. 124.

³ ANDRADE, Manuel da Costa, Métodos Ocultos de Investigação (Plädoyer para uma teoria geral), *in Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português (Coordenação de Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Noversa Loureiro), Coimbra, 2009, p. 535.

que aprova o RJAEPIC, a sua discussão a nível doutrinário e jurisprudencial torna-se complexa, nomeadamente por se tratar de um meio enganoso, proibido no nosso ordenamento jurídico, pelo art.º 32.º, n.º 8 da Constituição e pelo art.º 126.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal.

O facto de ao agente infiltrado nem sempre ser possível empregar as medidas de proteção de testemunhas em processo penal será alvo de uma breve análise, verificando quando pode, ou não, ser-lhe aplicado tais medidas.

Por conseguinte, a ação do agente é pautada pela anomia e/ou pela conspiração, encontrando-se num ambiente ambíguo, não podendo recorrer aos comportamentos desviantes dos delinquentes, nomeadamente através da provocação. Consequentemente, o acréscimo de oportunidades propicia à prevaricação do agente ao adotar a provocação, medida proibida por se constatar como o despoletar para a realização de um crime, sem a qual não teria acontecido nenhum ilícito criminal.

METODOLOGIA

O trabalho que se propôs apresentar tem um cariz particularmente teórico⁴, onde se envereda por uma investigação descritiva que se estipula numa metodologia única, fundamentada numa pesquisa documental baseada em literatura.

O método, de âmbito essencialmente teórico, resume-se a uma exploração de bibliografia referenciada, mormente, no campo do Direito Penal e Processual Penal, *país* da ação policial, e a uma análise da doutrina e jurisprudência nacional e internacional.

O trabalho encontra-se estruturado em três partes: introdução, desenvolvimento, composto por quatro capítulos, e, finalmente, a conclusão.

No primeiro capítulo far-se-á uma abordagem à “Criminalidade Organizada”, em sentido lato, e ao seu contexto em território português. A necessidade da sua definição em termos jurídico-penais é outro ponto abordado, pois o seu conceito no panorama jurídico está longe de estar completamente harmonizado. Contudo, foi a Convenção de Palermo, de 15 de Novembro de 2000, que veio nortear, com determinadas linhas orientadoras, o tema da “Criminalidade Organizada”.

O cerne do segundo capítulo é o âmbito que rodeia a prova em termos processuais penais. Procurou-se abordar o seu conceito e tipologias, sem esquecer alguns dos seus princípios estruturantes. Fez-se, igualmente, uma alusão aos meios de prova e aos meios de obtenção de prova, instrumentos cruciais no mundo processual penal, não esquecendo os meios enganosos e proibições de prova que podem gerir a sua nulidade.

É com este debate sobre a “Criminalidade Organizada” e o âmbito processual penal da prova que se objetivou uma perceção abrangente do que à “Ação Encoberta”

⁴ Cfr. Art. 2.º alínea a) do Estatuto do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, aprovado em anexo ao DL n.º 275/2009, de 2 de Outubro.

concerne, com as suas peculiaridades.

Assim, no terceiro capítulo entra-se no contexto da “Ação Encoberta”, propriamente dito, designadamente nas modalidades que pode gerar: o agente infiltrado, o agente provocador e o agente encoberto. Explana-se, igualmente, a sua admissibilidade à luz da Constituição e do Código de Processo Penal, ponto este extremamente relevante e que ainda reúne algumas divergências e críticas por parte de alguns doutrinários. Aclara-se o seu desenvolvimento legislativo no ordenamento jurídico português que teve início na Lei da Droga⁵ e culminou na legislação atual que aprova o RJAEPIC, a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, alvo de estudo no quarto e último capítulo. A par do comentário à legislação atual, também se aborda, superficialmente, o regime das “Ações Encobertas” em Espanha, Alemanha e EUA e termina-se numa breve alusão ao agente infiltrado enquanto testemunha e à prova obtida mediante provocação do agente.

PROBLEMÁTICA DA INVESTIGAÇÃO

Com a elaboração deste trabalho pretendeu-se dar resposta à seguinte questão: Sendo o recurso às “Ações Encobertas” um meio excecional de obtenção de prova, como se estabelece o regime das provas obtidas?

Para responder a tal questão, ambicionou-se, no decorrer do trabalho, retratar a compatibilização da ação encoberta à luz dos princípios democráticos previstos na Constituição da República Portuguesa e no Direito Processual Penal e verificar a plausibilidade na forma como é recolhida a prova.

As hipóteses que se pretende confirmar ou infirmar com o presente trabalho são:

1. A necessidade de conceptualizar e definir a “Criminalidade Organizada” perante a sua mutabilidade e instabilidade, onde o dinamismo é constante;
2. A utilização de “Ações Encobertas” deve ser um excecional meio de obtenção de prova que não se deve pautar pela sua vulgarização, devido ao seu carácter conflituante com os Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos;
3. A figura do agente infiltrado é importante para a descoberta da verdade material e caracteriza-se pela necessidade de uma maior utilização para dar resposta à constante evolução da “Criminalidade Organizada”;
4. A provocação não pode servir como modo de extorquir a prova ao arguido, pois, na verdade, esta só serve para transformar ou alimentar uma vontade que se deseja ver estabelecida, vontade essa corrompida por erro; e
5. As provas obtidas pelo agente provocador são, em processo penal, nulas, pelo que, subsequentemente, não podem ser utilizadas, exceto para proceder contra o agente provocador que as produziu.

⁵ DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro.

Capítulo I – “Criminalidade Organizada”

“A fronteira que delimita o crime não é consistente (...), nesse contexto, criminalidade rima com criatividade.”⁶

1.1. NOTA INTRODUTÓRIA

Neste primeiro capítulo, considera-se impreterível focar o aspeto da “Criminalidade Organizada”, embora de uma forma subjetiva, e sobre a fenomenologia que envolve este assunto, como surgiu e tecer breves comentários sobre a sua evolução.

Na atual conjuntura mundial, grande parte dos ordenamentos jurídicos não erigiram um conceito que esclarecesse, de um modo indubitável, o significado de “Criminalidade Organizada”. Deste modo, e conforme os ensinamentos de GUEDES VALENTE, que refere que o (...) *tema da criminalidade – seja de massa (...) seja organizada (...) – é e deve ser objeto de estudo científico universitário multidisciplinar*⁷, abordar-se-á a imperiosa necessidade de uma definição jurídico-penal e como a ausência de uma conceptualização é um fenómeno transnacional que abrange vários ordenamentos jurídicos. A sua natureza de elevada subjetividade será alvo de atenção no presente capítulo.

Um outro fenómeno que impulsionou a “Criminalidade Organizada” foi a globalização que, segundo GERMANO MARQUES DA SILVA, *começou por ser de matriz essencialmente económica e se caracteriza pela intensificação de relações sociais mundiais, tem repercussões económicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas complexas a exigir maior intervenção do Estado e novos meios de intervenção, dado que também as interconexões sobretudo económicas se operam a nível mundial*⁸. A ideia de aldeia global veio, assim, com todos os seus benefícios e riscos, trazer uma maior mobilidade mundial, facilitando a propagação do crime dito organizado.

Este fenómeno, concomitantemente com a denominada *sociedade de risco*, acarreta novos desafios de âmbito penalista, designadamente com uma criminalidade móvel, com facilidade de mutação e cada vez menos *presencial*. O direito criminal avocou o domínio de punir condutas que anteriormente estavam sob a égide de outros ramos do direito, pois o descrédito, segundo o autor, advinha dessas análogas esferas de jurisdição⁹.

Assistiu-se a uma enorme mutação tecnológica, maior flexibilidade e agilidade a nível de capital, com comunicações fugazes e que reforçam a conceção de que o planeta

⁶ PEDRO VERDELHO, A Obtenção de Prova no Ambiente Digital, in *Revista do Ministério Público*, Ano 25, Julho/Setembro, n.º 99, 2004, p.119.

⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa: Interferências e Ingerências Mútuas*. Coimbra, 2009, p. 5.

⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I: Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*. 6ª Edição, 2010, p. 52.

⁹ Cfr. *Ibidem*.

se transformou numa elementar *aldeia global*, advogando o fenómeno da globalização¹⁰.

Após o 11 de Setembro de Nova Iorque e o 11 de Março de Madrid, o mundo mudou verdadeiramente e *mudando o mundo, muda necessariamente o Direito*¹¹. Os Estados tiveram necessidade de refletir e reformar os seus ordenamentos com o objetivo primordial de prevenir e reprimir a criminalidade, fenómeno igualmente afetado por esta realidade que inovou os comportamentos individuais e coletivos¹². As suas consequências, a fragmentação com que o mundo se deparou colocou o Estado e seus poderes numa posição vulnerável, com fenómenos que estes não conseguiam dar resposta.

No último ponto do presente capítulo, ir-se-á destacar a importância da Convenção de Palermo na reformulação das medidas preventivas e repressivas contra a “Criminalidade Organizada”. Pretende-se, no fim deste capítulo, situar a posição relativamente ao objeto do estudo que se propôs analisar.

1.2. O BROTAR DA “CRIMINALIDADE ORGANIZADA”

A “Criminalidade Organizada”, como se referiu anteriormente, é um fenómeno centenário cujo conhecimento advém desde meados do século XVI. Provém do Japão (*Yakuza*), China (*Triads*) e Itália (*Máfias Italianas*) as mais longínquas e célebres organizações criminosas¹³.

Especula-se que sejam originários de Itália, grupos com o único intuito de retirar lucro através de ações criminosas, particularmente na Sicília, por volta dos séculos XVIII ou XIX. As tão afamadas *Máfias*¹⁴ *Italianas* são dos mais antigos grupos de “Criminalidade Organizada”. *Cosa Nostra*, *Camorra* e *Ndrangheta* são organizações que vincaram a sua imagem a nível nacional e as suas ações eram geridas e escamoteadas de forma excecional. Propalaram-se pela totalidade do território italiano e, similarmente, a nível internacional, através da corrente migratória para os EUA, no início do século XX, e associaram-se a organizações criminosas análogas.

A fase mais crua e violenta que Itália presenciou foi no ano de 1992. Houve um dos mais graves atentados organizados pela Máfia que culminou com a morte dos magistrados Giovanni Falcone e Borsellino, *que figuram entre os 1500 mortos das máfias italia-*

¹⁰ Quanto a este assunto, cfr. HELD, David, MCGREW, Anthony, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, 2ª Edição, London, 2003, pois defendem que a globalização refere-se a uma mudança ou a uma transformação em escala de organização humana que relaciona comunidades distantes e aumenta exponencialmente o alcance e o poder das relações a nível global.

¹¹ SILVA, Germano Marques da, Os Novos Desafios do Processo Penal, in *II Congresso de Processo Penal* (Coordenação de GUEDES VALENTE), Coimbra, 2006, p. 301.

¹² Cfr. COSTA, José de Faria, O fenómeno da globalização e o direito penal económico, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 531 e ss.

¹³ Cfr. ARAÚJO DA SILVA, Eduardo, *Crime organizado – procedimento probatório*, São Paulo, 2003, pp. 19-24.

¹⁴ A etimologia desta palavra provém de um termo do dialeto siciliano, *mafia*, inspirado em *mahyah*, que em árabe significa audácia.

nas naquele ano¹⁵.

No Japão, a lei que começou a reprimir o crime organizado foca-se, quase por completo, nas atividades da *Yakuza*¹⁶ (ou *Boryokudan*). É no século XX que atingem o auge com a aproximação ao poder político. Adicionaram às suas práticas ilícitas a chantagem “empresarial”, onde adquiriam ações de empresas e impingiam lucros exorbitantes para que as mesmas não vissem o seu sigilo ser tornado público.

As *Tríads*¹⁷ surgiram em meados da época oitocentista e são conhecidas como uma das organizações criminosas que mais cultivou a prática da prostituição a nível global. Posteriormente, aproveitaram o fluxo migratório entre a China e os EUA para internacionalizarem as suas ações e, embora detenham uma estrutura algo rudimentar, conseguiram tornar-se perceptíveis em quase todo o mundo, particularmente na Europa Ocidental¹⁸.

Estas organizações entraram para a história por serem das organizações mais antigas de que se tem conhecimento e porque se destacaram pelo seu elevado nível organizacional, onde a hierarquia era um ponto importante para que toda a estrutura funcionasse disciplinarmente e com grande rigor.

O dia 9 de Novembro de 1989 é uma data importantíssima a nível global, com o fim da Guerra Fria e, subseqüentemente, a queda do *Die Berliner Mauer*¹⁹. Esta separação significava mais que a divisão de uma nação. Representava, paralelamente, o símbolo da divisão bipartida entre duas visões ideológicas: o capitalismo e o comunismo. Sarcasticamente, quando se previa que este marco histórico representasse a paz mundial, na verdade, permanecia um estado de entropia latente, onde os meios para extingui-la não existiam. O término da Guerra Fria contribuiu para a evolução de uma criminalidade onde cada vez mais inexistia, realmente, guerra: a “Criminalidade Organizada”.

1.3. A “CRIMINALIDADE ORGANIZADA”

Na origem histórica deste conceito está a noção *organized crime*, a qual foi inserida no campo lexical da criminologia por criminólogos dos EUA que queriam classificar os crimes organizados pelas máfias²⁰.

¹⁵ MONET, Jean-Claude, *Polícias e Sociedades da Europa*, São Paulo, p. 186.

¹⁶ As origens deste grupo japonês remontam ao feudalismo do século XVIII. Numa atividade bipartida, uma parte originária era lícita (casas noturnas, teatro, cinema...) e outra ilícita (drogas, armas, prostituição, tráfico humano...).

¹⁷ A etimologia da palavra *Tríad* refere os vértices de um triângulo equilátero, sendo o céu, a terra e o homem os respetivos vértices, correspondendo aos símbolos chineses mais importantes. Enaltece-se a relação dos dois primeiros com o último.

¹⁸ Cfr. DAVIN, João, *A Criminalidade Organizada Transnacional: A Cooperação Judiciária E Policial Na UE*, 2ª Edição, 2004, p. 22.

¹⁹ “O Muro de Berlim”.

²⁰ Cfr. ANTUNES, Ferreira, *A Criminalidade Organizada: Perspectivas*, in *Polícia e Justiça*, Dezembro, 1992, p. 58.

A grande dificuldade com que os Estados se deparam atualmente relaciona-se com o facto de uma rede criminosa desempenhar *a mesma função de uma rede não criminosa*. Estas redes são caracterizadas por uma diversa pluralidade de grupos, uma miscelânea, com um conteúdo diferente, mas similar a nível estrutural²¹.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES defende que a criminalidade tem duas vertentes opacas: a primeira, *invisível, banal pois não é um comportamento previamente identificável* e a segunda vertente refere-se à *relação imediata crime-estigmatização* que, segundo a autora, desvaneceu-se²².

Adotando a doutrina de WINFRIED HASSEMER, há que separar a criminalidade em duas tipologias diferentes que, se amálgamas, podem dificultar *uma política criminal racional*²³.

A criminalidade com que a sociedade mais se atemoriza e se sente lesada é a “Criminalidade de Massa”²⁴. Na esteira de WINFRIED HASSEMER, este aponta para as manifestações de “Criminalidade de Massa” como a principal arma para a insegurança de uma sociedade, pois atingem o *nosso equilíbrio emocional e o nosso senso normativo* uma vez que consagra uma *sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, que nos levam a duvidar da força do direito*²⁵.

Ora, a “Criminalidade Organizada” é um tema complexo e de excessiva dificuldade de conceptualização. WINFRIED HASSEMER sustenta que à criminalidade de rua ajudam os meios especiais, como a utilização das “Ações Encobertas”, se as mesmas se revelarem organizadas, pois caso contrário, a sua utilidade não traria nenhum resultado prático²⁶.

As definições que se encontram nos diversos ordenamentos jurídico-penais não admitem, tal como no nosso, uma clara e concisa definição sobre o conceito da “Criminalidade Organizada”. Este malogro dificulta a coordenação, a cooperação e a articulação das entidades judiciais e policiais.

O termo “Criminalidade Organizada” entra, oficialmente, no vocabulário doutrinário europeu no Tratado de Amesterdão, assinado a 02 de Outubro de 1997, entre os Estados-Membros da UE²⁷⁻²⁸. O intuito da UE era o de *facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição*

²¹ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, Política Criminal - Novos Desafios, Velhos Rumos, in *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra, 1998, pp. 163-164.

²² *Idem*, p. 164.

²³ Cfr. HASSEMER, Winfried, *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra: A Segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa, 1995, p. 91.

²⁴ Sobre o assunto, cfr. GUINOTE, Hugo, “Respostas Tático-Policiais ao fenómeno da droga”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de massa. Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra, 2009, pp.124-126.

²⁵ HASSEMER, Winfried, *História das Ideias Penais...*, p. 91.

²⁶ Cfr. *Idem*, p. 92.

²⁷ Que, nesta data, era constituída por 15 países.

²⁸ Cfr. FOFFANI, Luigi, Criminalidad organizada y criminalidad económica, in *Revista Penal*, Enero, 2003 pp. 55-66.

de acções em comum entre os Estados-membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia. Este objectivo será atingido prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não (...)²⁹. Assim, reforçava-se a reflexão da criação de um espaço livre, seguro e justo, onde a cooperação judicial e policial era o grande enfoque, o alvo impreterivelmente necessário para atingir esse objetivo³⁰.

Já as Nações Unidas avançam com uma definição, presente no sítio da *Internet* através do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, onde é mencionado que *o crime organizado transnacional é uma das principais ameaças à segurança pública e representa um entrave para o desenvolvimento social, económico e político das sociedades em todo o mundo. Trata-se de um fenómeno multifacetado que se manifesta em diferentes tipos de crime [e] vem sendo influenciado pela globalização, que tem implicado profundas transformações na vida de pessoas, sociedades e Estados*³¹. A mesma fonte defende a urgência de uma atuação mais articulada e cooperante de forma a obter um grau de eficiência elevado.

No mesmo seguimento, LUIGI FOFFANI alude que, a par da criminalidade económica, a “Criminalidade Organizada” *ocupa um lugar central em qualquer análise atual dos fenómenos da “macrocriminalidade”*³². Este vem lembrar que a definição de “Criminalidade Organizada” é relativamente recente em muitos ordenamentos jurídicos e era, até há bem pouco tempo, estranha ao léxico jurídico dos próprios países (v.g. Alemanha). Contrariamente, noutros países, há muito que já se assimilaram os fenómenos endémicos do supradito conceito (v.g. Itália).

O autor italiano sustenta que a arma mais forte e preponderante nas ações da “Criminalidade Organizada” é, sem dúvida, a corrupção. Defende a concepção de VIOLANTE que aponta que a violência *ficou reduzida a uma espécie de “ultima ratio”, porque os seus efeitos são visíveis desde o exterior, alarma a opinião pública e obriga às autoridades públicas a reagir com dureza. A corrupção, pelo contrário, é por natureza silenciosa, favorece a mimetização, permite conseguir o objetivo desejado com menores riscos e mina as instituições desde o seu interior*³³.

Trata-se, igualmente, de um ponto crítico no seio de uma sociedade porque, como defende LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, a “Criminalidade Organizada” *é um tema difícil e complicado para a sociedade porque reflete as suas debilidades, a cara mais amarga*

²⁹ Art.º 29º do Tratado de Amesterdão.

³⁰ Cfr. o sítio da Europol: <https://www.europol.europa.eu/content/page/history-149>, consultado a 15 de Novembro de 2012.

³¹ Cfr. UNODC, *Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*, em <http://www.unodc.org/southerncone/pt/crime/index.html>, consultado no dia 05 Novembro 2012.

³² FOFFANI, Luigi, *Criminalidad organizada...*, pp. 57-58 (Tradução nossa).

³³ VIOLANTE *apud* FOFFANI, Luigi, *Criminalidad organizada...*, pp. 58-59 (Tradução nossa).

das suas fissuras e contradições³⁴.

Na mesma linha de raciocínio, WINFRIED HASSEMER expõe este problema como *um potencial de ameaça gigantesco e até agora incomensurável*³⁵ que se pode concretizar numa infiltração no seio estatal de uma sociedade e que dispõe de uma composta gama de meios para atingir o seu fim criminal³⁶.

O autor JOÃO DAVIN alega a teia organizacional criminosa como *estruturas complexas, flexíveis, de elevada plasticidade e de cariz transnacional*³⁷. Segundo os ensinamentos deste, a *complexidade organizativa* que se presencia na atualidade vem a propagar-se a uma velocidade alucinante e dificulta, logicamente, a ação policial e judicial. O autor chega a alertar para a presença de grupos criminógenos que, em determinados sistemas jurídico-normativos, poderiam beneficiar a deficiente – ou a ausência de – coadjuvação entre os órgãos policiais e judiciais.

Segundo o FBI, a “Criminalidade Organizada” *manipula e monopoliza os mercados financeiros, instituições tradicionais como sindicatos, e legitima indústrias como as de construção e de lixo. Trazem drogas para dentro das nossas cidades e aumentam o nível de violência nas nossas comunidades comprando oficiais corruptos e utilizando extorsões, intimidações e homicídios para manter as suas operações. Os seus negócios obscuros – incluem a prostituição e o tráfico humano – semeiam a miséria nacional e globalmente*³⁸. Este impacto veiculado no FBI vem enumerar os crimes em que as organizações se baseiam para alcançar os resultados pretendidos.

Já FIGUEIREDO DIAS realça a natureza de um grupo criminal organizado que, com fragmentação de tarefas e um espaço temporal duradouro e indeterminado, executa *crimes em cuja prática se utiliza ou planeja utilizar estruturas empresariais, societárias ou análogas, ou usar da força ou planeja utilizar estruturas a causar medo, ou servir-se da influência da política, da mídia, da administração pública ou da economia*³⁹.

A “Criminalidade Organizada” está implantada na sociedade devido ao seu enorme poder financeiro, à pressão e influência que exerce sobre os órgãos políticos, à conjuntura económica, à ordem social, à própria administração pública e à justiça. Por

³⁴ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *apud* DAVIN, João, *A Criminalidade Organizada...*, p. 5 (Tradução nossa).

³⁵ HASSEMER, Winfried, *História das Ideias Penais...*, p. 94.

³⁶ Neste sentido, cf. ONU, *A more secure world: our shared responsibility, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change*. 2004, onde alerta: *organized crime is increasingly operating through fluid networks rather than more formal hierarchies. This form of organization provides criminals with diversity, flexibility, low visibility and longevity*. consultado em <http://www.un.org/secureworld/report.pdf> a 05 Novembro 2012, pp. 49-51.

³⁷ DAVIN, João, *A Criminalidade Organizada...*, p. 59.

³⁸ Consultado em <http://www.fbi.gov/about-us/investigate/organizescrime/overview> a 13 Novembro 2012. No seu seguimento, esta polícia expõe que a “Criminalidade Organizada” provém de todos os cantos do globo e que utilizam todas as ferramentas que têm à sua disposição para neutralizar os grupos organizados. Entre as ferramentas, *the undercover operations*. (Tradução nossa).

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, ano 16, Março-Abril, São Paulo, 2008, p. 26.

consequente, deparamo-nos com a progressiva destruição da sustentação de um Estado de Direito Democrático.

Para concluir, as organizações conseguem adquirir um poder económico muito relevante por parte dos seus integrantes, pois procuram contornar qualquer obstáculo normativo que, apesar de se tratar de ações de alto risco, lhes possibilitam a obtenção de lucros extraordinários. Ao abraçar o que é proibido por lei e recusado pela moralidade dominante da sociedade, conseguem colher lucros exorbitantes. O seu poder de corrupção consegue absorver todos os poderes do Estado. Os agentes políticos envolvem-se na atividade criminosa e auxiliam, viabilizam ou executam a ação ilícita. Com o seu poder económico tentam *legalizar* o lucro obtido de forma ilícita, isto é, pretende-se que a panóplia de ações ilícitas obtenha uma aparência lícita.

A intimidação utilizada pelas organizações é outro facto relevante. O silêncio é imposto pelos seus membros com o objetivo de obter decisões políticas favoráveis aos seus interesses e punir os que possam vir a revelar segredos organizacionais. Os métodos podem ser de extrema crueldade e violência e são utilizados contra a própria pessoa ou os seus familiares.

O XVI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, Hungria, em Maio de 1999, expôs uma panóplia de traços característicos sobre a “Criminalidade Organizada”. Esta tipologia de crime busca pela *tradicional* obtenção de lucro e/ou poder com uma composição organizativa fortemente hierarquizada. A divisão do trabalho e da responsabilidade de cada membro, o segredo, a miscelânea entre as ações lícitas e ilícitas e a capacidade de neutralizar os esforços de aplicabilidade jurídico-penal são alguns dos exemplos elencados pelo autor JORGE FONSECA⁴⁰.

A evolução global que o mundo viveu, através do avassalador e expansivo progresso no âmbito dos meios tecnológicos, trouxe consigo uma nova forma de “Criminalidade Organizada”, por muitos, denominada de “Nova Criminalidade”.

Segundo GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI, a criminalidade evoluiu radicalmente ao emergir um fenómeno que no passado era *uma feliz raridade*. Atualmente, defendem que estes fenómenos *patológicos estão enraizados no mundo dos negócios*⁴¹.

Para AUGUSTO MEIREIS, os problemas mutaram-se e tornaram-se ainda mais complexos porque *o dano começa a dispensar cada vez mais a presença física do autor*. Na opinião deste autor, *a Democracia, ao mesmo tempo que se sente ameaçada no seu núcleo fundamental, tem manifestado algum desconforto e inabilidade na forma de tratar*

⁴⁰ Cfr. FONSECA, Jorge Carlos, Direitos, Liberdades e Garantias Individuais e os Desafios Impostos pelo Combate à “Criminalidade Organizada”: Um Périplo pelas Reformas Penais em Curso em Cabo Verde, com Curtas Paragens em Almagro e Budapeste, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, pp. 157-205.

⁴¹ MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, Diritto Penale “Minimo” e Nuove Forme di Criminalità, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Luglio-Settembre, 1999, p. 802.

estas situações. Concluindo, o referido autor afirma que para um Estado de Direito Democrático este é um dos seus maiores desafios dos últimos tempos⁴².

Esta nova realidade veio dificultar a racionalização da eficácia dos meios de repressão, tendo os países a impreteribilidade de reconsiderar os meios que têm ao seu dispor no combate à criminalidade, pois a noção de segurança, face a estas novas ameaças, tornou-se cada vez mais valorizada a nível internacional.

São os acontecimentos como o 11 de Setembro de 2001, nos EUA, o 11 de Março de 2004, em Madrid, ou o 7 de Julho de 2005 em Londres, que fazem o mundo despertar, subitamente, para a urgência de políticas preventivas eficazes e eficientes para reprimir e prevenir este tipo de criminalidade.

1.4. A “CRIMINALIDADE ORGANIZADA” EM PORTUGAL

Considera-se que o tema da “Criminalidade Organizada” em Portugal é referenciado por organizações oriundas de outros países, uma vez que não se identifica nenhum grupo de “Criminalidade Organizada” de origem portuguesa.

A ausência de organizações criminais portuguesas não impede uma isenção de preocupação relativamente ao fenómeno em causa, designadamente com a sua repressão. Devido à sua localização geográfica, o país Lusitano representa a *porta de entrada* para a Europa, uma passagem para outros países por parte de diversas organizações.

O Código Penal, aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, no seu art.º 299⁴³, tipifica as ações de associação criminosa e sanciona quem desenvolva ou constitua um grupo, organização ou associação que tenha o intuito de dirigir a função do mesmo para a prática de um ou mais crimes.

GERMANO MARQUES DA SILVA defende que o crime de associação engloba o tipo de crime de participação necessária ou *plurissubjetivo*, ou o chamado *crime coletivo*, na medida em que só pode ser cometido por uma pluralidade de agentes [requerendo] necessariamente o concurso de duas ou mais pessoas (...) que cooperam no crime, que são necessariamente seus agentes e não simplesmente que nele intervenham⁴⁴.

Na linha do mesmo autor, o crime definido no art.º 299.º, do Código Penal, *presupõe [que] a participação de vários agentes e a pertença ao grupo, organização ou associação é já por si só uma forma de participação*, cujo seu fim é, impreterivelmente, direcionada à prática de crimes, seja qual for o tipo de ilícito, pois o código não delimita quaisquer tipos de crime⁴⁵, contrariamente aos doutrinários FIGUEIREDO DIAS e CAVALEIRO

⁴² MEIREIS, Manuel Augusto, "Homens de Confiança". Será o caminho?, in *II Congresso de processo penal*. Coimbra, 2006, p 83.

⁴³ Cujas redação foi dada pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro.

⁴⁴ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Lisboa, 2012, p. 376.

⁴⁵ *Idem*, pp. 377-378.

FERREIRA que optam por uma visão mais restritiva⁴⁶.

Existem três pressupostos que devem estar congregados para que haja, efetivamente, o crime de perigo abstrato – quanto ao bem jurídico a proteger que é a paz pública – e de resultado – quanto ao objeto da sua ação – elencado no art.º 299º, do Código Penal: o elemento organizativo, o elemento de estabilidade associativa e o elemento da finalidade criminosa. Estes pressupostos têm que ser, imperiosamente, cumulativos e têm que ser verificados por dois, ou mais, agentes.

As *organizações terroristas* e o *terrorismo*, art.º 300º e art.º 301º, respetivamente, foram revogados pela Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, que veio dar cumprimento à Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, de 13 de Junho⁴⁷.

As *organizações terroristas* atuam concertadamente e visam lesar a integridade e as independências nacionais ao impedir, alterar ou subverter o funcionamento do Estado, coagir autoridades, intimidar determinadas pessoas ou uma população específica, através dos crimes elencados no art.º 2, n.º 1, als. a) a f), da Lei n.º 52/2003, sendo este caso em concreto um dos poucos onde a lei prevê a punição de atos preparatórios⁴⁸.

O crime de *terrorismo* encontra-se previsto no art.º 4.º, do referido diploma legislativo. A sua caracterização é definida pelo seu fim, pela prossecução dos crimes elencados no art.º 4.º, da Lei n.º 52/2003, seja ou não, o agente, membro de associação⁴⁹.

No Código de Processo Penal (DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro) estão assentes as definições dos conceitos de *terrorismo*, *criminalidade violenta*, *especialmente violenta* ou *altamente organizada*. No seu art.º 1º, na alínea m), expõe as condutas que se classificam como “Criminalidade Altamente Organizada” como as que integram crimes de associação criminosa, remetendo, assim, para o art.º 299º do Código Penal.

Segundo ISABEL ONETO, esta tipificação gera um regime especial que vem reforçar o poder dos OPC relativamente aos meios de obtenção de prova, sem anteceder de autorização judicial, desde que existam, concretamente, indícios fundamentados de que se está perante a iminência de um crime que coloca em causa os bens jurídicos⁵⁰ essenciais da proteção da vida e da integridade física de uma pessoa. Nestes casos, a demora na ação imediata dos OPC resultaria na sua ineficácia e, subseqüentemente, na lesão de

⁴⁶ Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Lições de Direito Penal*, I, Coimbra, 2010, pp. 502-506 e DIAS, Jorge de Figueiredo, As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982, *in da Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119.º, n.ºs 3751 a 3760, 1988, pp. 43 e ss.

⁴⁷ A Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, que foi alterada pela Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho e pela Lei n.º 59/2007, de 4 Setembro, é relativa ao combate ao terrorismo, definindo as “organizações terroristas” (art.º 2º e 3º) e o “terrorismo” (art.º 4º), provocando a décima segunda alteração ao Código de Processo Penal e a décima quarta ao Código Penal.

⁴⁸ Cfr. Art.º 21.º (*Actos preparatórios*), do Código Penal, e SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...*, p. 380.

⁴⁹ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...*, p. 383.

⁵⁰ Para ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, p. 371 o bem jurídico é entendido como *valor ideal da ordem social juridicamente protegido, em cuja manutenção tem interesse a comunidade e que pode atribuir-se, como seu titular, tanto o particular como à colectividade*.

algum dos bens jurídicos anteriormente elencados⁵¹.

1.5. NECESSIDADE DE UMA DEFINIÇÃO JURÍDICO-PENAL?

Face à constante mutabilidade e dificuldade em conceptualizar, jurídico-penalmente, o fenómeno da “Criminalidade Organizada”, alguma doutrina defende a inexistência desse mesmo conceito, pois a sua instabilidade acaba por restringir o seu balizamento normativo-legal, onde a heterogeneidade deste conceito não compreende todas as suas variáveis.

Este é um fenómeno caracterizado pelo seu enorme dinamismo e que tem evoluído de forma preocupante. A multiplicidade de preceitos e classificações empregada na conceptualização do fenómeno dificulta a elaboração de estratégias e limites normativos consistentes para a melhor reprimir⁵².

WINFRIED HASSEMER opina que a sua conceptualização chega a ser supérflua, por abarcar, sensivelmente, a totalidade das formas de criminalidade conhecidas. Segundo este autor os *especialistas ainda não conseguem chegar a um consenso sobre o que ela realmente é. A participação de bandos organizados ou a atividade criminosa numa base habitual e profissional não parecem critérios suficientemente claros*⁵³.

Numa diferente linha orientadora, JORGE FONSECA atribui certa utilidade à tentativa de definição, uma vez que esta é uma alternativa à impossibilidade da definição completa ou uniforme. Assim, há um esforço em *harmonizar as legislações nacionais* para que, *a partir de algumas características comuns e dominantes*, o esforço em definir o conceito *significaria, assim, uma garantia ligada a exigências da legalidade na aplicação da pena*⁵⁴. Contudo, na opinião do autor, para que se possa penalizar uma ação praticada (crime organizado) por um grupo criminoso, a nível nacional, é quase impreterível e exigível a conceptualização das noções da “Criminalidade Organizada” e de “grupo organizado”. Só desta forma se poderia empregar meios especiais (v.g. “Ações Encobertas”) na repressão e na prevenção à “Criminalidade Organizada”⁵⁵.

Para GIOVANNI FIANDACA *não surpreende, agora, que a criminologia não tenha, ainda, sido capaz de chegar a um acordo ao nível da definição, oscilando entre as definições ora omnicomprensivas ora muito específicas e modificando, também, dependendo se adotadas por terem um parâmetro estritamente legal penal ou sócio criminológico*⁵⁶.

⁵¹ Cfr. ONETO, Isabel *O Agente Infiltrado: o Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra, 2005, pp. 60-61.

⁵² Cfr. DAVIN, João *A Criminalidade Organizada...*, cit., p.57.

⁵³ HASSEMER, Winfried, *História das Ideias Penais...*, cit., p. 94.

⁵⁴ FONSECA, Jorge Carlos, *Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004, pp. 416-417.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁶ FIANDACA, Giovanni, *Criminalità Organizzata e Controllo Penale*, in *L'indice Penale*, Gennaio-Aprile, 1991, p. 5.

Na sua opinião, não obstante o contínuo e progressivo volume de bibliografia que surge ao longo dos anos, o aporte que esta vem adicionando sobre o tema da “Criminalidade Organizada” não detém a exigência bidimensional, analítica e empírica, adequada. Toda a incerteza que envolve a sua conceptualização parece dever-se à *insuficiente elaboração científica do fenómeno*⁵⁷.

O autor italiano pronuncia que a interpretação da “Criminalidade Organizada” pode ser iludida, ou até distorcida, devido aos julgamentos político-ideológicos e de valores que podem, inclusive, prejudicar uma abordagem analítica. O fenómeno é, de acordo com o autor, qualificado por conotações que atingem um ponto além de todo o âmbito criminal, pois patenteiam uma ação enraizada em determinados padrões culturais de comportamento, complexos ou ambíguos⁵⁸.

Para FERNANDA PALMA, a “Criminalidade Organizada” afeta intensamente o Processo Penal contemporâneo no sentido em que neste se baseiam as *armas* para poder reprimir o fenómeno⁵⁹. Segundo a autora, a agilidade de meios como *escutas e buscas, o enfraquecimento do contraditório bem como do princípio da imediação tornaram-se meios naturais de uma justiça penal eficaz e até defensiva do Estado de Direito Democrático*⁶⁰.

A autora crê que esta culturalização processo-penalista tem grandes vulnerabilidades. Numa primeira instância, o constante conflito com a “Criminalidade Organizada” e o facto de que cada elemento é, apenas, uma mera peça numa grande teia criminal e, subsequentemente, o receio de que esta excessiva utilização da flexibilização jurídico-normativa se vulgarize ou banalize. *O fracasso da prevenção criminal e da investigação criminal não pode ter como substituto um Processo Penal inquisitorial* onde este seria, exclusivamente, uma ferramenta para reprimir a criminalidade. Ou seja, o Código de Processo Penal deveria procurar ir às causas do problema, sendo que, para tal, o legislador deveria estar munido, não só dos aspetos técnicos, mas, também, de conhecimentos no âmbito das ciências da psicologia e da sociologia⁶¹.

1.6. A CONVENÇÃO DE PALERMO

Existem vários textos legais que focam a repressão à “Criminalidade Organizada”, entre os quais se distinguem, a nível internacional: a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento ao Terrorismo, de 1999; a Conferência Ministerial Mundial sobre o Crime Organizado Transnacional, organizado em Nápoles, em 1994; a Convenção de Palermo em 2000; e o Programa da Haia, adotado em 2004.

⁵⁷ FIANDACA, Giovanni, *Criminalità Organizzata...*, p. 6.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. PALMA, Maria Fernanda, O Problema Penal do Processo Penal, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004, p. 51.

⁶⁰ *Idem*, 51-52.

⁶¹ Cfr. *Idem*, p. 52.

Contudo, será à Convenção de Palermo de 2000 que se dará especial relevância e sobre a qual se debruçará, pois foi com este texto legal que se deu o salto qualitativo em matéria da “Criminalidade Organizada”.

Os grupos de crimes organizados procuram todas as brechas normativo-legais para conseguir ludibriar o Estado. Analisam os ordenamentos jurídicos de diversos países de forma a direcionar as suas ações para os países que detêm penas menos severas e/ou onde estes crimes não dão lugar à extradição.

É com o objetivo de reprimir este tipo de ações que um grupo de mais de cem países assinou, na cidade de Palermo, em Itália, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional, em 2000. Com este documento, pretendeu-se estabelecer uma conformidade na limitação jurídico-penal no que às ações criminosas diz respeito e, identicamente, *polir um diamante bruto*, como é a cooperação internacional na investigação de tal criminalidade.

Este mecanismo institucional, concebido no âmbito do Direito Internacional, visa aprimorar a ação de repressão do Estado, combinando respostas aos problemas criminógenos globais que atingem todos os membros, tendo em conta os seus quadros legais.

Deste modo, a forma que pode contribuir para a repressão do “Crime Organizado” passa por mecanizar uma interligação a nível mundial. A Organização das Nações Unidas, criada após a II Guerra Mundial e constituída por 192 Estados, tem como objetivos primordiais a segurança e a paz mundial⁶². Destarte, acompanhando a evolução e o avanço do crime organizado, a Organização das Nações Unidas celebrou a Convenção das Nações Unidas contra a “Criminalidade Organizada”, fenómeno transnacional. A sua criação, que data do ano de 2000, foi um forte contributo para a cooperação internacional, porque demonstra ser um meio essencial para reprimir a ameaça, designadamente ao uniformizar determinados parâmetros no âmbito do mencionado fenómeno a utilizar como linhas orientadoras por parte dos países participantes na Convenção.

O problema principal que se destacou com a Convenção foi a conceptualização do fenómeno que aqui se trata, sendo já alvo de estudo no presente capítulo do trabalho. Por um lado, defendia-se que a sua definição não era impreterível visto que não era crucial ou não havia necessidade de a definir ou que a mutabilidade do fenómeno tornava impossível qualquer tentativa de conceptualização. Por outro lado, a sua ausência poderia ser o reflexo de uma sociedade onde a anomia estava presente, no âmbito da “Criminalidade Organizada”. Alguns países deparam-se, constantemente, com ações de índole crimino-organizacional, e têm, prementemente, a necessidade de definir o fenómeno de

⁶² Criada em 24 Outubro de 1945 na Conferência de São Francisco, com a Carta das Nações Unidas, e que veio substituir a Sociedade das Nações, ou Liga das Nações, que nascera em 1919, com a Conferência de Paz de Versalhes.

modo a deter um quadro-legal que melhor sirva para reprimir os comportamentos que a este fenómeno dizem respeito.

As características assimiladas, inerentes a este fenómeno, foram as seguintes: intimidação e/ou violência; estrutura fortemente hierarquizada; ações com objetivo de lucro; grande preponderância na sociedade, mídia e nas estruturas políticas; a continuidade; e o número mínimo de integrantes de três.

Como já se referiu, a Convenção pautou-se, primeiramente, pela conceptualização e pela definição do fenómeno, pela importância da troca de informações e pelo auxílio a países menos desenvolvidos na implementação das medidas de combate ao crime organizado transnacional.

A Convenção oferece uma definição jurídica sobre a “Criminalidade Organizada”, no seu art.º 2º, al. a): *‘Organized criminal group’ shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit.*

De forma conclusiva, é a Convenção de Palermo que contém as ideias basilares e as diretrizes fundamentais que orientam o quadro normativo-legal dos 147 países que a subscreveram. Contudo, tais diretrizes não são estanques e, no caso português, o legislador foi um pouco mais longe e considerou uma associação criminosa, segundo a tipificação do art.º 299º, do Código Penal, com parte integrante mínima de dois elementos, enquanto a Convenção de Palermo apenas admite um grupo criminoso organizado com um mínimo de três elementos⁶³.

A Convenção apresenta um leque variado de recomendações aos membros para que estes possam criar ou modificar a sua legislação de modo a ir de encontro com as suas diretrizes. Apesar da definição do fenómeno da “Criminalidade Organizada” estar ainda muito divergente no meio jurídico a nível global, esta Convenção adicionou boas e relevantes orientações.

1.7. CONCLUSÃO CAPITULAR

Neste capítulo debruçou-se sobre o fenómeno da “Criminalidade Organizada”, desde os seus primórdios, à sua evolução, numa tentativa de apresentar uma definição jurídica, a sua impreteribilidade e dificuldade em conceptualizá-la, sem esquecer a convenção mais importante no que toca ao tema.

Procurou-se, igualmente, registar a opinião de diversos autores de reconhecido renome sobre a definição da “Criminalidade Organizada”, onde deparou-se com um vasto

⁶³ Cfr. com interesse DIAS, Jorge de Figueiredo, As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982..., p. 35, que defende para haver pluralidade de pessoas são suficientes duas pessoas.

leque de conceitos, onde foi perceptível verificar a dificuldade em abarcar um conjunto de características que possam balizar as ações deste fenómeno.

Foi ainda possível verificar que é muito relevante para o quadro legal de um Estado que este fenómeno se encontre minimamente conceptualizado para que, deste modo, seja possível agir-se contra os comportamentos alusivos a este tipo de criminalidade. Atribuiu-se uma especial relevância à Convenção de Palermo por considerar-se que se trata do mais importante texto legal na matéria.

Na verdade, a criminalidade evoluiu de forma incrível, muito pela evolução global com que a sociedade se deparou, sobretudo com o progresso dos meios tecnológicos.

Alicerçada com extrema dificuldade em termos de conceptualização, a "Criminalidade Organizada", com definições muito pouco claras e concisas, baseia-se pelo seu âmbito transnacional, pelo seu desenvolvimento multifacetado e pelo objetivo central de obtenção de lucro e de poder que lhes possa ser atribuído.

A sua principal característica é, indubitavelmente, o facto de saber escamotear as suas ações, através da corrupção. A violência encontra-se num segundo plano, utilizada como *ultima ratio*, sendo substituída pela intimidação imposta pelo grupo criminoso à pessoa e seus familiares.

Do estudo do fenómeno foi possível extrair que a sua estrutura é complexa e fortemente hierarquizada e que, juntamente com um cariz extremamente flexível e ágil, dificultam a sua repressão e prevenção, muito devido à sua velocidade estonteante da sua ação, da sua manipulação e monopolização do seio onde se insere. O poder de tais grupos organizados confere-lhes uma grande posição no mercado financeiro, influenciando órgãos políticos e toda a conjuntura do país.

O fator tecnológico resultou numa nova forma de criminalidade: a "Nova Criminalidade", caracterizada pela sua radical evolução, dispensando cada vez mais a presença física do autor do ilícito.

Assim sendo, pretendeu-se, com este capítulo, aludir à parte geral do tema crucial do trabalho que se insere no âmbito da "Criminalidade Organizada". Após este enquadramento, será possível desenvolver o tema "Da Prova" e, posteriormente, o tema central das "Ações Encobertas" como meio excecional de obtenção de prova na repressão a comportamentos e atividades que estão no espaço de ação deste fenómeno.

Capítulo II - Da Prova

“... se o tribunal ficar convencido de que o arguido praticou os factos que lhe são imputados e é por eles penalmente responsável, condena-o; se não ficar, absolve-o”⁶⁴

2.1. NOTA INTRODUTÓRIA

O processo penal português baseia-se, como todos os processos incluídos num Estado de Direito Democrático, na dignidade da pessoa humana, no respeito pelos Direitos, Liberdades e Garantias do cidadão, na realização da justiça, na descoberta da verdade material e no restabelecimento da paz jurídica⁶⁵, sendo a justiça jurídico-processual fortemente alicerçada em dois grandes pilares: *impunitum non relinquit facinus* e *innocentum non condemnari*⁶⁶, ou seja, garantem que nenhum responsável passe sem punição nem que nenhum inocente seja condenado. O processo penal português⁶⁷, cuja caracterização é essencialmente de estrutura acusatória⁶⁸ integrada com o princípio da investigação⁶⁹⁻⁷⁰, tem no juiz o poder de *instruir autonomamente em busca do esclarecimento da prova*. Assim, cabe à defesa e à acusação adicionar convicções que provem determinados factos⁷¹.

O século XX foi marcado pela evolução dos direitos fundamentais, nomeadamente com a consagração das constituições democráticas. Contudo, os diplomas que surgiram para proteger esses mesmos direitos e a prossecução do processo penal resultaram numa *óbvia e complexa tensão entre valores, com procura de um equilíbrio que permita ao Estado combater eficazmente o crime e garantir a segurança*⁷².

O objetivo primordial deste capítulo estabelece-se numa abordagem sintética sobre o papel da prova no processo penal português cuja estrutura legal deve encontrar

⁶⁴ BELEZA, Teresa, A Prova, in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, II Volume, 1992, p. 147.

⁶⁵ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1988-9, pp. 20 e ss.

⁶⁶ Cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime...*, p. 13.

⁶⁷ Cfr. BELEZA, Tereza, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, 2010, p.7, que defende o processo penal português como um processo penal que reclama de *soluções simples, justas e equilibradas*.

⁶⁸ A estrutura acusatória é a mais importante, pois é ela que dá conteúdo à máxima do Processo Penal com o Estado de Direito Democrático, estabelecendo a sua conexão. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *A Revisão Constitucional e o Processo Penal*, in *Textos de Direito Processual Penal*, 1991/1992, pp.18-19.

⁶⁹ Cfr. Art.º 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa: *O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*. Cfr., igualmente, a Lei n.º 43/86, 26 de Setembro (Lei de Autorização Legislativa em Matéria de Processo Penal), art.º 2.º, n.º 2, al. 4): *Estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com o princípio da investigação judicial*.

⁷⁰ Contudo, há que ter em atenção a presença da estrutura inquisitória no nosso Processo Penal, nomeadamente na fase de inquérito (cfr. art.º 262.º, n.º 1, do CPP), dirigida pelo MP e assistido pelos OPC, sob direta orientação e dependência funcional (cfr. art.º 53.º, n.º 2, al. b), art.º 55.º, n.º 1 e art.º 263.º, todos do CPP), pois a defesa desconhece as provas que vão sendo recolhidas contra o suspeito agente do crime. Também na fase de instrução (cfr. art.º 286.º, n.º 1, do CPP), dirigida pelo AJ e assistido pelos OPC (cfr. art.º 288.º, n.º 1, do CPP), se verifica a presença da estrutura inquisitória, nomeadamente no art.º 288.º, n.º 4, do CPP). Cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime...*, pp. 37-38 e SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, 6ª Edição, Lisboa, 2010, pp. 37-38.

⁷¹ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I...*, p. 165.

⁷² GASPARGAS, António Henriques, Os Novos Desafios do Processo Penal no Século XXI e os Direitos Fundamentais (Um Difícil Equilíbrio), in *Revista Portuguesa*, ano 15, n.º 2, Abril-Junho, 2005, p. 258-259.

um equilíbrio entre a segurança, a liberdade e os direitos do cidadão e com o dever de punir do Estado⁷³. Com isto, há a necessidade de abordar, ligeiramente, os direitos fundamentais do cidadão⁷⁴, sem no entanto se afastar do âmbito da prova.

No seguimento, aludir-se-á à matéria dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova cuja distinção é deveras importante e, não menos proeminente, será o esclarecimento dos métodos proibidos de prova e, subseqüentemente, dos meios ocultos, e das nulidades. Estes subtemas são determinantes na verificação da admissibilidade da prova recolhida numa operação encoberta, cujas limitações da sua prossecução refletem a sua excecionalidade.

O legislador do Código de Processo Penal sistematizou, gradualmente e de forma implícita, os meios de obtenção de prova face à lesão que os mesmos proferem aos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, a utilização do meio de prova seguinte só é possível quando o meio anterior que estava a ser utilizado se esgotasse sem resultado material, isto sempre com o fim de prevenção geral e especial. Ou seja, inicia-se do menos ao mais lesivo, numa escalada progressiva: exames, revistas, buscas, apreensões, para terminar nas escutas telefónicas. Segundo MATA-MOUROS, no início do século XXI, a utilização dos meios mais lesivos de obtenção de prova dispararam⁷⁵, vulgarização essa que desagrada a grande parte dos doutrinários nacionais⁷⁶.

Todavia, nem a última atualização do Código de Processo Penal, em 2007, albergou a “Ação Encoberta”, cuja tipificação se encontra, como consabido, na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, o que demonstra o seu elevado grau de excecionalidade como meio de obtenção de prova.

2.2. CONCEITO E TIPOLOGIA DA PROVA

O Direito Processual Penal caracteriza-se, de forma muito clara, como sendo o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do Direito Penal⁷⁷ que visa disciplinar o procedimento para averiguação e decisão sobre a ocorrência de condutas qualificadas como crime e respetiva sanção penal⁷⁸ e que tem na prova o seu objeto integral.

⁷³ A segurança revela-se um bem jurídico absoluto e autónomo onde a posição hierárquica dos direitos encontra-se elevadíssima. O seu cariz nasce de fenómenos como a “Criminalidade Organizada” que impõe que a qualificação ético-científica dos OPC, aos quais compete a prevenção e coadjuvação no âmbito da prova, seja elevada para que, desse modo, se cumpram as finalidades do Direito Processo Penal: justiça, descoberta da verdade material, garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e o restabelecimento da paz jurídica. Cfr. Lição Inaugural de 2013 do ISCPsi, de GUEDES VALENTE, consultado em http://www.iscpsi.pt/Inicio/Documents/Li%c3%a7%c3%a3o_Inaugural_2012.pdf a 05 Fevereiro de 2013.

⁷⁴ Cariz fundamental na prossecução da justiça penal num Estado de Direito Democrático.

⁷⁵ Cfr. MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Sob escuta – Reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal*, Estoril, 2003, p. 64.

⁷⁶ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas Telefónicas: da Excepcionalidade à Vulgaridade*, Coimbra, 2004.

⁷⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Curso de Processo Penal*, Volume I, Lisboa, 1986, p.9.

⁷⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I...*, p. 32.

a) **A PROVA**

A nível transnacional, a prova é considerada um objeto determinante na política legislativa da UE, pois desta depende a reconstituição da verdade material sobre os factos ilícitos que condicionam a decisão da AJ, para promover um espaço onde a liberdade, a segurança e a justiça possam proliferar⁷⁹.

O Código de Processo Penal alude à prova no seu Livro III⁸⁰. No seu art.º 124.º, sob a epígrafe *Objecto da prova*⁸¹, vem determinar que é objeto de prova sempre que haja factos juridicamente relevantes para deliberar a existência de crime, a punibilidade do arguido e a pena ou medida de segurança a aplicar⁸²⁻⁸³. *Lato sensu*, pode ser considerada como o *meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade*, ou, *stricto sensu*, como *demonstração da verdade dos factos alegados em juízo*⁸⁴⁻⁸⁵.

SOUSA MENDES refere, no âmbito do meio de prova, que a prova baseia-se em componentes de factos importantes que podem ser comprovados. Por sua vez na vertente de resultado probatório, abona-se como convicção da entidade decisória sobre determinada ocorrência de factos⁸⁶. No âmbito da prova material, o autor considera-a como *objectos relacionados com a preparação e a prática do facto qualificado como crime*⁸⁷.

GERMANO MARQUES DA SILVA distingue a prova num tríplice sentido: como a atividade probatória, cujo *acto ou complexo de actos [que] tendem a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou inexistência de uma determinada situação factual*; como resultado, pois a *convicção da entidade decisora é formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de facto*; por último, como meio, porque mais não é que o *instrumento probatório para formar aquela convicção*⁸⁸.

A prova é, indubitavelmente, o *pilar estruturante de qualquer processo*⁸⁹. Contu-

⁷⁹ Cfr. INSTITUTO DE DERECHO PENAL EUROPEU E INTERNACIONAL, Estándares comunes en la adopción de pruebas en los distintos Estados Miembros de la Unión Europea, in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Navarra, 2006, p.16.

⁸⁰ Sob a epígrafe *Da prova* e que vai do art.º 124.º até ao art.º 190.º, do Código de Processo Penal.

⁸¹ Cfr. Art.º 124.º, do Código de Processo Penal: 1 - *Constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis*. 2 - *Se tiver lugar pedido civil, constituem igualmente objecto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil*.

⁸² Também o Código Civil estatui que *as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos* (Art.º 341.º, do CC).

⁸³ MENDES, Paulo de Sousa, As proibições de Prova no Processo Penal, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004, p. 132.

⁸⁴ NEVES e CASTRO *apud* CALHEIROS, Maria Clara, Prova e Verdade no Processo Judicial: Aspectos epistemológicos e metodológicos, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Abril-Junho, Ano 29, n.º 114, 2008, p. 80.

⁸⁵ Cfr. INSTITUTO DE DERECHO PENAL EUROPEU E INTERNACIONAL, Estándares comunes..., p. 16, que considera que a prova, quando não está limitada ao nível de apenas um Estados-Membros e que não seja da competência da mesma AJ ou que envolva uma organização internacional, considera-se transnacional. Neste sentido, o **Conselho de Tampere** pronuncia que as provas licitamente obtidas num Estados-Membros são admitidas pelos tribunais de outros Estados-Membros.

⁸⁶ MENDES, Paulo de Sousa, As proibições de Prova..., p. 133.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, 4ª Edição, Lisboa, 2008, pp. 113-114.

⁸⁹ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime*..., p. 124.

do, há que referir que a prova, no âmbito penal, assenta em juízos de probabilidade. A obtenção da verdade é um objetivo que não é possível alcançar, razão pela qual o juiz não tem fundamento racional para afirmar a certeza das suas convicções⁹⁰. A jurisprudência defende tal conceção ao analisar que a verdade absoluta *não [é] alcançável devido às limitações próprias do ser humano, à quantidade e qualidade dos elementos de prova disponíveis em cada julgamento, às condicionantes de natureza temporal que rodeiam o processo judicial e mesmo à necessidade de nele salvaguardar outros valores relevantes para a sociedade que se encontram consagrados na ordem jurídica*⁹¹.

b) TIPOLOGIA DA PROVA

Na perspetiva de TERESA BELEZA, todas as partes envolvidas no processo podem desenvolver uma ação para convencer o tribunal quanto à responsabilidade criminal do arguido e das suas consequências. A referida autora afirma que a produção de prova não é mais que *convencer alguém de uma certa versão das coisas*⁹².

Os tipos de prova empregues, instrumentos utilizados com o intuito de provar determinado facto juridicamente relevante, são a matéria com a qual o juiz extrai as suas convicções, tendo em conta a veracidade dos factos probandos. Ou seja, uma determinada prova pode ter um peso significativamente maior que outra na convicção da entidade a quem cabe decidir, sendo, deste modo, deveras importante explicitar e mencionar os tipos de prova que a doutrina e a jurisprudência nacional utilizam.

A prova, *stricto sensu*, pode ser caracterizada de várias formas consoante o seu poder probatório, tal como a ligação ou não com outras. Constituindo o objetivo central da investigação criminal enquanto elemento auxiliar da área Processual Penal, procura-se transmitir a natureza e características da prova.

GERMANO MARQUES DA SILVA refere a prova direta como *a percepção que dá imediatamente um juízo sobre um facto principal* e prova indireta como *a percepção que é racionalizada numa proposição, prosseguindo silogisticamente para outra proposição, cuja sequência intitula-se de presunção, a segunda característica da prova indireta*⁹³.

Segundo os ensinamentos de CAVALEIRO FERREIRA, a prova direta vai *incidir imediatamente aos factos probandos, sobre o tema de prova*⁹⁴⁻⁹⁵. A prova indireta ou indiciária refere-se a *factos diversos ao tema de prova que permitem, com o auxílio de*

⁹⁰ Cfr. NIEVA FENOL, Jordi, *La Valoración de la Prueba*, Madrid, 2010, p. 37 e ss.

⁹¹ Cfr. acórdão do TRL, de 13/02/2013, processo n.º 256/10.0GARMR.L1-3, consultado em 22 de Dezembro de 2012.

⁹² BELEZA, Tereza, *A Prova...*, p. 147.

⁹³ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, pp. 111-112.

⁹⁴ Sobre o Tema de Prova, segundo o mesmo autor, *são factos que devem ser provados, e em princípio são todos os factos juridicamente relevantes no processo*. Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Curso de Processo Penal*, Volume I, Lisboa, 1986, p. 205.

⁹⁵ *Idem*, p. 207.

regras de experiência retirar uma ilação que pode relacionar-se com outros factos⁹⁶, sendo que tais inferências podem reorientar para determinado caminho ou conceder certo sentido a determinadas partes do processo que, até ao momento, não estavam explicadas. Ou seja, não se procura referir que o julgador forme uma convicção apenas na prova indireta, mas sim que tais provas possam servir para alimentar a convicção ou a dúvida do julgador.

Os factos provados devem basear-se na ciência e a convicção deve estar ancorada no bom senso do julgador que deve procurar transmitir às partes em que esteve subjacente à sua convicção. Deve haver fundamentação lógica, de forma a convencer as partes de que a decisão é fundada com base nas provas apresentadas e nos elementos objetivamente ponderados e valorados à luz das regras da experiência comum, da demanda da verdade material, da justiça, da imparcialidade e da transparência, de forma que as partes e a própria sociedade tenham confiança nas decisões dos seus julgadores e dos seus tribunais⁹⁷.

A prova pode ser ainda classificada como perfeita e imperfeita. A primeira é independente e só por si conclui se o agente é ou não responsável pelo facto ilícito-típico⁹⁸. Por outro lado, as provas imperfeitas dependem de outras, e necessitam de se conjugar para obter uma conclusão quanto à dita responsabilidade do agente⁹⁹.

Finalmente, a atribuição da prova como pessoal e real. A prova pessoal *resulta do acto de uma pessoa, como o depoimento de testemunhas ou declarantes [onde] relatam factos probandos de que têm conhecimento*¹⁰⁰, representando uma realidade sensorial. Por sua vez, a prova real *não fala por si: é preciso extrair dela o seu significado*¹⁰¹, pelo que o resultado é retirado de um exame ou uma análise a objetos através de métodos e processos. Contudo, não deve confundir-se quando é sobre a pessoa que recai a observação ou o exame, não agindo como prova, pois passa a ser uma prova real ou pessoal passiva.

c) PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA PROVA

Os dogmas do direito são alicerçados em princípios que procuram coadunar os procedimentos legais¹⁰² e democráticos dos mesmos, ou seja, os princípios são os pilares do direito e, como tal, não se pode deixar de referir, embora muito superficialmente,

⁹⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Curso de Processo Penal...*, p. 207.

⁹⁷ Cfr. art.º 202.º, da Constituição da República Portuguesa.

⁹⁸ Cfr. JESUS, Francisco Marcolino de, *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Coimbra, 2010, p.76.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Curso de Processo Penal...*, p. 209.

¹⁰¹ *Idem*, p. 222.

¹⁰² Como é óbvio, um dos principais princípios ao qual o Processo Penal está subordinado é o da legalidade previsto, em primeira linha, pela Constituição da República Portuguesa, no seu art.º 3.º, e em segunda linha pelo próprio Código de Processo Penal, no seu art.º 2.º.

alguns daqueles que se destacam no âmbito da prova, designadamente no preceito português.

O princípio da presunção da inocência, previsto no art.º 32.º, n.º 2, da Constituição, tem como objetivo proteger qualquer indivíduo da suspeita de um ilícito enquanto não se imputarem os factos através de uma atividade probatória inequívoca e legal¹⁰³.

O princípio *in dubio pro reo não é mais que uma regra de decisão: produzida a prova e efectuada a sua valoração, quando o resultado do processo probatório seja uma dúvida, uma dúvida razoável e insuperável sobre a realidade dos factos, ou seja, subsistindo no espírito de julgador uma dúvida positiva e invencível sobre a verificação, ou não, de determinado facto, o juiz deve decidir a favor do arguido, dando como não provado o facto que lhe é desfavorável*¹⁰⁴. Em suma, e segundo EDUARDO CORREIA, *manda o intérprete que, em caso de dúvida, siga aquela das interpretações que mais favoreça o réu*¹⁰⁵. Subjacente a este princípio encontra-se o *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*, um brocado milenar, um princípio referenciado pela jurisprudência nacional, que defende que as normas favoráveis ao arguido devem ser ampliadas, enquanto as desfavoráveis devem ser restringidas¹⁰⁶.

O princípio da imediação pode ser considerado por dois diferentes paradigmas: *o dever de apreciar ou obter os meios de prova mais directos e na recepção da prova pelo órgão legalmente competente*¹⁰⁷. O primeiro reflete-se no uso dos meios de prova originais. Por sua vez, o segundo paradigma subentende a oralidade do processo, isto é, aos sujeitos processuais intervenientes impõe-se a necessidade de conhecer os factos probatórios de forma direta e pessoal¹⁰⁸.

Outro princípio importante no seio do direito é o princípio do contraditório¹⁰⁹. Simboliza, no âmbito de julgamento, que ambas as partes (acusação e defesa) oferecem as suas provas para um debate, excluindo a hipótese de uma condenação ser feita com base em provas que não tenham sido alvo de debate em julgamento¹¹⁰.

Como corolário do princípio do contraditório, surge outro, de origem anglo-saxónica: o princípio de igualdade de armas¹¹¹. Este consiste em aplicar à acusação e à

¹⁰³ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, pp. 121-122.

¹⁰⁴ Acórdão do TRL, de 03/07/2012, processo n.º 704/10.GCMTJ.L1-5, consultado em 23 de Dezembro de 2012.

¹⁰⁵ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, (Colaboração de Figueiredo Dias) Coimbra, 1963, p. 150.

¹⁰⁶ Cfr. entre muitos, o acórdão do TRP, de 30/05/2012, processo n.º 10/09.2S1LSB.P1, consultado em 23 de Dezembro de 2012.

¹⁰⁷ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, p. 154.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰⁹ Cfr. art.º 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

¹¹⁰ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, p. 155.

¹¹¹ Cfr. art.º 32.º, n.º 1, da Constituição: *1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. Caracteriza-se como uma cláusula geral que engloba todas as garantias de defesa do arguido que – perante uma desigualdade de que se vê de partida entre a acusação, normalmente apoiada pelo poder institucional do Estado, e a defesa – só com esta compensação se constata uma atenuação de tal*

defesa, com recurso aos mesmos instrumentos jurídicos e num mesmo patamar, um debate sobre a matéria de facto, de modo a influenciar a decisão final a seu favor¹¹².

2.3. MEIOS DE PROVA

Os meios de prova estão consagrados no Título II do já mencionado Livro III do Código de Processo Penal, desde o art.º 128.º até ao art.º 170.º¹¹³. O *instrumento probatório*¹¹⁴ pode apresentar-se como a seguir se menciona: testemunhas; declarações do arguido, assistente e das partes civis; acareação; reconhecimento de pessoas e coisas; reconstituição dos factos; perícias e documentação.

Segundo MARQUES FERREIRA, este Código de Processo Penal revela uma preocupação extra ao referir que os *imperativos constitucionais relativos à dignidade pessoal e integridade do cidadão e à intimidade da vida privada e familiar* são legítimos de um Estado de Direito Democrático onde a justiça é conseguida através de métodos legais e processualmente válidos¹¹⁵.

PAOLO TONINI relata que os meios de prova são imprescindíveis para a determinação dos factos. Pese embora os meios de provas estejam disciplinados pelo Código de Processo Penal, não são os únicos admissíveis. Todos os meios de prova são admissíveis desde que não sejam *contra legem*. A lei confere alguns limites, mas não impõe taxativamente a recolha de provas, visto que até podem ser recolhidas de forma atípica¹¹⁶⁻¹¹⁷, ou seja, por meios que não estejam tipificados no ordenamento jurídico, como comprova o art.º 125.º, do Código de Processo Penal.

A prova testemunhal¹¹⁸ é *essencialmente constituída pela narração de um facto juridicamente relevante de que a testemunha tem conhecimento. Usualmente o conhecimento provém da visão ou audição, mas é igualmente testemunho o que provenha dos demais sentidos, quando apropriado para prova dos factos*¹¹⁹. Por a prova testemunhal ser dos principais meios de prova e carregar consigo uma grande taxa de complexidade, obriga a uma grande atenção para os riscos de falibilidade que encerra. É conhecida a fragilidade humana perante determinadas circunstâncias, em que, tantas vezes, os inte-

desigualdade de armas. Cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1993, p. 202.

¹¹² Cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime...*, p. 48.

¹¹³ Cfr. Art. 340.º, n.º 1, do Código de Processo Penal (sob epígrafe *Princípios Gerais*), alusivos ao Cap. III – *Da produção da prova* –, integrado no Título II – *Da audiência* –, referentes ao Livro VII – *Do Julgamento*): *O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.*

¹¹⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, pp. 113-114.

¹¹⁵ FERREIRA, Marques, Meios de prova, in *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*, Organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1988, pp. 221-222.

¹¹⁶ Cfr. Art.º 125.º, do Código de Processo Penal (*Legalidade da prova*): *São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.*

¹¹⁷ Cfr. PAOLO TONINI, *La Prova Penal*, 2000, pp. 91-92.

¹¹⁸ Cfr. art.º 128.º e ss, do Código de Processo Penal.

¹¹⁹ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, pp. 161.

resses pessoais e materiais se sobrepõem, aos valores e princípios da justiça e da verdade¹²⁰. Destarte, não chega para formar a convicção do julgador, pois uma sentença baseada só na prova testemunhal pode ser uma sentença ferida de nulidade.

Segundo o art.º 128.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, a testemunha só pode responder sobre factos dos quais possua conhecimento direto e que constituam objeto de prova¹²¹, salvo exceção a que constata o art.º 129.º e art.º 130.º do mesmo diploma¹²². O art.º 131.º regula a capacidade e o dever geral para testemunhar e o art.º 132.º estabelece os direitos e deveres da testemunha, deixando os impedimentos tipificados no art.º 133.º do Código de Processo Penal. A falta de preceitos legais, não correspondendo aos requisitos legais da produção de prova testemunhal, v.g. a ajuramentação e a advertência de consequências criminais para o falso testemunho, pode incorrer na não valoração enquanto meio de prova¹²³.

No que ao testemunho indireto concerne, nomeadamente ao resultado do que se ouviu dizer por determinadas pessoas, pode o juiz chamar estas a depor. Caso contrário, essa parte do depoimento não poderá servir como prova. Excetuam-se no caso da pessoa indicada sofrer de anomalia psíquica superveniente, por morte ou por impossibilidade de serem encontradas¹²⁴.

Oportunamente, sempre que a autoridade judiciária preside a um julgamento e determina a presença do agente infiltrado pode, por indispensabilidade de prova, excluir a publicidade ou restringir a livre assistência do público¹²⁵, tal como ser-lhe-ão aplicadas medidas de proteção de testemunhas, estabelecidas na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, como erige a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto¹²⁶. Pode caracterizar-se numa teleconferência com ocultação de imagem e/ou distorção da voz¹²⁷. Todavia, este regime apresenta limitações quanto ao seu valor probatório, visto a testemunha estar limitada ao nível da sua credibilidade, razão pela qual a decisão do julgamento não pode *fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações por uma ou mais tes-*

¹²⁰ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime...*, pp. 151-152.

¹²¹ Cfr. Art.º 2.º, al. a), da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho.

¹²² Não consubstancia uma valoração ilícita de prova o acolhimento prestado por uma testemunha que seja um elemento policial que deponha sobre factos que tenha detetado ou apreendido durante a investigação, v.g. conversas com os arguidos, ou seja, que não tenha conhecimento direto dos factos. Cfr. acórdão do TRP, de 03/02/2010, processo n.º 198/00.8GACRZ.P1, consultado em 12 de Janeiro de 2013.

¹²³ Cfr. acórdão do STJ, de 03/10/2002, processo n.º 02P2704, consultado em 12 de Janeiro de 2013.

¹²⁴ Cfr. art.º 129.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

¹²⁵ Cfr. Segunda parte do n.º 1, do art.º 87.º, do Código de Processo Penal: *Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente pode, porém, o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade.*

¹²⁶ Cfr. Art.º 4.º, n.º 4, da Lei n.º 101/2001 de 25 de Agosto.

¹²⁷ Para tal, têm que estar presentes os pressupostos do n.º 1, do art.º 5.º (ponderosas razões de protecção da testemunha), o n.º 2 do art.º 6.º, e o art.º 16.º da mencionada Lei n.º 93/99 (indicação pelo requerente das circunstâncias concretas que justifiquem o recurso à teleconferência). Caso não estejam, tal pedido é recusado, como é exemplificativo o acórdão do TRL, de 28/09/2004, processo n.º 6063/2004-5, consultado em 15 de Janeiro de 2013.

*temunhas cuja identidade não foi revelada*¹²⁸⁻¹²⁹.

As declarações dos assistentes e das partes civis¹³⁰ podem comparar-se à prova testemunhal¹³¹. Por outro lado, as declarações do arguido são caracterizadas por uma dupla objetivação: como meio de prova e como meio de defesa¹³². O interrogatório feito ao arguido obedece às regras vigentes para as testemunhas, salvo algumas exceções, v.g. o arguido não presta juramento, sob pena de uma nulidade insanável, prevista no art.º 126.º, n.º 2, al. b)¹³³. O art.º 140.º, do Código de Processo Penal, indica que o arguido deve estar *livre na sua pessoa* pelo que não podem, de modo algum, ser-lhe aplicados instrumentos restritivos da sua liberdade durante os interrogatórios¹³⁴.

A prova por acareação¹³⁵ refere-se aos casos contraditórios. O intuito deste meio de prova é o de dissipar incongruências nos depoimentos, confrontando as pessoas que são alvo dessas mesmas discrepâncias. A acareação tem lugar *oficiosamente ou a requerimento dos sujeitos processuais interessados* e pode ser feita em toda a fase processual que conceda prova por depoimento¹³⁶. A prova por reconhecimento¹³⁷⁻¹³⁸ de pessoas ou objetos é um meio de prova *confirmador*, pois confirma os dados referidos anteriormente pelo identificador¹³⁹. Um aspeto que importa considerar é o de ser fundamental, quando se efetua um reconhecimento presencial, selecionar pessoas/sujeitos *cuja fisionomia seja a mais aproximada possível com o suspeito*¹⁴⁰.

Outro meio de prova, designado por reconstituição do facto¹⁴¹, tem como finalidade confirmar se um determinado facto poderia ter sucedido daquela forma e o *factor impreparação e surpresa são essenciais para o mais fácil apuramento da verdade*¹⁴². Na prova pericial¹⁴³, é feita uma avaliação, baseada em conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos¹⁴⁴, dos vestígios encontrados no local do crime, onde os peritos *formulam um parecer sobre o valor ou o significado dos meios de prova que examinaram, mas não*

¹²⁸ Cfr. Art.º 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho.

¹²⁹ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, pp. 194-195.

¹³⁰ Cfr. art.º 140.º e ss, do Código de Processo Penal.

¹³¹ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, p. 197.

¹³² Cfr. *Ibidem*.

¹³³ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal – à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, 2007, pp. 388-389.

¹³⁴ Cfr. Art.º 5.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹³⁵ Cfr. art.º 146.º, do Código de Processo Penal.

¹³⁶ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, pp. 210-211.

¹³⁷ Cfr. art.º 147.º e ss, do Código de Processo Penal.

¹³⁸ Cfr. Acórdão do TRP, de 20/12/2011, processo n.º 1276/08.OPAMA.P1, consultado em 20 de Janeiro de 2013: *A prova por reconhecimento de pessoas é um meio de prova formalmente vinculado que comporta as seguintes três modalidades: a) a descritiva; b) a presencial, mediante confronto directo ou indirecto; c) a documental (fotografia, filme, gravação ou qualquer outro meio técnico)*.

¹³⁹ Cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime...*, pp. 175-176.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 177.

¹⁴¹ Cfr. art.º 150.º, do Código de Processo Penal.

¹⁴² GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime...*, p. 179.

¹⁴³ Cfr. art.º 151.º e ss, do Código de Processo Penal.

¹⁴⁴ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal...* p. 429. Nesta obra, o autor diferencia a prova pericial (que avalia, percebe, aprecia) do exame (que procura, deteta, inspeciona), pois este não carece de “especiais” conhecimentos, pressuposto obrigatório na prova pericial.

podem substituir-se-lhe na apreciação da prova e intervêm na apreciação da prova real mas não a julgam¹⁴⁵. Finalmente, os elementos documentais¹⁴⁶ revelam-se pelo adicionar de documentos ao processo capazes de comprovar determinadas convicções e certas condutas¹⁴⁷, sendo tais documentos valorados como prova, desde que não previamente impugnados¹⁴⁸.

2.4. MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

Os meios de obtenção de prova são instrumentos utilizados pelas AJ e, subsequentemente, pelos OPC¹⁴⁹ cujo intuito da sua aplicação é a investigação e a recolha de prova. A designação deste tema¹⁵⁰ é indissociável do subcapítulo anterior. A sua atividade deve desenvolver-se, impreterivelmente, sob a garantia e prossecução dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa.

A sua execução resume-se na possibilidade de obter os meios de prova para que se descubra a verdade material de modo a alcançar a condenação ou a absolvição dos arguidos, cuja limitação, segundo GUEDES VALENTE, está prevista por dois vértices: por um lado, procura-se não ofender quaisquer direitos pessoais e princípios fundamentais de forma a não se ter uma *justiça amoral e enferma* e, por outro, a sua atividade está sujeita à utilização do instrumento menos oneroso possível¹⁵¹.

Segundo GERMANO MARQUES DA SILVA, este paradigma pode ser entendido por entre um de dois prismas. Numa primeira perspetiva – a lógica –, o autor indica que os meios de prova têm como principal característica a de ser, para si mesmo, uma fonte de convicções, contrariamente aos meios de obtenção de prova que apenas permitem obter aqueles meios. Já num prisma técnico-operativo, os meios de obtenção de prova têm dois pontos cruciais: o modo e o momento da sua aquisição no processo, pois a sua vertente investigatória faz parametrizar juridicamente como é obtida a prova¹⁵².

Assim, o Código de Processo Penal consagra, como meios de obtenção de prova, os exames, as revistas e buscas, as apreensões e as escutas telefónicas.

O exame¹⁵³ é um meio de obtenção de prova pelo qual se examina e analisa,

¹⁴⁵ MAIA, Gonçalves, Meios de Prova, in Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processual Penal, (Organização do Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, 1988.

¹⁴⁶ Cfr. art.º 164.º e ss, do Código de Processo Penal.

¹⁴⁷ Sobre o assunto, cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, p. 223 e ss.

¹⁴⁸ Cfr. acórdão do TRP, de 17/01/2001, processo n.º 0040894, consultado em 21 de Janeiro de 2013.

¹⁴⁹ Cfr. Art.º 249.º, do CPP, cuja epígrafe é *Providências cautelares quanto aos meios de prova*.

¹⁵⁰ Integrado no Título III, Livro III, do Código de Processo Penal, do art.º 171.º ao 190.º, sob epígrafe *Dos meios de obtenção de prova*.

¹⁵¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Coimbra, 3ª Edição, 2010, p. 452.

¹⁵² Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...* pp. 233-234.

¹⁵³ Cfr. art.º 171.º e ss, do Código de Processo Penal. O artigo prevê determinadas medidas cautelares a efetuar com o intuito de se preservar os vestígios de um crime: a sua guarda para não se apagarem, deteriorarem ou alterarem; proibição de trânsito de pessoas estranhas que possam prejudicar o exame; detenção de pessoas enquanto o exame não terminar e a sua presença for indispensável; e a descrição do estado em que

sob forma documental, os vestígios que existam e os indícios sobre como foi realizado o crime e o local onde foi praticado o ilícito criminal, das pessoas que o possam ter cometido e sobre as quais se possa ter cometido¹⁵⁴. As revistas e buscas¹⁵⁵ encontram-se definidas nos n.ºs 1 e 2 do art.º 174.º, do Código de Processo Penal. Na presença de indícios que algum indivíduo tenha, na sua pessoa ou em local reservado não acessível ao público, prova de um crime é ordenada a revista ou a busca, respetivamente, sendo que é efetuada com autorização da AJ, salvo as exceções previstas nos n.ºs 4 e 5 do mesmo artigo. O art.º 177.º do mesmo diploma define, sob pena de nulidade de provas, determinadas normas no que concerne às buscas domiciliárias, em escritório de advogado, em consultório médico ou estabelecimentos oficiais de saúde¹⁵⁶.

As apreensões¹⁵⁷ são, regra geral, precedidas de autorização ou ordem prévia judicial. Contudo, quanto se verificam os pressupostos de urgência ou perigo na demora, os OPC podem efetuar as apreensões desde que ocorram no decurso das revistas e buscas¹⁵⁸. São apreendidos objetos que possam ser suscetíveis de servir como prova¹⁵⁹, não obstante carecerem de posterior validação por parte da AJ¹⁶⁰.

As escutas telefónicas¹⁶¹, instrumento legal e material de investigação criminal¹⁶², são admitidas como limitação de direitos fundamentais a nível de processo criminal, porque, como ilumina o n.º 1, do art.º 34.º da Constituição, *o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis e devem ser, imperiosamente, salvaguardados pelo Juiz, segundo atribuição da Constituição a este, através do art.º 32.º, n.º 4*¹⁶³. Este meio de obtenção de prova deve ser restringido na medida em que se deve ajustar, segundo o princípio da necessidade probatória, de modo a não cair numa desmedida utilização¹⁶⁴, pois os bens jurídicos lesados são imprevisivelmente extensos.

se encontravam os vestígios, na eventualidade destes terem sido alterados, apagados ou se terem deteriorado. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal...* pp. 462-463.

¹⁵⁴ Cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime...*, p. 202.

¹⁵⁵ Cfr. art.º 174.º e ss, do Código de Processo Penal.

¹⁵⁶ Sobre o assunto, cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...*, p. 239 e ss.

¹⁵⁷ Cfr. art.º 178.º e ss, do Código de Processo Penal. Sobre o tema das apreensões no que aos OPC concerne, cfr. com muito interesse DINIZ, Dinarte, *As Apreensões pelos Órgãos de Polícia Criminal*, Tese apresentada ao ISCPSP, para a obtenção de grau Mestre em Ciências Policiais, Lisboa, 2012, pp. 19-32.

¹⁵⁸ Cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime...*, p. 221.

¹⁵⁹ Onde se incluem os objetos deixados no local do crime. Cfr. Art.º 178.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

¹⁶⁰ Cfr. art.º 178.º, n.º 5, do Código de Processo Penal.

¹⁶¹ Cfr. art.º 187.º e ss, do Código de Processo Penal.

¹⁶² Sobre o assunto, cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2001; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas Telefónicas: da Excepcionalidade à Vulgaridade*, Coimbra, 2004.

¹⁶³ Cfr. Art.º 189.º, n.º 2, relativo às Escutas Telefónicas e sob a epígrafe *Extensão*, como meio de obtenção de prova, e art.º 252.º-A, *Localização Celular*, como medida cautelar e de polícia, ambos do Código de Processo Penal. Cfr. com muito interesse ROCHA, Fátima, *Localização Celular – O Artigo 252.º-A do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa*, Tese apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa, para a obtenção do grau de Mestre em Direito – Direito Processual Penal, Faculdade de Direito, Lisboa, 2012, pp. 74 e ss.

¹⁶⁴ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal...*, p. 452.

Por fim, o recurso ao agente infiltrado, no âmbito de uma “Ação Encoberta”, afi-gura-se como o mais lesivo e, como tal, encontra-se como *ultima ratio* dos meios de obtenção de prova a utilizar. Este recurso caracteriza-se pela integração de um agente no seio criminal de modo a poder recolher prova com maior facilidade. A sua conduta está tipificada na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que aprova o RJAEPIC, pois lesa direi-tos constitucionalmente protegidos, designadamente os previstos na segunda parte do n.º 8, do art.º 32.º, da Constituição. Com uma criminalidade cada vez mais sofisticada e cria-tiva, coube ao legislador consagrar este instrumento que, pese embora seja extremamen-te lesivo, é, por vezes, o único meio capaz de fazer frente à “Criminalidade Organizada” – v.g. o terrorismo, a corrupção, o branqueamento de capitais¹⁶⁵ –, fenómeno que não pode, de modo algum, proliferar num Estado de Direito Democrático¹⁶⁶ e que será alvo de uma profunda análise no próximo capítulo.

2.5. OS MEIOS ENGANOSOS

Os meios enganosos de investigação têm vindo a surgir em força, estabelecen-do-se no seio do processo penal. O seu aparecimento deve-se a duas linhas convergen-tes: a guerra e o terrorismo, através da “Criminalidade Organizada”, e às transformações desencadeadas pelos processos tecnológicos pela influência das telecomunicações¹⁶⁷. Estes meios representam *uma intromissão nos processos de acção, interacção e comu-nicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto nem dele se apercebam*¹⁶⁸.

Pela força normativa dos factos, a consciencialização dos meios ocultos demonstra-se cada vez mais importante, na medida que a sua utilização tem vindo a aumentar na repressão e na prevenção da “Criminalidade Organizada”. Contudo, no reverso da medalha, constata-se a sua elevada danosidade social.

Ora, como é consabido, os métodos ocultos lesam um vasto leque de bens jurí-dicos e direitos fundamentais, além da sua tendência *irreprimível para invadir a esfera jurídica de um número incontável de pessoas*¹⁶⁹. Sem embargo, há que encontrar uma *zona de equilíbrio* entre a “Ação Encoberta”, como meio oculto, e os direitos fundamen-tais. Não há uma solução exata, devem-se dirigir esforços para estabelecer a tal *zona de equilíbrio*, pois esta deve estar bem definida para que se possam dar respostas *admissí-veis* como forma de diminuir a tensão que este meio oculto cria. Apesar de ser conside-

¹⁶⁵ Cfr. Art.º 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

¹⁶⁶ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal...*, p. 558.

¹⁶⁷ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *“Bruscamente no Verão Passado” a Reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, 2009, p. 105.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Idem*, pp. 106-107.

rado difícil, considera-se que não é impossível de alcançar¹⁷⁰.

A sua utilização no âmbito contraordenacional está explicitamente proibida com vista à condenação ou absolvição do agente, sob pena de serem nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tais meios¹⁷¹.

2.6. A PROIBIÇÃO DA PROVA

A nossa estrutura processual restringe a busca pela verdade absoluta, pois não é admissível obter a verdade utilizando qualquer meio, só sendo permissíveis os meios de obtenção de prova que sejam processualmente válidos e dignamente constitucionais¹⁷², cuja base legal se encontra no n.º 8, do art.º 32.º, da Constituição¹⁷³⁻¹⁷⁴ – subdividido nas proibições absolutas¹⁷⁵, que não podem ser violadas em caso algum e nas proibições relativas¹⁷⁶, que podem ser violadas apenas nos casos previstos na lei – e o art.º 126.º do Código de Processo Penal¹⁷⁷⁻¹⁷⁸ – que disciplina essas mesmas proibições, e

¹⁷⁰ Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente C., El agente encubierto y las garantías del proceso penal, in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Primera edición, Navarra, 2006, p. 201.

¹⁷¹ Proibição prevista no art.º 41.º, n.º 1, do Regime Geral de Contraordenações e, subsidiariamente, no art.º 126.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Penal, sem esquecer o preceito constitucional previsto no art.º 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, 2009, p. 29.

¹⁷² Cfr. o art.º 61.º (*Direitos e deveres processuais*), n.º 3, do Código de Processo Penal: **3. Reçaem em especial sobre o arguido os deveres de: d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente.**

¹⁷³ Cfr. art.º 32.º (*Garantias de processo criminal*), no seu n.º 8, da Constituição: *São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.*

¹⁷⁴ Cfr. Os art.º 5.º e 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os art.º 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (o art.º 8.º justifica a intervenção do Estado na vida privada do cidadão sempre que esteja presente um dos seguintes pressupostos: que a interferência seja legalmente admissível – princípio da legalidade; que a sua introdução tenha uma finalidade legítima – legitimidade do fim, como é legítimo o fim de reprimir a “Criminalidade Organizada”; que numa sociedade democrática essa alternativa seja necessária para atingir o fim, relacionando-se os custos jurídicos e os benefícios sociais em conflito – princípio da necessidade) e o art.º 7.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

¹⁷⁵ Cfr. art.º 25.º da Constituição da República Portuguesa (*Direito à integridade Pessoal*) e cfr. com art.º 126.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal.

¹⁷⁶ Cfr. art.º 26.º (*Outros direitos pessoais*) e art.º 34.º (*Inviolabilidade do domicílio e da correspondência*) n.º 3 e 4, ambos da Constituição e cfr. com art.º 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

¹⁷⁷ Cfr. art.º 126.º (*Métodos proibidos de prova*), do Código de Processo Penal: **1. São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4. Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.**

¹⁷⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 209, onde o autor interpreta este art.º 126.º, do Código de Processo Penal, como *uma manifestação mais inequívoca e normativamente mais consistente e congruente (na relação: Proibição de produção – proibição de valoração) de proibição de prova.*

que limitam a procura da verdade material¹⁷⁹.

Este preceito de prova proibida no Código de Processo Penal português segue o modelo alemão, que proíbe um conjunto de meios de interrogatórios ao arguido que violem a sua integridade física e moral, estabelecendo a sua não valoração de prova. O caso português vai mais além, ou seja, assenta no legado do modelo alemão e proíbe, também, provas que violem, ilicitamente, a privacidade¹⁸⁰.

O fenómeno da “Criminalidade Organizada”, como foi anteriormente explanado, tem-se destacado atualmente por se tornar cada vez mais imaterial, móvel e transnacional. Tais características têm impacto a nível processual penal, onde a prova, designadamente a sua produção e valoração, revela-se cada vez mais importante por procurar um resultado fruto do trabalho de vários Estados¹⁸¹.

De extrema relevância são também os OPC, enquanto órgãos coadjuvadores das AJ, pois agem sob a sua solicitação e sempre pelos dogmas instituídos pelo direito e pelas medidas cautelares e de polícia, sob pena de um fracasso do Estado de Direito Democrático através de uma investigação e um processo penal precários.

As proibições de produção de prova visam regulamentar rigorosamente os meios e os métodos pelos quais se alcança a prova¹⁸², não motivando, em caso de infração, a proibição de valoração do material probatório¹⁸³. Incluem três temas: a) os temas de prova proibidos, pois os factos abrangidos pelo segredo de Estado¹⁸⁴ não devem ser alvo de investigação; b) os meios de prova proibidos, os quais, segundo o art.º 125.º, do Código de Processo Penal, são admissíveis aqueles meios de prova que não sejam proibidos por lei¹⁸⁵; c) os meios proibidos de obtenção de prova, porque a prova não pode ser recolhida mediante práticas contrárias aos direitos fundamentais, salvo exceções previstas na lei, nem por procedimentos que ofendam as formalidades no que aos meios de obtenção de prova concerne¹⁸⁶. A violação de tais normas não pode resultar na proibição de valorização como prova, mas apenas na possível responsabilidade do seu autor.

As proibições de valoração de prova resultaram na medida do legislador atuar de forma preventiva para não se alcançar a prova a qualquer preço, avisando para não sucumbir ao *canto da sereia* sob pena de tornar a prova material numa inutilização abso-

¹⁷⁹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *Supervisão...*, p. 29.

¹⁸⁰ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal...* p. 325.

¹⁸¹ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão Passado*”..., p. 125.

¹⁸² Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...*, p. 83.

¹⁸³ Cfr. SOUSA, Susana Aires de, *Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova: Algumas Reflexões*, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, p. 1211.

¹⁸⁴ Cfr. art.º 137.º e art.º 182.º, do Código de Processo Penal.

¹⁸⁵ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II...* p. 160, onde o autor acautela que a não tipicidade dos meios de prova que o art.º 125.º estabelece respeita apenas a meios de prova não previstos e a não tipicidade dos meios não pode significar liberdade relativamente aos meios já disciplinados.

¹⁸⁶ Cfr. o acórdão TRP, de 04/07/2012, processo n.º 251/06.4JAPRT.P1, consultado em 27 de Janeiro de 2013.

luta¹⁸⁷. COSTA ANDRADE, ao citar DENCKER, afirma que as proibições de valoração devem demonstrar-se como *imperativos de auto-purificação da justiça em ordem a neutralizar a perda de autoridade já ocorrida (através da violação da proibição de produção da prova) e impedir a sua comunicação à sentença*¹⁸⁸. No que à provocação concerne, no âmbito de uma ação praticada pelo agente provocador¹⁸⁹, a primeira consequência como prova nula é a sua não valoração enquanto prova.

Se o método através do qual se obtém a prova viola certos direitos fundamentais, então a prova obtida por tal meio ilícito não poderá ser utilizada em sede de julgamento, mesmo que aquela seja o único meio de provar determinados factos. Deste modo, à prova recolhida que afeta tais direitos comina a sua nulidade, pois a origem da defesa dos direitos remete-nos à dignidade humana que jamais pode ser lesada¹⁹⁰⁻¹⁹¹. Assim, é importante a sua clareza em termos de investigação, acusando especial consideração o princípio da lealdade, cuja consagração se reflete no direito internacional¹⁹².

A proibição da valoração de prova existe sempre que *resulte sacrificado o fim prosseguido com a proibição da investigação ou da introdução de um determinado facto*¹⁹³. Segundo KARL-HEINZ GÖSSEL, a violação da valoração de prova depende de duas perspetivas: primeiro, a ação investigatória que vá contra o direito vigente e segundo, e de forma complementar, a valoração dessa mesma ação, resultando numa sentença que assenta numa violação de lei¹⁹⁴.

Entre nós, COSTA ANDRADE, no que às proibições de prova diz respeito, esperava uma teoria mais rigorosa a nível sistemático e materialmente mais consistente, por parte do legislador, para abafar as intermitências e a incongruidade de uma teoria que se revelou incapaz de mediatizar respostas estáveis aos problemas quotidianos¹⁹⁵.

2.7. NULIDADES

SOUSA MENDES refere que qualquer proibição de valoração de prova pode ser alvo de violação por parte dos sujeitos que aplicam o Direito e que tal violação culmina na

¹⁸⁷ MENDES, Paulo de Sousa, *As proibições de Prova...*, p. 142.

¹⁸⁸ DENCKER *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...*, p. 73.

¹⁸⁹ Cfr. *infra* 3.2 *Modalidades da "Ação Encoberta"*.

¹⁹⁰ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Produção e Valoração da Prova em Processo Penal*, *Revista do CEJ*, 1.º Semestre, n.º 4, 2006, p. 40.

¹⁹¹ Cfr. Art.º 1.º, da Constituição da República Portuguesa (*República Portuguesa*): *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*

¹⁹² Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I...*, p. 81

¹⁹³ GÖSSEL, Karl-Heinz, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, (Tradução de Manuel da Costa Andrade, do original "Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der BRD", GA 91), in *RPCC* 2, 1992, p. 400.

¹⁹⁴ Cfr. *Idem*, p. 402.

¹⁹⁵ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações produzidas por particulares*, in *Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, p. 584

invalidez¹⁹⁶ do ato e, porventura, nos termos que se precedem posteriormente. Todavia, os atos jurídicos inválidos dão origem a uma multiplicidade de tratamentos que dependem da gravidade da sua violação¹⁹⁷.

O preceito descrito nos arts.º 118.º a 123.º, do Código de Processo Penal, disciplina a inobservância das normas pré-estabelecidas em termos processuais penais. A mestria processual corresponde às condutas legais previstas no paradigma estabelecido pela lei, caso contrário, se há qualquer tipo de omissão de atos obrigatórios¹⁹⁸, seja em fase de inquérito ou de instrução, haverá, como resultado, uma nulidade¹⁹⁹.

O art.º 118.º, do Código de Processo Penal, consagra que todas as ilegalidades apenas são nulas se cominadas pela lei, caso contrário constituem, apenas, irregularidades²⁰⁰. Este diploma destriça entre nulidades dependentes de arguição, insanáveis e meras irregularidades.

A declaração das nulidades insanáveis, infrações mais graves, pode ter lugar em qualquer fase do procedimento e devem ser oficiosamente declaradas, desde que a decisão não transite em julgado²⁰¹. As nulidades dependentes de arguição, que também podem ser referidas como nulidades relativas, podem ser arguidas pelos sujeitos interessados desde que se cumpram os prazos estabelecidos legalmente. Caso contrário, consideram-se sanadas²⁰². As infrações mais leves têm o caráter de irregularidades e estão sujeitas a causas de sanção²⁰³.

Segundo SOUSA MENDES, o legislador português criou um regime *especial* das nulidades, previstas no art.º 126.º do Código de Processo Penal, o qual, como já foi anteriormente descrito, proíbe a produção de prova naqueles pressupostos. Mais, tais provas só não serão completamente nulas porque poderão e deverão ser usadas contra o agente do crime correspondente ao uso de tais métodos proibidos de obtenção de prova²⁰⁴.

Em suma, e em concordância com SOUSA MENDES, este regime *especial* baseia-

¹⁹⁶ Cfr. MENDES, Paulo de Sousa, *As proibições de Prova...*, p. 145. SOUSA MENDES faz uma breve alusão ao termo invalidez como *uma qualificação jurídica e a ineficácia é uma realidade prática. Posto isso, os actos inválidos podem ser eficazes, assim como os actos válidos podem ser ineficazes*. Por sua vez o autor cita CORREIA, José Conde, que eleva o seu conceito unitário ao referir que *exprime todos os desvios entre as disposições processuais e a actividade empreendida, capazes de legitimar uma pretensão eliminatória dos efeitos jurídicos produzidos*.

¹⁹⁷ Cfr. CORREIA, José Conde *apud* MENDES, Paulo de Sousa, *As proibições de Prova...*, p. 145.

¹⁹⁸ Veja-se a obrigatoriedade do interrogatório do arguido, constatado pelo art.º 272.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

¹⁹⁹ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I...*, p. 98, que defende esta ideia que foi consolidada pela última revisão do Código de Processo Penal operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

²⁰⁰ Cfr. art.º 118.º (*Princípio da Legalidade*), do Código de Processo Penal: *1 - A violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei. 2 - Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular. 3 - As disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova.*

²⁰¹ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I...*, p. 93, que não concorda com esta designação de "nulidade insanável".

²⁰² Cfr. *Idem*, p. 97.

²⁰³ Cfr. art.º 123.º, do Código de Processo Penal.

²⁰⁴ Cfr. MENDES, Paulo de Sousa, *As proibições de Prova...*, p. 147.

se no facto das nulidades poderem, a título meramente excecional, ser atacadas após o trânsito em julgado caso as nulidades a que correspondem o art.º 126.º do Código de Processo Penal, se só forem descobertas após decisão judicial²⁰⁵.

2.8. CONCLUSÃO CAPITULAR

Com este segundo capítulo, essencialmente teórico e conceptual, foi intuito demarcar as fronteiras pelas quais as questões sobre a prova, *lato sensu*, se compreendem. A sua relevância é considerável visto que a “Ação Encoberta” compreende-se no seio das questões que se abordou e que, com este capítulo, procurou-se situar o seu objeto no âmbito processual penal, na medida em que as violações normativas sobre as proibições de prova se refletem em nulidades insanáveis, regime-regra a aplicar na “Ação Encoberta”²⁰⁶.

Através deste estudo da prova será mais fácil explanar o meio oculto de obtenção de prova do regime da “Ação Encoberta”, nomeadamente da sua posição processual e do regime de provas do mesmo, pois, como se pretende analisar mais à frente neste trabalho, a sua ação pode ser considerada um método proibido de prova.

²⁰⁵ Cfr. MENDES, Paulo de Sousa, As proibições de Prova..., p. 149.

²⁰⁶ Cfr. PEREIRA, Rui, O "Agente Encoberto" na Ordem Jurídica Portuguesa, *in I Congresso de processo penal: memórias*, Coimbra, 2005, p. 233.

Capítulo III – As “Ações Encobertas”

“Se, em relação ao crime, a actividade do Estado pode ser preventiva e/ou repressiva consoante as situações, não é compreensível que o mesmo Estado decida cometer o crime incitando ao crime utilizando por isso não o escudo mas a espada.”²⁰⁷

3.1. NOTA INTRODUTÓRIA

Após uma breve fundamentação sobre o fenómeno da “Criminalidade Organizada”, no primeiro capítulo, e de focar o papel fundamental da prova, eis que ir-se-á, no presente capítulo, particularizar o âmbito do estudo e focar-se nas “Ações Encobertas”.

Com a “Criminalidade Organizada” dotada de novos meios tecnológicos cada vez mais sofisticados, nasceu uma “Nova Criminalidade”. Estas formas recentes de criminalidade, nomeadamente o branqueamento de capitais, o tráfico de estupefacientes e o terrorismo, baseadas numa forte estrutura organizativa, *atentam gravemente contra a segurança e interesses fundamentais dos Estados*²⁰⁸. Deste modo, há que reduzir, simultaneamente, a distância entre a moralidade, a licitude e a ética num Estado de Direito Democrático e a sua infiltração no “mundo criminal”, onde o agente se depara com uma (in)existência normativa e onde o sentimento de entropia se encontra constantemente presente.

Como referido anteriormente, os países adotaram novas medidas para reprimir tais fenómenos, entre as quais estão incluídas as “Ações Encobertas”. Estas ações são consideradas *um meio enganoso de obtenção de prova, considerado ofensivo da integridade moral*²⁰⁹, pelo que apenas devem ser utilizadas em *ultima ratio*, isto é, quando mais nenhum outro meio se tenha verificado eficaz na descoberta da verdade material, ou seja, *quando os meios e a inteligência dos agentes da Justiça sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e esta ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar*²¹⁰.

Ir-se-á, deste modo, fazer a distinção, com base na doutrina nacional e na opinião de alguns autores estrangeiros, entre o agente provocador e o agente infiltrado. Considera-se este subtítulo como extremamente relevante para o trabalho uma vez que aborda um ponto crítico da doutrina nacional e internacional, pois a linha que os separa é, indubitavelmente, muito ténue. Far-se-á, igualmente, uma breve alusão ao agente encoberto, também ele marcante no âmbito das “Ações Encobertas”.

Seguidamente, almeja-se aprofundar a vertente em que se admite este meio de

²⁰⁷ MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, 1999, p. 235.

²⁰⁸ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador: os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, 2001, p. 253.

²⁰⁹ PEREIRA, Rui, O “Agente Encoberto”..., p. 232.

²¹⁰ SILVA, Germano Marques da, Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos, *in Direito e Justiça*, Lisboa, 1994, p. 31.

obtenção de prova constitucionalmente admissível em Portugal.

Assim, as questões a que procura-se responder neste capítulo são as seguintes: qual o conceito do agente provocador, agente infiltrado e agente encoberto? Serão estas três modalidades admissíveis no âmbito constitucional, processual-penal e penal? Como se desenvolveram as “Ações Encobertas” no ordenamento jurídico interno?

3.2. AS MODALIDADES DA “AÇÃO ENCOBERTA”

Como é consabido, o tema da “Ação Encoberta” é muito delicado e necessita de muita atenção por parte de toda a doutrina. O agente infiltrado é uma figura muito importante no âmbito doutrinário e jurisprudencial e de elevada complexidade normativa. A sua utilização como meio de obtenção de prova carece de um carácter muito especial devido à impreterível harmonização com os fins constitucionais, penais e processual-penais e pelo dever de promover uma *materialização dos princípios e dos direitos próprios de um Estado de Direito Democrático*²¹¹.

GUEDES VALENTE menciona que o princípio da necessidade torna impreterível acatar os pontos adjacentes ao princípio da subsidiariedade, *pois como técnica excepcional o agente infiltrado, quer por razões de ordem moral e ética, quer por razões de segurança do próprio infiltrado, somente, e repetimos somente, deve ser usado quando todos os outros meios de obtenção de prova não forem suficientemente capazes e eficazes na obtenção da prova*²¹².

a) DO AGENTE INFILTRADO E DO AGENTE PROVOCADOR

Os “Homens de Confiança”²¹³ – *Vertrauens-Männer* – podem ser a contextualização de três modalidades representativas das “Ações Encobertas”: o agente infiltrado, o agente provocador e o agente encoberto. Esta ramificação, embora não seja opinião análoga por parte de todos os autores, é a convicção e a teoria com que mais se identifica, pois consegue, de uma forma muito explícita, elencar as diferentes e possíveis figuras que um agente pode representar numa “Ação Encoberta”.

GUEDES VALENTE, defensor da teoria tripartida acima mencionada, ilustra a personagem do agente provocador, como aquele que *actua contrariamente aos princípios e às normas próprias de um Estado de Direito Democrático e inerentes a um processo penal de estrutura acusatória temperado pelo princípio da investigação, e põe em causa o n.º 8 do art.º 32 da CRP*²¹⁴⁻²¹⁵, em oposição ao agente infiltrado.

Deste modo, o autor sustenta que a ação do agente provocador não pode

²¹¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal...*, p. 533.

²¹² *Idem*, p. 520.

²¹³ Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto, “Homens de Confiança”..., pp. 81-101.

²¹⁴ O n.º 8 do art.º 32º da Constituição da República Portuguesa refere-se à nulidade das provas.

²¹⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal...*, pp. 535-536.

depende materialmente da provocação ou de um incitamento, lembrando que esse tipo de processo, onde a verdade material era o fim essencial para a realização da justiça, é característico de uma estrutura inquisitória²¹⁶, o que não se coaduna com o nosso sistema, pois o processo português encerra em si uma estrutura, ao mesmo tempo acusatória, com o princípio da investigação adjacente.

Segundo AUGUSTO MEIREIS, o agente provocador é *aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime, não querendo o crime “a se”, e sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena*²¹⁷. Por sua vez, o agente infiltrado vê a sua ação limitar-se na confiança que o agente conquista junto do suspeito, de modo a *recolher prova sem precipitar os factos e sem interferir no processo causal*, atuando como um sujeito passivo que *observa para reproduzir em sede própria e, desta feita, permitir que se faça a prova exigida para cada fase processual*. A instigação²¹⁸ ou a sua determinação na prática do crime pode, instantaneamente, convertê-lo num agente provocador, consumindo a infiltração²¹⁹.

Pelos ensinamentos do autor, é agente provocador todo aquele que tem como fim o de convencer outrem à prática de ações qualificadas como crime, atos executórios estes que se materializam numa intenção criminosa, submetendo o autor como único agente do crime²²⁰.

Deste modo, uma possível prova recolhida por um agente provocador representaria uma prova *a constituir e sobre factos que apenas no momento da resposta à solicitação da provação existirão*. A prova recolhida no âmbito da provocação destina-se a factos que o agente põe a descoberto após a sua ação, isto é, refletindo uma relação de causa-efeito. Este *modus operandi* quase se identifica com a instigação, apenas se diferenciando pelo agente se mostrar um instigador *sem dolo da consumação*²²¹.

De acordo com FERNANDO GONÇALVES, JOÃO ALVES e GUEDES VALENTE, na sua perspetiva jurídico-penal, o agente provocador *actua, em relação ao crime, pelo menos na maioria das vezes, com dolo necessário, ou no mínimo, com dolo eventual, não obstante as motivações puderem ser consideradas de relevante valor social ou moral*²²². Ou

²¹⁶ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal...*, p. 536.

²¹⁷ MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...*, p. 155.

²¹⁸ Cfr. Art.º 26.º, do Código Penal: *É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*. Embora a lei não qualifique aquele que determina dolosamente outra pessoa à prática do facto como instigador, esta é, contudo, a denominação corrente, sempre que *se pretenda distinguir dentro os autores morais o autor mediato, como parece dever fazer-se face à nossa lei*. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...*, pp. 366-367.

²¹⁹ MEIREIS, Manuel Augusto, "Homens de Confiança"..., p. 95.

²²⁰ Cfr. *Idem*, p. 97.

²²¹ *Ibidem*.

²²² GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime...*, p. 256.

seja, *dolosamente, determina outra pessoa (comp participante) à prática de um crime*. O dolo relativo à ação ilícita deve ser-lhe igualmente imputado, pois a sua ação pressupõe uma vontade e uma intenção que determina outrem à prática de um delito que poderia não ser praticado. Subsequentemente, o agente age com dolo a nível da realização do crime, uma vez que, como referido, é o próprio agente que faz nascer o delito e *alimenta-o*, pelo que o mesmo não seria praticado *não fosse a sua intervenção*²²³.

Por sua vez, estes autores defendem a figura do agente infiltrado como *funcionário de investigação criminal ou terceiro (...) que actua sob o controlo da Polícia Judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o(s) determinar à prática de novos crimes*²²⁴.

GERMANO MARQUES DA SILVA começa por fragmentar a ação provocadora em duas diferentes concepções: a primeira, numa vertente aristocrata, onde considera que a ação provocatória seria legítima na medida em que se aceitasse a existência de pessoas *que por natureza são inaptas para o bem e para o respeito da lei e, por isso, que a provocação actua como uma espécie de laboratório para as descobrir. A apetência para o mal, para o crime, estaria de tal forma radicada na personalidade do indivíduo que a provocação seria apenas uma causa secundária da sua prática*, pois o seu espírito delinvente estaria na sua génese, de forma intrínseca, e a provocação seria apenas a antecipação da sua atuação desviante da normatividade legal²²⁵.

A segunda concepção é a democrática, onde o autor admite que o ser humano é fraco por natureza e que uma ação provocatória poderia significar um vacilar da pessoa *que sendo capaz de roçar os limites do ilícito, não os ultrapassa espontaneamente, não comete o crime senão por causa da provocação*²²⁶. O agente acaba por ser um instigador, na medida em que, como autor moral, condiciona outros à prática de factos ilícitos, como autor mediato, tem domínio sob o facto e sobre o autor imediato acabando por executar o ilícito, só que com a prerrogativa de o fazer por intermédio de outrem²²⁷⁻²²⁸.

Os agentes infiltrados e os informadores são juridicamente legais devido à sua ausência na prática do crime, sendo a sua ação baseada na passividade e sob forma

²²³ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime...*, pp. 259-260.

²²⁴ *Idem*, p. 264.

²²⁵ SILVA, Germano Marques da, *Bufos, Infiltrados...*, pp. 28 e 29.

²²⁶ *Idem*, p. 29.

²²⁷ Cf. art.º 26.º do Código Penal.

²²⁸ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Bufos, Infiltrados...*, p. 29.

informativa e não numa ação integrante do crime²²⁹.

Na perspetiva de RUIZ ANTÓN, o agente provocador cria um comportamento hostil e não age com o intuito de o exterminar, mas sim o de alimentar e fortalecer através de medidas por si desencadeadas²³⁰. O autor vai mais longe, defendendo a não punibilidade do agente provocador, pois a sua ação tem como objetivo do provocado ser merecedor de uma pena, não sendo, subsequentemente, sua intenção, lesar qualquer bem jurídico²³¹.

Na perspetiva de RUI PEREIRA, o recurso à “Ação Encoberta” é reprovado em diversas situações: quando por um lado o agente funciona como agente provocador, ou seja, como autor imediato ou instigador, determinando o ilícito; ou quando se está perante um tipo de crime único, *tendencialmente irrepetível*; e ainda no caso da gravidade dos ilícitos ser reduzida²³².

Para este autor, há que separar dois tipos de agentes nas “Ações Encobertas”, ou seja, ações que se situam *fora do âmbito da proibição de prova*. Primeiro, o agente encoberto, um agente que apenas *se limita a «observar» a prática de crimes (ou pelo menos, não os determina)*²³³. Por sua vez, o agente provocador, na sua opinião, é admissível quando se está perante crimes de elevada gravidade e fungibilidade *e desde que o crime não acarrete a efectiva lesão de bens jurídicos*. É neste contexto que o art.º 59.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, verificava a aquiescência do agente provocador em aceitar droga ou estupefaciente, antes de ter sido revogado pelo art.º 7.º, da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto²³⁴.

Segundo COSTA ANDRADE, o “polizeiliche Lockspitzel” – o agente provocador –, é caracterizado pelo agente que desencadeia, ou precipita, de qualquer forma, o ilícito criminal *instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens e serviços ilícitos*. Segundo o autor, esta prática é cada vez mais altercada na jurisprudência alemã e americana do ponto de vista ético-jurídico²³⁵.

Segundo LÜDERSSSEN, haverá sempre um engano sempre que a ação dos “Vertrauens-Männer”, vulgo *Homens de Confiança*, designadamente do “Lockspitzel”, resultar num novo crime e, por conseguinte, numa proibição de prova²³⁶.

A admissibilidade do agente seria positiva se os seus fins fossem *exclusiva ou prevalentemente preventivas*. O autor defende que quando se está na iminência de cri-

²²⁹ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Bufos, Infiltrados...*, p. 31.

²³⁰ Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, Madrid, 1982, p. 6.

²³¹ Cfr. *Idem* p. 10.

²³² PEREIRA, Rui, O “Agente Encoberto”..., p. 235-236.

²³³ PEREIRA, Rui, “O Consumo e o Tráfico de Droga na Lei Portuguesa”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 65, Lisboa, Janeiro-Março, 1996, p. 75.

²³⁴ *Idem*, p.76.

²³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...*, p. 221.

²³⁶ Cfr. LÜDERSSSEN, Jura *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...*, p. 227.

mes concretos e imediatos e se esteja no âmbito do terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada este meio seria, simultaneamente, ético, jurídico e normativo, caso contrário, a sociedade não estaria munida de *armas* na repressão contra uma criminalidade radical e insuportável²³⁷.

FERREIRA MONTE menciona o agente infiltrado como o agente que *infiltrando-se na teia do crime para, obtendo a confiança dos agentes do crime, conseguir informações e provas do crime*, ou seja, o autor considera-o como *uma espécie de receptor de informação, de alguém que espera a prova*. A diferença daquele em relação ao agente provocador reside na consideração de que este último, *provocando os agentes do crime à prática do mesmo, de molde a que assim obtenha a prova do crime*, sendo que, desta forma, há uma ação do agente *sem o qual o crime não se verificaria*, não aguardando o aparecimento da prova, mas provocando-o²³⁸.

Neste seguimento, GONZALEZ-CASTELL reprova o facto de se imputar a culpa ou condenar alguém por algo que lhe foi *incitado a realizar, sem ter a certeza absoluta que o haveria levado a cabo igualmente* sem a provocação do agente, ostentando ser algo inadmissível num Estado de Direito Democrático²³⁹.

HENRIQUES GASPAR desmistifica o agente provocador definindo-o *como o agente de autoridade policial ou um terceiro por este controlado que dolosamente determina outrem à comissão de um crime, o qual não seria cometido sem a sua intervenção* e diferencia-o do agente infiltrado por este ser *o polícia ou terceiro por si comandado que se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos, com vista a obter informações e provas contra eles mas sem os determinar à prática de infracções*²⁴⁰.

Resumidamente, AIRES DE SOUSA diferencia estas duas modalidades das “Ações Encobertas” afirmando que o agente provocador *induz, impulsiona o suspeito à prática de actos ilícitos* e o agente infiltrado, por sua vez, *limita-se a ganhar a confiança do suspeito, para ter acesso a informações, planos, confidências*²⁴¹.

O autor espanhol RIFÁ SOLER refere a figura do agente provocador cuja *intervenção provoca intencionalmente que outros cometam a infração*, o qual faz nascer uma vontade, até ao momento inexistente, no agente provocado. Essa vontade surge pela ação do agente provocador, sem a qual não haveria sido cometida nenhuma ação ilícita.

²³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...*, pp. 232-233.

²³⁸ MONTE, Mário Ferreira, *A Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal*, Braga, Janeiro-Junho 1997, pp. 197-198.

²³⁹ GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo, *El Agente Infiltrado en España y Portugal*, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa: Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra, 2009, p. 195 (Tradução nossa).

²⁴⁰ GASPAR, António Henriques, *As acções encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo*, in *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 2004, p. 46.

²⁴¹ SOUSA, Susana Aires de, *Agent Provocateur...*, pp. 1222-1223.

O seu resultado, como consequência, é a anulação de toda a prova recolhida pelos agentes que, ao invés de atuar na prevenção do delito, atuam como instigadores na sua consumação²⁴².

De acordo com o mesmo autor, o agente infiltrado limita-se a descobrir delitos já existentes no momento da investigação, nunca colaborando na sua realização²⁴³.

Na doutrina italiana encontra-se MANCINI, cuja sua definição de agente provocador é interpretado por assumir o *papel de instigador e, às vezes, de cooperante*, e o seu intuito é o de *ocasionar o resultado danoso ou perigoso*²⁴⁴. Por sua vez, FIORE apresenta-nos o agente provocador como *aquele que provoca a outro o delito para assegurar-se com maior facilidade e segurança a prova, surpreendê-lo em flagrante delito e fazê-lo punir*²⁴⁵.

GERMANO MARQUES DA SILVA dá relevância à pessoa do criminoso *arrependido* e delator, referindo que não entende como é que um Estado Democrático, o qual defende cegamente os valores humanos fundamentais, premeia criminosos delatores, cujo arrependimento apenas representa um sentimento de culpabilidade própria. Esta atitude não representa uma disposição de conformidade com a lei²⁴⁶.

A própria jurisprudência nacional é uníssona no que ao agente provocador concerne. A utilização de um agente que desencadeia uma transação de droga, utilizando, deste modo, a provocação, as provas obtidas como resultado de tal ato serão consideradas inadmissíveis, *por ter sido utilizado meio enganoso, proibido por lei, já que afeta a liberdade de vontade ou de decisão dos arguidos em causa*²⁴⁷. Tal ação atinge direitos fundamentais (art.º 32.º, n.º 8, da CRP e art.º 126.º, do CPP), considerando-se provas proibidas e, conseqüentemente, nulas (art.º 126.º, n.º 1e n.º 2, al. a), do CPP)²⁴⁸.

Após diversas opiniões na doutrina, avança-se com uma definição – e que parece-se consentânea com as apresentadas ao longo do nosso estudo – do agente infiltrado²⁴⁹ como sendo um agente da autoridade, ou um terceiro por si dirigido, cuja entidade é oculta, que se envolve no seio de uma comunidade já conotada pela comissão de crimes graves. A sua ação é passiva e reduz-se a adquirir a confiança dos criminosos para uma mais fácil recolha de prova, nunca podendo, de modo algum, ser responsável pelo cometimento de um crime porque a sua limitação está vedada a, no máximo, dar continuação a

²⁴² RIFÀ SOLER, José, *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim*, Revista del Poder Judicial, Madrid, n.º 55, 1999, pp. 167-169 (Tradução nossa).

²⁴³ *Ibidem* (Tradução nossa).

²⁴⁴ MANCINI *apud* GARCÍAS PLANAS, Gabriel, *Consideraciones en Torno al Agente Provocador*, Madrid, n.º 17, 1982, p. 378 (Tradução nossa).

²⁴⁵ FIORE *apud* GARCÍAS PLANAS, Gabriel, *Consideraciones...*, p. 378 (Tradução nossa).

²⁴⁶ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Bufos, Infiltrados...*, p. 32.

²⁴⁷ Acórdão do TRL, de 29/11/2006, processo n.º 9060/2006-3, consultado em 28 de Janeiro de 2013.

²⁴⁸ Cfr. acórdão do TRE, de 20/09/2011, processo n.º 370/04.1JELSB.E1, consultado em 28 de Janeiro de 2013.

²⁴⁹ Cfr. entre muitos, o acórdão do STJ, de 30/10/2002, processo n.º 02P2118, consultado em 28 de Janeiro de 2013, o qual retém a ideia sobre o agente infiltrado na jurisprudência nacional.

uma intenção já existente.

O agente provocador²⁵⁰, por sua vez, seria um agente da autoridade, ou um terceiro por aquele dirigido, que ultrapassa os limites expostos pela lei, sendo ele dolosamente responsável²⁵¹ pela infração e submergindo a dúvida se o delito aconteceria igualmente sem a sua ação ou se esta fez criar uma vontade, cuja continuidade do nexos causal²⁵² resultou no crime. O seu comportamento ultrapassa a passividade que é exigível e caracteriza-se pelo encorajar ou instigar outrem criando ou reforçando uma vontade que o leva a desviar-se pela atração ao lucro, utilizando a ação do provocado como prova.

b) DO AGENTE ENCOBERTO

Para AUGUSTO MEIREIS, o agente encoberto, vulgo “polícia à paisana”, é o agente que *não provoca o crime, nem conquista a confiança de ninguém*. A sua ação está totalmente legitimada pois o seu agente frequenta os locais mais abarcados pela delinquência criminal e está numa posição de completa passividade no que à decisão criminosa diz respeito, pelo que a sua presença não é determinante na materialização do crime²⁵³.

A figura do Agente Encoberto, segundo GUEDES VALENTE, *é totalmente lícita e legalmente admissível* pois não esbarra nos princípios democráticos e processuais penais. O autor defende ainda que o recurso a este agente é de extrema importância, essencial até, *para o exercício das competências que foram atribuídas, em matéria de investigação criminal, aos diversos órgãos de polícia criminal*²⁵⁴⁻²⁵⁵.

Opina-se que esta figura caracteriza-se de forma distinta do agente provocador e do agente infiltrado na medida em que não existe nenhum tipo de relacionamento com o(s) suspeito(s). A sua presença no local não é determinante para a materialização do crime porque a ocultação da sua qualidade enquanto OPC, ou de outrem por si dirigido, escamoteia a sua presença como se de um autêntico camaleão, numa zona conotada pelo crime, se tratasse. A sua passividade é total devido à sua invisível presença aos olhos do(s) criminoso(s), definindo o agente como o elemento que estava no local certo à hora certa e, deste modo, passível de recolher provas para integrar ao processo.

3.3. A ADMISSIBILIDADE DA “AÇÃO ENCOBERTA”

Um assunto importante e imprescindível é a legitimação e a compatibilidade do

²⁵⁰ Cfr. entre muitos, o acórdão do TRL, de 22/03/2011, processo n.º 182/09.6JELSB.L1-5, consultado em 28 de Janeiro de 2013, onde defende a posição do agente provocador no âmbito jurisprudencial.

²⁵¹ Cfr. o art.º 14.º do Código Penal, cuja epígrafe é “Dolo”.

²⁵² Cfr. art.º 10.º, n.º 1, do Código Penal, e SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...*, pp. 79-85.

²⁵³ MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...*, p. 192.

²⁵⁴ Cfr. Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto (Lei de Organização da Investigação Criminal).

²⁵⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal...* p. 539.

meio enganoso que é a “Ação Encoberta”, com os direitos fundamentais previstos na Constituição, e o foro ético-normativo e doutrinal. O art.º 18.º, da Constituição²⁵⁶, vem desvendar determinadas exigências jurídicas que devem estar previstas e não podem, evidentemente, ser alvo de contradição por parte do legislador. Este artigo abrange os mais relevantes princípios materiais relativos aos Direitos, Liberdades e Garantias²⁵⁷.

RUI PEREIRA refere mesmo que toda e qualquer abordagem deve, improrrogavelmente, partir da análise do art.º 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, pois é a partir do mesmo que se reforçam e garantem formalmente as *garantias de processo criminal*²⁵⁸ e resulta na defesa de direitos fundamentais elencados na Constituição. Complementariamente é a própria Constituição que dissipa as dúvidas sobre os casos não abusivos porque, como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, a eficácia da Justiça é um valor constitucional que deve ser perseguido, contudo, não é um valor absoluto. A mesma só é aceite lealmente, através do *engenho e da arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa*²⁵⁹, razão pela qual é repudiada qualquer prova alcançada por uma forma de obtenção mediante tortura, coação e ofensa à integridade física ou moral da pessoa e limita a obtenção de prova através da intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, constituindo crime qualquer uma destas violações.

FERNANDO GONÇALVES, JOÃO ALVES e GUEDES VALENTE declaram a necessidade do recurso aos meios necessários para a executável garantia da defesa de tais direitos para a prevenção e repressão da criminalidade mais grave, defendendo a exequibilidade da “Ação Encoberta”²⁶⁰. Os autores integram, igualmente, este meio no quadro dos “métodos proibidos de prova”, segundo o art.º 126.º, n.º 2, al. a), e, logicamente, proibidos pelo art.º 125.º, do Código de Processo Penal²⁶¹, que refere serem admissíveis todo o género de prova desde que não proibido por lei²⁶².

Na mesma linha de pensamento, AUGUSTO MEIREIS opina que a figura do agente infiltrado adequa-se e preenche os pressupostos para ser introduzido no rol dos métodos

²⁵⁶ Cfr. art.º 18º (*Força Jurídica*), da Constituição da República Portuguesa: 1. *Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.* 2. *A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.* 3. *As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.*

²⁵⁷ Cfr. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2005, p. 152.

²⁵⁸ PEREIRA, Rui, O “Agente Encoberto”..., p. 225.

²⁵⁹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*..., pp.361-362.

²⁶⁰ Cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime*..., p. 268.

²⁶¹ Cfr. art.º 125.º (*Legalidade da prova*), do Código de Processo Penal: *São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.*

²⁶² Cfr. GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime*..., p. 268.

de prova relativamente proibidos de acordo com o art.º 32.º, n.º 8, da Constituição, que consagra o princípio das proibições de prova. Consequentemente, o autor revela ser irrisório o aval por parte do suspeito, como se refere o art.º 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, por este não ter conhecimento da qualidade do infiltrado e dos seus fins²⁶³.

RUI PEREIRA menciona outros meios enganosos para circunscrevê-los apenas ao processo penal e ao âmbito criminal e que só podem ser decretados tais meios por um Juiz, precisamente por se verificar a restrição de direitos fundamentais²⁶⁴.

Outro problema colocado por parte de AUGUSTO MEIREIS é o conflito que se origina entre a infiltração, *stricto sensu*, o art.º 202, n.º 1, da Constituição²⁶⁵, e os direitos fundamentais que este meio pode lesar. O facto de ser o próprio sujeito a produzir prova contra si mesmo leva a que se ofenda a *liberdade de declaração e a garantia da não-auto-incriminação*. Visto não ser esta a senda para a validação de uma infiltração, o autor utiliza os pressupostos elencados no art.º 18.º, tal como as precauções para os demais meios de obtenção de prova, para defender a aplicação desta medida de *profilaxia criminal*²⁶⁶.

Adicionalmente, esta medida deve estar decretada, duplamente, por uma lei constitucional e uma lei ordinária para que haja um balizamento da sua ação e pela necessidade de se adotarem determinadas normas. Mais, a sua utilização deve sujeitar-se à mínima intervenção necessária, respeitando o limite²⁶⁷ *ao necessário para a salvaguarda do outro interesse constitucionalmente consagrado: a realização da justiça*²⁶⁸. Outro requisito imprescindível apontado pelo autor é a proporcionalidade entre o grau de restrição dos direitos fundamentais provocado pela “Ação Encoberta” e o grau da lesão dos bens jurídicos que o crime provocou ou por aquele que se pretende prevenir. Por fim, AUGUSTO MEIREIS elenca a necessária impreteribilidade da não lesão do *núcleo essencial do direito atingido*, segundo consta no art.º 18.º, n.º 3, da Constituição²⁶⁹.

Em suma, concorda-se plenamente com o autor quando destaca como requisitos essenciais a proporcionalidade *lato sensu* e o seu grau de excecionalidade consistir para os casos limites, onde mais nenhum outro meio teve sucesso na repressão ou prevenção do crime, sempre respeitando os limites que advêm da lei. AUGUSTO MEIREIS vinca que se estes pressupostos estiverem reunidos, a “Ação Encoberta”, através do agente infiltrado,

²⁶³ Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto, "Homens de Confiança"..., p. 95.

²⁶⁴ PEREIRA, Rui, O "Agente Encoberto"..., p. 228.

²⁶⁵ Cfr. art.º 202.º (*Função jurisdicional*), no seu n.º 1, da Constituição da República Portuguesa: *1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.*

²⁶⁶ MEIREIS, Manuel Augusto, "Homens de Confiança"..., p. 96.

²⁶⁷ Tais limitações não-de sempre resultar da lei. O art.º 29.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem vem dispor tal gozo por parte do cidadão ao referir que *ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática*. Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*... p. 172.

²⁶⁸ MEIREIS, Manuel Augusto, "Homens de Confiança"..., p. 96.

²⁶⁹ *Idem*, pp. 96-97.

é lícita e não se constitui uma restrição abusiva dos direitos fundamentais. A sua utilização para recolha de prova é legítima e, subseqüentemente, as provas que advirão por parte do agente infiltrado serão válidas, estabelecendo-se, deste modo, uma verdadeira *zona de equilíbrio*, resultado de uma harmonia equitativa entre as finalidades processuais e os fins constitucionais²⁷⁰. Caso contrário, estar-se-ia perante uma intromissão abusiva na vida privada dos suspeitos, direito fundamental puro, sendo tal conduta ilícita, correspondendo a um método proibido de prova e, conseqüentemente, a provas nulas.

Na esteira de COSTA ANDRADE, este revela ser consensual a exclusão da responsabilidade do indivíduo provocado – ou pelo menos a sua atenuação – pois a prova e os frutos provenientes de uma provocação são nulos. A jurisprudência alemã, uma das principais fontes do ordenamento português no âmbito penalista, considera que o recurso a este meio enganoso deve ser limitado, pois o seu recurso *é de todo em todo, inadmissível*²⁷¹. Sendo este recurso um meio enganoso, o autor considera inadmissível a sua integração no art.º 126.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Penal.

RUI PEREIRA afirma que a tese das nulidades absolutas respeitantes às proibições de prova pode originar, recorrendo a uma expressão que o mesmo utiliza, à *inutilizabilidade* da prova²⁷².

Em síntese, as provas proibidas absolutas, as quais estão elencadas na primeira parte do art.º 32.º, n.º 8, da Constituição, são consideradas provas nulas e nulidades insanáveis²⁷³. Todas as nulidades que não estão tipificadas no art.º 119.º, do Código de Processo Penal, englobam os requisitos do art.º 120.º do mesmo diploma, ou seja, nulidades sanáveis²⁷⁴. Deste modo, e como afirma o autor, as provas proibidas mediante a segunda parte do n.º 8, do art.º 32.º, da Constituição, embora *abusivas*, podem ser lícitas, como são, desde logo, admitidas no n.º 4, do art.º 34, do referido diploma²⁷⁵.

Concorda-se com a perspetiva de RUI PEREIRA que afiança, concludentemente, que uma erradicação da legitimidade deste meio enganoso seria um atentado a nível político-criminal na medida que, em situações de “Criminalidade Organizada”, este pode ser o único meio de prevenir a lesão de bens jurídicos²⁷⁶.

²⁷⁰ MEIREIS, Manuel Augusto, "Homens de Confiança"..., p. 97.

²⁷¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova*..., p. 224.

²⁷² PEREIRA, Rui, O "Agente Encoberto"..., p. 233.

²⁷³ Cfr. Art.º 126.º, n.º 1 e art.º 119.º do Código de Processo Penal.

²⁷⁴ Cfr. PEREIRA, Rui, O "Agente Encoberto"..., p. 234.

²⁷⁵ Cfr. art.º 34.º (*Inviolabilidade do domicílio e da correspondência*), no seu n.º 4, da Constituição: *4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.*

²⁷⁶ Cfr. PEREIRA, Rui, O "Agente Encoberto"..., p. 235.

3.4. O DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

PORTUGUÊS

A primeira abordagem jurídica portuguesa sobre as “Ações Encobertas” provém do século passado, no dealbar da década de 80, com a Lei da Droga²⁷⁷. É no seu art.º 52.º, sob a epígrafe *Conduta não punível*²⁷⁸, que a “Ação Encoberta” começa por ver tipificada o seu âmbito no ordenamento interno.

O DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, veio produzir algumas alterações ao diploma anterior, mas mantendo o art.º 52.º idêntico, com apenas a *nuance* de o mesmo estar no art.º 59.º. As principais alterações deste diploma centraram-se na introdução do regime de entregas controladas e a criminalização do branqueamento proveniente do tráfico de estupefacientes.

A Lei n.º 36/94, de 29 Setembro veio ampliar o concurso de crimes admissíveis de recurso ao agente infiltrado, designadamente os crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira. Esta amplificação verificou-se igualmente no campo de atuação do agente infiltrado, particularmente através do art.º 6.º, cuja epígrafe se denominava *Actos de colaboração ou instrumentais*²⁷⁹. Este artigo legitimou a atuação para a obtenção de provas em fase de inquérito, atribuindo-se ao MP e à PJ a competência para efetivar “Ações Encobertas”, no âmbito da prevenção dos crimes elencados no art.º 1.º, n.º 1, do diploma em referência.

A Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, veio alterar o DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e voltou a aumentar o campo de ação do agente infiltrado no que ao prevenir e reprimir os crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas diz respeito. Essa extensão fez-se notar logo na epígrafe do art.º 59.º, que passou a designar-se no plural, ou seja, por *Condutas não puníveis*²⁸⁰. O n.º 1 do mencionado artigo veio estabelecer

²⁷⁷ DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro.

²⁷⁸ Cfr. art.º 52.º, do DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro: 1. *Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.* 2. *O relato de tais factos será junto ao processo no prazo máximo de vinte e quatro horas.*

²⁷⁹ Cfr. art.º 6 (Actos de colaboração ou instrumentais), da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, já revogado pela Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto: 1. *É legítima, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de actos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes previstos no n.º 1 do artigo 1.º do presente diploma.* 2. *Os actos referidos no número anterior dependem sempre da prévia autorização da autoridade judiciária competente.*

²⁸⁰ Com a Lei n.º 45/96, de 3 Setembro, o art.º 59.º passa a ter a seguinte designação: 1. *Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal ou terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, aceitar, detiver, guardar, transportar ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades, entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga ou precursor.* 2 - *A actuação referida no n.º 1 depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, a proferir no prazo máximo de cinco dias e a conceder por período determinado.* 3 - *Se, por razões de urgência, não for possível obter a autorização referida no número anterior, deve a intervenção ser validada no primeiro dia útil posterior, fundamentando-se as razões da urgência.* 4 - *A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do funcionário ou do terceiro à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela.*

novos parâmetros, mas mantendo sempre afastado, indubitavelmente, a figura do agente provocador²⁸¹. O n.º 2 torna imperiosa a autorização prévia por parte da autoridade judiciária que, apenas em situações de urgência, pode a autorização não ser dada previamente, mas sempre carecendo de uma validação posterior, como considera o n.º 3. Finalmente, o n.º 4 veio alargar o período para 48h para a inclusão do relatório feito pelo OPC competente para que o mesmo seja entregue à AJ.

Por fim, o diploma que rege atualmente a atuação deste meio excepcional de obtenção de prova: a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto. Esta lei erige o RJAEPIC e vem revogar explicitamente o art.º 59.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e o art.º 6.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro.

3.5. CONCLUSÃO CAPITULAR

Este capítulo revela-se particularmente importante para o presente trabalho por focar um ponto crucial, procurando dissipar possíveis dúvidas sobre as três modalidades da “Ação Encoberta” – agente infiltrado, agente provocador e agente encoberto –, pois só assim se poderá verificar se são admissíveis no ordenamento jurídico em Portugal.

Deste modo, deambulou-se pela doutrina portuguesa e estrangeira sobre o agente provocador, o agente infiltrado e o agente encoberto, realçando as opiniões dos entendidos na matéria em questão. A doutrina é consensual quanto à inadmissibilidade do agente provocador. Contudo, a materialização da ação do agente infiltrado levanta algumas divergências, atirando para a abusiva lesão de direitos fundamentais o ponto crítico, o cerne principal, de tais discordâncias.

É verdade que a “Ação Encoberta” lesa muitos Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos, mas concorda-se com a parte da doutrina que defende que este recurso é o único que pode fazer face a diversos crimes, designadamente que pertençam ao círculo de crimes que se consideram no âmbito da “Criminalidade Organizada”.

Contudo, tal recurso deve, obviamente, estar bem tipificado, não podendo levantar nenhum tipo de dúvida ao agente. Evidentemente que pactua-se com as opiniões que apontam para a inadmissibilidade do agente provocador, visto ser este que instiga ou alimenta um ilícito que, não fora a sua conduta, poderia nunca existir.

Como se referiu, é a caracterização de “Homens de Confiança”, bem clarificada por AUGUSTO MEIREIS, que se apoia, pois considera-se ser a sistematização e a definição que melhor distingue o comportamento dos elementos que realizam a “Ação Encoberta”.

Igualmente importante, aludiu-se à admissibilidade das “Ações Encobertas” no ordenamento jurídico português, tanto a nível constitucional – porque é tarefa do Estado garantir os Direitos, Liberdades e Garantias e o respeito de um Estado de Direito Demo-

²⁸¹ Cfr. ONETO, Isabel, O Agente Infiltrado..., p. 113.

crático²⁸² –, como no âmbito do processual penal e do penal, concordando com os autores que defendem a impreteribilidade do recurso respeitar o princípio da proporcionalidade, em toda a sua visão.

Por fim, concluiu-se o capítulo com o desenvolvimento legislativo deste *meio enganoso*, referenciando primeiramente o DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro, como sendo o diploma que inseriu em Portugal o regime da “Ação Encoberta”. Refere-se as alterações trazidas pelo DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, pela Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro e pela Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro e as suas contribuições para o que é hoje, efetivamente, a “Ação Encoberta”, cujo diploma que a rege atualmente é a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

Concluindo, julga-se ter sido possível clarificar as questões expostas na nota introdutória, bem como o seu desenvolvimento legislativo em Portugal.

Com este capítulo pretende-se fazer a ponte com o capítulo que se segue, onde abordar-se-á a Lei n.º 101/2001, que estabelece o RJAEPIC, e, subsequentemente, focar-se-á, brevemente, alguma doutrina estrangeira, e aludir-se-á, levianamente, sobre o regime das provas obtidas mediante a provocação e a posição do agente infiltrado enquanto testemunha.

²⁸² Cf. Art.º 9, al. b), da Constituição da República Portuguesa.

Capítulo IV – Campo de Atuação do Agente Infiltrado

“Foi a necessidade que obrigou os homens a ceder parte da sua liberdade, onde cada um quis colocar a mínima parte possível. O conjunto dessas partes mínimas forma o direito de punir. Vede que a palavra direito não é oposta à palavra força, mas a primeira é antes uma modificação da segunda.”²⁸³

4.1. NOTA INTRODUTÓRIA

O âmbito do trabalho ocorre do nível geral para o particular, razão pela qual o estudo incide sobre a “Criminalidade Organizada”, cuja uma das “armas” processuais e legais para a sua repressão é, indubitavelmente, a “Ação Encoberta”. Posteriormente, recorreu-se a uma fundamentação essencialmente teórica e conceptual da prova – onde foi possível contextualizar o objeto central do trabalho no campo de ação processual-penal – e na sua admissibilidade constitucional, penal e processual-penal. A conceptualização e a evolução legislativa deste meio enganoso, também foi alvo de estudo, pois constitui um meio em propagação progressivamente acelerada e com uma presença crescente no quotidiano dos tribunais.

No capítulo que se segue focar-se-á o regime jurídico atual, nomeadamente a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que aprova o RJAEPIC, e fazer uma breve alusão à doutrina estrangeira. Considera-se relevante referir que o legislador ampliou o regime subjetivo ao *autorizar* operações encobertas em Portugal por funcionários de outros Estados e que a estes lhes seja reconhecido estatuto idêntico agentes de investigação criminal portugueses, conforme está explícito na Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto²⁸⁴.

Far-se-á, igualmente, uma pequena alusão à figura do agente infiltrado enquanto testemunha, uma vez que o seu depoimento testemunhal é visto como o meio de prova mais alcançado pela “Ação Encoberta”.

Por fim, abordar-se-á as prevaricações do agente infiltrado, nomeadamente na conduta desviante da provocação que o agente pode incorrer. Tais comportamentos resultam, maioritariamente, por integrar o agente no meio criminal, onde as oportunidades para sucumbir aos estímulos ilícitos abundam e cuja facilidade que os mesmos têm é ainda maior devido à sua posição.

4.2. REGIME NORMATIVO-LEGAL ATUAL

O então Ministro da Justiça, ANTÓNIO LUÍS SANTOS DA COSTA²⁸⁵, ao expor os motivos pelo *lançamento* da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, afirmou, afincadamente,

²⁸³ BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, (Tradução de José de Faria Costa), 3ª Edição, Lisboa, 2009, p.65.

²⁸⁴ Este diploma aditou o art.º 160.º-B (*Acções Encobertas*) à Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, aprovada pela Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto.

²⁸⁵ Pertencente ao XIV Governo Constitucional, presidido por António Guterres, do Partido Socialista (1999-2002).

o que pretendia com a mesma: MAIOR EFICÁCIA²⁸⁶! O jurista defendia que havia a necessidade de prevenir “Criminalidade Organizada” e uma recolha de provas que procurasse assegurar uma efetiva condenação dos delinquentes e, também, a prevenção e repressão da violência criminal²⁸⁷. ANTÓNIO COSTA admitiu a “Ação Encoberta” como uma *arma* indispensável no seio da Investigação Criminal, sustentando a admissibilidade do agente infiltrado e do agente encoberto não só no âmbito do tráfico de droga, corrupção e criminalidade económica e financeira, ao alargar essa mesma admissibilidade²⁸⁸.

JOAQUIM LOUREIRO critica as justificações de ANTÓNIO COSTA, na medida que este confundiu conceitos como o de “Crime Grave” e “Criminalidade Organizada” e, recorrendo ao exemplo das escutas, que a parametrização do recurso às “Ações Encobertas” é de tal modo *genérico*, que servirá para *vulgarizar* o seu recurso²⁸⁹.

Por outro lado, o deputado GUILHERME SILVA (Partido Social Democrata), na discussão na Assembleia da República do Projecto Ministerial, defende que o país tem uma Constituição *especialmente generosa* no que à matéria de Direitos, Liberdades e Garantias diz respeito e excessiva de garantismo, absolutamente compreensível para um País que esteve sujeito a 40 anos de *repressão*²⁹⁰. O deputado alerta para o reverso da medalha, a sofisticação da criminalidade, uma batalha em que o Estado não deve ser ingénuo e limar as arestas da legalização de tal mecanismo repressor para que não se recue: *para se ser César, há que agir como César*²⁹¹!

Após *discussão*, apurar-se-á o âmbito da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

O regime normativo-legal atual no ordenamento jurídico português, que tipifica a “Ação Encoberta”, encontra-se plasmado na Lei n.º 101/2001, que aprova o RJAEPIC, cujas finalidades são a prevenção e a investigação criminal – permite a compatibilização deste regime com o art.º 32.º, n.º 8, da Constituição e, subsequentemente, com o art.º 126.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal²⁹². Este diploma revoga explicitamente, os artigos já explanados anteriormente: o art.º 59.º e o art.º 59.º-A do DL n.º 15/93 de 22 de Janeiro, e o art.º 6.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro²⁹³.

Resultado? A “Ação Encoberta” deixou de ser exclusiva ao tráfico de droga, à corrupção e à criminalidade económica e financeira e viu-se essa mesma exclusividade

²⁸⁶ Cfr. a Reunião Plenária de 21 de Junho de 2001, onde se verifica a discussão sobre o RJAEPIC, *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 99, de 22 de Junho de 2001, pp. 16-17, consultado em <http://app.parlamento.pt/darpages/dardoc.aspx?doc=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c315a4a53556c4d5a5763765245465353394551564a4a51584a7864576c32627938794c734b714a5449775532567a63384f6a627955794d45786c5a326c7a6247463061585a684c305242556b6b774f546b756347526d&nome=DARI099.pdf> a 16 de Fevereiro de 2013.

²⁸⁷ Cfr. *Ibidem*.

²⁸⁸ Cfr. *Ibidem*.

²⁸⁹ Cfr. LOUREIRO, Joaquim, *Agente Infiltrado? Agente Provocador!*, Coimbra, 2007, p. 194.

²⁹⁰ Cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 99, de 22 de Junho de 2001, p. 24.

²⁹¹ Cfr. LOUREIRO, Joaquim, *Agente Infiltrado?...*, p. 195.

²⁹² Cfr. art.º 1.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

²⁹³ Cfr. art.º 7.º, da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

estender-se a um maior número de crimes²⁹⁴, elenco tipificado no art.º 2 da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto. Como mencionado, o legislador optou por não incluir, a *posteriori*, nas últimas revisões do Código de Processo Penal, o RJAEPIC.

O diploma que aprova o RJAEPIC vem definir o conceito de “Ação Encoberta”, considerando que se está perante tais ações *que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade* e continua, num seguimento normativo, a reservar a sua utilização à PJ, seja por um funcionário ou um terceiro²⁹⁵ atuando sob controlo daquela polícia²⁹⁶. Tal caracterização reputa-se às particularidades do agente infiltrado e não encoberto, como foi anteriormente analisado.

Os requisitos para a sua utilização estão desde logo definidos no art.º 3, da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, e servem como limitação ao recurso deste *meio enganoso*, de forma a impedir a sua vulgarização. As finalidades preventivas e de investigação criminal previstas no art.º 1.º, n.º 1, são novamente reforçadas no n.º 1, do art.º 3.º, nomeadamente com a sua exigência em ter como impreterível tais finalidades na *descoberta de material probatório*, ou seja, como refere RUI PEREIRA, é o intuito do legislador *reprimir o crime para, em última instância, impedir a prática de crimes de determinada espécie e salvaguardar os bens jurídicos tutelados pelas correspondentes normas incriminadoras*²⁹⁷.

O n.º 2, do art.º 3, do mesmo diploma, vem erigir uma intransigência ao agente. Este não pode, de forma alguma, ser obrigado a participar numa “Ação Encoberta”.

O n.º 3 do mesmo artigo alude, a nível de inquérito, às devidas autorizações. Estas dependem do magistrado competente do MP, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução²⁹⁸, intervenção essa indispensável²⁹⁹. Contudo, se se estiver perante um caso de prevenção criminal, antes de existir a fase do inquérito, numa finalidade puramente preventiva, a autoridade competente para a autorização é o JIC (n.º 4), casos estes em que a competência para iniciativa e decisão é, respetivamente, do magistrado competente do MP junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal e do juiz

²⁹⁴ Cfr. a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, que aprova a Lei do Cibercrime, mais concretamente o art.º 19.º, sob epígrafe *Ações Encobertas*, que admite o recurso a este meio excepcional de obtenção de prova, o que resulta num novo aumento da admissibilidade de recurso à “Ação Encoberta”.

²⁹⁵ Cfr., com muito interesse sobre a posição processual do terceiro, EDGAR CASTRO, *Agente Infiltrado – Contributos para a compreensão da figura do terceiro*, Tese apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais, 2012, pp. 46 e ss.

²⁹⁶ Cfr. art.º 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

²⁹⁷ PEREIRA, Rui, O “Agente Encoberto”..., p. 240.

²⁹⁸ Considera-se validada tacitamente se o juiz não proferir um despacho de recusa no espaço temporal de 72 horas.

²⁹⁹ Visto estar perante a lesão de direitos fundamentais em atos instrutórios, cfr. art.º 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

do Tribunal Central Instrução Criminal (n.º 5)³⁰⁰. O n.º 6 vem obrigar a que a PJ faça o *relato da intervenção do agente encoberto à AJ competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela*.

O art.º 4.º vem tipificar a proteção do agente infiltrado. Primeiramente, exclui, regra geral, a junção ao processo do relato da sua ação, excepcionando-se os casos em que é deveras importante, segundo opinião da AJ³⁰¹, em termos probatórios (n.º 1). Nestes casos pode tal decisão ser remetida para termo de inquérito ou instrução (n.º 2).

O n.º 3 do preceituado artigo vem abrir o precedente de possibilitar ao agente que use identidade fictícia, de ir a julgamento prestar depoimentos com essa mesma identidade, isto após justificação fundamentada por parte da PJ ou requerida oficiosamente pela AJ. Entende-se, por este meio, *prevenir e evitar eventuais represálias contra o agente infiltrado*³⁰².

Se houver necessidade do juiz, em fase de julgamento, não prescindir da audiência do agente infiltrado, cabe-lhe, segundo o art.º 4.º, n.º 4, do supracitado diploma, excluir qualquer tipo de publicidade e restringir o livre acesso ao público, fazendo referência à segunda parte do art.º 87.º, do Código de Processo Penal³⁰³. Devem, igualmente, ao agente infiltrado, ser-lhe aplicadas as medidas de proteção de testemunhas em processo penal, tipificadas na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho³⁰⁴.

O art.º 5, sob a epígrafe *Identidade fictícia*, vem estabelecer novas medidas de proteção e segurança ao agente infiltrado. Deste modo, o diploma prevê que o Diretor Nacional da PJ possa propor ao ministro que tutela o Ministério da Justiça, um despacho (classificado de secreto) por aquele erigido, onde atribua uma identidade fictícia ao agente, sendo válida por 6 meses e prorrogáveis por períodos iguais que se possam estender *em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social*, v.g. carta de condução (n.º 1 a 4). Cabe à PJ gerir e promover as atualizações das identidades fictícias outorgadas (n.º 5).

O art.º 6.º vem consagrar a isenção de responsabilidade por parte das condutas do agente infiltrado, nomeadamente a prossecução de atos preparatórios³⁰⁵ ou executó-

³⁰⁰ RUI PEREIRA refere que a legitimidade para a utilização deste método pode passar pelos *indícios suficientes*, prevendo uma *probabilidade razoável* de pena ou medida de segurança, previsto no art.º 283.º, n.º 2, do Código de Processo Penal. Como expõe MEIREIS, Manuel Augusto, “Homens de Confiança”..., p. 92, *o inimigo tem de começar a ser vigiado à mínima suspeita*.

³⁰¹ Cfr. art.º 308.º, do CPP.

³⁰² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Dos Órgãos de Polícia Criminal*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 202.

³⁰³ Cf. a segunda parte do n.º 1, art.º 87, do Código de Processo Penal. Contudo, na parte da audiência também refere a possibilidade de não publicidade, desde que devidamente fundamentada, uma vez que o livre acesso aos tribunais por parte do público transmite a imagem de uma justiça transparente e imparcial.

³⁰⁴ Cfr. o diploma legislativo Lei n.º 93/99, de 14 Julho, tendo especial atenção ao art.º 4.º (Ocultação da testemunha), art.º 5.º (Teleconferência), art.º 6.º (Requerimento), art.º 13.º (Não revelação de identidade), art.º 14.º (Acesso ao som e a imagem), art.º 16.º (Pressupostos) e art.º 19 (Audição de testemunhas e valor probatório).

³⁰⁵ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...* p. 307. Este autor refere que *os actos preparatórios são actos externos (físicos) que preparam ou facilitam a execução, mas não são ainda actos de execução. O seu conceito delimita-se, aliás, pela definição dos actos de execução do crime*.

rios³⁰⁶ de forma participada diferente da instigação e da autoria³⁰⁷ (n.º 1). Esta foi a forma como o legislador quis excluir a admissibilidade do agente do provocador do ordenamento jurídico português. Se tal figura fosse admitida, estar-se-ia perante um agente a criar o próprio crime, ao induzir outrem à prática do facto ou alimentando-o, o que originaria a produção de provas proibidas (art.º 125.º, CPP), cujo resultado seria a nulidade das provas (art.º 126.º, n.º 1, CPP), consequência pela utilização de um método proibido de prova (art.º 126.º, n.º 2, al. a), CPP).

ANTÓNIO COSTA foi muito claro em relação aos casos de instigação ou autoria mediata, excluindo, nestes casos, a *isenção da responsabilidade penal, o que significa que se impõe ao agente encoberto um cuidado acrescido na forma como actua*³⁰⁸.

4.3. REGIME DO AGENTE INFILTRADO NOUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

ISABEL ONETO menciona que outros ordenamentos jurídicos análogos ao português, no que concerne à figura do agente infiltrado, mais especificamente à matéria dos Direitos, Liberdades e Garantias, deixam a normatização nas mãos do legislador nacional que, por sua vez, fruto de conceções diversificadas e do nível de relacionamento com a sociedade, regulamenta a sua utilização³⁰⁹.

Deste modo, reconheceu-se ser importante mencionar o modo de utilização deste meio excepcional de obtenção de prova na Alemanha, uma vez que foi na doutrina alemã que Portugal foi beber a essência do seu direito atual; na Espanha, indicando os pontos semelhantes e os pontos divergentes da realidade jurídica do país mais próximo do nosso; e, por fim, nos EUA, pois caracteriza-se por uma sociedade com uma grande miscelânea de grupos sociais com valores distintos, motivações e experiências próprias, onde a “Criminalidade Organizada” atinge elevados graus de complexidade, de gravidade e de violência.

Assim, seguem-se algumas referências importantes aquando da utilização do referido meio de obtenção de prova na perspetiva destes três países.

a) ALEMANHA

A “Ação Encoberta” surgiu no ordenamento jurídico alemão após a aprovação da Lei de 22 de Setembro de 1992 contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Outras Mani-

³⁰⁶ Cfr. art.º 22.º, n.º 2 (*Tentativa*), do Código Penal e SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português...* p. 309. O aludido autor defende que os atos de execução exigem o critério objetivo e onde contém subjacente a intencionalidade e o *momento da ilicitude (...) [que] ataca o bem jurídico tutelado; formalmente, tal acto integra a acção típica prevista na lei.*

³⁰⁷ Cfr. art.º 26.º do Código Penal.

³⁰⁸ Cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 99, de 22 de Junho de 2001, p. 30.

³⁰⁹ Cfr. ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, p. 95.

feições de Criminalidade Organizada e que introduziu alguns artigos no *Strafprozeßordnung* (StPO), o Código de Processo Penal alemão. ISABEL ONETO refere a figura do agente infiltrado no sistema alemão como estando sujeito ao princípio da subsidiariedade, na medida em que se restringe a sua utilização aos casos cuja investigação resultaria num fracasso, e à necessidade de existir indícios razoáveis de crime grave³¹⁰.

A doutrina alemã defende a distinção entre o *Lockspitzel* e os *Polizeispitzel*, tal como grande parte da doutrina transnacional, onde o agente provocador não é admissível e é tratado como um *normal instigador*, a quem é dispensado o benefício da atenuação da pena³¹¹. Contudo, o recurso à provocação já foi alvo de aclamação pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Alemão, no início do século XX³¹².

Foi apenas a partir de 1980 que o *Bundesgerichtshof* (BGH), Supremo Tribunal Federal alemão, começou a não responsabilizar penalmente o agente “provocado”. Esta pretensão do Estado estava subjacente à proibição dos meios enganosos logrados no Código de Processo Penal alemão, na proibição de *venire contra factum proprium* e na caducidade da ação punitiva do Estado quando se estivesse perante indivíduos sem histórico criminal, dependente de droga ou em casos em que as provocações fossem de tal modo fortes e quase irresistíveis ao normal cidadão³¹³.

O agente infiltrado não pode cometer crimes no âmbito daquela operação, embora algumas vezes procuram a aprovação do agente poder cometer pequenos delitos. O Código de Processo Penal alemão apenas autoriza as operações encobertas se autorizadas pela AJ. Se houver necessidade de se realizarem buscas domiciliárias, só podem, também, ser autorizadas pela AJ, ou pelo MP em caso de urgência. Ainda assim, se também não for possível a cominação da autorização por parte do MP, o agente pode ainda atuar. A sua ação terá, todavia, de ser aprovada nos três dias seguintes sob pena da operação ser anulada³¹⁴.

b) ESPAÑA

A figura do agente infiltrado surge no ordenamento jurídico espanhol através da Ley Orgánica 5/1999, de 13 de Janeiro, que por sua vez veio aperfeiçoar a ação investigadora, nomeadamente no que concerne à “Criminalidade Organizada”³¹⁵.

Com esta normativa legal incorpora-se o artigo 282.bis na Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882, o qual consiste, *mais um remendo da centenária Ley Procesal* espa-

³¹⁰ Cfr. ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, p. 97.

³¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...*, p. 227.

³¹² Cfr. *Idem*, p. 224.

³¹³ Cfr. *Idem*, p. 225.

³¹⁴ Cfr. ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, p. 97.

³¹⁵ Cfr. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español, in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Primera edición, Navarra, 2006, p. 238.

nhola³¹⁶, cujo objetivo é o de afrontar com todas as garantias possíveis os problemas que plantea a “Criminalidade Organizada”³¹⁷⁻³¹⁸. Num país com um vazio legal existente até ao momento da publicação desta lei, a Policía Judicial já havia recorrido a tais instrumentos para o seio da investigação criminal³¹⁹.

Por ser considerado um meio de investigação extremamente lesivo de direitos fundamentais, que de certo modo os limita, carece, naturalmente, de autorização de órgãos judiciais. O referido artigo 282.bis confere ao JIC e ao MP a competência para autenticar e validar que um agente possa exercer, no âmbito de uma “Ação Encoberta” de investigação criminal, com identidade fictícia, conservando-a, inclusive, durante o julgamento. Esta identidade é outorgada pelo Ministro do Interior por um prazo de seis meses e prorrogável por igual período³²⁰, constatando uma aplicação semelhante ao regime português.

O agente infiltrado, sempre que a “Ação Encoberta” possa afetar os direitos fundamentais explanados na constituição espanhola, tem a obrigação de solicitar autorizações aos órgãos competentes³²¹. Tais comportamentos são considerados *conductas justificadas pelo cumprimento dos deveres relativos aos seus cargos*, desde que seja observado o princípio da proporcionalidade³²². Contudo, tal como a lei alemã e a lei portuguesa, admite o seu início em casos considerados *urgentes*³²³.

Contrariamente à lei portuguesa, a Ley Orgánica 5/1999 não admite a utilização de um terceiro como agente infiltrado. Assim, só os funcionários da Policía Judicial podem atuar como tal. Contudo, assemelha-se ao português onde refere que os agentes não têm a obrigação de intervir como agente infiltrado³²⁴.

O artigo segundo, n.º 5, da Ley Orgánica 5/1999, de 13 de Janeiro – tal como a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que aprova o RJAEPIC, nomeadamente o seu art.º 6.º –, confere ao agente infiltrado a isenção de responsabilidade penal pelas ações ilícitas que ocorram como consequência necessária da operação, desde que se respeitem dois precedentes obrigatórios: o respeito pelo princípio da proporcionalidade, *lato sensu*, na sua tripla perspetiva (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), com o fim a alcançar e a imposição da ação do agente não constituir uma provocação, deduzindo que se excetua a utilização do agente provocador³²⁵.

A indução enganosa por parte do agente é reprovável e inadmissível, porque

³¹⁶ GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo, *El Agente Infiltrado...*, p. 188.

³¹⁷ Cfr. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *El agente encubierto...*, p. 227.

³¹⁸ Cfr. Ley Orgánica 5/1999, de 13 de Janeiro, artículo 2.º, n.º 4.

³¹⁹ Cfr. RIFÁ SOLER, José M., *El agente encubierto...*, pág. 160.

³²⁰ Cfr. *Idem*, pág. 163.

³²¹ Cfr. Artículo Segundo, n.º 3, de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de Janeiro.

³²² GARCÍA, María Dolores Delgado *apud* ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, p. 99.

³²³ Cfr. ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, p. 99.

³²⁴ Cfr. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *El agente encubierto...*, p. 237.

³²⁵ Cfr. GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo, *El Agente Infiltrado...*, p. 195.

incita à execução de uma ação ilícita a quem não tinha tal propósito, causando uma vontade criminal antes inexistente³²⁶⁻³²⁷.

GONZALEZ-CASTELL refere que tanto a lei portuguesa como a espanhola são infelizes na medida em que o MP pode autorizar uma “Ação Encoberta” – mesmo que tenha obrigatoriedade de dar conhecimento ao JIC – e que a autorização possa ser dada tacitamente – caso este não comunique a sua decisão no prazo de 72 horas –, pois presencia-se a lesão de bens jurídicos e de direitos fundamentais importantes no seio da sociedade³²⁸.

c) EUA

Contrariamente ao movimento europeu, desde cedo que a jurisprudência norte-americana se desdobrou em mecanismos que defendessem, no âmbito da utilização dos *undercover agents*, a posição do indivíduo provocado. Essa consolidação verificou-se com a doutrina da *entrapment defense* inscrita em quase todos os Estados da Federação norte-americana, onde está protegida, apenas, no âmbito do agente provocador. Deste modo, não se aproveita, obviamente, aquele que já detinha predisposição para cometer um crime.

Consubstanciada nas *exclusionary rules*³²⁹, e previsto no *American Law Institute*, mais concretamente no *Model Penal Code*, de 1962, o mecanismo do *entrapment defense* encontra-se tipificado no seu art.º 2.º, da seção 2.13, onde estabelece que a prova obtida pelo meio *entrapment* resultaria, geralmente, na absolvição do provocado³³⁰ de forma a garantir os direitos dos cidadãos contra os excessos dos *undercover agents*.

O modelo do *entrapment defense* dividiu os EUA em dois modelos diferentes – o subjetivo e o objetivo – onde, por um lado, defende uma conduta policial em que é exigível o respeito dos direitos fundamentais do cidadão (plano exclusivo de proteção do acusado, intensificando a ideia do *encouragement*), do outro, prevenindo os abusos por parte da autoridade, sancionando tais ações e desincentivando o recurso à provocação³³¹.

O modelo subjetivo encontra-se perspetivado no intuito de procurar uma ligação que prove que a ação criminosa foi proveniente da conduta policial e se o arguido já tinha a predisposição de efetuar o crime. Segundo AUGUSTO MEIREIS, este modelo visa defender a posição do provocado, reforçando a ideia de que a ação policial encorajou a ação criminosa do arguido. Na esteira deste autor, cabe à defesa provar que o arguido foi pro-

³²⁶ Cfr. RIFÁ SOLER, José M., El agente encubierto..., pág. 167-168.

³²⁷ Cfr. GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo, El Agente Infiltrado..., p. 196.

³²⁸ Cfr. *Idem*, p. 202.

³²⁹ Segundo GONZALEZ MONTES, José Luís *apud* ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, p. 37, são normas que *cumprem uma função de profilaxia e prevenção das condutas policiais*.

³³⁰ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...*, p. 228.

³³¹ Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...*, p. 102.

vocado e à acusação fazer prova de que este já estava predisposto a efetuar o crime, independentemente da ação do agente infiltrado³³². Contudo, este modelo é criticado pela doutrina norte-americana que reprova esta conceção defendida pela sua jurisprudência, pois confunde-se “predisposição” e “intenção”. O arguido pode estar predisposto, mas a intenção para aquele determinado crime só surgir após/na sequência da provocação policial³³³.

A componente objetiva do *entrapment defense* é a defendida pela doutrina norte-americana e é aquela que se encontra introduzida no *Model Penal Code* e adotada pelo *American Law Institute*. Este critério é caracterizado por dar mais relevância à conduta policial do que à predisposição do arguido para cometer o ilícito criminal. O tribunal tem o dever de verificar se a conduta policial decorreu dentro dos limites impostos por lei, não podendo esta ação caracterizar-se como instigadora do crime cometido, ou seja, não fazer nascer nem alimentar uma vontade no arguido de prevaricar criminalmente³³⁴. Neste caso, cabe ao arguido comprovar que a atuação policial foi além dos limites que lhe são impostos por lei³³⁵.

Não obstante, há que referir a admissibilidade de um particular poder ser um agente infiltrado, precedente este semelhante à nossa ordem jurídica³³⁶.

4.4. O AGENTE INFILTRADO ENQUANTO TESTEMUNHA

O meio de prova testemunhal já foi alvo de estudo neste trabalho³³⁷, e como refere o n.º 1, do art.º 128.º do Código de Processo Penal, a testemunha³³⁸ *é inquirida sobre factos de que possua conhecimento direto e que constitua objeto de prova. O agente infiltrado encontra-se nessa mesma posição, ou seja, dispõe de informações sobre os factos que constituem o objeto da persecução penal, podendo, como testemunha, prestar as informações de que teve conhecimento direto. Nada impede, mas ao contrário, tudo sugere, que ele sirva de testemunha – diga-se, importantíssima – a respeito*

³³² Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...*, pp. 102-105.

³³³ Cfr. SCHOLL, Louis, *apud* ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, p. 44.

³³⁴ Cfr. ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, pp. 44-45.

³³⁵ Caracteriza-se pelo *due process defense*, integrado na componente objetiva do *entrapment defense* e que encontra a sua base legal na 14.ª Emenda da Constituição dos EUA: *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* Meireis defende esta medida como *quasi-entrapment defense*, porque a provocação torna-se ilícita quer pelo paradigma subjetivo – efetiva ligação da predisposição ao crime do provocado – quer pelo paradigma objetivo – o desvio policial propriamente dito, a provocação. Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...* pp. 106-107.

³³⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini, MANZANO, Luís Fernando de Moraes, *Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América, in Crime organizado – aspectos processuais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 161.

³³⁷ Cfr. supra 2.3 *Meios de Prova*.

³³⁸ Cfr. Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, art.º 2.º, alínea a), que define o conceito de testemunha como sendo *qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo.*

*das atividades da organização criminosa dentro da qual terá convivido. Estará em condições de descrever ao Juiz tudo o que tiver presenciado e relatar as atividades criminosas e os respetivos modus operandi*³³⁹.

Igualmente mencionado neste trabalho é o facto de estar estabelecido no RJAEFPIC que o agente infiltrado se encontra sob a alçada da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, diploma que regula a aplicação de medidas para a proteção de testemunhas em processo penal – segundo o art.º 4.º, n.º 4, da referida Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto e do art.º 340.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Este decreto legislativo regula quando e em que medidas e pressupostos pode uma testemunha ter, em sede de julgamento, a reserva da sua identidade³⁴⁰. Deste modo, para se verificar a reserva do conhecimento da identidade do agente infiltrado como testemunha, há que se constatar, cumulativamente, os requisitos elencados pelo art.º 16.º do referido diploma³⁴¹. O primeiro pressuposto é que se esteja perante os crimes de lenocínio (art.º 169.º, do CP), de associação criminosa (art.º 299.º, do CP), de um crime de terrorismo (previsto na Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, que revogou o art.º 300.º e o art.º 301.º, do Código Penal, respetivamente sobre organizações terroristas e terrorismo) e associações criminosas cujo objetivo seja o tráfico de estupefaciente (art.º 28.º, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro). Os requisitos seguintes são relativos à segurança da testemunha, tendo esta que estar numa situação de grave perigo atentado contra a sua vida, à integridade física, à liberdade ou de bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado (al. b)), à sua credibilidade (al. c)) e ao seu depoimento, tendo este a necessidade de obter um alto valor probatório para o processo (al. d)).

Estas medidas de proteção de testemunhas devem encontrar-se acopladas aos agentes que integram uma “Ação Encoberta”, pois defende-se que não deveria ser necessário ao agente infiltrado completar os requisitos elencados no art.º 16.º, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho. Na opinião de MARTA FONSECA-HERRERO, é evidente que *quando o polícia abandona o ambiente criminoso, a salvaguarda da sua integridade física deve prosseguir, inclusive com maior intensidade, pois os presumíveis culpados tentarão impedir qualquer tipo de declaração incriminatória concludente*³⁴². Concomitantemente, defende-se a aplicabilidade das medidas e programas especiais de segurança, explanado no art.º 20.º e ss, do mesmo diploma legislativo, sempre que o caso em concreto vá de encontro ao estipulado no art.º 16.º, al. b), pois considera-se que este seja o único

³³⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni, *Crime organizado – aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo, 2007, p. 59.

³⁴⁰ Que pode ser oculta, recorrendo à ocultação de imagem, distorção de voz ou ambas, cfr. art.º 4.º e ss.

³⁴¹ Cfr. a título exemplificativo, o acórdão do STJ, de 20/02/2003, processo n.º 02P4510, consultado a 15 de Março de 2013.

³⁴² FONSECA-HERRERO, Marta Gómez de Liaño, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, 2004, p. 233 (Tradução nossa).

requisito que deve ser preenchido para que ao agente infiltrado seja aplicado o preceito do mencionado diploma. O facto de um agente infiltrado não verificar a reserva da sua identidade em sede de julgamento pode representar, ainda, uma perda para a polícia, visto que o agente poderá não poder trabalhar como infiltrado em futuras operações³⁴³.

4.5. O REGIME DAS PROVAS OBTIDAS PELA PROVOCACÃO

A utilização do agente provocador, independentemente do fim que lhe esteja determinado, é o de obter uma verdade a qualquer custo. Ora, este tipo de figura remete-nos para os sistemas inquisitórios, onde as figuras do provocado não gozavam de qualquer oportunidade para se pronunciar no âmbito das decisões jurisdicionais do julgador. Mais, o agente provocador não serve aos fins do processo penal³⁴⁴.

Na linha orientadora de AUGUSTO MEIREIS, os factos produzidos pelo agente provocador referem-se, não a factos passados, mas a factos presentes, pois não conferem o objetivo de recolher indícios suficientes para que o MP possa deduzir acusação contra o arguido³⁴⁵, ao contrário do que acontece quando se aguarda, com as escutas telefónicas, que o arguido confidencie a outrem a prática do crime, sendo que há, também, possibilidade de se utilizarem as escutas telefónicas para crimes que não-de acontecer³⁴⁶.

Contrariamente ao que se espera, a utilização da provocação dará azo a novos factos, sendo, a nível de inquérito, a própria provocação como mais um facto a provar, não servindo como prova de factos que aconteceram anteriormente e que estavam sujeitos a investigação. Na instrução e no julgamento, dar-se-á lugar a um novo processo devido à alteração do objeto e do tema de prova. Em suma, *o crime provocado é exterior ao processo*³⁴⁷, porque compreende novos factos e, assim, a provocação só poderá provar o crime provocado. Deste modo, a ligação entre o crime provocado e os factos em que, supostamente, alicerçam a sustentação da investigação é inexistente, não podendo

³⁴³ Cfr. FERREIRA, Vanessa, Problèmes posés par la mise en oeuvre des opérations undercover dans le domaine de la lutte contre le trafic de stupéfiants, in *Révue de Droit Penal et de Criminologie*, ano 76, pp. 562-564, que refere que os agentes infiltrados têm um rigoroso processo de seleção, treino e supervisão. Segundo a autora, no FBI constata-se dois diferentes tipos de seleção. Um de carácter geral, onde o agente é voluntário, tem, obrigatoriamente, que prestar juramento (um dos pontos que o diferencia do informador), tem que ter boa resistência física e psicológica, face a situações de stress e com um bom estado de saúde, tem que se encontrar motivado (Vanessa Ferreira entende que este requisito elimina os polícias que poderiam utilizar a infiltração para satisfazer interesses pessoais e não profissionais), tem que se mostrar espontâneo e com um bom nível de improvisação face a situações inesperadas, necessitando, para se adaptar a tais situações, de uma forte faculdade mental e física, ser capaz de manipular indivíduos e ter uma boa estabilidade familiar. O segundo nível já respeita à natureza, duração e ao local específico da missão, em função das exigências que a sua missão impõe. Treinam componentes teóricas onde se insere o penal, processo penal e criminalística e uma parte prática mais intensa, baseado na componente física e mental, curso de tiro, curso de condução avançada, técnicas eletrónicas de vigilância, representação e treinam, também, como entrar nos ambientes criminais, quer no que a hábitos concerne, quer ao tipo de linguagem e esquemas de tráfico de droga, prostituição ou dos aspetos caraterísticos da comunidade onde se verificará a sua missão.

³⁴⁴ Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...* pp. 195-196. Cfr. supra 2.2 *Conceito e Tipologia da Prova*, sobre as finalidades do Direito Processo Penal.

³⁴⁵ Cfr. art.º 283.º, do Código de Processo Penal.

³⁴⁶ Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...*, p. 196

³⁴⁷ Cfr. *Idem*, p. 197.

a AJ imputar ao arguido do crime provocado os factos de crimes que deram azo à investigação³⁴⁸⁻³⁴⁹. Ou seja, se o indivíduo A está a ser investigado pelo crime de tráfico de estupefaciente, sendo A pertencente a uma associação criminosa, ao provocar o arguido pela prática de novo crime de tráfico de estupefaciente, as provas que daí se retiram nunca provariam que A cometeu os crimes anteriores, nos quais se baseou a investigação, pois não existe nenhuma relação entre os crimes anteriores e o crime provocado, não podendo resultar em nenhum juízo por parte do juiz. Mais, a provocação resultaria, isso sim, em novos factos, autónomos e temporariamente diferentes, logo exteriores ao objeto do crime que se encontrava a ser investigado, resultando em novo processo.

Nos casos da provocação, não se constata o desvendar de um crime passado, mas faz-se surgir um novo crime, resultando a provocação numa arma de repressão onde o *Estado pretende punir os cidadãos por terem respondido* afirmativamente ao apelo que lhes dirigiu³⁵⁰.

4.6. CONCLUSÃO CAPITULAR

Neste último capítulo são focados vários pontos importantes, sendo possível encontrar respostas a determinadas questões colocadas no início do presente trabalho. Foi possível verificar o enquadramento legal atual da “Ação Encoberta”, iniciado com uma breve referência à Reunião Plenária de 21 de Junho de 2001, onde se verificou a discussão dos deputados sobre o RJAEFPIC, seguido do comentário ao diploma que veio, de certo modo, mudar parte do paradigma da “Ação Encoberta” pois puxou para si, exclusivamente, a regulamentação jurídica sobre este meio excepcional de obtenção de prova³⁵¹.

Conseguiu-se determinar que o regime jurídico não é igual em todos os países. Desde logo é diferente na nossa congénere Espanha, onde não é admissível a utilização da figura do terceiro. Também verificou-se, embora muito superficialmente, na Alemanha e nos EUA o âmbito das “Ações Encobertas”, sendo possível verificar algumas divergências que foram devidamente ilustradas.

Não poder-se-ia deixar de expor algumas ideias e a opinião perante a posição do agente infiltrado enquanto testemunha e, nomeadamente, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, onde se verifica o regime aplicável de proteção de testemunhas.

Para concluir, finalizou-se com a exposição da provocação propriamente dita, nomeadamente aos resultados que se supõe poder alcançar com tal método proibido de prova, constatando que tais provas seriam externas ao objeto do processo dos crimes sobre os quais caía tal investigação.

³⁴⁸ Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...*, p. 197.

³⁴⁹ Resultará, em bem parecer, no surgir dos princípios *in dubio pro reo* e da presunção da inocência.

³⁵⁰ MEIREIS, Manuel Augusto, *O Regime das Provas Obtidas...* p. 199.

³⁵¹ Como referido anteriormente, o art.º 7.º, da Lei n.º 101/2001, revogou expressamente os artigos 59.º e 59.º-A do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro e o art.º 6.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro.

Conclusão

O objetivo do presente trabalho, como referido inicialmente, consistiu na verificação da prova obtida pelo agente infiltrado. Para alcançar tal intuito, houve a necessidade de se debruçar em diversa matéria auxiliar e subjacente ao tema central.

Pôde-se constatar algumas das características mais importantes sobre o fenómeno da “Criminalidade Organizada”. O conceito propriamente dito, atualmente, é empregue de uma maneira abrangente, tornando-se quase inadequado. A sua contribuição para uma certeza na determinação da real aceção da expressão carece de uma harmoniosa definição jurídica, um conceito inequívoco, que solidifique e parametrize os campos de atuação. Essa problemática é transnacional e os Estados mostram-se impotentes para fazer frente a um nível de delinquência que se dissemina e propaga a uma velocidade estonteante face à constante evolução criminal, cada vez mais imaterial, móvel e transfronteiriça.

Por esse motivo, criaram-se novas *ferramentas* para fazer face a esta gama de crimes, como é o caso do recurso ao agente infiltrado, tendo como pilares, num Estado de Direito Democrático, a dignidade da vida humana, o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, a realização da justiça e descoberta da verdade material e o restabelecimento da paz jurídica³⁵².

Por agente infiltrado entende-se o agente de autoridade, ou um terceiro por si dirigido, cuja entidade é oculta, que se envolve no seio de uma comunidade já conotada pela comissão de crimes graves e cuja ação se caracteriza por ser passiva, adquirindo, apenas, a confiança dos criminosos para uma mais fácil recolha de prova, sem nunca poder ser responsável pelo cometimento de nenhum crime, pois a sua ação restringe-se, no máximo, a dar continuação a uma intenção já existente.

O recurso ao agente infiltrado, enquanto meio excecional de obtenção de prova e meio enganoso, é ofensivo a nível dos direitos fundamentais, causa pela qual deve ser utilizada em *ultima ratio*, quando nenhum outro meio se tenha demonstrado eficaz na descoberta da verdade material. A sua ação deve respeitar a *zona de equilíbrio* entre a moralidade, a licitude e a ética de um Estado de Direito Democrático e a lesão de determinados bens jurídicos e direitos fundamentais, pois só desta maneira se diminui as distâncias entre estes dois pontos.

Perante tais pilares que alicerçam a dogmática processual penal, a utilização das *armas* opressivas que o Estado emprega para a repressão e prevenção do fenómeno da “Criminalidade Organizada” não podem cair na banalização ou vulgarização. Defende-

³⁵² Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal...*, pp. 20 e ss.

se que tais recursos excepcionais não devem cair numa excessiva utilização, só devendo ser empregue quando todos os outros recursos foram ineficazes. Há que assegurar um Processo Penal de cariz democrático, presididos pela proporção entre a defesa da sociedade e a defesa dos Direitos, Liberdades e Garantias. A necessidade de obter uma *zona de equilíbrio* é fundamental, baseada no princípio da proporcionalidade em toda a sua visão tripartida.

Esta particularidade apela, pela sua força normativa, a que a utilização deste recurso seja feita de forma consciente, visto que a sua utilização tem sido mais regular na repressão e prevenção da “Criminalidade Organizada”. No entanto, tal consciencialização deve ter em linha de conta o outro lado da medalha, nomeadamente a elevada danosidade de bens jurídicos e direitos fundamentais. Como defendido, a sua ação deve balizar-se de forma bem definida e apresentando respostas *admissíveis* de forma a diminuir a tensão criada.

A prova obtida pelo agente infiltrado, como qualquer prova obtida, encontra-se bem parametrizada e limitada, em primeira instância, no art.º 32.º, n.º 8, da Constituição³⁵³. É proibida a prova obtida mediante um conjunto de meios que violem a integridade física e moral do arguido. Deste modo, reforça e garante formalmente as garantias do processo criminal, pois a Justiça é um valor constitucional, mas que não é absoluto, não podendo ser alcançado mediante todo e qualquer meio. Estabelece-se uma verdadeira *zona de equilíbrio*, resultado de uma consonância equitativa entre as finalidades processuais penais e os fins constitucionais.

Por sua vez, a ação da figura do agente provocador atenta contra a liberdade de vontade ou decisão dos arguidos, atingindo, desse modo, direitos fundamentais (art.º 32.º, n.º 8, da CRP e art.º 126.º, do CPP), e, subseqüentemente, considera-se as provas, que resultaram de tal conduta, proibidas e nulas (art.º 126.º, n.º 1 e n.º 2, al. a), do CPP). Ou seja, tem-se que a sua ação é, sem dúvida, um modo legalmente inadmissível de extorquir prova. As provas que o mesmo recolhe só poderão ser utilizadas contra si próprio, pois pode ser acusado de instigação ou de autor mediato do crime que se cometeu em resultado à sua provocação.

A questão fulcral do trabalho não se prende a defender os Direitos, Liberdades e Garantias dos traficantes de droga, dos membros de organizações terroristas ou de redes de tráfico humano e pedofilia. O cerne do problema é anterior a este, visa proteger toda a comunidade no seu geral, pois qualquer pessoa pode ser um potencial investigado.

É certo que a utilização do agente infiltrado consubstancia a lesão de direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, o direito ao silêncio, na medida em que o acusado não tem obrigatoriedade em colaborar com a acusação, por não lhe ser imperativo

³⁵³ Repartido, como mencionado, em proibições absolutas e proibições relativas.

autoincriminar-se. O direito à reserva e intimidade da vida privada, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, entre outros. É vasta a gama de direitos fundamentais que esta figura pode afetar. Deste modo, o agente vai contra o art.º 9.º, al. b), da Constituição, que remete no Estado a tarefa de garantir os direitos fundamentais e o respeito pelos princípios subjacentes ao Estado de Direito Democrático, explicando o dever de não vulgarizar este meio. O conflito continua quando o agente presencia um crime³⁵⁴ e tem um dever de o denunciar – principalmente se o agente infiltrado não for um terceiro, mas um OPC – para que se inicie um procedimento de investigação (art.º 262.º, n.º 2, do CPP).

Contudo, presencia-se uma criminalidade com um cariz progressivamente mais sofisticado, onde os meios que têm a sua disposição são inúmeros, constituindo novos desafios à justiça e ao próprio Estado. Cabe a este, através de um legislador entendedor desses íngremes desafios, apurar *ferramentas* que facilitem a repressão e a prevenção da criminalidade. Opina-se que tais *instrumentos* são as únicas *armas* que o Estado tem ao ser dispor para fazer face a uma criminalidade cada vez mais organizada e evoluída. Restringir o recurso a este meio de obtenção de prova seria um atentado ao valor fundamental da segurança, na medida que esta considera-se ser a única arma para fazer face a acontecimentos como o 11 de Setembro, nos EUA, e 11 de Março, em Espanha, tal como para desmantelar redes de tráficos de seres humanos, prostituição infantil, entre outros crimes inseridos no vasto leque da “Criminalidade Grave” e “Organizada”.

Para tal, defende-se o recurso à “Ação Encoberta”, como *ultima ratio* e através de uma *zona de equilíbrio*, fortemente alicerçada com o princípio da proporcionalidade *lato sensu*, entre a lesão que provoca a nível de direitos fundamentais e a importância dos resultados que pretende alcançar, tendo em vista um outro valor fundamental: a segurança.

³⁵⁴ Cfr. art.º 1.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal.

Lisboa e ISCPSI, 24 de Abril de 2013

André Filipe Ramos Vieira
Aspirante a Oficial de Polícia

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal – à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa, *“Bruscamente no Verão Passado” a Reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa, Métodos Ocultos de Investigação (Plädoyer para uma teoria geral), *in Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português (Coordenação de Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro), Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992 (reimpressão 2006).

ANTUNES, Ferreira, A Criminalidade Organizada: Perspectivas, *in Polícia e Justiça*, Dezembro, 1992.

BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, (Tradução de José de Faria Costa), 3ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BECHARA, Fábio Ramazzini, **MANZANO**, Luís Fernando de Moraes, Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América, *in Crime organizado – aspectos processuais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

BELEZA, Teresa, A Prova, *in Apontamentos de Direito Processual Penal*, II Volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

BELEZA, Teresa, **PINTO**, Frederico de Lacerda da Costa, *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010.

CALHEIROS, Maria Clara, Prova e Verdade no Processo Judicial: Aspectos epistemológicos e metodológicos, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Abril-Junho, Ano 29, n.º 114, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **MOREIRA**, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CLEMENTE, Pedro, Polícia – O Caminho..., in *Estudos Comemorativos dos 25 Anos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2009.

DAVIN, João, *A Criminalidade Organizada Transnacional: A Cooperação Judiciária E Policial Na EU*, 2ª Edição, Ed. Lisboa, Almedina, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71, ano 16, Março-Abril. São Paulo, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo, A Revisão Constitucional e o Processo Penal, in *Textos de Direito Processual Penal*, AAFDL, 1991/1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo, **ANDRADE**, Manuel da Costa, **PINTO**, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982, in *da Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119.º, n.ºs 3751 a 3760, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988-9.

ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español, in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Editorial Aranzardi, Primera edición, Navarra, 2006.

FARIA E COSTA, J., O fenómeno da globalização e o direito penal económico, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Curso de Processo Penal*, Volume I, Lisboa, Editora Danúbio, Lda., 1986.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Lições de Direito Penal*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2010 (Reimpressão da 4.^a Edição de 1992).

FERREIRA, Marques, Meios de prova, in *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*, (Organizado pelo Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1988.

FERREIRA, Vanessa Dias, Problèmes posés par la mise en oeuvre des opérations undercover dans le domaine de la lutte contre le trafic de stupéfiants, in *Révue de Droit Penal et de Criminologie*, ano 76.

FIANDACA, Giovanni, Criminalità Organizzata e Controllo Penale, in *L'indice Penale*, Gennaio-Aprile, 1991.

FONSECA, Jorge Carlos, Direitos, Liberdades e Garantias Individuais e os Desafios Impostos pelo Combate à "Criminalidade Organizada": Um Périplo pelas Reformas Penais em Curso em Cabo Verde, com Curtas Paragens em Almagro e Budapeste, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

FONSECA, Jorge Carlos, Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

FONSECA-HERRERO, Marta Gómez de Liaño, *Criminalidad organizada y médios extraordinarios de investigación*, Madrid, COLEX, 2004.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel, *Consideraciones en Torno al Agente Provocador*, Madrid, n.º 17, 1982.

GASPAR, António Henriques, As acções encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo, in *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

GONÇALVES, Fernando, **ALVES**, Manuel João, *A Prova do Crime – Meios Legais para a sua Obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009.

GONÇALVES, Fernando, **ALVES**, Manuel João, **VALENTE**, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador: os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 2001.

GONÇALVES, Fernando, **ALVES**, Manuel João, **VALENTE**, Manuel Monteiro Guedes, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2001.

GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo, *El Agente Infiltrado en España y Portugal*, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa: Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra, Almedina, 2009.

GÖSSEL, Karl-Heinz, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, (Tradução de Manuel da Costa Andrade, do original “Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der BRD”, GA 91), in *RPCC* 2, 1992.

GUINOTE, Hugo, “Respostas Tático-Policiais ao fenómeno da droga”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de massa. Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra, Almedina, 2009.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *El agente encubierto y las garantías del processo penal*, in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Editorial Aranzardi, Primera edición, Navarra, 2006.

HASSEMER, Winfried, *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra: A Segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

HELD, David, **MCGREW**, Anthony, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, 2ª Edição ed. London: London School of Economic and Political Science, 2003.

INSTITUTO DE DERECHO PENAL EUROPEU E INTERNACIONAL, *Estándares comunes en la adopción de pruebas en los distintos Estados Miembros de la Unión Europea*, in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Navarra, Editorial

Aranzardi, 2006.

JESUS, Francisco Marcolino de, *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2010.

LOUREIRO, Joaquim, *Agente Infiltrado? Agente Provocador!*, Coimbra, Almedina, 2007.

LUIGI FOFFANI, Criminalidad organizada y criminalidad económica, *in Revista Penal*, Enero, 2003.

MAIA, Gonçalves, Meios de Prova, *in Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processual Penal*, (Organização do Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1988.

MARINUCCI, Giorgio, **DOLCINI**, Emilio, Diritto Penale "Minimo" e Nuove Forme di Criminalità, *in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Luglio-Settembre, 1999.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Sob escuta – Reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal*, Principia, Estoril, 2003.

MEIREIS, Manuel Augusto, "Homens de Confiança". Será o caminho?, *in II Congresso de processo penal*, Coimbra, Almedina, 2006.

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

MENDES, Paulo de Sousa, As proibições de Prova no Processo Penal, *in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

MENDRONI, Marcelo Batlouni, *Crime organizado – aspectos gerais e mecanismos legais*, São Paulo, Atlas, 2007.

MIRANDA, Jorge, **MEDEIROS**, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MONET, Jean-Claude, *Polícias e Sociedades da Europa*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

MONTE, Mário Ferreira, A Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal, *in Scientia Iuridica*, Braga, Janeiro-Junho 1997.

NIEVA FENOL, Jordi, *La Valoración de la Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

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

PALMA, Maria Fernanda, O Problema Penal do Processo Penal, *in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

PAOLO TONINI, *La Prova Penal*, CEDAM, 2000, ISBN 8813223005

PEREIRA, Rui, "O Consumo e o Tráfico de Droga na Lei Portuguesa", *in Revista do Ministério Público*, n.º 65, Lisboa, Janeiro-Março, 1996.

PEREIRA, Rui, O "Agente Encoberto" na Ordem Jurídica Portuguesa, *in I Congresso de processo penal: memórias*, Coimbra, Almedina, 2005.

RIFÁ SOLER, José, El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim, *in Revista del Poder Judicial*, Madrid, n.º 55, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda, Política Criminal - Novos Desafios, Velhos Rumos, *in Direito penal económico e europeu : textos doutrinários*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, Madrid, 1982.

SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime organizado – procedimento probatório*, São Paulo, Atlas, 2003.

SILVA, Germano Marques da, Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos, *in Direito e Justiça*, Lisboa, 1994.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, 6ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2010.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, 4ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2008.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012.

SILVA, Germano Marques da, Os Novos Desafios do Processo Penal, *in II Congresso de Processo Penal* (Coordenação de GUEDES VALENTE), Coimbra, Almedina, 2006.

SILVA, Germano Marques da, Produção e Valoração da Prova em Processo Penal, *in Revista do CEJ*, 1.º Semestre, n.º 4, 2006.

SOUSA, Susana Aires de, *Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova: Algumas Reflexões*, *in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa: Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra, Almedina, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas Telefónicas: da Excepcionalidade à Vulgaridade*, Coimbra, Almedina, 2004.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Dos Órgãos de Polícia Criminal*, Coimbra, Almedina, 2004. ISBN: 9789724021164

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 3ª Edição, 2010.

VERDELHO, Pedro, A Obtenção de Prova no Ambiente Digital, *in Revista do Ministério Público*, Ano 25, Julho/Setembro, n.º 99, 2004.

TESES/DISSERTAÇÕES

DINARTE DINIZ, *As Apreensões pelos Órgãos de Polícia Criminal*, Tese apresentada ao ISCP, para a obtenção de grau Mestre em Ciências Policiais, Lisboa, 2012.

EDGAR CASTRO, *Agente Infiltrado – Contributos para a compreensão da figura do terceiro*, Tese apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, para a

obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais, 2012.

FÁTIMA ROCHA, *Localização Celular – O Artigo 252.º-A do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa*, Tese apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa, para a obtenção do grau de Mestre em Direito – Direito Processual Penal, Faculdade de Direito, Lisboa, 2012.

LEGISLAÇÃO NACIONAL

Constituição da República Portuguesa.

Código de Processo Penal.

Código Penal.

Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro (Aprova o CP)

Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro (Lei da Droga)

Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro (Estabelece o CPP)

Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (Regime Jurídico do Tráfico e Consumo de Estupefacientes)

Decreto-Lei n.º 275/2009, de 2 de Outubro (Estatuto do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna)

Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro (Lei de Autorização Legislativa em Matéria de Processo Penal)

Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro (Estabelece Medidas de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira)

Lei n.º 45/96, de 3 Setembro (Altera o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro)

Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (Regula a aplicação de medidas para a proteção de testemunhas em Processo Penal)

Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto (Aprova a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal)

Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto (Lei de Organização da Investigação Criminal)

Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto (aprova o Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal)

Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto (Primeira Alteração à Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto)

Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de combate ao Terrorismo – em cumprimento à Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, de 13 de Junho)

Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto (Décima Quinta alteração ao CPP)

Lei n.º 59/2007, de 4 Setembro (Vigésima Terceira alteração ao CP)

Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho (Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento ao terrorismo)

Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro (Aprova a Lei do Cibercrime – em cumprimento à Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro)

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Convenção de Palermo, de 15 de Novembro de 2000 (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional)

Ley Organica n.º 5/1999, de 13 de Enero (Espanha).

Ley del Enjuiciamiento Criminal (Código de Processo Penal Espanhol).

Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal Alemão).

Model Penal Code, desenvolvido pelo American Law Institute (Código Penal Americano).

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03/10/2002, processo n.º 02P2704, consultado em 12 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/10/2002, processo n.º 02P2118, consultado em 28 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20/02/2003, processo n.º 02P4510, consultado a 15 de Março de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 13/02/2013, processo n.º 256/10.0GARMR.L1-3, consultado em 22 de Dezembro de 2012, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 03/07/2012, processo n.º 704/10.0GCMTJ.L1-5, consultado em 23 de Dezembro de 2012, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 28/09/2004, processo n.º 6063/2004-5, consultado em 15 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 29/11/2006, processo n.º 9060/2006-3, consultado em 28 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 22/03/2011, processo n.º 182/09.6JELSB.L1-5, consultado em 28 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação de Évora, de 20/09/2011, processo n.º 370/04.1JELSB.E1, consultado em 28 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, de 30/05/2012, processo n.º 10/09.2S1LSB.P1, consultado em 23 de Dezembro de 2012, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, de 03/02/2010, processo n.º 198/00.8GACRZ.P1, consultado em 12 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, de 20/12/2011, processo n.º 1276/08.0PAMAI.P1, consultado em 20 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, de 17/01/2001, processo n.º 0040894, consultado em 21 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão Tribunal de Relação do Porto, de 04/07/2012, processo n.º 251/06.4JAPRT.P1, consultado em 27 de Janeiro de 2013, em <http://www.dgsi.pt>.

OUTROS DOCUMENTOS

Lição Inaugural de 2013 do ISCPsi, de GUEDES VALENTE, consultado em http://www.iscpsi.pt/Inicio/Documents/Li%c3%a7%c3%a3o_Inaugural_2012.pdf a 05 Fevereiro de 2013.

Reunião Plenária de 21 de Junho de 2001, *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 99, de 22 de Junho de 2001, consultado a 16 de Fevereiro de 2013, em <http://app.parlamento.pt/darpages/dardoc.aspx?doc=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c315a4a53556c4d5a576376524546535353394551564a4a51584a7864576c32627938794c734b714a5449775532567a63384f6a627955794d45786c5a326c7a6247463061585a684c305242556b6b774f546b756347526d&nome=DARI099.pdf>.

SÍTIOS NA INTERNET

<https://www.europol.europa.eu/content/page/history-149>, consultado a 15 de Novembro de 2012.

<http://www.unodc.org/southerncone/pt/crime/index.html>, consultado a 05 de Novembro de 2012.

<http://www.un.org/secureworld/report.pdf>, consultado a 05 de Novembro de 2012.

<http://www.fbi.gov/about-us/investigate/organizescrime/overview>, consultado a 13 de Novembro de 2012.