

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



“PREVENÇÃO DO DANO VS PRODUÇÃO DA PROVA”

Trabalho de Investigação Final

3.º Curso de Comando e Direção Policial

Tiago Miguel Pereira Lousa, Comissário

Lisboa, 27 de junho de 2019

RESUMO

No âmbito de investigações criminais de criminalidade grave os OPC têm, não raras vezes, conhecimento direto e assistem à prática de crimes menores decidindo, de forma consciente não intervir, com a assunção dos riscos e perigos daí advenientes.

Esta decisão tem que se sustentar, por um lado, no grau de demonstração da prova já existente na investigação, i.e., existência de indícios fortes ou suficientes e, por outro na previsibilidade de ocorrência dos factos e avaliação das consequências dos mesmos através da ponderação de cenários. Verificámos que, apesar de, na maioria dos casos, as omissões de ação serem legalmente admissíveis poderão não ser necessárias em termos de produção de prova – tornando-se ilegítimas e inadequadas.

Concluiu-se assim que fatores operacionais e de cultura organizacional, influenciam mais do que deveriam o processo de decisão de um dos grandes desafios atuais da investigação criminal: produção de prova vs e prevenção do dano social e legalidade.

Palavras-chave: crime; ética policial; prevenção do dano social; produção de prova.

ABSTRACT

While conducting criminal investigations on serious crime, police investigators, sometimes become aware and even stand and watch minor criminal offences being committed, consciously deciding not to take action, assuming the risks and dangers of the consequences.

This decision has to be sustained, on the one hand, on the level of proof already obtained i.e. consistent body of indicia or sufficient evidence and, on the other hand, on the predictability of the facts to occur, through the consideration of relevant scenarios.

We were able to verify that, although, in most cases, the omission of action, can be lawfully permissible it can be superfluous in terms of production of evidence and, therefore, illegitimate and unsuitable.

We came to the conclusion that operational factors and organizational culture have more influence than one could expect on the decision process of one of the great actual challenges on what concerns criminal investigation: production of evidence vs social damage prevention and legality.

Key Words: crime; police ethics; social damage prevention; production of evidence;

1. INTRODUÇÃO

A segurança é a primeira das condições do contrato social pois é esta que garante a existência do direito à liberdade e é, simultaneamente, este valor essencial de liberdade que legitima a ação do estado neste âmbito. Mais que um direito fundamental, a segurança é um dever e uma obrigação do estado. Toda a nossa filosofia societária, ainda que vivamos sem consciência de tal, está totalmente baseada neste pressuposto.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) no seu artigo 9º, alínea b) define como tarefa basilar do estado: “garantir os direitos fundamentais”. No seu art.º 27º, atribui-se à Liberdade e à Segurança o estatuto de direitos fundamentais de primeira ordem para, logo de seguida, se criarem exceções. Casos em que, justificadamente, o próprio estado, através dos seus agentes pode restringir o direito à liberdade – curiosamente – quase sempre por razões de segurança e no âmbito penal.

Mas o direito penal apenas restringe a liberdade de alguns com o objetivo de garantir a liberdade da maioria. É dentro deste chapéu dogmático geral que se insere o presente estudo: na procura do equilíbrio entre liberdade e segurança; entre inação e ação; entre prevenção e investigação/punição;

Os polícias – enquanto representantes da autoridade do estado – são constantemente instados a tomar decisões que têm impacto direto nos direitos, liberdades e garantias de terceiros. A grande maioria dessas ações encontram cobertura legal no âmbito penal e processual penal e são, apesar de poderem não o transparecer – pela forma imediata como são assumidas – complexas, pois implicam um processo cognitivo lógico e sustentado em vários pilares tais como: experiência, valores éticos, conhecimentos técnicos e legais e educação. Percebe-se assim que esta forma de atuar da administração, foge à regularidade e suscita de *per si* várias questões, nomeadamente e termos de legalidade, oportunidade e discricionariedade.

Foi esta pouco compreendida e estudada dicotomia entre, por um lado, a complexidade e a relevância da decisão - pela forma como pode afetar direta ou indiretamente direitos de

terceiros - e, por outro, a sua adoção quase instantânea sem autorização prévia ou validação posterior por autoridade judiciária, que nos levou a escolher o tema como objeto de estudo.

Nesta senda, com o presente Trabalho de Investigação Final (TIF) enquadrado no Curso de Comando e Direção Policial (CCDP) pretendemos abordar, em termos específicos e do ponto de vista legal e ético um problema que, sendo comum, foi alvo de muito pouca análise a nível académico: quando, os órgãos de polícia criminal (OPC), no âmbito de investigações de criminalidade violenta e grave, assistem à prática de crimes “menos graves” e, tendo em vista a produção de prova, optam por não intervir.

Tentaremos compreender e, se possível, encontrar resposta concreta para as questões:

1. Porque motivo, em não raros casos, existe uma opção consciente, premeditada e ponderada de inação com a finalidade de, a jusante, efetuar uma detenção em flagrante delito ou conseguir uma medida de coação restritiva da liberdade?
2. Serão essas omissões de ação legalmente admissíveis e justificadas com base em critérios de oportunidade e discricionariedade?

Durante este curto estudo de cariz meramente teórico, é nosso desiderato, através de análise reflexiva e comparativa de legislação compreender a legalidade de tais atuações e, em paralelo, compreender que fatores (operacionais, organizacionais, culturais, éticos) influenciam o processo de decisão de um dos grandes desafios atuais da investigação criminal: produção de prova por um lado e prevenção do dano social e legalidade pelo outro.

Após a delimitação de conceitos e enquadramento teórico, optaremos por recorrer à recriação de um caso prático por forma a tornar mais perceptível a apreciação pelo leitor e a compreensão das posições assumidas em fase conclusão.

2. DA ACTUAÇÃO POLICIAL. PREVENÇÃO. INVESTIGAÇÃO.

2.1. PRINCÍPIOS GERAIS

A atividade policial, estando inserida na administração pública encontra-se, por imposição constitucional, subordinada ao princípio da legalidade democrática. No âmbito das atividades de combate à criminalidade tal ação não é excecionada. A própria Constituição da República Portuguesa (CRP) no seu artigo 272º determina que “a prevenção dos crimes, (...), só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.

O princípio da legalidade, dependendo do ramo de direito ou perspectiva com que se observe poderá ter várias aceções. Nesta sede importa compreender o sub princípio do primado da lei que nos diz que a administração está vinculada à lei de forma ilimitada e incondicional.

Na prática, consiste na subordinação da administração e da sua atividade à lei. O poder administrativo é limitado pela lei e está vinculado a esta, assegurando-se ainda o controlo do poder legislativo sobre o executivo. Todos os poderes administrativos são, ou deveriam ser, vinculados e discricionários.

Contudo, a lei nem sempre regula com precisão todos os aspetos da vida social permitindo, de forma consciente, uma apreciação casuística e contextualizada pelas circunstâncias (Fortes, 2002, p.7). Nas palavras do ilustre professor Marcello Caetano: “a norma deixa ao órgão ou agente certa liberdade de apreciação acerca de conveniência e da oportunidade de exercer o poder, e até do modo desse exercício e do conteúdo do ato, permitindo-lhe que escolha (...) soluções que os termos da lei admitem” (Caetano, 1969, p.169).

Se atentarmos em exemplos de ações diárias concretas dos polícias, facilmente depreendemos que grande parte da ação policial é, pela natureza de constante apreciação e decisão, de cariz discricionário, vejamos: a simples forma como é feito um serviço de patrulhamento, a opção da rua em que se entra; a velocidade com que o carro-patrulha

circula; a decisão de abordagem ou não de determinado indivíduo ou a sinalização do mesmo enquanto pessoa de interesse; a seleção de veículos a serem parados numa operação stop, a escolha dos comerciantes a contactar, etc. todas estas ações são motivadas por decisões que, por sua vez, implicam algum grau de discricionariedade e de oportunidade. Por muito próxima e planeada que seja a ação de comando as tarefas policiais são, na sua essência, processos de decisão céleres e constantes.

Percebemos assim que a discricionariedade na ação da administração existe. É um facto inegável. Apesar de alguns autores como Elias considerarem que “a discricionariedade da atuação policial é muito limitada pois (...) limita-se à escolha dos meios mais adequados para a intervenção e à apreciação dos pressupostos dessa mesma intervenção”. (Elias, 2018, pp. 24-25), julgamos que assim não o seja em termos práticos. Inúmeros atos revestidos de elevada discricionariedade são e têm que ser adotados constantemente sob pena de inépcia, importando porém realizar sempre uma avaliação à luz dos princípios constitucionais que consagram e, na mesma medida, a delimitam.

2.2. PRINCÍPIOS ÉTICOS

Numa sociedade em constante mutação, há princípios e valores que devem ser imutáveis ou, pelo menos, evoluir e adaptar-se de forma temporalmente demorada e sustentada em reflexões ponderadas e que caminhem em paralelo com a evolução social. É esta estabilidade de valores que permite à humanidade subsistir e prosperar. E é a ética que sustenta esta evolução.

Considerando que a ética surge da necessária reflexão sobre a vivência social e sobre os seus limites poderemos, de forma figurada, ser tentados a afirmar que a mesma é uma tabela de ações humanas, com duas colunas: certo ou errado; deve ou não deve. Mas a ética não deve ser vista de um ponto de vista tão redutor. Cada situação é nova e única em si mesma. Nem sempre existem referências valorativas prévias que nos permitam ter uma resposta pré-determinada. Nas palavras do professor Clóvis de Barros, “a ética é a vitória da convivência sobre os interesses singulares, é a vitória da vontade geral sobre o interesse de cada um” (Barros, 2017)

Assim e como se depreende, a ação policial, estando enquadrada na vivência social, é condicionada pela ética. Deverá assentar em valores que a sociedade reconhece como válidos e positivos para a convivência social. O suporte principal da atuação policial é a lei. E esta é fortemente condicionada pelo conjunto de valores morais e éticos que a sociedade interioriza e, embora a lei não seja moral nem de tal cuide, o que se verifica é que ela contém sempre um mínimo ético.” (Paulino, 2001, p. 47). E quando a lei for omissa ou permitir amplitude de ação e decisão – como se aparentemente se nos apresenta neste âmbito – pelo menos que a decisão que leve à ação ou omissão – seja, no mínimo, ética.

2.3 ATIVIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

No âmbito da investigação criminal, não é suficiente descobrir, de qualquer modo e a qualquer custo, a verdade dos factos havidos. “É necessário provar, demonstrar que as conclusões a que se chegou - a partir da análise do arcabouço probatório angariado no decorrer da investigação criminal, assente na submissão a um conjunto de princípios axiológicos e na observância aos direitos e garantias fundamentais, que a um só tempo, fundamentam e limitam a atuação estatal -, possuem uma identidade unívoca com os factos investigados, em sua realidade ontológica” (Braz, 2017, p. 75).

Por norma, os interesses que se pretendem salvaguardar no âmbito da atividade de investigação criminal não são contraditórios com a prevenção do dano social. Temos porém consciência que, não raras vezes, o investigador/decisor tem em si “a difícil tarefa de pesar, na balança da justiça, os custos pessoais e sociais provocados pelo processo investigatório e os meios de obtenção de prova considerados razoáveis” (Afonso, 2018, p. 3).

Qualquer processo investigatório, aqui se enquadrando os meios de obtenção de prova, acarreta inevitavelmente custos pessoais, sociais e patrimoniais. Para que haja um equilíbrio entre liberdade e segurança cabe, em primeira instância, ao legislador penal, definir as regras específicas de aplicação desses meios. Porém, quando se entra no campo da operacionalização e aplicação prática, as variáveis em jogo são de tal dimensão, que se torna de elevada complexidade densificar critérios. Na realidade, o ordenamento jurídico

pouco prevê no que respeita ao momento, à forma e proporcionalidade concreta de aplicação de medidas ou recurso a meios.

“A lei processual penal prescreve criteriosamente que meios de obtenção de prova podem ser utilizados pelos órgãos de polícia criminal para investigar este ou aquele tipo de crime, reservando os meios mais intrusivos às tipologias criminais mais graves e sujeitando-as a pressupostos de legalidade mais apertados, como é o caso das escutas telefónicas” (Afonso, 2018, p. 90). Todavia, no que respeita ao momento em que se deverá terminar uma investigação criminal nada se estabelece. Ou seja, existe uma clara limitação quanto aos meios, à qualidade, mas nenhuma clareza ou estabelecimento em relação à quantidade de meios de prova. Para uns poderá ser a suficiente para dedução de uma acusação; para outros, mais preocupados com resultados operacionais, poderá considerar-se suficiente quando bastar, com segurança ou elevado grau de certeza – sempre relativo e casuístico - para aplicação de medida de coação restritiva da liberdade.

2.4. AGENTE ENCOBERTO – ANÁLISE COMPARATIVA

Neste ponto procura-se, através do recurso à análise comparativa da figura do agente encoberto, enquanto meio de obtenção de prova, perceber, em primeiro lugar, que existem outros regimes legais excecionais no âmbito da produção de prova que estão devidamente previstos e cuja aplicação depende de regras claras e autorização judicial prévia e, em segundo lugar, compreender em que medida poderemos retirar conhecimento que se possa mostrar útil na avaliação do objeto de estudo, nomeadamente na ponderação das condutas a adotar nos casos em que o OPC se encontra na presença da prática de crimes.

Em termos de definição, o agente encoberto poderá ser considerado como um “agente da autoridade ou um particular que, em colaboração com as instâncias formais, ocultando a sua identidade ou qualidade, interage com os suspeitos e conquistam a sua confiança, acompanhando os seus atos e praticando, se necessário, atos de execução criminosos, com a finalidade de obter provas incriminatórias ou de prevenir a prática de futuros crimes.” (Rego, 2016. p. 9).

O "agente encoberto" foi introduzido na ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º

430/83, de 13 de Dezembro, no âmbito da prevenção e repressão do consumo e tráfico ilícito de drogas. O n.º 1 do artigo 52.º deste diploma legal determinava que "Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar diretamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas". O n.º 2 do mesmo artigo acrescentava que "O relato de tais factos será junto ao processo no prazo máximo de 24 horas".

Verificamos aqui o valor que o legislador penal atribuiu à simples “recepção” de estupefacientes por parte de um funcionário de investigação criminal. Esta mera conduta passiva de assistir à prática de um crime sem reação – para que fosse legítima e legalmente válida – teve que ser prevista de forma típica e específica.

“Sempre no âmbito do consumo e tráfico de drogas - domínio privilegiado para o ensaio de novas soluções preventivas e repressivas -, o artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, veio reproduzir sem alterações sensíveis as normas precedentemente transcritas. Todavia, a Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, viria alterar o citado artigo 59.º e acrescentar um artigo 59.º -A ao Decreto-Lei n.º 15/93, aumentando consideravelmente as possibilidades de atuação do agente encoberto.” (Pereira, s.d. p. 10).

O atual regime jurídico das ações encobertas está previsto na Lei n.º 101/ /2001, de 25 de Agosto. Este diploma veio consagrar o recurso ao "agente encoberto" em termos gerais, abandonando a ligação exclusiva ao tráfico de droga, à corrupção e à criminalidade económica e financeira. “É de notar, ainda assim, que o legislador optou por não incluir este regime no Código de Processo Penal (entre os meios de obtenção de prova) apesar das recentes revisões - sobretudo a operada pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, que introduziu, por exemplo, uma forma de processo inteiramente nova (o "processo abreviado"), com recurso à técnica legislativa de desdobramento do articulado (cfr. artigo 391.º -A e ss. do Código de Processo Penal). ” (Pereira, s.d. p. 11).

Por outro lado, na tradição da Lei n.º 45/96, o n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 101/2001 elege como finalidades das ações encobertas a prevenção e a investigação criminal. É o correto entendimento destas finalidades que permite compatibilizar o regime jurídico das "ações encobertas" com o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição (e com o próprio artigo 126.º, n.os 1

e 2, do Código de Processo Penal). “ (Pereira, s.d. p. 13).

Somos então levados a concluir pela análise dos dispositivos legais que o recurso à figura do agente encoberto não terá justificação no caso de crimes irrepetíveis ou que se não insiram numa lógica de continuidade, relativamente aos quais se não formulam específicas exigências de prevenção. No plano infraconstitucional, esta conclusão é apoiada pela letra e pelo sentido do n.º 1 do artigo 3.º, que exige a adequação das "ações encobertas" aos fins de prevenção e repressão criminal.

2.4.1. PONTOS DE CONFLUÊNCIA

Embora no âmbito do estudo em apreço não haja, em princípio, interferência ou influência dos OPC nas condutas criminosas - podendo haver absoluta passividade - nem tendo que haver qualquer proximidade com os suspeitos, existem vários pontos de confluência com a figura do agente encoberto, nomeadamente:

- a) no que respeita às finalidades: obtenção de provas incriminatórias ou prevenção da prática de futuros crimes (adequação aos fins de prevenção e repressão criminais);
- b) no que respeita às situações em cuja aplicação seja admissível: não existe justificação no caso de crimes irrepetíveis ou que se não insiram numa lógica de continuidade, relativamente aos quais se não formulam específicas exigências de prevenção. Se o crime apenas irá acontecer uma vez não faz sentido não atuar de imediato – seja no momento da prática de atos preparatórios, durante a execução ou após consumação;
- c) no que respeita à forma e modalidade de ação: em que a ponderação e valoração dos fins, permite que critérios de oportunidade se sobreponham a critérios de legalidade, dando lugar à inação imediata tendo em vista uma ação posterior com resultados mais eficazes;
- d) no que respeita ao risco: a inação permite ação criminosa subsequente o que, em vários casos, poderá acarretar o aumento de risco e de danos para terceiros ou bens com a justificação do “bem maior” que é a produção de prova;

2.5 Produção de Prova. Mera Suspeita. Indícios. Certeza.

“Um processo penal lido e justo deve fundar-se na prova, unicamente na prova. (...) Ao falarmos de prova, aludimos aos meios de prova (os que demonstram a veracidade de determinados factos) e aos meios de obtenção de prova (os que servem para adquirir os meios de prova). O Código de Processo Penal (CPP) é copioso nesta matéria, mas seria um erro pensarmos que elenca todos os processos de obtenção e todas as formas de prova” (Afonso. 2018. p. 81). É o próprio CPP que, no seu artigo 125º, nos diz que são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei. Assim, o limite material confunde-se com a capacidade e engenho do investigador, logo que formalmente não recorra a métodos proibidos de prova.

Importa neste momento fazer uma reflexão sobre uma das variáveis que maior influência deve ter sobre o momento da intervenção dos OPC: o grau de demonstração da prova, e que habitualmente encontra escalonado entre mera suspeita e a certeza moral, tendo pelo meio os designados indícios suficientes e os indícios fortes. Iremos deter-nos sobre estes dois últimos porquanto o primeiro e o último a existirem de forma inequívoca, deverão ser fator de ajuda à decisão e não de complexificação da mesma. Se apenas houver uma mera suspeita presume-se que não existe probabilidade de vir a ser deduzida uma acusação e, nesse caso importa recolher mais prova e, como tal, aguardar pelo cometimento (atos de execução) de, pelo menos, um crime; No caso de haver certeza moral (note-se que, no em processo penal, não existem certezas absolutas) não existem dúvidas razoáveis prevalecendo a convicção total.

Pelo meio teremos as situações mais comuns e que mais relevam no presente estudo. O artigo 283º , nº 2 do CPP estabelece que: “consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança”. “De salientar que o grau de prova (isto é, o seu potencial demonstrativo) é aferido no presente. As provas do porvir, ainda que certas ou quase certas, não servem para avaliar a certeza probatória.” (Afonso. 2018. p. 82).

Já os fortes indícios, apesar de não terem definição legal específica, referem-se a um patamar situado acima dos indícios suficientes pois “ as provas que o decisor tem nas suas mãos no momento da avaliação dão-lhe a convicção de que, salvo circunstâncias anormais, (...) o suspeito em causa irá ser condenado em juízo” (Afonso. 2018. p.82).

2.6 ANÁLISE DE CASO

Para uma melhor compreensão do problema de estudo e aplicando em termos práticos os conceitos analisados, recriamos a seguinte situação hipotética:

No âmbito de uma investigação sobre um grupo que se dedica à prática de roubos com armas de brancas e recurso a violência deliberada, há informação credível prestada por uma fonte que já se mostrou de elevada fiabilidade em circunstâncias anteriores, de que alguns dos elementos que compõe o grupo se encontram reunidos junto a uma viatura furtada e que se preparam para realizar (mais) um crime roubo. A fonte transmite informações precisas sobre a hora e o estabelecimento que será alvo do crime, indicando detalhes concretos. Após colocação de meios policiais de vigilância foi possível verificar com recurso a meios tecnológicos um dos suspeitos a deslocar-se à bagageira da viatura e a colocar no seu interior “facas de mato” e “bastões”.

Sendo a investigação delegada na PSP ainda recente não existe ainda prova suficiente carreada para os autos que permita emitir ou solicitar a emissão de mandados de detenção fora de flagrante delito.

Após análise das opções táticas e legais a modalidade de ação adotada passa por não intervir no momento. Não por razões de segurança na ação mas simplesmente por se considerar que uma intervenção irá culminar em meras apreensões ou, quando muito, na detenção em flagrante delito reputado a um dos suspeitos pela prática de crimes “menores” como furto de uso de viatura e posse ilegal de arma. Opta-se assim por montar um dispositivo policial tendo em vista a interceção e detenção dos suspeitos em flagrante delito aquando ou imediatamente após o cometimento do crime mais grave que é expectável que venham a cometer. Este tipo de dispositivo – englobando meios especiais

de combate à criminalidade violenta e grave, como o Grupo de Operações Especiais (GOE) ou outros de cariz semelhante – implica que a decisão tenha sido, no mínimo, validada pelas mais altas chefias da instituição policial o que, à primeira vista, lhe dão uma garantia de existência de uma prévia ponderação quanto à legalidade e legitimidade bem como de valoração ética positiva.

Neste ponto tentaremos compreender como é realizado o processo cognitivo de decisão e de que modo é feita a avaliação da legalidade dos procedimentos e se tal é feito de forma autónoma pelo OPC ou mesmo de uma Autoridade de Polícia Criminal (APC) – indubitável nos casos mais urgentes – ou se existe articulação com as autoridades judiciais – nos casos em que o tempo não urge.

Por um lado, e como já referido, “tem-se que a prova, para ser processualmente válida e admissível, jamais poderá ser obtida mediante o sacrifício de direitos fundamentais que suportam em primeira linha a dignidade humana, como o direito à vida e à integridade física (...)” (Braz, 2017, p. 363), vigendo quanto a estes um regime de proteção absoluta. Noutro plano surgem os direitos dignos de proteção relativa, não inalienáveis que, em determinadas circunstâncias podem ser “desvalorizados”. Poderemos aqui incluir o direito à propriedade, *e.g.*, o veículo furtado.

“Na impossibilidade de resguardar ambos os interesses ou de minorar os possíveis danos, ou seja, na hipótese em que a salvaguarda/proteção de um interesse implicar inexoravelmente no sacrifício do outro, o tomador da decisão deverá fazer um juízo de ponderação assente em princípios que garantam a defesa dos direitos, liberdades e garantias do cidadão, tais como: os princípios da proporcionalidade lato sensu (ou da proibição do excesso), da proporcionalidade stricto sensu (adequação, necessidade e/ou exigibilidade), da legalidade, da boa-fé, da lealdade, da oportunidade, da igualdade, da prossecução dos fins do processo (realização da justiça, descoberta da verdade, respeito aos direitos fundamentais e paz jurídica)”. (Rodrigues, 2018, p.11).

Concretizando o nosso pensamento através da hipotetização de consequências:

E se, durante a prática do roubo, existir uma ofensa grave à integridade física ou inclusivamente morte de alguma das vítimas? E se, mesmo optando por intervir após o

cometimento do crime, e já durante o seguimento/perseguição os suspeitos atropelam ou atingem mortalmente com um disparo um terceiro totalmente inocente?

Torna-se evidente que existem demasiadas variáveis incontrolláveis que, em determinados casos, poderão culminar na ofensa de direitos e liberdades fundamentais os quais não podem ser colocados em risco de forma consciente por parte dos OPC.

Na realidade decide-se com mais frequência do que seria expectável neste sentido. Atribuimos tal facto a quatro ordens de razões:

- a) Alheamento e falta de controlo, através do poder de direção, das autoridades judiciárias sobre os OPC e, no sentido inverso mas com o mesmo efeito, falta de comunicação dos OPC que, não abrindo mão da sua autonomia técnico-tática - muitas vezes erradamente entendida – decidem as ações de forma unilateral, ainda que no âmbito de processos de investigação em fase de inquérito formalmente delegados;
- b) Erros de julgamento e de avaliação que levam os OPC a considerar a inexistência de indícios fortes ou suficientes na investigação;
- c) Falta de reflexão cuidada ou até leviandade na forma como se avaliam as possíveis consequências de deliberações neste sentido. O processo de tomada de decisão não é, na maioria dos casos, realizado de forma científica e sistemática.
- d) A decisão é demasiado afetada pela “sede” de protagonismo; pela procura de resultados imediatos; pela necessidade de demonstração de eficácia na investigação e repressão criminal; pela vontade excessiva de zelar pelos interesses securitários dos cidadãos; Estes interesses, mais ou menos egoístas, manifestam-se através da canalização da ação para o objetivo único de deter os suspeitos e de, supostamente, recolher prova suficiente para obter medidas de coação restritivas da liberdade. (Quem tem experiência na área de investigação criminal – vertente OPC -, sabe que este é, muitas vezes, o critério de avaliação da qualidade do serviço mais comumente utilizado).

3. CONCLUSÕES

A defesa da legalidade democrática implica que o estado tenha nos órgãos de polícia criminal o principal promotor do respeito pelos direitos fundamentais mas, acima de tudo, o maior exemplo e garante do seu escrupuloso cumprimento. No âmbito do processo de investigação criminal a produção de prova tem obviamente limites e regras específicas, “a descoberta da verdade tem limites inultrapassáveis” (Valente, 2018, p. 33)

Se é inquestionável que as decisões tomadas no âmbito de um processo de investigação criminal devem respeitar os princípios basilares de um estado de direito democrático, é igualmente aceite que, sem critérios de oportunidade e discricionariedade, a prossecução do interesse público materializada na perseguição e responsabilização penal corre o risco de se tornar ineficaz por ser previsível e limitada na ação. Percebemos assim que a legalidade é a regra. Mas, como toda a regra, tem exceções.

Todas as decisões que colocam ou poderão colocar em causa direitos, liberdades e garantias ainda que admissíveis do ponto de vista meramente legal, deverão a montante, ter uma ponderação do ponto de vista ético.

Foi com base neste pressuposto que a nossa problemática foi analisada, i.e., em dois patamares distintos: ao nível da juridicidade e ao nível ético da decisão.

Quanto à primeira concluímos que, não havendo recurso a métodos proibidos de prova, o investigador tem margem de liberdade legal para agir de forma engenhosa. Assim e à primeira vista a “ação” dos OPC neste âmbito será, salvo exceções, legal e legítima.

Recorremos à figura do agente encoberto para sustentar tal posição de modo comparado pois, tal como no caso de recurso a esse meio de obtenção de prova, consideramos que a possibilidade da opção pela inação, não deve ser excluída por ponderação das normas constitucionais relevantes nesta matéria desde que seja sempre concebido como modo necessário, adequado e proporcionado de impedir o cometimento de futuros crimes e assegurar a incolumidade de bens jurídicos (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Ao contrário de outros autores não defendemos que nestes casos se possa considerar a existência de um tipo de “agente provocador por omissão”.

Num segundo plano surge a ética. Esta não deve ser apenas tida em conta como bússola norteadora dos meios a adotar mas deve antes ser considerada como uma finalidade em si mesma pois o carácter subjetivo da ação é tão relevante como os fins que visa atingir. Terá sempre que se realizar uma ponderada reflexão sobre as consequências da inação em que os valores a proteger terão que ser devidamente ponderados e equilibrados.

Todavia, percebemos pelo exemplo prático apresentado que acontecem com alguma frequência situações em que o processo de decisão se baseia prioritariamente em valores de prossecução de justiça e eficácia, olvidando ou desvalorizando critérios éticos. Colocam-se os fins à frente dos meios.

Apesar da investigação criminal, para além do efeito repressivo direto, ter igualmente um efeito de prevenção específica e geral, a decisão de “deixar o crime acontecer” pode ter repercussões demasiado sérias e graves que não devem nem podem ser decididas levianamente pelos OPC nem deverão ser sua responsabilidade exclusiva.

Concluimos o estudo com a convicção que serão essencialmente motivações de raiz cultural e organizacional que tendem a fazer prevalecer critérios de resultado e sucesso operacional, muitas vezes em detrimento – ainda que inconsciente – do cumprimento de princípios basilares que devem nortear a ação dos OPC neste âmbito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Afonso, João José Rodrigues. (2018). Teoria da Investigação Criminal (breves apontamentos sobre a história da investigação criminal em Portugal). Lisboa: Edição Policopiada.
- Andrade, Manuel da Costa (2009), “Métodos Ocultos de Investigação in Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coordenação Mário Ferreira Monte [et.al.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 525-551.
- Braz, José. (2017). Investigação criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade (3ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Caetano, Marcello. (1991). Manual de Direito Administrativo. Vol. II. Coimbra.
- Elias, Luís Manuel André. (2018). Ciências Policiais e Segurança Interna: desafios e prospetiva. Lisboa: ISCPSI.
- Fortes, António Pedro Ferreira Fortes. (2002). A Discricionariedade e o Princípio da Oportunidade. Lisboa: ISCPSI
- Paulino, Henrique Manuel. (2001) A ética como pressuposto para a atuação policial. Lisboa. ISCPSI
- Pereira, Rui. (s.d.) O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa. Lisboa. Edição policopiada.
- Rego, Sara Daniela Couto. (2016) Do Agente Encoberto ao Agente Provocador: A Fronteira entre a Irresponsabilidade e a Responsabilidade Penal. Porto . Universidade Católica.
- Rodrigues, Jéssica; Ramalheiro, Miguel; Cardoso, Beatriz; Ribeiro, max. (2018) Prevenção do dano social versus produção da prova penal: uma conciliação disruptiva?. Lisboa. ISCPSI
- Silva, G. M. (2001). Ética Policial e Sociedade Democrática. Lisboa: ISCPSI.
- Valente, Manuel Monteiro Guedes. (2018). A Constituição Processual Penal. Breve «esqueleto» de aulas. Lisboa: Lições Policopiadas.

Documentos em linha

Dicionário infopédia da Língua Portuguesa. Porto: Porto Editora, 2003-2019.

[consult. 2019-06-18 17:29:14].

Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/ética>

Vídeo em linha

Barros, Clovis de, (2017, Agosto). A Ética e a arte da convivência. TEDx Talks. S. Paulo. Brasil.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6JLIXd6db-4&t=87s>