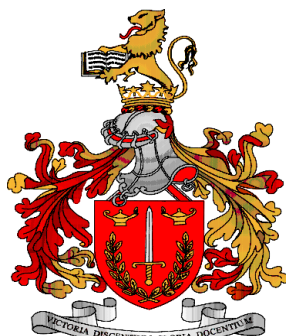


INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



Edgar Jonas Pestana Castro

Aspirante a Oficial de Polícia

Trabalho de Projecto do Mestrado Integrado em Ciências Policiais

XXIV Curso de Formação de Oficiais de Polícia

Agente Infiltrado

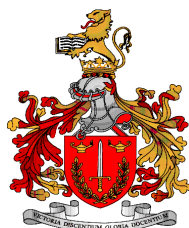
Contributos para a compreensão da figura do terceiro

Orientador:

Mestre João da Costa Andrade

Lisboa, 26 de Abril de 2012





Estabelecimento de ensino Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

Curso XXIV CFOP

Orientador Mestre João da Costa Andrade

Título Agente Infiltrado – Contributos para a compreensão da figura do terceiro

Autor Edgar Jonas Pestana Castro

Data de Edição Abril de 2012

Local de Edição Lisboa

*À Gorete e à Sofia,
pelo tempo que não lhes dei.*

“Não são os limites dos direitos humanos que têm que se adaptar às exigências do processo, mas é antes o processo que tem que se adaptar às exigências dos direitos humanos. Afinal, é a segurança que é uma aspiração do Homem e não o Homem um instrumento da segurança.”

Manuel Augusto Meireis,

Homens de Confiança, p. 87

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação é o fruto do muito empenho e esforço dedicado à realização do Mestrado Integrado em Ciências Policiais, no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Ainda que todo o seu processo de construção seja individual, muitos foram aqueles que directa ou indirectamente contribuíram para a realização deste trabalho. Sem a sua ajuda a minha missão teria sido bem mais difícil. A todos dirijo o meu mais sincero agradecimento. No entanto, gostaria de destacar algumas pessoas pelo enorme apoio que concederam, às quais endereço um agradecimento especial.

Em primeiro lugar, agradeço ao Mestre João da Costa Andrade o apoio e confiança ao ter aceitado o desafio de orientar esta dissertação. Mais, por toda amizade, empenho, colaboração, profissionalismo e capacidade científica, estando sempre disponível, apesar do seu horário bastante preenchido, para esclarecer as minhas dúvidas e tecer palavras de incentivo. Agradeço também pelos seus comentários e sugestões que me facultou durante todas as fases desta dissertação.

Ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, principalmente às pessoas responsáveis pela minha formação, bem como a todos os elementos que compõem os diversos serviços desta casa, que me auxiliaram durante o curso, não enunciando os seus nomes, pois seria uma imensa lista para o efeito.

Ao Professor Catedrático Germano Marques Da Silva e ao Mestre Manuel Augusto Meireis que me concederam o seu tempo e que se disponibilizaram a colaborar e a contribuir para a realização deste trabalho.

Aos meus camaradas e amigos do XXIV Curso de Formação de Oficiais de Polícia que iniciaram comigo esta “caminhada”, agradeço a força, a amizade e confiança que depositaram em mim durante estes cinco anos.

Aos meus pais e irmão, pela amizade, compreensão, apoio e carinho transmitidos ao longo destes anos.

À minha filha Sofia pelo seu sorriso, pelos seus mimos, pela sua força, que me confortaram em momentos mais difíceis.

Finalmente, de modo especial, quero agradecer, à minha mulher Gorete pela amizade, amor, motivação, paciência e apoio demonstrado durante toda esta etapa da minha vida. Agradeço ainda pelos momentos em que, sozinha, cuidou da nossa Sofia para que eu pudesse atingir o objectivo final, Mestrado Integrado em Ciências Policiais. Só com amor se consegue resistir, obrigado!

A todos vós, Muito Obrigado!

RESUMO

Com a internacionalização da criminalidade organizada e o aparecimento de novos tipos de criminalidade, assumiu particular relevância a definição de uma política criminal preventiva e repressiva. Deste modo, o legislador português elaborou a Lei 101/2001, de 25 de Agosto, que aprovou o Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal.

Este regime não só ampliou as finalidades do recurso ao agente infiltrado e o seu âmbito de aplicação, como também prevê que um terceiro, sob o controlo da Polícia Judiciária, e desde que autorizado judicialmente, possa inserir-se em grupos criminosos, actuando encobertamente no meio destes, visando obter informações e provas para incriminação dos suspeitos.

Contudo, o legislador não definiu quem pode ser “terceiro”, nem descreveu como será efectuado o seu controlo. Neste sentido, a nossa pesquisa tem, como objectivo fundamental, analisar se é admissível a actuação do particular como agente infiltrado.

Para o efeito, analisar-se-á a matéria na perspectiva do direito comparado, com o objectivo de demonstrar as soluções encontradas pelos ordenamentos jurídicos de alguns países – Espanha, França, Alemanha, Argentina e Brasil – para a problemática em questão.

No entanto, antes de tal abordagem, analisar-se-á a figura do informador e do arguido arrependido, como também procurar-se-á argumentar a defesa do recurso ao método do agente infiltrado por parte das Forças de Segurança. Para complementar o estudo recorreu-se à entrevista, onde participaram intervenientes com reconhecidos conhecimentos na área do Direito Penal e Processual Penal.

Presentemente, é fulcral reflectir acerca de tão relevante problemática, uma vez que este meio excepcional de obtenção de prova actua no limite dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

Palavras-chave: Crime organizado, Lei 101/2001, agente infiltrado, meio de prova, direitos fundamentais.

ABSTRACT

With the internalization of the organized crime and the appearance of new types of crimes, it has assumed a particular relevance the definition of a preventive and repressive criminal policy. Therefore, the Portuguese legislator puted in to force the Law 101/2001, 25th August, that approved the “Legal Regime of Covert Actions for the Purpose of Prevention and Criminal Investigation.”

The scheme not only expanded the purposes for the use of undercover agent and its scope, but also provides that a third, under the control of the Judiciary Police, and since authorized by court, can enter into criminal groups, acting covertly in the middle of them, trying to obtain information and proofs to incriminate suspects.

Although, the legislator didn't define who can be the “third”, neither mentioned how the control is done. In this sense, our research has as fundamental objective: analyze if it is admissible the particular action as undercover agent.

To this, it's done a short study of comparative law, in order to demonstrate the solutions found by the laws of some countries – Spain, France, Germany, Argentina and Brazil – to the problem in question.

However, before relying on international law, it will be analyze the image of the informer or the sorry defendant, but we also will try to argue the defense of using the method of the undercover agent by Security Forces.

To complement the study we used interviews, where have participated people with recognized experience in the area of Criminal Law and Criminal Procedure.

Now, is crucial to reflect on such a relevant issue, once that this exceptional way to obtain proofs acts on the limit of the, freedoms and guarantees.

Keywords: Organized crime; Law 101/2001; undercover agent; means of proof, fundamental rights.

LISTA DE SIGLAS

AC	– Acórdão
AJ	– Autoridade Judiciária
ART	– Artigo
CP	– Código Penal
CPP	– Código Processo Penal
CPP Francês	– Code de Procédure Pénale
CRP	– Constituição da República Portuguesa
DCIAP	– Departamento Central de Investigação e Acção Penal
DAR	– Diário da Assembleia da República
DL	– Decreto-Lei
GNR	– Guarda Nacional Republicana
JIC	– Juiz de Instrução Criminal
LOIC	– Lei Organização da Investigação Criminal
MJ	– Ministro da Justiça
MP	– Ministério Público
OPC	– Órgão de Polícia Criminal
PJ	– Polícia Judiciária
PSP	– Polícia de Segurança Pública
RJAE	– Regime Jurídico das Acções Encobertas
SEF	– Serviços de Estrangeiros e Fronteiras
STJ	– Supremo Tribunal de Justiça
TC	– Tribunal Constitucional
TRL	– Tribunal da Relação de Lisboa
TRE	– Tribunal da Relação de Évora

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	III
RESUMO	IV
ABSTRACT	V
LISTA DE SIGLAS	VI
INTRODUÇÃO	1
Justificação da escolha do tema	1
Problemática de investigação e hipóteses de estudo.....	2
Metodologia adoptada	3
CAPÍTULO I – CONTEXTO HISTÓRICO	5
1.1 Nota introdutória.....	5
1.2 Criminalidade Organizada.....	5
1.3 Nova Criminalidade.....	8
1.4 Adopção internacional da figura do Agente Infiltrado como medida de combate à criminalidade organizada internacional	11
1.5 A introdução do Agente Infiltrado na lei portuguesa	15
CAPÍTULO II – O AGENTE INFILTRADO NA DOCTRINA PORTUGUESA	18
2.1 Nota Introdutória	18
2.2 Conceito dos “Homens de Confiança”	19
2.2.1 Os Agentes Infiltrados.....	19
2.2.2 Os Agentes Provocadores	22
2.2.3 Os Agentes Encobertos	27
2.3 A admissibilidade do Agente Infiltrado.....	28
CAPÍTULO III – ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: LEI 101/2011, DE 25 DE AGOSTO	32
3.1 Nota introdutória.....	32
3.2 Os requisitos da Acção Encoberta	33
3.3 Crimes abrangidos	34
3.4 Autorização Judiciária	37
3.5 Relatório da Acção Encoberta.....	39
3.6 Protecção do Agente Infiltrado	41
	VII

3.7 Irresponsabilidade do Agente Infiltrado	43
CAPÍTULO IV – (IN)ADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PARTICULARS ENQUANTO “TERCEIRO” NO CONTEXTO DO AGENTE INFILTRADO	46
4.1 Nota Introdutória	46
4.2 Informadores	47
4.3 O terceiro “Arguido arrependido”	50
4.4 Agentes Infiltrados nas Forças de Segurança sob controlo da autoridade judiciária	52
4.5 Agentes Infiltrados em vários ordenamentos jurídicos	55
4.6 Inadmissibilidade de particulares nas Acções Encobertas	57
CONCLUSÃO.....	60
BIBLIOGRAFIA.....	65
ANEXO 1 – Guião de entrevista a aplicar aos entrevistados	1
ANEXO 2 – Entrevista ao Professor Catedrático Germano Marques Da Silva.....	3
ANEXO 3 – Entrevista ao Mestre Manuel Augusto Meireis.....	5

INTRODUÇÃO

JUSTIFICAÇÃO DA ESCOLHA DO TEMA

A presente pesquisa foi efectuada com base na metodologia de trabalho da monografia de conclusão do Curso de Mestrado Integrado em Ciências Policiais, cujo objectivo está centrado na obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI.

As organizações criminosas *lato sensu*, isto é, crime organizado, inseridas na sociedade contemporânea beneficiam do uso das inovações tecnológicas desenvolvidas pelo progresso levado a cabo pela humanidade, usadas para fins ilícitos. Em resposta, não pode o Estado ficar indiferente a estas transformações, devendo procurar meios excepcionais de prevenção e de repressão face a este tipo de actividade criminal conforme sua evolução.

No intuito de prevenir e reprimir as “manifestações mais graves de criminalidade contemporânea, o crime organizado em geral e o terrorismo em particular”¹ o legislador aprovou no nosso ordenamento jurídico a Lei 101/2001, de 25 de Agosto, denominada por *Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal*, a qual alargou as finalidades do recurso ao agente infiltrado – não só para repressão, mas também para prevenção criminal –, bem como ampliou os crimes em que tal recurso excepcional é susceptível de utilização².

No entanto, com a entrada em vigor do Regime em questão, surgem acopladas divergências, entre as quais, se releva o recurso à figura do “terceiro”.

De acordo com a definição do n.º 2 do artigo 1.º da citada lei, “consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por **terceiro** actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.”

O legislador permite, pois, que um terceiro sob o controlo da PJ possa actuar como agente infiltrado. Porém, não define quem pode ser “terceiro” nem refere como será efectuado o seu controlo.

Ao deixar de regular este ponto crucial, o legislador nacional talvez não tenha se dado conta de quão frágil se torna a figura do agente Infiltrado e de quão ténue será a sua linha de actuação entre o que é legal ou ilícito. Se o recurso ao agente infiltrado

¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos Ocultos de Investigação (Plädoyer para uma teoria geral)” *in Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coordenação Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro, Flávia Noversa Loureiro, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 535.

² Cfr. GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 472-473.

policial suscita, por si só, “uma serie de problemas e de aporias do foro ético e jurídico-normativo”³, estas dúvidas e legitimidade são muito mais postas em causa quando se recorre a este meio excepcional⁴ de obtenção de prova com um terceiro não polícia.

O objectivo principal do presente estudo é averiguar se é admissível ou não a utilização de particulares enquanto agente infiltrado.

Consideramos que, para atingir esse propósito, terá a sua pertinência indagar algumas das legislações internacionais que tratam sobre a supramencionada *quaestio*.

Antes ainda de abordarmos o tema principal do estudo que se apresenta, daremos, ainda, um especial enfoque ao agente infiltrado *per se*: abordaremos a sua introdução no ordenamento jurídico português, o seu conceito, diferenciação em relação às figuras do agente provocador e do agente encoberto, o seu carácter excepcional como meio de obtenção de prova e seu regime jurídico.

O tema atingiu nos últimos tempos um especial relevo devido à frequência com que a PJ recorre à colaboração de cidadãos para actuarem como agentes infiltrados com a finalidade de obtenção de provas para a incriminação do suspeito ou suspeitos⁵.

PROBLEMÁTICA DE INVESTIGAÇÃO E HIPÓTESES DE ESTUDO

Com a elaboração deste trabalho pretendemos dar resposta à seguinte questão: Sendo a utilização do agente infiltrado considerada uma técnica excepcional de investigação criminal, será admissível a actuação do particular como agente infiltrado?

Assim sendo, para responder a tal questão, consideramos as seguintes hipóteses de trabalho:

1. Tendo presente a evolução da criminalidade organizada e a política de investigação criminal nacional/internacional o agente infiltrado é um meio de investigação importante para apuramento da verdade material.
2. A utilização dos agentes infiltrados só deve ser admitida em situações de criminalidade altamente organizada ou situações semelhantes (ex. terrorismo) não

³ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de Prova em processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 221.

⁴ O facto de estarem especificamente elencados no art. 2.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, os únicos crimes em que é lícita a utilização de agentes infiltrados, é demonstrativo da sua excepcionalidade. Estes crimes serão tratados no nosso III - Capítulo.

⁵ Um dos casos mais conhecidos foi o do “Bragaparkes”, em que surge um advogado, Ricardo Sá Fernandes, a encontrar-se com um suspeito, Domingos Névoa, para, de modo encoberto, obter provas para a incriminação deste, com conhecimento da AJ.

sendo admissível a sua vulgarização como mero facilitador das acções de investigação ou prevenção criminais.

3. Os actos dos agentes infiltrados devem estar em harmonia com a licitude e ética pressupostas num Estado de direito democrático.

METODOLOGIA ADOPTADA

O presente trabalho, tem um cariz essencialmente teórico⁶, podendo ser designado como uma investigação descritiva que assenta numa metodologia bipartida.

Para sua realização foram utilizados dois métodos de recolha de informação: um de natureza teórico, denominado por revisão da literatura; e outro de carácter qualitativo, composto com base na realização de entrevistas com o intuito de recolher informações relevantes sobre o objecto de estudo.

O método teórico foi o mais utilizado ao longo do trabalho. Resumiu-se a uma pesquisa de bibliografia referenciada na área de Direito Penal e Processual Penal, desde as legislações actuais às revogadas, passando também pela observação da doutrina e jurisprudência nacional e internacional, publicações, artigos científicos e trabalhos que abordassem a matéria deste trabalho.

No que concerne às entrevistas, foram realizadas a entidades que, pela sua enorme experiência na área do Direito Penal e Processual Penal, pudessem dar um contributo para clarificar o objecto de estudo.

Quanto à estrutura do trabalho, esta compreende três partes distintas: a Introdução, o Desenvolvimento e a Conclusão. A primeira e a última parte têm as denominações expostas. Já o Desenvolvimento subdivide-se em quatro capítulos, em que se expõe a matéria do geral para o particular (para o objecto de estudo).

No primeiro capítulo, será inicialmente efectuada uma abordagem acerca do alcance e da conceitualização atribuída ao termo criminalidade organizada. É tema divergente no meio jurídico e ainda não harmonizado na sua plenitude, mas bem orientado com a realização da Convenção de Palermo, na data de 15 de Novembro de 2000.

De seguida, cumpre abordar as formas que a nova criminalidade tem assumido nos últimos anos, por se entender que apenas a plena percepção destas formas poderá levar à compreensão completa do agente infiltrado, com todas as suas peculiaridades. Em seguida tratar-se-á da adopção internacional da figura do Agente Infiltrado como

⁶ Cfr. art. 2.º alínea a) do Estatuto do Instituto Superior de Ciências Policias e Segurança Interna, aprovado em anexo ao DL n.º 275/2009, de 2 de Outubro.

medida de combate à criminalidade organizada internacional e, por fim, a introdução do Agente Infiltrado na lei portuguesa.

No segundo capítulo, esclarece-se o conceito de agente infiltrado, a sua diferenciação em relação às figuras do agente provocador e do agente encoberto e, por fim, a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português.

Quanto ao terceiro capítulo, faz-se referência ao Regime Jurídico das Acções Encobertas (Lei 101/2001, de 25 de Agosto). Recebem atenção especial as questões dos requisitos da Acção Encoberta; dos crimes abrangidos; da autorização judiciária; do relatório da acção encoberta; e da protecção e irresponsabilidade do Agente Infiltrado.

O quarto capítulo do Desenvolvimento, por ser o último, versa concretamente sobre o objecto de estudo, isto é, a (in)admissibilidade da utilização de particulares enquanto “terceiro” no contexto do agente infiltrado.

Trabalho essencial para que se possam fundamentar as conclusões que se alcançarão.

CAPÍTULO I – CONTEXTO HISTÓRICO

1.1 Nota introdutória

No primeiro ponto deste capítulo, consideramos imprescindível tecer algumas considerações, embora de forma sucinta, acerca da criminalidade organizada, isto porque a maioria dos ordenamentos jurídicos, incluindo o português, não estabelecem um conceito inequívoco e sólido a respeito do fenómeno da criminalidade organizada.

Em seguida abordaremos a nova criminalidade, que nasce através do avassalador e expansivo progresso dos meios tecnológicos aliados à indubitável globalização, não sendo fácil, neste contexto, racionalizar a eficácia dos meios de repressão à criminalidade. Perante esta nova realidade, os países tiveram necessidade de repensar e reorganizar as suas medidas de prevenção e repressão a essa forma diferenciada, *sui generis*, de criminalidade. Como tal, os Estados empregaram novas técnicas de investigação, destacando-se com particular relevo a actuação dos agentes infiltrados.

Nessa perspectiva, no terceiro ponto, abordaremos alguns diplomas que a política global impôs aos Estados e que abriram caminho à sedimentação da figura do agente infiltrado no nosso país.

Para findar este primeiro capítulo analisaremos o aparecimento do agente infiltrado no ordenamento jurídico português. É, a partir deste ponto, que principiaremos por situar o objecto do presente estudo.

1.2 Criminalidade Organizada

O fenómeno da criminalidade organizada é, sem dúvida, secular. As organizações criminosas mais antigas, pode dizer-se *in senso lato*, são as Máfias italianas, a *Yakuza* japonesa e as *Triads* (Tríades) chinesas⁷. Todos esses movimentos tiveram as suas origens em meados do século XVI ou no início do século XVIII.

No entanto, a primeira dificuldade em compreender a criminalidade organizada consiste em alcançar uma definição tecnicamente adequada que identifique e caracterize o fenómeno⁸.

⁷ EDUARDO ARAÚJO DA SILVA, *Crime organizado – procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 19-24. Quanto a este assunto, LUIS FIÀES FERNANDES, *Criminalidade Transnacional Organizada: Organização, poder e coação*, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 423-465.

⁸ São diversos os textos legais que versam o combate a criminalidade organizada e ao terrorismo, entre os quais se destacam, a nível internacional, a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento ao

JORGE BRAVO delimita o conceito de criminalidade organizada como a forma de “aparecimento de fenómenos criminosos dotados de certo grau de racionalidade organizativa, com recurso a planos e meios pessoais e materiais geralmente sofisticados, com o objectivo de obtenção de avultados lucros ilegítimos e com possíveis conexões a mais de um Estado, recorrendo quando necessário à violência ou à sua iminência”⁹.

Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, organizações criminosas são grupos que cometem “crimes cuja prática planeada é presidida por intuítos de lucro ou força, que em si e no seu conjunto se apresentam de alta gravidade e nos quais actuam concertadamente pelo menos mais de dois participantes, por tempo duradouro e indeterminado, com divisão de tarefas: crimes em cuja prática se utiliza ou planeja se utilizar estruturas empresariais, societárias ou análogas, ou usar da força ou se planeja utilizar estruturas a causar medo, ou servir-se da influência da política, da mídia, da administração pública ou da economia”¹⁰.

Por sua vez, a Acção Comum 98/733/JAI¹¹, adoptou a seguinte definição de organização criminosa: “associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas”.

Já para a Interpol, maior organização policial internacional do mundo – contando com 188 países-membros – entende o crime organizado como “empresa ou grupo de pessoas organizadas para cometer crimes sem respeitar as fronteiras dos Estados, que tem por objectivo a obtenção de lucros”¹².

Embora a pluralidade de definições perfilhadas, não só pela doutrina, mas também pelos instrumentos legais, sobre a criminalidade organizada não contribua “para a sua delimitação nem para a implementação de estratégias eficazes para o seu combate”¹³, na

Terrorismo, de 1999, a Conferência Ministerial Mundial sobre o Crime Organizado Transnacional, que teve lugar em Nápoles, em 1994, a Convenção de Palermo em 2000, o Programa da Haia, adoptado em 2004.

⁹ JORGE DOS REIS BRAVO, “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, in *Revista Polícia e Justiça*, III Série, nº 8, Coimbra: Coimbra Editora, Julho - Dezembro de 2006, p. 87.

¹⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 71, ano 16, Mar.-Abr./2008. São Paulo, 2008, p. 26.

¹¹ Acção adoptada pelo Conselho, em 21 de Dezembro de 1998, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, tendo em vista a incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados membros da UE, Jornal oficial da União Europeia n.º L 351, de 29 de Dezembro de 1998, p. 1, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:351:0001:0002:PT:PDF> em 15 de Outubro de 2011.

¹² Informações extraídas do endereço electrónico <http://www.interpol.int/> em 15 de Outubro de 2011.

¹³ JOÃO DAVIN, *A criminalidade organizada transnacional; A cooperação judiciária e policial na EU*, Coimbra: Almedina, 2005, p.19.

Convenção de Palermo de 2000¹⁴ foi possível chegar pela primeira vez a um consenso quanto a uma definição do conceito de criminalidade organizada.

Assim, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, define no art. 2.º, al. a), “grupo criminoso organizado” como “um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material”. Por sua vez, nos termos da al. c), determina-se que por “grupo estruturado” entende-se um “grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida”. Por último, a al. b) cataloga como crime grave o “acto que constitua uma infracção punível com uma pena privativa de liberdade não inferior a quatro anos ou com pena superior”¹⁵.

Segundo JOSÉ SANTOS CABRAL, esta Convenção “inicia uma tentativa de aproximação das legislações penais, estabelecendo infracções de carácter universal ligadas a este tipo de criminalidade, prevendo técnicas de investigação especial e medidas aptas a reforçar a cooperação”¹⁶.

Entretanto no plano do direito positivo nacional, o conceito de criminalidade organizada, pode retirar-se do CPP, mais precisamente do art. 1.º, que define os conceitos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada¹⁷.

¹⁴ A Convenção de Palermo é o nome pela qual é mais conhecida a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Foi adoptada em Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 15 de Novembro do ano de 2000, na cidade de Nova Iorque. Esta Convenção aborda os tipos penais de grupo criminoso organizado, corrupção, lavagem de dinheiro e obstrução de justiça, traz as recomendações gerais, âmbito de aplicação, vigência, protocolos adicionais, cooperação jurídica internacional, confisco de bens e investigação. Em Portugal, o acordo internacional foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de Abril, e pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2 de Abril.

¹⁵ Cfr. O texto oficial da Convenção em versão portuguesa, consultado em <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf> em 15 de Outubro de 2011.

¹⁶ JOSÉ SANTOS CABRAL, *Uma Incursão pela Polícia*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 20.

¹⁷ Artigo 1.º (definições legais)

Para efeitos do disposto no presente Código considera-se:

[...]

i) «Terrorismo» as condutas que integrarem os crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional;

j) «Criminalidade violenta» as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos;

l) «Criminalidade especialmente violenta» as condutas previstas na alínea anterior puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos;

m) «Criminalidade altamente organizada» as condutas que integrarem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento.»

Podem todavia, considerar-se como casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada as condutas que integrarem os crimes previstos no art. 299.º do CP e nos artigos. 1.º e 2.º da Lei 52/2003¹⁸, de 22 de Agosto.

Há, ainda, que atender à Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, existindo uma conjectura de organização nos crimes previstos nas als. a) a i) (Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro; terrorismo e organização terrorista; tráfico de armas; tráfico de influência; corrupção activa e passiva; peculato; participação económica em negócio; branqueamento de capitais; associação criminosa), enquanto no que concerne aos restantes crimes, das als. j) a n) (contrabando; Tráfico e viciação de veículos furtados; lenocínio e tráfico de menores; contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda), a lei só é aplicável se estes crimes forem praticados de forma organizada.

1.3 Nova Criminalidade

No último quartel do século XX e no dealbar do século actual tem-se assistido a uma crescente internacionalização da criminalidade organizada e ao aparecimento de novos tipos de criminalidade. O elemento-chave para a compreensão destes factos é sem dúvida, a globalização¹⁹.

A abertura de fronteiras, com vista a facilitar a transição de mercadorias, capitais, pessoas e serviços em todo o globo e o “recurso a tecnologia sofisticada sustentada em meios informáticos de última geração”²⁰, provocaram o aumento do comércio mundial, mas também permitiram um crescimento das actividades criminosas.

Tradicionalmente, ao crime organizado atribuía-se “o modelo clássico da Máfia com uma estrutura integrada, verticalmente caracterizada por laços hierárquicos rígidos com uma autoridade e controle claramente definidos”²¹. No entanto, com a globalização económica, nasce uma nova criminalidade organizada, em que os criminosos se transformam em estrategistas calculistas, procurando adquirir o maior lucro, mas com o menor risco possível.

¹⁸ A Lei 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de combate ao terrorismo) revoga o art. 300.º do CP (organizações terroristas) e o art. 301.º do CP (terrorismo).

¹⁹ Quanto a globalização, Anthony Giddens, *O mundo na era da globalização*, 6.ª Edição, Lisboa: Editorial Presença, 2006.

²⁰ JOÃO DAVIN, *A criminalidade organizada...*, pp. 11-12.

²¹ JOSÉ SANTOS CABRAL, *Uma Incursão...*, p. 14.

Esta nova criminalidade destaca-se da criminalidade tradicional²², pelas seguintes características: distanciamento entre as vítimas e o autor do crime, ou seja, as vítimas não se encontram num só local ou país; possuem um alto grau de operacionalidade; as organizações requisitam os serviços de profissionais com excelente qualificação, em que estes possuem os equipamentos mais sofisticados do mercado. Outra característica que deve ser ressaltada, sendo talvez a característica mais expressiva, é a transnacionalização da criminalidade organizada, em que os criminosos passam a ter uma maior mobilidade, podendo desta forma actuar em vários pontos do mundo.

A transferência de informações torna-se mais rápida, evitando “a acumulação de suportes físicos relativos a actividades ilícitas nas mãos dos delinquentes, eliminando meios de prova importantes para os órgãos policiais encarregados da repressão”²³.

Com os avanços da tecnologia das comunicações e informações no espaço global e a sofisticação crescente do sector bancário, o crime de branqueamento de capitais²⁴ tornou-se um dos crimes mais visíveis da nova criminalidade.

Sobre o crime de branqueamento de capitais é importante conceituar que “lavar dinheiro” significa transformar os rendimentos ilegais provenientes das actividades criminosas (essencialmente do tráfico de droga, de armas e, em geral, do crime organizado) em activos aparentemente legais, a fim de poderem ser integrados no sistema financeiro legítimo.

Para os países que têm uma regulamentação e medidas de controlo mais fracas no sector financeiro é extremamente complicado controlar os fluxos financeiros e a circulação de capitais, isto porque, as organizações criminosas não se confinam somente a uma actividade ilícita, chegando inclusive a investir simultaneamente em actividades lícitas. Para além disso, estas organizações dispõem de elevados recursos financeiros cuja injeção, através de formas de branqueamento, se torna fundamental para a economia desses países e uma possível mudança provocaria graves danos.

Importante destacar que os paraísos fiscais e bancários²⁵ são preferencialmente escolhidos pelos criminosos para cometerem o maior número de crimes de lavagem de dinheiro. Nesses “paraísos” são oferecidas inumeráveis vantagens às organizações

²² A criminalidade tradicional é também denominada por criminalidade de massa. Quanto à criminalidade de massa, HUGO GUINOTE, “Respostas Tático-Policiais ao fenómeno da droga”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de massa. Interferências e Ingerências Mútuas*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.124-126.

²³ JOSÉ SANTOS CABRAL, *Uma Incursão...*, p. 14.

²⁴ O branqueamento de capitais é uma das formas mais frequentes de crime económico e financeiro. Entende-se, de um modo geral, por crime económico e financeiro, toda a forma de crime não violento que tem como consequência uma perda financeira. Este crime engloba uma vasta gama de actividades ilegais, como a fraude, a evasão fiscal e o branqueamento de capitais.

²⁵ A Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro menciona os países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada.

criminosas: um sigilo bancário e reduzida tributação de lucros²⁶, tratados fiscais favoráveis a não residentes²⁷, baixo custo de instalação de empresas de offshore²⁸, entre outras.

Como combate a esta criminalidade, GUEDES VALENTE²⁹ realça que uma das formas de prevenir o perigo oriundo das actividades criminosas passa por centrar na polícia o controlo e a fiscalização das actividades licenciadas pelo Estado (os sectores da industria, da imigração, da exploração de estabelecimentos de restauração e hotelaria, da banca, do desporto, entre outros), visto que à polícia compete a defesa e garantia da legalidade democrática, dos direitos e da segurança (interna) de todos os cidadãos, não só num espaço nacional mas também num espaço europeu e transnacional.

Apesar do crime de “lavagem de dinheiro” ser um dos crimes com maior visibilidade da nova criminalidade, é importante referir algumas “novas formas de criminalidade, ou de velhas formas adaptadas aos novos tempos”³⁰. Crimes como cibercriminalidade³¹, corrupção, tráfico de pessoas, tráfico de órgãos, tráfico de droga, pirataria (no mar³², informática, nas estradas), crimes contra o ambiente, fraude e falsificação internacional, roubos de obras de arte, pedofilia, etc.

No entanto, não nos devemos esquecer que outros crimes também prosperaram e tornaram-se mais sofisticados, a exemplo do terrorismo. Hoje em dia assiste-se “a um terrorismo internacional, suportado por várias redes, de carácter alegadamente religioso, apoiado em lógicas menos racionais e, conseqüentemente, mais imprevisíveis”³³.

Os Estados aperceberam-se que, face às novas ameaças, a noção de segurança deixou de estar ligada somente ao Estado e às questões internas, e passou a ser entendida como uma questão internacional.

Porém, a sociedade globalizada apenas despertou, infelizmente do pior modo, para a forma como as “bandeiras da eficácia e da eficiente prevenção caíem por terra, como

²⁶ A Suíça é considerada um paraíso fiscal devido aos níveis moderados de tributação e sigilo bancário.

²⁷ Nos Estados Unidos não ocorre cobrança de imposto de residente que tem capital emprestado em outro país, estimulando o investidor a aplicar os juros em sua economia.

²⁸ Em Portugal temos como exemplo, a Zona Franca Industrial da ilha da Madeira, que integra as actividades financeiras, industrial e comercial e é constituída por um conjunto de incentivos fiscais e financeiros de que podem beneficiar todas as empresas que ali se instalem.

²⁹ Cfr. GUEDES VALENTE, “A investigação do Crime Organizado. Buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de massa. Interferências e Ingerências Mútuas*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.160-161.

³⁰ JOSÉ SANTOS CABRAL, *Uma Incursão...*, p. 15.

³¹ No n.º 1 do art. 19.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, que aprova a lei do cibercrime, admite durante o Inquérito, o recurso às acções encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

³² A Resolução do Parlamento Europeu, de 23 de Outubro de 2008, sobre a pirataria no mar, considera que a “pirataria no alto mar representa uma ameaça crescente à vida humana e à segurança” em especial nas águas ao largo da Somália e salienta o aumento da pirataria noutras regiões do mundo, como o Canal de Moçambique e determinadas águas próximas da Índia. Esta Informação foi obtida através do Jornal Oficial da União Europeia n.º C 15E, de 21 de Janeiro de 2010, p. 61, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:015E:0061:0064:PT:PDF> em 30 de Outubro de 2011.

³³ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 48.

os acontecimentos de 11 de Setembro em Nova Iorque, de 11 de Março de 2004 e de 7 de Julho de 2005 de Londres³⁴ nos demonstraram. O que se torna bem perceptível para todos, é que estes trágicos acontecimentos anunciam “o fim dos paraísos territoriais, o fim dos santuários e um sentimento de angústia e de vazio”³⁵.

No nosso entender, os trágicos acontecimentos de 11 de Setembro de 2011 vieram demonstrar a vulnerabilidade do sistema internacional. Esta nova criminalidade “altamente organizada, complexa, violenta, transnacional, internacional – e que mais preocupa e fere o normal desenvolvimento do Homem”³⁶, tem provado que os instrumentos utilizados para enfrentar as novas ameaças são ineficazes e impotentes.

Atendendo a estes factos, os Estados tendem a organizar-se, criando uma rede de integração e cooperação a nível das instituições judiciais e das instâncias policiais de forma a definir estratégias globais em termos de luta contra o crime organizado e contra o terrorismo.

Neste contexto, além dos meios de obtenção de prova tradicionais ou formalizados, como são as escutas telefónicas³⁷ e as buscas domiciliárias³⁸, que são normalmente utilizadas na recolha de provas, foram criados novos métodos especiais de recolha de prova³⁹, entre os quais a figura do agente infiltrado, tema do presente trabalho.

1.4 Adopção internacional da figura do Agente Infiltrado como medida de combate à criminalidade organizada internacional

A nova criminalidade, como referimos anteriormente, “dirige-se abertamente contra os fundamentos da civilização e da construção social da realidade subjacente ao processo penal do Estado de Direito”⁴⁰.

Por conseguinte, assumiu particular importância a definição de uma política criminal preventiva e repressiva, bem como dos instrumentos adequados à sua implementação.

³⁴ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2009, p. 396.

³⁵ JOSÉ SANTOS CABRAL, *Um Incursão...*, p. 104.

³⁶ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2.ª Edição, p. 397.

³⁷ Quanto a este assunto, GUEDES VALENTE, *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 57-132.

³⁸ Quanto a este assunto, GUEDES VALENTE, *Revistas e Buscas*, 2.ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 96-132.

³⁹ Destaca-se como novos métodos especiais de recolha de prova, as entregas controladas e vigiadas, a análise genética, os métodos de investigação computadorizados, vigilância electrónica, com realce para o uso de agentes infiltrados, entre outros métodos extraordinários.

⁴⁰ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “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, (Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro, Flávia Novera Loureiro), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 531.

É, neste contexto, que surge a figura do agente infiltrado, destinada a um eficaz combate à criminalidade organizada, considerada esta como uma séria ameaça à ordem democrática.

O recurso ao agente infiltrado, quer seja no âmbito de acções de prevenção ou de repressão criminal, é uma prática comum na maioria dos países.

Na Alemanha, o “Verdeckter Ermittler” foi instituído após a aprovação da Lei contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Outras Manifestações de Criminalidade Organizada de 22 de Setembro de 1992. Na Argentina, pela Ley 24.424 de 7 de Dezembro de 1994, que alterou a Ley 23.737 (*Ley de Estupefacientes*). Na França, o recurso ao “enquêteur clandestin” é permitido na investigação de crimes de tráfico de estupefacientes e armas, de acordo com a alínea 2 dos artigos L 627-7 (Código de Saúde Pública de 20 de Dezembro de 1991) e do art. 67 bis da Lei n.º 91-1264 (Código Aduaneiro de 19 de Dezembro de 1991).

No México, o “agente encubierto” está contemplado no art. 11.º de *la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* (LFDO), de 7 de Novembro de 1996. No Brasil, a figura do “agente infiltrado” surge, com a edição da Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, composto de apenas dois artigos, que alteram os artigos 1.º e 2.º da Lei 9.034, de 3 de Maio de 1995, inserindo dois incisos (IV e V) e um parágrafo no art. 2.º.

Em Espanha, o recurso ao agente infiltrado surge com a *Ley Organica* n.º 5/1999, de 13 de Enero. Através desta lei introduziu-se o artigo 282bis na *Ley del Enjuiciamiento Criminal*, que trata da natureza do agente infiltrado.

Já em Portugal, a primeira abordagem à figura do agente infiltrado emergiu pelo Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, no âmbito da prevenção e repressão do consumo e tráfico ilícito de drogas (Lei da Droga).

Contudo, no nosso entender, a análise do regime jurídico das acções encobertas tem necessariamente de ser efectuada tendo por base a análise conjugada da evolução da criminalidade organizada e da política global de respectivo combate.

Como tal, faremos uma referência sumária e cronológica de alguns diplomas internacionais que levaram à sedimentação interna da figura do agente infiltrado.

Desde logo, o RJAE harmoniza-se com a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal⁴¹, nomeadamente, no princípio da reciprocidade. Caso não fosse ampliado o âmbito de aplicação da acção encoberta, “nos termos da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia, teríamos de admitir acções encobertas em investigações

⁴¹ Cfr. Art. 160.º-B da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, que aprovou a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, aditado pela Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto.

transnacionais fora do tráfico de droga e fora da corrupção, o que seria, no mínimo, estranho admiti-lo para a cooperação internacional e não para as investigações puramente nacionais⁴².

Em 25 de Novembro de 1993, o Decreto do Presidente da República n.º 55/93, ratifica o Protocolo de Adesão do Governo da República Portuguesa ao Acordo Schengen de 14 de Junho de 1985, relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns e a adesão de Portugal à convenção de aplicação de 1990, a qual faz referência às entregas controladas (art. 73), de aplicação exclusiva ao tráfico de estupefacientes, não fazendo menção as acções encobertas.

Em 22 de Abril de 1996 foi adoptada pelo Conselho Europeu, com base no art. K.3 do Tratado da União Europeia, a Acção Comum 96/277/JAI⁴³, que institui um enquadramento para o intercâmbio de magistrados de ligação destinado a melhorar a cooperação judiciária entre os Estados membros da União Europeia⁴⁴.

A 29 de Junho de 1998, o Conselho Europeu, com base no art. K.3 do Tratado da União Europeia, adoptou as Acções Comuns 98/427/JAI⁴⁵ e 98/428/JAI⁴⁶, relativas, respectivamente, à criação de uma rede judiciária europeia e às boas prática do auxílio judiciário mútuo em matéria penal.

Em 16 de Outubro de 2001, por Decreto do Presidente da República n.º 53/2001, é ratificada a Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia, assinada em Bruxelas em 29 de Maio de 2000, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 63/2001, em 21 de Junho de 2001⁴⁷. No Título II (pedidos relativos a certas formas específicas de auxílio judiciário mútuo) da referida Convenção, mais precisamente, o art. 14.º, prevê expressamente as investigações encobertas e nos artigos 15.º e 16.º, respectivamente, a responsabilidade penal e civil dos agentes.

A 2 de Abril de 2004, por Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, é ratificada a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de Novembro de 2000, e aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, em 12 de Fevereiro de 2004.

⁴² ANTÓNIO COSTA, *in DAR*, I Série, n.º 99, de 22 de Junho de 2001, p. 3861.

⁴³ Jornal Oficial da União Europeia n.º L 105, 27 de Abril de 1996, pp. 1-2, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:105:FULL:PT:PDF> em 04 de Novembro de 2011.

⁴⁴ Este programa foi integrado numa estrutura em rede, denominada European Judicial Network.

⁴⁵ Jornal Oficial da União Europeia n.º L 191, 07 de Julho de 1998, pp.1-3, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0001:0003:PT:PDF> em 04 de Novembro de 2011.

⁴⁶ Jornal Oficial da União Europeia n.º L 191, 07 de Julho de 1998, pp. 4-7, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0004:0007:PT:PDF> em 04 de Novembro.

⁴⁷ Diário da República n.º 240 Série I Parte A de 16 de Outubro de 2001, p. 1.

Na supracitada Convenção, o art. 20.º dispõe, respectivamente, que cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições previstas no seu direito interno, deverá adoptar as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado as acções encobertas por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

A 21 de Setembro de 2007, por Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, é ratificada a Convenção contra a Corrupção, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, em 19 de Julho de 2007. Na referida Convenção, os artigos 49.º e 50.º, mencionam, respectivamente, as investigações conjuntas e as técnicas especiais de investigação, entre as quais as acções encobertas⁴⁸.

Após o Conselho de Tampere⁴⁹ e da adopção do “Programa Haia”⁵⁰ pelo Conselho Europeu, a União Europeia assegura uma das suas prioridades políticas: o espaço de liberdade, segurança e justiça.

Nesse sentido, o Plano de Acção do Conselho e da Comissão de aplicação do Programa da Haia sobre o reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia⁵¹ estabeleceu para o período entre 2005 a 2009 vários objectivos estratégicos, entre os quais: a luta contra o terrorismo (os Estados não deveriam limitar-se à sua própria segurança, mas à de todos os outros estados membros), fortalecimento ainda maior da cooperação policial, a fim de que qualquer espécie de crime pudesse ser detectada pelas lentes da União, existência em todos os âmbitos da União, por meio da construção da confiança mútua entre os Estados, da cooperação judiciária em matéria penal, do reconhecimento mútuo e da aproximação das legislações.

Também, por Decisão do Conselho, de 12 de Fevereiro de 2007, é criado para o período de 2007 a 2013, no âmbito do Programa Geral sobre Direitos Fundamentais e Justiça, o programa específico «Justiça penal»⁵². O Programa representa uma resposta ao combate da criminalidade organizada transfronteiriça e a outras formas graves de criminalidade, e tem como objectivos gerais a cooperação judiciária com o intuito de contribuir para a criação de um verdadeiro espaço de justiça em matéria penal, baseado

⁴⁸ Diário da República, I Série, n.º 183 de 21 de Setembro de 2007, p. 6697.

⁴⁹ O Conselho Europeu reuniu, extraordinariamente, em Tampere, Finlândia, nos dias 15 e 16 de Outubro de 1999, ficando consagrada à criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia.

⁵⁰ O Programa de Haia sucede ao Programa de Tampere, e foi adoptado pelo Conselho Europeu de 5 de Novembro de 2004, que determinou o reforço da liberdade, segurança e justiça, estabelecendo a agenda política da U.E para os próximos 5 anos.

⁵¹ Jornal Oficial da União Europeia n.º C 198, 12 de Agosto de 2005, pp. 1-22, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:198:0001:0022:PT:PDF> em 05 de Novembro de 2011.

⁵² Jornal Oficial da União Europeia n.º L 58, 24 de Fevereiro de 2007, pp. 13-18, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:058:0013:0018:PT:PDF> em 05 de Novembro de 2011.

no princípio do reconhecimento e da confiança mútuos, o reforço da coordenação das investigações e o aumento da compatibilidade dos sistemas judiciais existentes nos Estados-Membros da União Europeia (art. 2).

Todos estes instrumentos (programas e planos de acção) adoptados têm como principal objectivo combater o “inimigo” das sociedades democráticas, onde se destaca a acção encoberta, como medida de investigação.

1.5 A introdução do Agente Infiltrado na lei portuguesa

O agente infiltrado foi introduzido no ordenamento jurídico interno pelo DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro, no âmbito da prevenção e repressão do consumo e tráfico ilícito de drogas (Lei da Droga). O art. 52.º deste diploma legal, sob a epígrafe “Conduta não punível”, estabelecia que “1-Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. 2- O relato de tais factos será junto ao processo no prazo máximo de 24 horas”.

O DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro veio introduzir alterações à Lei da Droga. No entanto o art. 52.º não sofreu alterações (agora sob o art. 59.º). Uma das inovações deste diploma está patente no art. 51.º n.º 1, que compara o tráfico de drogas, para efeitos de processo penal, a “casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada”.

O recurso ao agente infiltrado foi posteriormente autorizado no âmbito da prevenção e repressão à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, com a promulgação da Lei n.º 36/94 de 29 de Setembro. O art. 6.º n.º 1 conjugado com o art. 1.º n.º 1, deste diploma legal, estipulou que “é legítimo, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de actos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes...” de corrupção, peculato e participação económica em negócio, administração danosa de unidade do sector público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada com recurso à tecnologia informática e infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional. Por sua vez, o n.º 2 do art. 6.º estabelecia que os actos de colaboração ou instrumentais dependiam sempre da “prévia autorização da autoridade judiciária competente”.

A Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, aumentou por sua vez o âmbito de actuação do agente infiltrado. Essa ampliação é logo perceptível no art. 59.º do DL n.º 15/93, tendo

este artigo sofrido uma nova redacção, alterando desde logo, a sua própria epígrafe, de “Conduta não punível” para “Condutas não puníveis”, que é a seguinte:

“1- Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal ou de 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”.

O art. 2.º da Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, veio acrescentar ainda ao DL n.º 15/93 o art. 59.º-A (Protecção de funcionário e de terceiro infiltrado). O n.º 1 deste artigo, prescreve que “ A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 4 do artigo anterior se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios”. O n.º 2 veio estabelecer que “A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante registo prévio, na posse da Polícia Judiciária”.

Nos termos do n.º 3 deste artigo, estabelece que “No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do funcionário ou do terceiro infiltrados, observará sempre o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 87.º do Código Processo Penal⁵³”.

De salientar que foi a Lei n.º 45/96 que introduziu em Portugal “um regime minimamente elaborado sobre o “agente encoberto”. Esse regime foi incluído no âmbito da investigação criminal, sendo reservado, directa ou indirectamente, à Polícia Judiciária”⁵⁴.

Esta Lei veio admitir, também pela primeira vez, a interferência de terceiro (agente não policial) no combate dos crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias

⁵³ A segunda parte do n.º 1 do art. 87.º do CPP estabelece que: “Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente pode, porem, o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade”.

⁵⁴ RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, *in Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 24.

psicotrópicas. Explana ainda que o agente infiltrado é utilizado para fins de prevenção ou repressão criminal, sendo desta forma o seu recurso legítimo, “ante o disposto no n.º 8 do artigo 32.º da Constituição”⁵⁵.

Presentemente, é a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que está em vigência, e que revogou expressamente os artigos 59.º e 59.º-A da Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e o art. 6.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e concomitantemente estabeleceu o “Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal”⁵⁶.

No que concerne a este Regime, o mesmo será analisado mais detalhadamente, no terceiro capítulo.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. art. 1.º, n.º 1 da Lei 101/2001, de 25 de Agosto.

CAPÍTULO II – O AGENTE INFILTRADO NA DOCTRINA PORTUGUESA

2.1 Nota Introdutória

Efectuada a análise sobre o conceito de criminalidade organizada, das formas que a nova criminalidade assumiu nos últimos anos e do aparecimento e sedimentação do agente infiltrado no ordenamento jurídico português, cumpre agora tecer algumas observações sobre o agente infiltrado na doutrina portuguesa.

Nesse sentido, iremos reflectir sobre o conceito desta figura em relação às demais, bem como da sua admissibilidade no ordenamento jurídico português.

Para conseguirmos alcançar este objectivo recorrer-se-á não só à doutrina e jurisprudência nacional mas também à estrangeira⁵⁷.

Inicialmente, o nosso intento será o de fazer a distinção das figuras em que há a ocultação de identidade e que podem ser assumidas pelo investigador. Como tal, iremos adoptar a estruturação realizada por MANUEL MEIREIS, que entende a existência de três modalidades distintas de “homens de confiança” que se podem “relacionar com o criminoso sem revelar a sua qualidade: o **agente provocador**, o **agente infiltrado** e o **encoberto**”⁵⁸, tendo como critério de distinção “o grau de ingerência dos agentes da autoridade na esfera jurídica dos particulares”⁵⁹ e nos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

Porém, é de referir que também estamos de acordo com COSTA ANDRADE que, na esteira de MEYER, adopta um conceito extensivo dos “homens de confiança “que abrange “(...) todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade”⁶⁰.

O autor inclui neste conceito os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) e agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia, “que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (Polizeispitzel, detection), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (polizeiliche Loockspitzel, agente provocateur, entrapment)”⁶¹.

⁵⁷ Em relação a doutrina estrangeira, daremos mais ênfase a doutrina espanhola dada a sua proximidade geográfica com o nosso país.

⁵⁸ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas...*, p. 162, (negritos nossos).

⁵⁹ *Idem*, p. 163.

⁶⁰ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de Prova em processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 220.

⁶¹ *Ibidem*.

Como se pode verificar, os primeiros correspondem aos agentes infiltrados ou encobertos e os segundos aos agentes provocadores.

Por último, examinaremos a admissibilidade da actuação do agente infiltrado como instrumento de combate à criminalidade.

2.2 Conceito dos “Homens de Confiança”

2.2.1 Os Agentes Infiltrados

Utilizada nas chamadas operações *undercover*, a figura do agente infiltrado está consagrada no nosso ordenamento jurídico através da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, RJAE. Uma primeira aproximação ao conceito de agente infiltrado pode ser retirada do n.º 2 do art. 1.º deste diploma, cuja redacção dispõe que são sujeitos das acções encobertas os “funcionários de investigação criminal ou terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para a prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”.

A partir deste diploma ISABEL ONETO define o agente infiltrado como “o agente policial, ou terceiro sob a orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas actividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar factos típicos sem, contudo, os poder determinar”⁶².

Já AUGUSTO MEIREIS considera o agente infiltrado como “aquele agente da autoridade, ou cidadão particular que actue de forma concertada com a polícia, e que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou então simplesmente para a obtenção da notícia do crime, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for, de forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe”⁶³.

Para este autor, o agente infiltrado, ao contrário do agente provocador, através da sua actuação limita-se apenas a obter a confiança do(s) suspeito(s), “tornando-se aparentemente num deles, para, desta forma, ter acesso a informações, planos,

⁶² ISABEL ONETO, *O Agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 150.

⁶³ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “Homens de Confiança” in *Crise na Justiça. Reflexões e Contributos do Processo Penal. Actas do colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*, (Direcção e Coordenação Branca Martins da Cruz), Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007, p. 82.

processos, confidências... que, de acordo com o seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação”⁶⁴.

Nesta linha, o Tribunal Constitucional, considerou que “O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue⁶⁵ o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária”⁶⁶.

GUEDES VALENTE também adere ao conceito de agente infiltrado proposto por AUGUSTO MEIREIS, com a excepção de que, o agente infiltrado é o funcionário de investigação criminal ou terceiro (p.e., o cidadão particular) sob controlo da PJ. Acrescenta ainda que todas as informações obtidas por este têm “finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal”⁶⁷. Contudo, o Autor salienta que o agente infiltrado pode “colaborar na actividade criminosa desenvolvida pelos respectivos agentes, prestando-lhe, designadamente auxílio material ou moral (art. 26 do CP), ou até mesmo actos de execução do crime, até certo limite”⁶⁸, porém, ressaltando que tal colaboração “só é lícita se a actividade criminosa estiver já em curso”⁶⁹.

O agente infiltrado durante a sua actuação deve, por definição, manter-se como “um ente passivo que observa para reproduzir na sede própria – inquérito ou julgamento – e, desta feita, permitir que se faça a prova exigida para cada fase processual”⁷⁰.

No entanto, durante a acção encoberta, o agente pode participar na execução das actividades criminosas, desde que, aquando da sua chegada, as mesmas já se encontrem em execução ou na iminência de ocorrerem. Em suma, o agente infiltrado não deve determinar ou instigar outrem à prática do crime.

Na mesma linha de raciocínio, GERMANO MARQUES DA SILVA sustenta que os agentes “infiltrados não participam na prática do crime; a sua actividade não é constitutiva do crime, mas apenas informativa, e, por isso, é de admitir que, no limite, i. e., em casos excepcionais, se possa recorrer a estes meios de investigação”⁷¹.

⁶⁴ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas...*, p. 164.

⁶⁵ É instigador quem, nos termos da 3.ª parte do art. 26 do CP, “*dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*”.

⁶⁶ Ac. TC n.º 578/98, Processo n.º 835/98, Relator Messias Bento, consultado em <http://www.pgdlisboa.pt> em 14 de Novembro de 2011.

⁶⁷ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2.ª Edição, p. 403.

⁶⁸ *Idem*, p. 404, negritos retirados, parênteses nossos.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “Homens de confiança: será o caminho?” in *II congresso de processo penal – Memórias*, (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006, p. 95.

⁷¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, p. 69.

Em seu entender, no limite significava que “quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à justiça criminal cabe tutelar”⁷².

Outra autora que recentemente abordou o tema, SANDRA PEREIRA define o agente infiltrado como “aquele sujeito (agente da autoridade ou terceiro por si comandado) que não determina outrem à prática do crime, mantendo-se à margem da formação da vontade de cometer o ilícito criminal. Limitar-se-á a observar a eventual prática de crimes e, se necessário, acompanhará a execução dos mesmos”⁷³.

Em Espanha, JOSÉ M. RIFÁ SOLER⁷⁴ considera que o agente infiltrado é um agente da PJ que está legalmente autorizado a participar nos meandros da criminalidade organizada, porém a sua actuação na participação do crime deve assentar unicamente na necessidade.

Para o Autor é importante ponderar novas formas de luta contra este tipo de delinquência, visto que ela está munida de meios técnicos e económicos de considerável envergadura e cuja actuação é normalmente de âmbito transnacional.

Já ADÁN GONZALEZ-CASTELL, num estudo intitulado “EL AGENTE INFILTRADO EN ESPAÑA Y PORTUGAL, Estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales”, considera que a característica fundamental do agente infiltrado “consiste en la ocultación de la verdadera identidad del sujeto, que adopta una nueva identidad ficticia con el objetivo fundamental de establecer una relación de confianza e intimidad com los presuntos delincuentes que le permita obtener informacion que sirva para la persecución penal de los mismos”⁷⁵.

Este Autor enumera algumas diferenças fundamentais existentes na regulação legal do agente infiltrado em Espanha: a actuação como agente infiltrado “solo puede ser ocupada por un funcionario de policía”⁷⁶, ou seja, não é admitido o terceiro como agente infiltrado, e a utilização desta técnica de investigação excepcional só é admissível na “delincuencia organizada”⁷⁷.

Ante todo o exposto, entendemos que o agente infiltrado enquanto inserido na organização criminosa, deve limitar-se à mera observação das actividades desta,

⁷² *Idem*, p. 70.

⁷³ SANDRA PEREIRA, “A recolha de prova por agente infiltrado” in *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coordenadores), Lisboa: Almedina, 2010, p. 143.

⁷⁴ JOSÉ M. RIFÁ SOLER, “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, in *Revista del Poder Judicial*, nº 55, CGPJ, 1999, p. 164.

⁷⁵ ADÁN CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, “El agente infiltrado en España y Portugal: estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa*, (Coord. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE), Coimbra: Almedina, 2009, p.187.

⁷⁶ *Idem*, p.191.

⁷⁷ *Idem*, p.197.

participando, quando necessário, nas actividades criminosas que já se encontravam em curso aquando de sua chegada; ou, ao máximo, de condutas típicas insinuadas e preparadas inteiramente pelos reais membros da organização.

A ideia das acções criminosas deve sempre partir dos investigados e nunca do investigador; ou, em outras palavras, “a interferência do agente não pode ser essencial nem determinar a prática do crime”⁷⁸.

Caso o agente ultrapasse os limites de sua função, vindo a influenciar decisivamente o comportamento dos investigados, e alterando-lhes a predisposição acerca do cometimento de crimes⁷⁹, passa-se a afrontar a conduta do infiltrado não mais sob a óptica de agente infiltrado, mas, sim de agente provocador.

Apesar do nosso sistema jurídico admitir⁸⁰ a utilização do agente infiltrado na investigação de alguns crimes⁸¹, defendemos que, por se tratar de uma “técnica de investigação de moral duvidosa”⁸², uma vez que se situa numa zona de potencial conflito em liberdades e direitos fundamentais pessoais (tais como a intimidade, a inviolabilidade das comunicações, das correspondências, e do próprio domicílio), este recurso só deve ser usado em casos excepcionais, ou seja, quando “todos os outros meios de obtenção de prova não forem suficientemente capazes e eficazes para a descoberta da verdade e obtenção da prova”⁸³.

Acrescentamos, ainda, que a sua legitimidade deve estar sujeita ao princípio da proporcionalidade *lato sensu* na sua visão tríplice: princípio da adequação, princípio da necessidade, este princípio “impõe que se obedeça aos vértices do princípio da subsidiariedade (*última ratio*)”⁸⁴ e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*⁸⁵.

2.2.2 Os Agentes Provocadores

A figura do Agente provocador tem sua origem ligada ao período do absolutismo francês, mormente à época do Rei Luís XIV⁸⁶, o qual, com o objectivo de fortificar ainda

⁷⁸ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado...*, p. 27.

⁷⁹ ISABEL ONETO considera que “a actuação de um agente encoberto ultrapassa os limites do admissível quando alguém está de tal forma em seu poder que não pode deixar de se vergar à sua vontade”. Cfr. ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p. 98.

⁸⁰ A admissibilidade do agente infiltrado será desenvolvida no ponto 2.3 deste capítulo.

⁸¹ O art. 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, estabelece os crimes em que é admissível o recurso ao agente infiltrado.

⁸² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES, FERNANDO GONÇALVES, *Lei e Crime – O agente infiltrado versus o agente provocador: Os princípios do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 267.

⁸³ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2.ª Edição, p. 398.

⁸⁴ *Ibidem* (parênteses nossos).

⁸⁵ Quanto a estes princípios, GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2.ª Edição, pp. 143-150.

⁸⁶ EDUARDO ARAÚJO DA SILVA, *Crime organizado – procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

mais o *Ancien Régime*, criou a figura do chamado *agent provocateur*⁸⁷ ou, segundo Alves Meireis, “os primeiros agentes provocadores da história europeia”⁸⁸.

Porém, na doutrina e jurisprudência não tem sido clara a distinção entre agente infiltrado e agente provocador.

Segundo AUGUSTO MEIREIS, o agente provocador caracteriza-se como “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”⁸⁹.

Para o Autor “a hipotética prova a recolher pelo provocador, não é uma prova constituída, nem sobre os factos passados, mas uma prova a constituir e sobre factos que apenas no momento da resposta à solicitação da provação existirão; ou seja, a actividade probatória que poderá decorrer da provocação não se destina a factos passados que o provocador vem por a descoberto mas, antes, a factos futuros que o suspeito vai praticar numa relação de causa e efeito face à provocação. Neste sentido, e ao nível substantivo, o agente provocador não se distinguiria significativamente de um instigador; a única diferença entre eles residiria no facto de o provocador ser um instigador sem o dolo da consumação”⁹⁰.

Na mesma linha de raciocínio, GUEDES VALENTE, M. JOÃO ALVES e FERNANDO GONÇALVES assinalam que o “agente provocador pretende submeter outrem a um processo penal e, em última instância, a uma pena, actuando conseqüentemente com vontade e intenção de, através do seu comportamento, determinar outra pessoa à prática do crime, agindo com dolo ao determinar outra pessoa à prática de um crime, ele age, também, com dolo relativamente à realização do crime”⁹¹.

COSTA ANDRADE considera o “agent provocateur”, como aquele que, de algum modo, precipita o crime: “instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos”⁹².

GERMANO MARQUES DA SILVA, no que respeita ao agente provocador, apresenta duas argumentações assentes em diferentes concepções da sociedade, uma aristocrática e outra democrática.

Em seu entender, só numa “concepção aristocrática da sociedade pode considerar-se a provocação ao crime como método legítimo para combate da criminalidade, ao aceitar-se que há pessoas que por natureza são inaptas para o bem e para o respeito da

⁸⁷ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p. 21.

⁸⁸ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas...*, p. 20.

⁸⁹ *Idem*, p. 155.

⁹⁰ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “Homens de confiança: será o caminho?” *in II congresso ...* p. 97.

⁹¹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES, FERNANDO GONÇALVES, *Lei e Crime...*, p. 256.

⁹² MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de Prova...*, p. 221.

lei e, por isso, que a provocação actua como uma espécie de laboratório para as descobrir. A apetência para o mal, para o crime, está de tal forma radicada na personalidade do indivíduo que a provocação é apenas uma causa secundária da sua prática⁹³.

Na concepção democrática, admitindo a fraqueza do ser humano, considera que a provocação, embora não revele a apetência natural para o crime “pode fazer vacilar aquele que, como qualquer de nós sendo capaz de roçar os limites do ilícito, não os ultrapassa espontaneamente, não comete o crime senão por causa da provocação”⁹⁴.

Para o autor “a provocação não é apenas *informativa*, mas sobretudo *formativa*, não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso e, por isso, é contrária à própria finalidade da investigação, uma vez que gera o seu próprio objecto”⁹⁵.

O criminoso pratica o crime que para tal foi induzido, tendo sido a sua vontade criminosa desencadeada pela actuação do agente provocador⁹⁶.

Em Espanha, é de assinalar a posição de ADÁN GONZALEZ-CASTELL que considera o agente provocador como uma figura absolutamente “reprochable por cuanto que no solo informa del delito sino que también anima al criminal a cometerlo, por lo que consideramos que podría ilegar a viciarse la voluntad del delincuente que no nace de una forma libré y espontánea sino que se ve animado a cometer el delito”⁹⁷.

Tendo como base a doutrina exposta pelos diversos autores, defendemos que o agente provocador é um verdadeiro instigador⁹⁸ do crime, uma vez que, dolosamente determina outrem à prática de um crime, isto é, se não fosse a sua intervenção o crime não seria praticado. Desta forma, pode afirmar-se que o agente provocador tem por função fazer nascer ou intensificar a deliberação criminosa.

Em Portugal, a figura do agente provocador não é admissível, como tal, a sua actuação e provas obtidas por este são ilícitas e violam claramente o princípio democrático⁹⁹, ou seja, “... o da suprema dignidade da pessoa humana e o da igualdade de todos os cidadãos, igualdade perante a lei, de direitos e deveres, mas também e

⁹³ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados e arrependidos. Os princípios Democrático e da Lealdade em processo penal”, in *Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*, Vol. III, Tomo II, 1994, p. 29.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Cfr. SUSANA AIRES DE SOUSA, “L’ agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1207 e ss.

⁹⁷ ADÁN CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, “El agente infiltrado en España y Portugal...”, p. 195.

⁹⁸ Nos termos da 3.ª parte do art. 26.º do CP, é instigador quem “*dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*”.

⁹⁹ Quanto à violação do princípio democrático, por parte do agente provocador, MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, TOMO I, 3.ª Edição Revista, Actualizada e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 533-535.

essencialmente, igualdade de natureza, de dignidade”¹⁰⁰. Como também viola o princípio da lealdade¹⁰¹, recorrendo uma vez mais às palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, a lealdade “não é uma norma jurídica autónoma, é sobretudo de natureza essencialmente moral, e traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos das pessoas e a dignidade da justiça, ...”¹⁰².

Num Estado de direito como o nosso, “a eficácia e a eficiência jamais poderão ser alcançadas com o sacrifício dos direitos, liberdades e garantias do cidadão”¹⁰³, porque, como salienta GERMANO MARQUES DA SILVA “a ordem pública é mais perturbada com a violação das regras fundamentais da dignidade da pessoa humana e da rectidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, pois são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos, por não descobertos, sejam quais forem os métodos de investigação”¹⁰⁴.

A figura do agente provocador, como já referimos, não é admissível face à ordem jurídica portuguesa. Como tal, a sua conduta enquadra-se no n.º 8 do art. 32.º da CRP que estabelece a nulidade de “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”.

As provas obtidas através da actuação do agente provocador são consideradas provas proibidas, por inaceitáveis face ao art. 125.º do CPP, ao estabelecer que, apenas, “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” e se enquadrarem no quadro do art. 126.º do CPP.

A utilização desta figura configurará normalmente um meio enganoso¹⁰⁵, sendo, como tal, reconduzível à categoria dos métodos proibidos, nos termos do art.126.º, n.º 2, al. a), do CPP, sendo por isso, nulas as provas, não podendo ser utilizadas, conforme o prescrito no n.º 1 do art. 126.º do CPP.

Nesta linha de pensamento, tem sido conduzida alguma da nossa jurisprudência¹⁰⁶ e algumas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁰⁷.

¹⁰⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados...”, p. 28.

¹⁰¹ Quanto à violação do princípio da lealdade por parte do agente provocador, MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...*, pp. 535-538.

¹⁰² GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados...”, p. 30.

¹⁰³ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral...*, 2.ª Edição, p. 410.

¹⁰⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Ética Policial...*, pp. 68.

¹⁰⁵ Sobre a significação do que seja meio enganoso, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, p. 234, aduz: “Não será, na verdade, difícil identificar situações em que os meios enganosos significam uma compreensão da liberdade tão drástica e intolerável como a resultante dos maus tratos ou das demais formas de coacção”.

¹⁰⁶ Quanto a jurisprudência que não aceita a intervenção do agente provocador, cfr. Acórdão nº 9060/2006-3 do TRL, 29 de Novembro de 2006; Acórdão n.º 370/04.1JELSB.E1 do TRÉ, de 20 Setembro de 2011;

A jurisprudência nacional, em relação à utilização dos agentes provocadores, tem entendido conforme o Acórdão n. 9060/2006-3 do TRL, de 29 de Novembro de 2006: “Se a transacção de droga foi desencadeada/determinada pela PJ, tendo sido utilizado agente provocador, a prova obtida é nula, por inadmissível, por ter sido utilizado meio enganoso, proibido por lei, já que afecta a liberdade de vontade ou de decisão dos arguidos em causa. A actividade do agente provocador não pode deixar de ser considerada ilícita e, por isso, as provas assim obtidas são provas proibidas, por inadmissíveis face, desde logo, ao art. 125.º do Código de Processo Penal, ao estabelecer que, apenas, *são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*”¹⁰⁸.

Em relação ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, este tem compreendido que a utilização dos agentes provocadores infringe o disposto no art. 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na parte que refere: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativamente (...) por um tribunal (...) o qual decidirá (...) sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

No nosso país vizinho também não é permitido o recurso do agente provocador. De acordo com o n.º 5 do art. 282.º bis *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, o agente infiltrado está isento da responsabilidade criminal, “siempre que guarden la debida proporcionalidad com la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito (...)”¹⁰⁹.

No nosso entender, é inadmissível que um Estado de Direito utilize tudo e qualquer meio e métodos ao seu dispor para deter os infractores. Recorrendo aos ensinamentos de GUEDES VALENTE, “os fins não podem e, muito menos, devem em um Estado de Direito democrático justificar os meios e métodos”¹¹⁰.

Como tal, defendemos que a utilização de agentes provocadores, por não respeitarem os princípios do Estado de direito democrático, *v. g.*, democrático e lealdade, todas as provas obtidas por estes, jamais devem ser aceites, nem mesmo desculpáveis, a não ser para proceder criminalmente contra quem as produziu, com base no n.º 4 do art. 126.º do CPP.

Acórdão nº 05P3349, do STJ, 30 de Novembro de 2005; Acórdão nº 02P4510, do STJ, 20 de Fevereiro de 2003, consultados em <http://www.dgsi.pt/> em 08 de Dezembro.

¹⁰⁷ Quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cfr. *Ludi contre Suisse*, 1992; *Delcourt c. Belgique*, 1970; *Teixeira de Castro c. Portugal*, 1998.

¹⁰⁸ Cfr. Acórdão n. 9060/2006-3 do TRL, de 29 de Novembro de 2006, consultado em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/> em 09 de Dezembro de 2011.

¹⁰⁹ ADÁN CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, “El agente infiltrado en España y Portugal...”, p. 195.

¹¹⁰ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2.ª Edição, p. 410.

2.2.3 Os Agentes Encobertos

O agente encoberto é a última figura que nos propusemos estudar como figura próxima do agente infiltrado.

De acordo com AUGUSTO MEIREIS, a grande distinção entre a figura do agente encoberto e as outras figuras, as quais já demos conta neste mesmo capítulo, “será sempre o do grau de ingerência dos agentes da autoridade na esfera jurídica dos particulares e, à guisa de finalização, nos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão”¹¹¹.

Para este autor, a principal característica do agente encoberto é “a sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa”¹¹², ou seja, o agente encoberto encontra-se no lugar do crime de maneira não premeditada, mas ocasionalmente, “estava naquele lugar àquela hora como poderia estar outro agente qualquer ou outro cidadão qualquer; mas isso foi suficiente para presenciar um crime, ou para o desencadear”¹¹³.

Nesse sentido, o agente encoberto pode ser um agente da autoridade (PJ, PSP ou GNR) ou um terceiro à sua ordem que, sem relevar a sua identidade, frequenta lugares conotados com o crime, v. g., cafés, estações de caminhos-de-ferro, supermercados, farmácias, bares, postos de abastecimentos, e demais lugares abertos ao público, com a intenção de recolher possíveis indícios relevantes, mas cuja presença e cuja qualidade “não determinam nem influenciam de forma alguma o rumo dos acontecimentos; naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma; aqui o risco corre, no todo, por conta do delinquente (...) o agente encoberto nunca teve nem o domínio absoluto nem o domínio funcional do facto”¹¹⁴.

Acompanhando AUGUSTO MEIREIS, GUEDES VALENTE assinala que o agente encoberto, durante a sua actuação, “não necessita de autorização judicial, porque não actua ao lado dos agentes do crime a investigar e a prevenir, encontra-se à espera que a infracção ocorra para deter os agentes do crime”¹¹⁵, destacando, ainda, que o agente encoberto não se cinge a um catálogo de crimes, ao contrário do agente infiltrado que tem de acatar o que está prescrito no art. 2.º da lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

A utilização desta figura não coloca em causa as garantias do processo penal nem os direitos fundamentais previstos no art. 18.º da CRP. Desta feita, a actuação do agente encoberto, e recorrendo, às palavras de AUGUSTO MEIREIS, “é totalmente lícita e legalmente admitida ao abrigo do princípio da oficialidade e da investigação e da

¹¹¹ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 163.

¹¹² *Idem*, p. 192.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Idem*, pp.192-193.

¹¹⁵ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2ª Edição, p. 401.

liberdade e atipicidade dos meios de prova não proibidos (artigo 125.º do CPP) ¹¹⁶, como tal, “nada impede que a prova seja aceite e valorada livremente pelo tribunal”¹¹⁷.

No nosso entendimento, o agente encoberto é essencial para o exercício das competências previstas da PSP, GNR, e dos demais OPC, em matéria de investigação criminal, conforme os artigos 3.º, 6.º, 7.º e 8.º da Lei n.º 49/2008¹¹⁸, de 27 de Agosto.

O recurso ao agente encoberto faz parte do conjunto de métodos de obtenção de prova, que podem ser utilizados para a prevenção e investigação criminal, como tal, “trata-se de uma verdadeira medida de profilaxia criminal”¹¹⁹.

2.3 A admissibilidade do Agente Infiltrado

Uma vez delimitado o conceito de agente infiltrado, há que aferir a admissibilidade desta figura face às disposições legais e constitucionais aplicáveis ao processo penal.

Num processo penal de estrutura acusatória temperado pelo princípio da investigação como o português, entende-se que este não se deve desenvolver a qualquer preço. Como tal, para que se garanta um processo judicial adequado e, em última análise, a própria credibilidade e eficácia da justiça, é indispensável que sejam respeitados os direitos fundamentais do investigado.

Assim, e sendo Portugal um Estado Democrático de Direito, em que tanto o poder de criar as leis quanto o de aplicá-las na persecução penal estão submetidos à Lei Fundamental, o emprego do agente infiltrado como técnica de investigação excepcional de prova no processo penal tem que respeitar as garantias individuais oferecidas pela nossa Constituição da República¹²⁰.

Na mesma linha de raciocínio, afirmam GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES e FERNANDO GONÇALVES que “as técnicas de obtenção de meios de prova em processo penal têm de promover a materialização dos princípios e dos direitos próprios de um estado de direito democráticos, ou seja, devem materializar o princípio democrático como forma de legitimação do poder”¹²¹.

Também no sentido da admissibilidade do agente infiltrado pronuncia-se COSTA ANDRADE. Entende este autor que o recurso a esta figura é inadmissível sempre que a sua intervenção tenha como finalidade a repressão, por se tratar de “um meio enganoso,

¹¹⁶ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas...*, p.192, parênteses nossos.

¹¹⁷ *Idem*, p.193.

¹¹⁸ Esta Lei aprovou a Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC).

¹¹⁹ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas...*, p.193.

¹²⁰ No âmbito do processo penal, o n.º 8 do art. 32.º da CRP contém limites importantes no campo de provas.

¹²¹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES, FERNANDO GONÇALVES, *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 30.

sendo, como tal, reconduzível à categoria dos métodos proibidos pelo artigo 126.º, n.º 2, alínea a), do CPP¹²².

Contudo, e mantendo-se no campo dos métodos proibidos de prova, o recurso a este meio já poderá ser admissível quando a sua intervenção prossiga “finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas”¹²³.

RUI PEREIRA adopta, igualmente, o critério das finalidades preventivas e repressivas para admitir a figura do agente infiltrado, porém, a argumentação deste autor difere da anteriormente exposta. Segundo o Autor há que averiguar quais as finalidades prosseguidas pelos agentes infiltrados. Se essas finalidades forem essencialmente de carácter repressivo, tal não se harmoniza com as disposições constitucionais (art.º 32, n.º 8), assim, a prova obtida será nula.

No entanto, se estivermos perante actividades preventivas “permite já afastar a objecção constitucional que se retira do n.º 8 do artigo 32.º: não está em causa, *prima facie*, a obtenção de um meio de prova destinado a assegurar a responsabilização dos agentes; pretende-se, isso sim, evitar a prática de futuros crimes”¹²⁴.

O Autor conclui afirmando que “a ponderação das normas constitucionais relevantes nesta matéria não deve excluir o recurso ao “agente encoberto”, desde que ele seja sempre concebido como modo necessário, adequado e proporcionado de impedir o cometimento de futuros crimes e assegurar a incolumidade de bens jurídicos (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)”¹²⁵.

Por sua vez, AUGUSTO MEIREIS defende que o recurso à figura do agente infiltrado será admissível desde que observado o disposto no artigo 18.º da CRP, ou seja, a utilização da acção encoberta deverá ser necessária, legal, proporcional e não deve violar o núcleo essencial do direito: a realização da justiça. Só assim é que “a infiltração constituirá uma intromissão não abusiva dos direitos fundamentais, representará uma actividade lícita de recolha de prova, e as provas daí decorrentes serão consideradas válidas”¹²⁶. Deste modo, estará assegurado o “bom equilíbrio entre os fins do processo penal e as normas constitucionais e, por conseguinte, dentro dos limites do razoável”¹²⁷.

De acordo com GUEDES VALENTE, MANUEL ALVES e FERNANDO GONÇALVES, a CRP e o CPP não prevêm o recurso à figura do agente infiltrado. No entanto, admitem-no ainda que tacitamente, na medida em que, se a Lei Maior consagra os direitos à vida, à integridade física e moral, à igualdade, à liberdade, à segurança e à saúde, entre outros,

¹²² MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de Prova* ..., p. 231.

¹²³ *Idem*, p. 232

¹²⁴ RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, in *Medidas...*, p. 21.

¹²⁵ *Idem*, p. 22.

¹²⁶ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, “Homens de confiança: será o caminho?” in *II congresso* ..., p. 97.

¹²⁷ *Ibidem*.

então “há-de permitir também, o recurso aos meios necessários para garantir a realização e a defesa de tais direitos, entre os quais se encontra a figura do agente infiltrado, a fim de prevenir e reprimir as formas de criminalidade mais grave, que atentem contra tais direitos”¹²⁸.

Nos ensinamentos de GUEDES VALENTE “a técnica do agente infiltrado deve ser a última das técnicas de investigação”¹²⁹ e só para investigação criminal.

Por último, GERMANO MARQUES DA SILVA, recorrendo ao princípio da legalidade, admite no limite a possibilidade do recurso ao agente infiltrado, ou seja, “quando a inteligência dos agentes da Justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça Criminal cabe tutelar”¹³⁰.

Para além da doutrina, a jurisprudência também já foi chamada para se pronunciar sobre a admissibilidade da figura em apreço, de forma a decidir sobre a admissibilidade das provas obtidas pelo agente infiltrado.

A este propósito reveste de grande interesse o Acórdão n.º 578/98 do TC, o qual sustenta que “o que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito”¹³¹.

A matéria sobre os agentes infiltrados impõe particular cautela, visto que “o risco de condicionar a vontade e a livre determinação do investigado é bem real”¹³².

Seguindo este raciocínio, FÁTIMA MATA-MOUROS salienta que “para combater práticas excepcionais, exigem-se meios excepcionais”¹³³, acrescentando que “para meios excepcionais há que tomar cautelas excepcionais”¹³⁴.

Perante o exposto, julgamos que a utilização deste meio excepcional de obtenção de prova não deve ser excluído, contudo, devem ser impostas limitações a este método, bem como às provas daí decorrentes. É de realçar que, na nossa opinião, o recurso ao agente infiltrado não deve ser discutida com base na sua actividade, seja de carácter

¹²⁸ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES, FERNANDO GONÇALVES, *Lei e Crime...*, pp. 267-268.

¹²⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “A investigação do crime organizado” in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 174.

¹³⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados...”, p. 31.

¹³¹ Cfr. Ac. TC. n.º 578/98 de 14/10/1998, Processo n.º 835/98, Relator Messias Bento, consultado em <http://www.pgdlisboa.pt>, em 12 de Dezembro de 2011.

¹³² SUSANA PEREIRA, “A Recolha de Prova Por Agente Infiltrado” in *Prova Criminal e Direito de Defesa* (Coord. Teresa Pizarro Bezeira e Frederico Pinto), Coimbra: Almedina, 2010, p. 142.

¹³³ FÁTIMA MATA-MOUROS “O Agente Infiltrado”, in *Revista do Ministério Público* n.º 85, ano 22, Lisboa: Editorial Minerva, 2001, p. 108.

¹³⁴ *Ibidem*.

repressivo ou preventivo, mas sim no grau de lesão dos princípios constitucionais de garantia do processo penal.

Para finalizar, defendemos que o recurso ao agente infiltrado só deve ser admissível em casos excepcionais (terrorismo, criminalidade organizada), e desde que a sua actuação seja idónea, necessária, com finalidade legítima, prevista na lei, com autorização judicial fundamentada e atendidos os critérios de proporcionalidade.

CAPÍTULO III – ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: LEI 101/2011, DE 25 DE AGOSTO

3.1 Nota introdutória

A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, estabeleceu o Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal. Este diploma, que deu foros de cidadania processual plena ao Agente Infiltrado, através do art. 7.º revogou expressamente os artigos 59.º e 59.º-A do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro e o art. 6.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro.

O n.º 1 do art. 1.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, estabelece como finalidades das acções encobertas a prevenção e a investigação criminal. É com o correcto entendimento destas finalidades que permite compatibilizar o RJAE com o n.º 8 do art. 32.º da CRP e com o n.º 1 e n.º 2 do art. 126.º do Código de Processo Penal.

Este novo regime define o que são as acções encobertas (n.º 2 do art. 1.º), todavia, entendemos que o referido diploma aprovado é próprio do agente infiltrado¹³⁵, cujas características, como já vimos, difere do agente encoberto¹³⁶ quer na natureza quer na competência subjectiva e objectiva, como tal, talvez devesse intitular-se por “acções infiltradas”.

A par da consagração de um regime jurídico das acções encobertas, o legislador ampliou também o seu âmbito de aplicação, “permitindo, desta feita, recorrer a este meio de investigação para o deslindamento de outros tipos de crimes, que não os já previstos”¹³⁷.

A lei fixou, ainda, os pressupostos de admissibilidade, os procedimentos de controlo das acções encobertas, as regras de protecção para o agente, previu a figura da identidade fictícia e criou-se um regime de isenção de responsabilidade criminal.

É de notar que, após a aprovação da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, o CPP já sofreu algumas revisões, sendo que a última ocorreu no passado dia 29 de Outubro de 2010 em que entrou em vigor a Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto¹³⁸, que procedeu à décima nona alteração ao CPP, aprovado pelo Dec. Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, e

¹³⁵ Esta figura foi devidamente tratada no ponto 2.2.1- O agente infiltrado, do II Capítulo.

¹³⁶ Quanto ao agente encoberto, veja-se o ponto 2.2.3- O agente encoberto, do II Capítulo.

¹³⁷ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2ª Edição, p. 400.

¹³⁸ Diário da República, 1ª série, n.º 168, de 30 de Agosto de 2010. Segundo o art. 5.º deste diploma legal, “A presente lei entra em vigor 60 dias após a sua publicação”.

ainda assim, o legislador optou por não incluir este regime no CPP, entre os meios de obtenção de prova¹³⁹.

3.2 Os requisitos da Acção Encoberta

O art. 3.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, estipula os pressupostos e os requisitos necessários para que uma acção encoberta possa ser autorizada.

O n.º 1 do supramencionado artigo¹⁴⁰ estabelece o princípio geral da proporcionalidade *lato sensu* ou princípio da proibição do excesso¹⁴¹, que compreende como corolários o princípio da adequação [“As acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório”¹⁴²]; o princípio da necessidade ou da exigibilidade [“impõe que os restantes métodos de investigação se revelem, de todo, ineficazes”¹⁴³] e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou da razoabilidade [na acção encoberta “terá de haver uma proporcionalidade “quer àquelas finalidades – de prevenção e repressão criminais – quer à gravidade do crime em investigação”¹⁴⁴].

De acordo com ISABEL ONETO¹⁴⁵, exige-se que a acção encoberta seja adequada à prevenção e repressão criminais identificadas em concreto, à descoberta de material probatório, bem como proporcional quanto às finalidades e à gravidade do crime sob investigação.

Na mesma linha de raciocínio, RUI PEREIRA refere que no n.º 1 do art. 3.º do RJAE para além da adequação, apresenta também o requisito da proporcionalidade nas “acções encobertas”, como tal, deve existir sempre uma correspondência entre a “gravidade da acção” e a “gravidade dos crimes”, exigindo assim uma proporcionalidade em sentido restrito.

Segundo o autor, no requisito da adequação pode-se reconhecer uma menção subentendida ao princípio da necessidade, ou seja, “só quando forem indispensáveis

¹³⁹ O CPP classifica, como meios de obtenção de prova, os exames, as revistas e buscas, as apreensões e as escutas telefónicas.

¹⁴⁰ Artigo 3.º (Requisitos)

“1- As acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação”.

¹⁴¹ Quanto aos princípios da proporcionalidade *lato sensu* ou da proibição do excesso como princípios norteadores da intervenção policial, GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2ª Edição, pp. 143-145.

¹⁴² Cfr. o n.º 1 do art. 3.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto.

¹⁴³ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p.188.

¹⁴⁴ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2ª Edição, p. 421.

¹⁴⁵ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p.186.

para assegurar os fins de prevenção e repressão criminal (isto é, só quando nenhum outro meio for eficaz)”¹⁴⁶.

Por sua vez, GUEDES VALENTE¹⁴⁷ assinala que o recurso ao agente infiltrado somente deve ocorrer após a recolha de elementos objectivos capazes de comprovar a existência de sérios indícios de que estamos perante um suspeito da prática de um dos crimes do catálogo¹⁴⁸ (art. 2.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto). O autor acentua ainda, que o recurso à acção encoberta só deve ocorrer quando os restantes meios de obtenção de prova sejam “humana e inteligentemente incapazes de descobrir a verdade para que se realize a justiça e se alcance a paz jurídica”¹⁴⁹.

Também o art. 3.º do RJAE consagra o princípio da liberdade em geral, pelo que o n.º 2 do supracitado artigo¹⁵⁰ exclui a imposição de participação em uma acção encoberta, seja como funcionário de investigação criminal, seja como terceiro.

Nesse sentido, RUI PEREIRA afirma que é compreensível que os funcionários de investigação criminal ou um terceiro actuando sob o controlo da PJ¹⁵¹ possam beneficiar de “objecção de consciência”, como “expressão da liberdade de consciência tutelada constitucionalmente (artigo 41.º), não podendo ser obrigados a participar numa “acção encoberta” em caso algum”¹⁵².

Por último, importa referir que em consonância com GUEDES VALENTE, consideramos que os requisitos e pressupostos definidos no art. 3.º do RJAE “funcionam como uma limitação à “banalização” do recurso a uma técnica que deve ser de natureza excepcional”¹⁵³.

3.3 Crimes abrangidos

A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, estabeleceu o RJAE, ampliando o âmbito de aplicação da acção encoberta ou do agente infiltrado a novas infracções encobertas.

¹⁴⁶ RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, in *Medidas de combate...*, p. 26.

¹⁴⁷ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2ª Edição, p. 422.

¹⁴⁸ Os crimes de catálogo serão abordados no próximo subcapítulo.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 423.

¹⁵⁰ O n.º 2 do art. 3.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, salienta que “Ninguém pode ser obrigado a participar em acção encoberta”.

¹⁵¹ Segundo o preceituado no n.º 2 do art. 1.º (Objecto) do RJAE, “Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da **Política** Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”. NOTA: o diploma refere “...Política...”, porém deve-se subentender “Polícia”.

¹⁵² RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, in *Medidas de combate...*, p. 27.

¹⁵³ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral ...*, 2ª Edição, p. 422.

O art. 2.^o¹⁵⁴ do novo diploma elenca taxativamente os crimes em que o recurso a acção encoberta é admissível.

Relativamente às alíneas j), l), m), n), o) e p) do supracitado artigo, resultam já dos regimes anteriores à entrada em vigor da Lei 101/2001 (artigos 59.^o e 59.^o - A do D.L. n.^o 53/93, de 22 de Janeiro, com as alterações da Lei n.^o 45/96, de 3 de Setembro, comparativamente à al. j), e do art.^o 6.^o do D.L. n.^o 36/94, de 29 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Lei 90/99, de 10 de Julho). Já os crimes previstos nas restantes alíneas correspondem à ampliação do âmbito de actuação da figura do agente infiltrado.

O catálogo representa “o primeiro padrão e medida de proporcionalidade querida pelo legislador, e como tal, imposta ao intérprete e aplicador”¹⁵⁵.

O recurso ao agente infiltrado fora do âmbito do art. 2.^o do RJAEPIC é legalmente inadmissível e, como tal, ilícito, e as provas obtidas são provas proibidas face ao art. 125.^o do CPP que estabelece que só “*são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*” e são nulas de acordo com a alínea a), do n.^o 2, do art. 126.^o do CPP, não podendo ser utilizadas a não ser para o exclusivo fim de proceder criminalmente, contra quem as produziu, nos termos do n.^o 4 do art. 126.^o do CPP.

Embora tratando-se de uma nulidade atípica, uma vez que não consta expressamente do elenco dos artigos 119.^o e 120.^o do CPP, ter-se-á de considerar uma nulidade insanável ou absoluta e, como tal, de conhecimento oficioso face, desde logo, à previsão constitucional das proibições de prova (n.^o 8 do art. 32.^o da CRP) e ainda

¹⁵⁴ Artigo 2.^o (Âmbito de aplicação)

“As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes:

- a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido;
- b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes;
- c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados;
- d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns;
- e) Organizações terroristas e terrorismo;
- f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão;
- g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas;
- h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios;
- i) Associações criminosas;
- j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- l) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos;
- m) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências;
- n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção;
- o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática;
- p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional;
- q) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem;
- r) Relativos ao mercado de valores mobiliários”.

¹⁵⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código Processo Penal- Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente”, in *Revista Legislação de Jurisprudência*, Ano 137^o, n.^o 3951, p. 349.

“sustentada pela “inutilizabilidade” da prova, que é prescrita pelo artigo 126.º, n.º 1 do Código de Processo Penal”¹⁵⁶.

No que concerne ao alargamento do âmbito de aplicação das acções encobertas, RUI PEREIRA refere que “o catálogo do artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, tem uma composição variada em que coexistem preocupações político-criminais distintas: gravidade do crime (homicídio); dificuldades de prova (crimes sexuais); combate à criminalidade organizada e violenta; tutela de bens jurídicos estatais e sociais”¹⁵⁷.

Por sua vez, GUEDES VALENTE, M. JOÃO ALVES e FERNANDO GONÇALVES, aludem que “a ampliação do âmbito de aplicação do agente infiltrado não é mais do que ajustar a lei aos tempos, sendo incompreensível que uma técnica de natureza excepcional não fosse permitida por lei para a investigação de crimes contra a vida humana”¹⁵⁸.

Já ADÁN CARRIZO GONZALEZ-CASTELL menciona que a Lei Espanhola exige que o recurso ao agente infiltrado seja somente realizado “en el ámbito de la delincuencia organizada”¹⁵⁹, ao contrário da Lei Portuguesa que amplia o recurso às acções encobertas, não só para a investigação, como também para a prevenção, conforme o preceituado no artigo 2.º do RJAE.

Segundo entendemos, os crimes elencados no art. 2.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, podem dar azo a que uma acção encoberta se possa tornar de uso vulgar e generalizado. O recurso ao agente infiltrado acarreta fortes limitações a direitos fundamentais, como tal, o seu recurso deveria cingir-se àqueles crimes que, de outra forma, muito dificilmente seriam revelados.

A par da consagração de um Regime Jurídico das Acções encobertas, o legislador ampliou o seu âmbito subjectivo, ao admitir que em Portugal sejam realizadas operações encobertas por funcionários de investigação criminal de outros países. A Lei 104/2001, de 25 de Agosto aditou o art. 160.º - B à Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, aprovada pela Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto.

A esses funcionários é atribuído “estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses e nos demais termos da legislação aplicável.”¹⁶⁰.

É de referir ainda que tais operações estão dependentes de “um pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade”¹⁶¹ e à autorização por parte de um “juiz do Tribunal Central de Instrução

¹⁵⁶ RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, in *Medidas de combate...*, p. 19.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 25.

¹⁵⁸ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES, FERNANDO GONÇALVES, *O Novo Regime Jurídico...*, p. 48.

¹⁵⁹ ADÁN CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, “El agente infiltrado en España y Portugal...”, p. 199.

¹⁶⁰ Cfr. n.º 1 do art. 160 – B (Acções encobertas) da Lei 144/99 de 31 de Agosto.

¹⁶¹ Cfr. n.º 2 do art. 160 – B (Acções encobertas) da Lei 144/99 de 31 de Agosto.

Criminal, sob proposta do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP) ¹⁶².

3.4 Autorização Judiciária

A Lei 101/2001, de 25 de Agosto, estabelece que o recurso às acções encobertas depende da prévia autorização da AJ competente, consoante se trate de medida de prevenção criminal ou de medida processual penal, nos termos dos números 3 a 5 do art. 3.º da referida Lei¹⁶³.

No âmbito da medida processual penal, a autoridade competente para a autorização é o Magistrado do MP. Contudo, esta autorização está sujeita a controle jurisdicional, porquanto obrigatória a comunicação ao JIC para validação, sendo que se considera “*validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes*”¹⁶⁴.

Nesse sentido, FÁTIMA MATA-MOUROS¹⁶⁵ salienta que durante o inquérito, é ao JIC que cabe exclusivamente a prática dos actos que integram o núcleo dos interesses e direitos que a administração da justiça visa essencialmente acautelar: a salvaguarda dos direitos fundamentais. No entanto, a autora sublinha que é o MP o “dominus” da investigação criminal e não o JIC, cabendo àquele a presidência do Inquérito, limitando-se a intervenção judicial, nesta fase processual, às situações assinaladas.

GUEDES VALENTE é da opinião que a AJ “competente para proceder à autorização do recurso ao agente infiltrado é e devia ser, por força constitucional, o JIC, desde logo, porque uma operação de infiltração impõe uma preparação técnica, ética e jurídica do infiltrado, afastando-se o periculum in mora de intervenção do JIC”¹⁶⁶.

¹⁶² Cfr. n.º 3 do art. 160 – B (Acções encobertas) da Lei 144/99 de 31 de Agosto.

¹⁶³ Artigo 3.º (Requisitos)

“ 3 - A realização de uma acção encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes.

4 - Se a acção referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o Juiz de Instrução Criminal, mediante proposta do Ministério Público.
5 - Nos casos referidos no número anterior, a competência para a iniciativa e a decisão é, respectivamente, do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal e do juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal.”

¹⁶⁴ Cfr. n.º 3 do art. 3.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto.

¹⁶⁵ FÁTIMA MATA-MOUROS “O Agente Infiltrado”, in *Revista do Ministério Público*..., p. 113.

¹⁶⁶ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral* ..., 2ª Edição, p. 425.

Dentro da mesma linha, o Autor, considera “não conforme o n.º 4 do art. 32.º da CRP a validação tácita (autorização superveniente tácita) do JIC caso o mesmo não profira, em 72 horas, despacho de invalidade da infiltração decidida pelo magistrado do MP”¹⁶⁷.

O Autor refere ainda, que o n.º 3 do art. 3.º do RJAE “está ferido de inconstitucionalidade material por violação do n.º 4 do art. 32.º da CRP”¹⁶⁸.

Vai, no mesmo sentido, a doutrina de ADÁN CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, ao entender que “la autoridad competente para autorizar o recurso ao agente infiltrado deverá ser el Juez al que le corresponda la instrucción del caso que aconseje la realización de una investigación encubierta (...)”¹⁶⁹.

Se a acção encoberta for levada a cabo antes de existir Inquérito, ou seja, no âmbito da prevenção criminal, a competência para conceder autorização é do JIC junto do Tribunal Central de Instrução Criminal, mediante proposta do MP junto do Departamento Central de Instrução Criminal, conforme o n.º 4 e o n.º 5 do presente preceito legal.

Segundo RUI PEREIRA¹⁷⁰, na hipótese acima mencionada, um dos parâmetros da legitimidade da acção encoberta deve ser a própria probabilidade preponderante de vir a ser instaurado um inquérito, podendo adaptar-se o conceito de “indícios suficientes”, previsto no art. 283.º, n.º 2, do CPP, a este estágio pré-processual.

Indo novamente ao encontro com os ensinamentos de GUEDES VALENTE, este autor defende que se estamos no “âmbito da prevenção criminal, entendida no plano stricto sensu e como a acção encoberta colide com os direitos fundamentais do cidadão, não faria sentido que a autorização não seguisse o regime consagrado na Constituição (in fine do n.º 4 do art.º 32) e no CPP (artigos 268.º e 269.º)”¹⁷¹.

Partilhamos da mesma opinião defendida por GUEDES VALENTE, ou seja, que deve ser o JIC a autorizar as acções encobertas quer seja no âmbito preventivo quer seja no âmbito repressivo, dado ser o garante dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos, pois são da sua competência a prática dos actos jurisdicionais na fase de Inquérito. E como já referimos anteriormente, a intervenção do agente infiltrado pode colidir com os direitos liberdades e garantias dos cidadãos, pelo que se deveria seguir o regime do n.º 4 do art. 32.º *in fine* da CRP, materializado na lei ordinária - artigos 268.º e 269.º do CPP.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ ADÁN CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, “El agente infiltrado en España y Portugal...”, pp. 202-203.

¹⁷⁰ RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, *in Medidas de combate...*, p. 27.

¹⁷¹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, TOMO I..., p. 551.

3.5 Relatório da Acção Encoberta

De acordo com o art. 3.º, n.º 6¹⁷², da Lei 101/2001, de 25 de Agosto a PJ deverá entregar o relato da acção encoberta à AJ competente, no prazo máximo de 48 horas, após o termo da acção.

O relato tem por função descrever o que aconteceu durante a acção encoberta e, nessa medida, permitir que a AJ¹⁷³ que autorizou a operação analise a sua conformidade com os limites constantes da autorização. Assim, embora a AJ seja distinta consoante a acção encoberta se realize no âmbito da repressão criminal ou da prevenção criminal, o relato é sempre apresentado à AJ competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo da acção encoberta.

Nesta medida, entendemos que o relato “não é a observância de uma mera formalidade, mas uma peça processual crucial”¹⁷⁴.

Nos termos do art. 4.º, n.º 1, da Lei 101/2001, de 25 Agosto, o relato só será junto ao processo se a AJ o “reputar absolutamente indispensável em termos probatórios”¹⁷⁵. Porém esta disposição levanta logo à partida um problema: é que a acção encoberta “foge, em regra, ao escrutínio dos restantes sujeitos processuais”¹⁷⁶.

A este propósito, FÁTIMA MATA-MOUROS¹⁷⁷, no âmbito do art. 59.º do D.L. n.º 15/93, alertou para a necessidade do MP efectuar um controlo efectivo das acções encobertas, designadamente, na apreciação rigorosa dos dados objectivos que o órgão policial disponibiliza e invoca um maior rigor na apreciação dos relatórios da intervenção apresentados pela autoridade policial, não se devendo bastar a junção do auto de notícia elaborado no processo a que a actuação deu lugar, como parece ser prática dominante.

A verificação sobre a indispensabilidade do relato em termos probatórios não é tarefa fácil, na medida em que a fiscalização dos actos praticados pelo agente infiltrado por parte do MP ou pelo JIC manifesta-se, por vezes, difícil de cumprir devido às diversas formas de actuação policial. Após a autorização da acção encoberta por parte da AJ competente, na prática, ela pode seguir caminhos diferentes dos autorizados, e nem sempre tal poderá ser perceptível no relato.

¹⁷² Artigo 3.º (Requisitos)

“6 - A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela”.

¹⁷³ No que concerne a entidade competente para autorizar a acção encoberta, vide o ponto 3.4.

¹⁷⁴ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, pp. 188-189.

¹⁷⁵ Cfr. n.º 1 do art. 4.º da Lei 101/2001, de 25 de Agosto.

¹⁷⁶ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p. 192.

¹⁷⁷ FÁTIMA MATA-MOUROS “O Agente Infiltrado”, in *Revista do Ministério Público...*, pp. 113-118.

Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBURQUEQUE entende que “o agente encoberto tem um dever de relato após o termo da acção, quer no caso de acção encoberta com identidade fictícia, quer no de acção encoberta sem identidade fictícia”¹⁷⁸.

Para este Autor, a junção do relato ao processo só está prevista no caso de acção encoberta com identidade fictícia, sendo que o critério utilizado para determinar essa junção é o da absoluta indispensabilidade, defendendo ainda que o regime deve ser extensível às acções encobertas sem identidade fictícia, desde que o MP o entenda necessário. É o que se retira do art. 275.º n.º 1, do CPP¹⁷⁹.

Quanto ao valor probatório de tal relato, tem-se entendido, em decorrência do princípio da imediação, que o mesmo será diminuto (art. 355.º, n.º 1 do CPP). É neste preciso contexto que PAULO PINTO DE ALBURQUEQUE afirma que “o relato, isto é, o texto escrito do agente encoberto que descreve o que ele fez, viu e ouviu, não é um documento”¹⁸⁰.

O Autor salienta, ainda, que o “relato serve essencialmente um outro propósito, que não a documentação da prova: ele serve para que a autoridade judiciária possa controlar a contínua “adequação” da acção encoberta e decidir sobre a sua prorrogação, modificação e cessação”¹⁸¹. Só valerá enquanto meio de prova o depoimento pessoal do agente infiltrado.

Defendemos também que o relato, a ser junto ao processo por ser “indispensável enquanto meio de prova, terá de implicar necessariamente o chamamento do agente infiltrado a depor em audiência de julgamento e deverá ser corroborado por outros meios de prova”¹⁸².

A mera leitura do relato, em regra, não deve ser admissível por respeito ao art. 356.º, n.º 4 do CPP bem como aos princípios da imediação e do contraditório.

Uma outra questão que se levanta neste diploma é o efeito da não apresentação/realização pela PJ do relato da acção encoberta à AJ.

Seguindo o regime geral decorrente do n.º 1 do art. 118.º do CPP, deverá entender-se que a não apresentação do relato dentro do prazo estipulado (48 horas após o termo da acção encoberta), mas com validação posterior pela AJ competente, constituirá apenas uma mera irregularidade. Todavia, cumpre sempre alertar que a sua arguição

¹⁷⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *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, p. 640.

¹⁷⁹ Artigo 275 do CPP (Autos de Inquérito)

“1 - As diligências de prova realizadas no decurso do inquérito são reduzidas a auto, que pode ser redigido por súmula, salvo aquelas cuja documentação o Ministério Público entender desnecessário”.

¹⁸⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, p. 641.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² SUSANA PEREIRA, “A Recolha de Prova Por Agente Infiltrado” *in Prova Criminal...*, p. 154.

ficaria prejudicada, na medida em que estes relatos fogem ao controlo do arguido e do assistente, os eventuais interessados a que alude o art. 123.º do CPP¹⁸³.

A omissão pura e simples do relato, no sentido de inexistência física, implica a sua inexistência jurídica e, conseqüentemente, afecta o seu valor probatório, ficando desta forma, afastada a possibilidade de trazer ao processo um meio de prova obtido pelo agente infiltrado no decurso da acção encoberta.

Neste sentido aderimos à posição de ISABEL ONETO, bem como ao paralelismo que estabelece “(...) com o regime jurídico consagrado para as escutas telefónicas, que consagra a obrigatoriedade de o acto processual de escuta telefónica ficar documentado em auto, nos termos do art. 188.º, n.º 1 do CPP, o que significa que “apenas os elementos recolhidos e o auto correspondente podem servir como meio de prova, com exclusão de qualquer outro, especialmente do depoimento, como testemunha, de quem executou as operações” (...)”¹⁸⁴.

É de referir, ainda, que nos termos do art. 3.º, n.º 6, da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, é da competência da PJ a elaboração do relatório e não do agente infiltrado, o que é compreensível, visto que os supervisores da operação podem elaborar o respectivo relato com base nas informações que o agente infiltrado lhes irá transmitindo no decorrer da acção encoberta, podendo o agente no final da acção confirmá-lo.

3.6 Protecção do Agente Infiltrado

Atento o contexto de actuação dos agentes infiltrados, ou seja, “quer por actuarem junto dos criminosos, quer por estarem sujeitos a eventuais represálias”¹⁸⁵, entendeu o legislador estabelecer algumas medidas necessárias para a sua especial protecção.

Assim, o n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, estabeleceu que ninguém pode ser obrigado a participar numa acção encoberta. Outra das medidas está consagrada no art. 4.º do referido diploma, em que este preceito legal consagra a excepcionalidade da junção ao processo do relato da intervenção do agente infiltrado (a que se refere o n.º 6, e não o n.º 5, do art. 3.º).

O relato terá de obedecer, como se aludiu já, ao princípio da indispensabilidade probatória, ou seja, se ao “longo do processo se depreender que a sua junção não é

¹⁸³ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p. 198.

¹⁸⁴ *Idem*, pp.194-195.

¹⁸⁵ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES, FERNANDO GONÇALVES, *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

necessária ou exigível para prova dos factos imputados ao(s) arguido(s), por razões de segurança jamais a autoridade judiciária deve ordenar a junção do relato ao processo”¹⁸⁶.

A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do Inquérito ou da Instrução, com vista, respectivamente, à dedução da acusação (art. 283.º do CPP) ou decisão de pronúncia (art. 308.º do CPP).

Este mesmo princípio impõe-se relativamente à determinação da comparência do agente infiltrado em audiência de julgamento. Nos termos do artigo 4, n.º 4 do RJAÉ, em caso de comparência, observar-se-á o disposto na segunda parte do n.º 1 do art. 87.º do CPP, devendo igualmente respeitar-se o preceituado pela Lei n.º 93/99, de 14 de Julho¹⁸⁷.

Outra medida de protecção do agente infiltrado está prevista no art. 5.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, nos termos do qual em que este preceito legal prevê a atribuição de identidade fictícia a agentes da polícia criminal como medida de protecção e segurança ao agente infiltrado. Estabelece, assim, que o agente da PJ possa actuar sob identidade fictícia, sendo esta identidade válida não só para a investigação em concreto, mas também para todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social do agente.

Esta identidade é atribuída por despacho do MJ, mediante proposta do Director Nacional da PJ, é classificada de secreta e deve incluir a verdadeira identidade do agente infiltrado. A identidade fictícia é válida por um período de seis meses, prorrogáveis por períodos de igual duração.

Nos termos do n.º 3 do art. 4 do mesmo diploma, o agente infiltrado que tenha actuado com identidade fictícia, a AJ competente pode, oficiosamente ou a requerimento da PJ, e por despacho fundamentado, autorizar que o agente preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objecto da sua actuação.

A identidade fictícia é “uma manifestação formal e material da protecção do agente encoberto, cujo risco que o agente corre não é comum, mas sim anormal, pelo que se impõe por necessidade e exigibilidade que os agentes encobertos actuem sob identidade fictícia”¹⁸⁸.

Acrescenta-se ainda, que as medidas preconizadas no art. 5.º do RJAÉ levantam alguns problemas. A atribuição da identidade fictícia ao agente infiltrado é concedida por despacho do MJ, embora lei não fixe qualquer critério para o exercício desta competência. Por outro lado a intervenção do MJ pode “conflitar com os despachos do

¹⁸⁶ GUEDES VALENTE, *Teoria Geral* ..., 2ª Edição, p. 428.

¹⁸⁷ Esta Lei regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal.

¹⁸⁸ MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, TOMO I ..., pp. 555-556.

juiz e do magistrado do MP em que se autorize a realização da acção encoberta e, desse modo, interferir gravemente com a investigação”¹⁸⁹.

Desta forma, entendemos que o art. 5.º, n.º 2 da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, é inconstitucional relativamente à atribuição dessa competência ao MJ, isto porque, viola os artigos 203.º e 205.º, n.º 2, e 219.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP.

Outro problema que também se coloca, é que somente os “agentes da polícia criminal podem actuar sob identidade fictícia”¹⁹⁰. Porém, as acções encobertas podem ser desenvolvidas por terceiro que não seja funcionário de investigação criminal. Assim, e por o RJAE não prever para este agente qualquer mecanismo de protecção da sua identidade, aplicar-se-á sempre as medidas de protecção de testemunhas em processo penal¹⁹¹.

3.7 Irresponsabilidade do Agente Infiltrado

O Regime Jurídico das Acções encobertas, criado pela Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, autoriza a “*prática de crimes*” por parte do agente infiltrado no decorrer da acção encoberta, nos termos do seu art. 6.º¹⁹².

O referido preceito, isenta o agente infiltrado de responsabilidade penal sob a hipótese da prática estar consubstanciada em actos preparatórios (art. 21.º do CP) ou mesmo de execução (art. 22.º do CP), em que o mesmo tenha participação diversa da instigação ou autoria mediata do crime, e desde que guarde uma relação de proporcionalidade com a finalidade da medida¹⁹³.

Na verdade, a questão da impunibilidade do agente infiltrado prende-se com o modo como a lei determinou os limites da acção encoberta, diferenciando-se a “acção de acompanhamento e a acção de provocação ou determinação do facto, que é a distinção entre agente infiltrado e agente provocador”¹⁹⁴.

¹⁸⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, p. 639.

¹⁹⁰ Cfr. n.º 2 do art. 5.º do RJAE.

¹⁹¹ Lei n.º 93/99, de 14 de Julho.

¹⁹² Artigo 6.º (Isenção de Responsabilidade) do RJAE

“1 – Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção e da autoria mediata, sempre que guarde a devia proporcionalidade com a finalidade da mesma.

2 – Se for instaurado procedimento criminal por acto ou actos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, a autoridade judiciária competente deve, logo que tenha conhecimento de tal facto, requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização a que se refere o n. 3 do artigo 3.º”.

¹⁹³ Texto da Lei.

¹⁹⁴ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As Acções encobertas e o Processo Penal, Questões sobre a prova e o Processo Equitativo”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, CEJ, Coimbra: Coimbra Editora, p. 46.

Nesse sentido, GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES e FERNANDO GONÇALVES, afirmam que tal colaboração criminosa, bem como a prática de actos de execução, só pode ser isenta de pena se a actividade criminosa já estiver em curso. Estes autores referem, ainda, que “não é tolerável que o agente infiltrado adopte uma conduta de impulso ou instigação dessa actividade, sob pena de se converter num verdadeiro agente provocador. Em suma, não pode o agente infiltrado, ou agente investigador, como também é designado, determinar a prática do crime. A sua actividade não pode ser formativa do crime, mas apenas informativa”¹⁹⁵.

Ante todo o exposto, fica claro que o legislador através da referida cláusula afasta definitivamente a admissibilidade do agente provocador no quadro do regime jurídico das acções encobertas.

A norma contida no n.º 1 do art. 6.º exclui a possibilidade de o agente infiltrado ser autor mediato ou instigador, no entanto, pergunta-se, poderá o infiltrado ser autor singular ou co-autor de um crime?

No nosso entendimento, a norma citada só admite a prática de actos de preparação ou de execução de um crime pelo agente infiltrado em situações de participação, assim, na hipótese de autoria singular material o agente é o único agente da infracção e como tal não beneficia da isenção da responsabilidade penal.

No que concerne às situações de co-autoria, defendemos que o agente pode ser co-autor de um crime, desde que não coloque em causa o princípio da adequação nem que tenha sido ele próprio a induzir os restantes co-autores à prática do crime. Nesse facto, para além de co-autor estaríamos no âmbito da instigação, pelo que, o agente não beneficiaria do regime do n.º 1 do art. 6.º, da Lei 101/2001, de 25 de Agosto.

Também no que diz respeito à configuração da isenção de responsabilidade do agente infiltrado, parte da doutrina tem entendido que tal isenção resulta de uma verdadeira causa de justificação, nos termos do art. 31.º e seguintes do CP.

No entendimento de ISABEL ONETO, a intervenção do agente infiltrado tem como objectivo a descoberta de material probatório, que permite a prevenção ou repressão criminal, não colocando em causa a defesa directa de bens jurídicos pessoais, como tal, “o agente policial, como qualquer terceiro, lançaria sempre mão da legítima defesa ou do direito de necessidade para a defesa de bens jurídicos cuja ofensa estivesse iminente”¹⁹⁶.

Para GUEDES VALENTE, M. JOÃO ALVES e FERNANDO GONÇALVES, o agente infiltrado actua “legitimado pela lei e ainda no cumprimento de um dever, estando pois, excluída

¹⁹⁵ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES, FERNANDO GONÇALVES, *O novo regime jurídico...*, p. 38.

¹⁹⁶ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p. 179.

assim a ilicitude, nos termos nos termos das referidas leis e do artigo 31.º, n.º 1 e 2, alínea c), do Código Penal”¹⁹⁷.

RUI PEREIRA considera que a isenção de responsabilidade do agente infiltrado poderá ser entendida de duas formas: primeiro, pode tratar-se de uma causa pessoal de isenção de responsabilidade penal, tal como a que é prevista para os deputados no art. 157.º, n.º 1 da CRP ou de uma “verdadeira causa de justificação, nos termos da alínea c) do n.º 2 do art. 31.º do CP”¹⁹⁸.

Contudo, importa ressaltar que o facto de um agente infiltrado agir ao abrigo de uma causa de exclusão de ilicitude não significa que o Estado não venha a responder civilmente pelos danos causados pela referida actividade. Por outro lado, a CRP, no art. 22.º, sob a epígrafe, “Responsabilidade das entidades públicas”, determina que “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

Ao abrigo da Lei n.º 67/2007¹⁹⁹, de 31 de Dezembro, e no âmbito da sua responsabilidade civil extracontratual deve o Estado “proceder ao pagamento da correspondente indemnização sempre que no decurso de uma acção infiltrada haja um dano para terceiro, independentemente da licitude da conduta do agente”²⁰⁰.

¹⁹⁷ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, MANUEL JOÃO ALVES, FERNANDO GONÇALVES, *Lei e Crime...*, pp. 267-268.

¹⁹⁸ RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, *in Medidas de combate...*, p. 30.

¹⁹⁹ Esta Lei aprovou o Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

²⁰⁰ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p.186.

CAPÍTULO IV – (IN)ADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PARTICULARES ENQUANTO “TERCEIRO” NO CONTEXTO DO AGENTE INFILTRADO

4.1 Nota Introdutória

O quarto e último capítulo é fundamental para a compreensão do tema, objecto do presente estudo, pois é aqui que procedemos à clarificação jurídica da hipótese que lhe subjaz: a (in)admissibilidade da utilização de particulares enquanto “terceiro” no contexto do agente infiltrado.

O art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto determina que as acções encobertas serão aquelas que forem *desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária, com ocultação da sua qualidade e identidade*.

Como se pode aferir, a lei permite que um terceiro sob o controlo da PJ possa actuar como agente infiltrado, não definindo porém quem pode ser “terceiro” nem refere como será efectuado o seu controlo. O recurso a funcionários de outras polícias, no nosso entendimento, não levanta quaisquer hesitações, quer pelas funções intrínsecas, quer pelo dever de cooperação²⁰¹ que impende sobre os órgãos de polícia criminal. O que nos suscita imensas dúvidas é o recurso a particulares por parte da PJ. Não deixa de causar perplexidade o modo como pode ocorrer o seu recrutamento: cidadão que se dispõe a colaborar com a polícia e, para tal, incorpora-se no meio criminoso? Um informador, oriundo do próprio meio criminoso? Um arguido arrependido?

Se o agente infiltrado é o meio de obtenção de prova mais evasivo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, “não faz sentido que o legislador tenha aberto a possibilidade da PJ poder infiltrar um terceiro, sem que tenha limitado a qualidade do terceiro: p. e., proibir que sejam infiltrados indivíduos a cumprir pena de prisão, proibir que sejam infiltrados indivíduos que estão sob investigação, dando-lhe como contrapartida a atenuação da pena”²⁰².

Neste capítulo pretendemos comprovar a inadmissibilidade da utilização de particulares nas acções encobertas. Assim, de forma a fundamentar de forma válida e legítima a nossa opinião, vamos de seguida proceder a uma breve análise de duas figuras existentes em Portugal, o arguido arrependido e o informador, em que a primeira

²⁰¹ Art. 10.º, n.º 1, da Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC): “Os órgãos de polícia criminal cooperam mutuamente no exercício das suas atribuições”.

²⁰² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “A investigação do crime organizado” *in Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 171.

está conceptualizada e consagrada em termos legais e a segunda o legislador não se lhe refere.

Em seguida, procuramos encontrar razões para a defesa do recurso ao método do agente infiltrado por parte das Forças de Segurança (PSP, GNR). Para tal, abordaremos os crimes catálogo, que admitem a utilização do agente infiltrado e que poderiam ser delegáveis nas forças de segurança, bem como de outro meio de obtenção de prova – escutas telefónicas – que implica uma grande compressão dos direitos fundamentais e, no entanto está acessível a PSP e a GNR.

Por fim, analisamos as soluções encontradas pelos ordenamentos jurídicos de alguns países – Espanha, França, Alemanha, Argentina e Brasil – face a questão apresentada.

4.2 Informadores

Neste trabalho não se pretende empreender um estudo exaustivo sobre a figura do informador, mas apenas deixar patente que a afinidade entre esta personagem e a figura do “terceiro” não é assim tão díspar.

O recurso a informadores por parte das instituições policiais é uma “prática tão antiga quanto a existência de agentes provocadores e infiltrados”²⁰³⁻²⁰⁴. No entanto, ao contrário de outros sistemas jurídico-penais²⁰⁵, esta figura não está conceptualizada nem consagrada no ordenamento jurídico português.

No CPP existem algumas referências à possibilidade do órgão de polícia criminal colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências e descobrir os seus autores²⁰⁶. Contudo esta faculdade, por si só, não enquadra nem antevê a figura do informador.

Os investigadores recorrem regularmente aos informadores em virtude destes constituírem uma importante fonte de informação na repressão ao crime organizado, porém, a relação entre ambos não está isenta de polémicas, suscitando um conjunto de interrogações sempre que se aborda este assunto.

A primeira discrepância com que nos deparamos prende-se com a selecção e recrutamento do informador. Qualquer pessoa pode ser “colaboradora” da polícia, dependendo o seu valor da posição que ocupa em determinada sociedade e a relação

²⁰³ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p. 90.

²⁰⁴ No mesmo sentido GERMANO MARQUES DA SILVA. Para mais informações cfr. Anexo 3.

²⁰⁵ Na Alemanha e em França a utilização de informadores é permitida nos termos definidos pelas autoridades policiais e aduaneiras. Nos EUA o recurso ao informador é oficialmente admitido.

²⁰⁶ Cfr. n.º 2 do art. 55.º do CPP; n.º 1 e al) b do n.º 2 do art. 249.º do CPP; e n.º 8 do art. 250.º do CPP.

existente com o meio criminoso. Temos como exemplos: os motoristas de táxi, funcionários de hotéis, funcionários de empresas aéreas, os vendedores de automóveis, porteiros, vendedores de armas, investigadores privados, toxicodependentes, etc.

Os informadores podem surgir de duas formas. O cidadão que, por iniciativa própria, se dispõe, “em colaboração com a polícia, a recolher dados que possam comprovar uma actuação criminosa”²⁰⁷; ou os investigadores que requerem o apoio de determinados indivíduos que, “atendendo à sua colocação social ou profissional, possam contribuir para a recolha de material probatório”²⁰⁸.

Contudo, o que se poderá afigurar mais complicado é a intervenção de um informador cujo modo de vida se pauta pela ilicitude e que estabelece relações com as instâncias formais de controlo do crime, apenas com o objectivo de se aproximar de forma a conhecer as técnicas usadas por estas instâncias.

Um importante pormenor que não deixa de suscitar dúvidas, consiste na compensação de tal colaboração, seja na perspectiva de negociação da impunidade, seja na possibilidade do respectivo pagamento pela sua intervenção.

No que concerne à negociação da impunidade, o informador estabelece uma relação de confiança com um investigador, no anonimato²⁰⁹, procurando sempre a impunidade nas informações que troca. Todavia, o nosso sistema jurídico, que tem nos princípios da legalidade e da oficialidade dois dos seus principais pilares, não permite as primeiras instâncias formais de controlo (Autoridades Policiais e MP), a negociação da impunibilidade²¹⁰. Aliás, a “adopção de tais mecanismos de negociação com informadores conduziria à instituição informal do princípio da oportunidade”²¹¹.

Quanto ao pagamento dos informadores, a lei nada prevê. No entanto, este tipo de recompensa²¹² já é aceite em alguns ordenamentos jurídicos europeus (França, Alemanha). Porém, questionamos a legalidade deste processo, dado que nada nos garante que a troca de dinheiro, os informadores não venham a engendrar provas incriminatórias, não dispondo a defesa de meios que as permitam refutar.

²⁰⁷ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p. 92.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Normalmente, o informador não é identificado nos autos por razões de segurança pessoal e familiar, e ainda, para que o mesmo possa continuar a colaborar com os investigadores. Contudo, este aspecto levanta algumas contrariedades quanto à utilização daquela prova, tendo em conta o princípio do contraditório (princípio constitucionalmente previsto no art. 32.º n.º 5 da CRP).

²¹⁰ No mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos...”, pp. 32 e ss.

²¹¹ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, p. 93.

²¹² Sobre as recompensas a atribuir aos informadores, ver a Decisão do Comité executivo do Acordo Schengen com o n.º 41999D0008, 28 de Abril de 1999, relativa aos princípios gerais de remuneração dos informadores. Informação consultada em <http://eur-lex.europa.eu> em 21 de Janeiro de 2012.

Podemos, então, definir os informador como “um individuo tratado com confidencialidade e que passa informações e/ou presta auxílio às autoridades competentes”²¹³ no âmbito de uma investigação policial, em troca de algumas benesses.

Em Portugal, o perigo do recurso a informadores por parte das polícias tem sido demonstrado em vários casos. Note-se que, normalmente, quem fornece as pistas é oriundo do próprio meio criminoso e acaba por, em paralelo, manter esse tipo de actividade, sabendo que dificilmente será investigado pela polícia. Um dos casos mais evidentes é o de Alfredo Morais, um ex-polícia da Divisão da PSP da Amadora, que, a troca de informações sobre criminosos, beneficiava de grande impunidade nas actividades ilícitas que praticava e que, segundo o MP, englobavam crimes de extorsão, lenocínio (fomento da prostituição) e auxílio à imigração ilegal, vindo a ser detido no âmbito daquele que ficou conhecido como o caso “Passerelle”²¹⁴.

Perante estes factos, julgamos que, em Portugal, “é preciso prever, em especial, o recurso planeado, coordenado e focalizado a informadores”²¹⁵.

No nosso entender, a diferenciação entre o informador de polícia e a figura do “terceiro” surge somente no plano jurídico-normativo - o terceiro é aquele que sob o controlo da PJ participa nas acções encobertas, com ocultação da sua qualidade e identidade; já a figura do informador “não têm qualquer protecção legal”²¹⁶ no nosso ordenamento jurídico, porque não está prevista no CPP nem no RJA, nem são “fonte de prova enquanto não forem constituídos testemunhas”²¹⁷.

No plano prático, como pudemos constatar, torna-se difícil a sua distinção, isto porque, tal como acontece com o recurso aos informadores, o RJA nada refere relativamente aos critérios de recrutamento e utilização do “terceiro”, como também a lei não menciona a respectiva contrapartida pela participação desta figura nas acções encobertas.

²¹³ Este conceito está presente no documento da Europol – European Best Practices on the Use of Informants, com o n.º 2570-36Rev2, de 16 de Maio de 2002.

²¹⁴ A investigação deste processo, nome de uma cadeia de casas de “striptease”, culminou em Janeiro de 2006 com a detenção do patrão da rede de estabelecimentos, Vítor Trindade, e o referido ex-agente da PSP, Alfredo Morais. Este processo correu os seus termos no Tribunal Judicial de Leiria.

²¹⁵ Decisão do Comité executivo do Acordo Schengen com o n.º 41999D0008, 28 de Abril de 1999, relativa aos princípios gerais de remuneração dos informadores, consultada em <http://eur-lex.europa.eu> em dia 21 de Janeiro de 2012.

²¹⁶ Conforme referido por GERMANO MARQUES DA SILVA. Para mais informações cfr. Anexo 3.

²¹⁷ *Idem*.

4.3 O terceiro “Arguido arrependido”

No intuito de combater com mais eficácia o crime organizado, em especial, o terrorismo e o tráfico ilícito de drogas, autênticos flagelos actuais, o legislador sentiu a necessidade de lançar mão de um novo meio de investigação de carácter excepcional, sob designação de “arrependido”²¹⁸.

Porém, o arrependido, embora seja um colaborador da justiça, não deve ser confundido com a figura do “informador” ou testemunha, pois ele é agente processual²¹⁹.

O “ arguido arrependido” executou factos passíveis de serem qualificados como crime, enquanto a testemunha surge no âmbito do processo penal, como figura isenta de qualquer responsabilidade penal. Porém, para certos efeitos excepcionais e delimitados, o “arrependido” pode ser considerado “testemunha”, como acontece com a aplicação de medidas de protecção²²⁰.

O arrependido, que colabore activamente com a justiça, tem incentivos legais de atenuação especial de pena e de dispensa de pena. Nesse sentido, para além de uma referência genérica à figura no CP, a propósito da determinação da medida concreta da pena²²¹, assente na conduta do arguido posterior ao facto, encontramos também na lei penal portuguesa outras disposições que expressamente preveem a atenuação e/ou isenção da pena concedidas como contrapartida pela colaboração processual por parte do arrependido, no que concerne a alguns tipos concretos de crime²²².

No entanto, a figura do arguido arrependido é controversa²²³ na doutrina portuguesa: uns defendem que o arrependido é um meio adequado e necessário na repressão à grande criminalidade, à criminalidade organizada e à económico-financeira; outros repudiam-na, em nome de uma justiça digna, praticada com recurso a métodos leais.

No entendimento de GERMANO MARQUES DA SILVA, que sufragamos, o recurso à colaboração processual de arguidos “arrependidos” implica um afastamento do princípio

²¹⁸ A maioria dos países Europeus (Itália, Alemanha, Espanha) tem esta figura nos respectivos ordenamentos jurídicos e o próprio modelo legislativo das Nações Unidas alude a esta medida.

²¹⁹ TEÓFILO SANTIAGO, *Informadores de Polícia – Entre a hipocrisia e a necessidade*, Lisboa: Centro de documentação da Polícia Judiciária, 1993, p. 82.

²²⁰ O “arrependido” pode testemunhar em sede de julgamento beneficiando do estatuto da protecção a testemunhas. Ver Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, relativa à Protecção de Testemunhas em Processo Penal.

²²¹ Artigos 71.º e 72.º do CP.

²²² Art. 368.º- A do CP (Branqueamento), art. 372.º do CP (corrupção passiva para acto ilícito) e 373.º do CP (corrupção passiva para acto lícito); artigos 8.º, 9.º, 9.º-A da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, alterada pela Lei n.º 90/99 de 10 de Julho e pela Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro; artigos 31.º e 51.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, alterado pela lei 101/2001 de 25 de Agosto e nos artigos 2.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto – Lei de Combate ao Terrorismo.

²²³ Conforme referido por MANUEL MEIREIS. Para mais informações cfr. Anexo 4.

da lealdade processual²²⁴. Para este Autor “o prémio pela delação do arrependido suscita graves e complexos problemas jurídicos. Desde logo no que respeita à fiabilidade do depoimento do arrependido e aos efeitos conexos, nomeadamente para a imagem da justiça, resultantes da condenação que assente no depoimento suspeito, e suspeito porque «pago», porque contrapartida do prémio prestado em cumprimento do dever cívico de colaboração com a justiça. Acrescem os custos dos programas e protecção dos arrependidos e dos seus familiares, que são sempre necessários”²²⁵.

Embora esta figura suscite viva discussão doutrinária, não é nossa intenção aprofundar o seu estudo, pelo que apenas pretendemos averiguar se um arguido “arrependido” pode assumir a qualidade de “agente infiltrado” nos termos do RJAE.

Relativamente a esta questão, o legislador nacional nada refere. Todavia, com base nas normas da Lei 101/2001, de 25 de Agosto, e nas disposições processuais em vigor, é possível descortinar um fio condutor quanto às respostas possíveis.

Assim pode concluir-se que muito dificilmente se verificará uma coincidência entre a qualidade de “agente infiltrado” e a de “arguido”. Com base no art. 1.º, n.º 2, da referida Lei, o “terceiro” tem de actuar sob o controlo da PJ. Logo, aquele que actuar por sua própria iniciativa, e que posteriormente venha a “arrender-se” e a fornecer provas ao processo, não deve ser considerado agente infiltrado.

O n.º 1 do art. 3.º e n.º 1 do art. 6.º do RJAE estabelecem que todo o elemento que actue como agente infiltrado estará isento de responsabilidade penal, desde que a sua actuação respeite os critérios de proporcionalidade. Desta forma, somente em casos excepcionais poderá o agente infiltrado vir a adoptar a qualidade de arguido.

Caso o arrependido assuma a qualidade de “agente infiltrado”, uma vez que não existe nenhuma disposição em contrário, não significa que este posteriormente não venha a ser constituído arguido. Para tal, basta que o seu comportamento anterior à actuação “sob o controlo da Polícia Judiciária”²²⁶ tenha envolvido a execução de uma qualquer configuração de participação punível na acção ilegal.

Neste sentido, havendo notícia fundada da prática de um crime ou, simplesmente, a aparência da sua ocorrência, o MP, por força do princípio da legalidade, terá obrigatoriamente de abrir um Inquérito²²⁷, não havendo desta forma, margem de apreciação por parte das primeiras instâncias formais de controlo, respectivamente, quanto à comunicação da notícia do crime ou à abertura do Inquérito²²⁸.

²²⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos...”, pp. 31-32.

²²⁵ *Idem*, p. 32.

²²⁶ Cfr. n.º 2 do art. 1.º do RJAE.

²²⁷ Artigos 242.º, 243.º, 247.º, 248.º, 262.º e 283.º do CPP.

²²⁸ Cfr. ISABEL ONETO, *O agente infiltrado*, p. 202.

Face ao disposto no art. 58.º n.º 1 do CPP, o arrependido será constituído arguido. Deste modo, o recurso à figura do agente infiltrado não afasta o agente do crime, quer da abertura de Inquérito, quer da correspondente constituição como arguido. Assim, o valor do depoimento do “agente infiltrado”, perante estes casos, será avaliado da mesma forma que quaisquer declarações de co-arguido, apresentando também as mesmas restrições de produção e valoração²²⁹.

É de sublinhar que estas restrições muito dificilmente poderão ser retiradas, uma vez que o art. 133.º n.º 1 al. a) do CPP impede de depor como testemunhas o arguido e os co-arguidos no mesmo processo ou em processos conexos²³⁰, enquanto mantiverem aquela qualidade.

E mesmo que fosse permitido ao co-arguido depor como “testemunha”, este, ao ser questionado sobre factos relacionados com a sua própria responsabilidade penal não seria obrigado a responder²³¹. Como tal, as declarações prestadas pelo co-arguido não devem, sequer, ser valoradas como prova.

Como se pode aferir, a utilidade do recurso a esta figura no âmbito de acções encobertas tem um reduzido interesse prático, porque sempre terá uma conveniência muito reduzida em sede de julgamento.

4.4 Agentes Infiltrados nas Forças de Segurança sob controlo da autoridade judiciária

Depois de tecidas as considerações sobre as figuras do “informador” e do “arguido arrependido”, tentaremos argumentar no sentido da defesa do recurso ao método do agente infiltrado por parte das Forças de Segurança (PSP, GNR).

A Lei 101/2001, de 25 de Agosto, não admite que os funcionários de investigação criminal da PSP ou GNR possam assumir a qualidade de agentes infiltrados actuando directamente sob o controlo da AJ competente. E essa inadmissibilidade está expressamente patente em alguns artigos do diploma. Logo no n.º 2 do art. 1.º da presente lei o legislador estabelece que acções encobertas são aquelas que sejam

²²⁹ É de salientar que para além das limitações previstas no art. 19.º n.º 2 da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho – Lei de Protecção de Testemunhas, acrescem as restrições decorrentes de se tratar de um declarante que é, simultaneamente, co-arguido.

²³⁰ Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “os efeitos do art. 133.º do CPP, deve entender-se por “processo conexo” os casos determinantes de conexão nos termos do art. 24.º”. (Cfr. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 355.

²³¹ Cfr. o n.º 2, do art. 132.º do CPP.

desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro **actuando sob o controlo da Polícia Judiciária**²³².

No n.º 3 do art. 4.º do mesmo diploma se determina que, “oficiosamente ou a requerimento da **Polícia Judiciária**, a autoridade judiciária competente pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente encoberto que tenha actuado com identidade fictícia (...) preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objecto da sua actuação”, sendo que, a identidade fictícia é atribuída por despacho do Ministro de Justiça e após requisição do **director nacional da PJ**²³³.

Embora o RJAIE estabeleça que o “agente infiltrado apenas pode ser um funcionário de investigação criminal da Policia Judiciaria”²³⁴, na nossa opinião, em determinados crimes de catálogo, o agente infiltrado poderia também ser um funcionário da PSP ou da GNR sob o controlo da AJ.

Assim, de seguida conferiremos os crimes de catálogo cuja investigação, por força da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, que aprovou a LOIC, pode ser deferida²³⁵ nas forças de segurança, com os crimes de catálogo²³⁶ em que o recurso à acção encoberta é admissível.

No n.º 3 do art. 7.º da LOIC estão estabelecidos os crimes que são da “competência reservada da Policia Judiciaria”, mas que podem ser delegados a outro órgão de polícia criminal sem qualquer prejuízo para a investigação criminal. Entre as várias alíneas existentes neste artigo encontramos alguns crimes cuja investigação é delegável nas forças de segurança que admitem o recurso à figura do agente infiltrado de acordo com a Lei 101/2001 de 25 de Agosto, nomeadamente as alíneas:

a) Contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores ou incapazes ou a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão²³⁷;

h) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas²³⁸;

²³² Cfr. o n.º 2, do art. 1.º do RJAIE.

²³³ Cfr. o n.º 2, do art. 5.º do RJAIE.

²³⁴ GUEDES VALENTE, Teoria Geral ..., 2ª Edição, p. 417.

²³⁵ Art. 8.º da LOIC (Competência deferida para a investigação criminal)

“1 - Na fase do inquérito, o Procurador-Geral da República, ouvidos os órgãos de polícia criminal envolvidos, **deferir a investigação de um crime referido no n.º 3 do artigo anterior a outro órgão de polícia criminal** desde que tal se afigure, em concreto, mais adequado ao bom andamento da investigação e, designadamente, quando:

a) Existam provas simples e evidentes, na aceção do Código de Processo Penal;

b) Estejam verificados os pressupostos das formas especiais de processo, nos termos do Código de Processo Penal;

c) Se trate de crime sobre o qual incidam orientações sobre a pequena criminalidade, nos termos da Lei de Política Criminal em vigor; ou

d) A investigação não exija especial mobilidade de actuação ou meios de elevada especialidade técnica.”

²³⁶ Art. 2.º da Lei n.º 101 /2001, de 25 de Agosto.

²³⁷ Art. 2.º al. b) do RJAIE: “Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes;”.

i) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tipificados nos artigos 21.º, 22.º, 23.º, 27.º e 28.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e dos demais previstos neste diploma que lhe sejam participados ou de que colha notícia²³⁹;

m) Tráfico e viciação de veículos²⁴⁰ e tráfico de armas.

Como é possível constatar, no n.º 3 do art. 7.º da LOIC, estão previstos crimes cuja investigação é delegável à PSP ou à GNR e que são semelhantes aos existentes no artigo n.º 2 do RJAE, ou seja, que salvaguardam o mesmo bem jurídico. Como tal, entendemos que o legislador deveria ter admitido a utilização desta técnica excepcional – agente infiltrado – por parte das forças de segurança.

De forma a reforçar a nossa ideia - *Agentes Infiltrados nas Forças de Segurança sob controlo da autoridade judiciária* - gostaríamos de abordar sucintamente um outro “meio excepcional de obtenção de prova muito semelhante à figura do agente infiltrado”²⁴¹, isto é, as escutas telefónicas²⁴².

As escutas telefónicas, que se encontram reguladas no Livro III, Título III, Capítulo IV²⁴³, nos artigos 187.º a 190.º do CPP, são um meio de obtenção de prova que visam interceptar conversas ou comunicações telefónicas entre pessoas que passam “notícias sobre o crime, e estas são todas aquelas pessoas em cujas comunicações se fala sobre o crime”²⁴⁴.

A escuta telefónica é, manifestamente, um meio de obtenção de prova de relativa eficácia, principalmente no combate à criminalidade organizada. Mas traduz-se também “num meio oculto de investigação e devassa, ela condena o suspeito a «ditar», inconsciente e incontrolavelmente, para o processo «confissões» auto-incriminatórias”²⁴⁵. Daí que a sua utilização no âmbito de uma investigação deva ter carácter excepcional, de “ultima ratio”²⁴⁶, ou seja, as escutas telefónicas apenas devem ser utilizadas quando todos os outros meios menos danosos se mostrarem ineficazes.

²³⁸ Art. 2.º alínea g) do RJAE: “Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas;”.

²³⁹ Art. 2.º alínea j) do RJAE: “Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;”.

²⁴⁰ Art. 2.º alínea c) do RJAE: “Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados;”.

²⁴¹ MARCIO HUGO COSTA MENDES, *Agente Infiltrado - Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*, Trabalho Final de Curso, Lisboa, ISCP, 2011, p. 57.

²⁴² Para total e integral compreensão do regime jurídico das escutas telefónicas, vide GUEDES VALENTE, *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 57-132.

²⁴³ É de salientar que as escutas telefónicas vêm previstas em último lugar dos meios de obtenção de prova.

²⁴⁴ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Regime Legal das Escutas Telefónicas” in *I Congresso de Processo Penal*, (Coordenação: Manuel Guedes Valente), Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 220.

²⁴⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão Passado”, a reforma do Código Processo Penal-Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente”, in *Revista Legislação de Jurisprudência*, Ano137º, n.º 3949, p. 227.

²⁴⁶ Consiste no princípio da subsidiariedade. Para COSTA ANDRADE, a subsidiariedade “veda o recurso a um qualquer outro meio oculto de investigação sempre que seja possível lançar mão de meio menos gravoso e igualmente idóneo para a prossecução dos interesses da investigação”. (cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão Passado” ..., in *Revista Legislação de Jurisprudência*, Ano137º, n.º 3950, p. 282).

Com a reforma do CPP²⁴⁷ em 2007, este regime sofreu várias alterações, sendo que uma dessas alterações ficou bem patente no que concerne às suas formalidades.

O n.º 1 do art. 188.º do CPP estabelece que “o **órgão de polícia criminal**^{248, 249} que efectuar a interceptação e a gravação a que se refere o artigo anterior lavra o correspondente auto e elabora relatório no qual indica as passagens relevantes para a prova, descreve de modo sucinto o respectivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade”. No entanto, nos termos do art. 27.º da Lei 53/2008, de 29 de Agosto, Lei da Segurança Interna, cabe à PJ a competência exclusiva para a execução do controlo das comunicações,

Como se pode aferir, o legislador português permite que elementos das forças de segurança recorram a este meio de obtenção de prova.

Considerando que a compressão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão que decorre do uso das escutas telefónicas e do agente infiltrado são semelhantes, não se aceita pacificamente que um método esteja directamente acessível às forças de segurança (PSP, GNR) e o outro esteja exclusivamente consagrado à PJ.

4.5 Agentes Infiltrados em vários ordenamentos jurídicos

O agente infiltrado é um método especial de recolha de prova que está actualmente consagrado em quase todos os países do mundo, desde logo nos “Estados Unidos e em toda Europa, com excepção de Luxemburgo”²⁵⁰.

De seguida, analisamos, ainda que superficialmente, os diplomas legais existentes acerca do tema nos ordenamentos jurídicos de alguns países (Espanha, França, Alemanha, Argentina e Brasil).

O principal objectivo no presente subcapítulo não é o de fazer um estudo comparado dos regimes, mas sim analisar como cada ordenamento regula a utilização do “terceiro” como agente infiltrado, proporcionando desta forma, um melhor aproveitamento para a compreensão e desenvolvimento da matéria em questão, ou seja, a inadmissibilidade de particulares nas Acções Encobertas.

Em Espanha, o recurso à figura do agente infiltrado em organizações criminosas é regulada pela *Ley Organica* n.º 5/99, de 13 de Janeiro, que introduziu o artigo 282 bis na

²⁴⁷ A reforma do nosso CPP em 2007 ocorreu através da Lei 48/2007, de 29 de Agosto.

²⁴⁸ Na alínea c) do art. 1.º do CPP são “Órgãos de polícia criminal todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária (...)”.

²⁴⁹ No art. 3.º da LOIC (órgãos de polícia criminal) são OPCs de competência genérica a PJ, a PSP e a GNR.

²⁵⁰ ISABEL ONETO, *O agente infiltrado*, p. 96.

Ley de Enjuiciamiento Criminal (CPP Espanhol). De acordo com n.º 1²⁵¹ do supracitado artigo, só poderá ser agente infiltrado “un miembro de la Policía Judicial”²⁵². Como podemos constatar, o ordenamento Espanhol deixa de fora o particular (terceiro) como agente infiltrado.

No caso do ordenamento jurídico Francês, cuja lei também não admite a participação de particulares, o agente infiltrado (*enquêteur clandestin*), está previsto nos artigos 706-81 a 706-87 do CPP Francês (*Code de Procédure Pénale*). Este diploma legal, no art. 706-82²⁵³, estabelece que somente os agentes de polícia (*les officiers*) ou inspectores da PJ (*Police Judiciaire*) estão autorizados a realizar operações encobertas.

No que concerne ao ordenamento jurídico alemão, a figura do agente infiltrado foi introduzida pela *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* (OrgK – Lei contra o tráfico ilícito de drogas e outras manifestações da criminalidade organizada), de 22 de Setembro de 1992, a qual veio introduzir as alíneas a) a e) no art. 110.º na lei processual penal alemã - *Strafprozeßordnung* (StPO). Importa destacar que a lei alemã, no n.º 2 do art. 110.º-A, estabelece que somente um agente de autoridade poderá assumir a figura do agente infiltrado²⁵⁴.

A figura do agente infiltrado, no ordenamento jurídico argentino, por sua vez, foi introduzida pela Ley 24.424, de 09 de Janeiro de 1995, que alterou a Lei n.º 23.737 (*Ley de Estupefacientes* argentina). Neste país só é permitido o recurso a este meio excepcional de investigação, através de indivíduos pertencentes aos quadros da polícia. Conforme determina o art. 6.º da Lei n. 24.424 (que insere o art. 31 bis à Lei n.º 23.737)²⁵⁵, os agentes infiltrados devem ser “**agentes de las fuerzas de seguridad en actividad**”.

²⁵¹ Artículo 282.º bis de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a **funcionarios de la Policía Judicial**, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad (...)”, consultado em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t3.html em 09 de Janeiro de 2012 (negritos nossos).

²⁵² ADÁN CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, “El agente infiltrado en España y Portugal: estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales”, in *Criminalidade...*, p. 191.

²⁵³ “Article 706-82 Version en vigueur au 9 Janvier 2012, depuis le 1 octobre 2004 Créé par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 1.º () JORF 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004, **Les officiers ou agents de police judiciaire autorisés à procéder à une opération d’infiltration peuvent, sur l’ensemble du territoire national, sans être pénalement responsables de ces actes**”, consultado em <http://droit-finances.commentcamarche.net/legifrance/45-code-de-procedure-penale/105855/article-706-82> em 09 de Janeiro de 2012 (negritos nossos).

²⁵⁴ § 110a - “(2) Verdeckte Ermittler sind Beamte des **Polizeidienstes**, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln. Sie dürfen unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen”, consultado em http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_110a.html em 09 de Janeiro de 2012 (negritos nossos).

²⁵⁵ “Art. 6º -- Incorporárase como art. 31 bis a la ley 23.737, el siguiente:

Art.31 bis. Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la

No Brasil, a Lei n. 9.034/95 (esta lei foi alterada pela Lei n.º 10.217, de 11 de Abril de 2001), que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de acções praticadas por organizações criminosas, estabelece que apenas elementos das forças de segurança podem exercer a função de agentes infiltrados²⁵⁶. Por força do art. 2.º, parágrafo V, do referido diploma, em qualquer fase de persecução criminal é permitido como meio de investigação e formação de provas “**agentes de polícia ou de inteligência**, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”.

Verifica-se, assim, que em vários ordenamentos jurídicos internacionais supra mencionados, ao contrário do ordenamento jurídico português, não é admissível a utilização de particulares como agentes infiltrados.

4.6 Inadmissibilidade de particulares nas Acções Encobertas

Atento o que se expôs ao longo deste capítulo, pretendemos neste ponto demonstrar a inadmissibilidade da utilização de particulares enquanto “terceiro”, ou seja, enquanto agente infiltrado.

A figura do agente infiltrado é admissível e legítima no nosso ordenamento jurídico, contudo, o seu recurso comporta “perigos vários: desde logo, se o funcionário de investigação criminal encarregado dessa missão não for pessoa de sólida formação moral e firmeza de carácter, pode facilmente deixar-se envolver nas actividades criminosas que investiga”²⁵⁷.

Se um funcionário de investigação criminal para ser agente infiltrado deve ter sólida formação moral e firmeza de carácter, de forma a não assumir comportamentos desviantes e de corrupção²⁵⁸, questionamos como e sob que critério se avalia a formação moral e de carácter de um cidadão comum? Será que é através do seu perfil social e profissional, da Certidão do Registo Criminal ou da ficha policial? Mas será tal salvaguarda suficiente?

individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que **agentes de las fuerzas de seguridad en actividad**, actuando en forma encubierta (...)”, consultado em <http://html.rincondelvago.com/ley-23737-de-estupefacientes-argentina.html> em 10 de Janeiro de 2012 (negritos nossos).

²⁵⁶ O art. 144.º da Constituição da República Federativa do Brasil atribui e delimita expressamente as atribuições das diferentes instituições policiais brasileiras, conferindo inequivocamente às Polícias Cíveis e à Federal a função de apurar o cometimento de infrações penais.

²⁵⁷ Cfr. Ac. TC. n.º 578/9,8 de 14/10/1998, Processo n.º 835/98, Relator Messias Bento, consultado em <http://www.pgdlisboa.pt> em 27 de Fevereiro de 2012.

²⁵⁸ Sobre os comportamentos desviantes por parte dos agentes infiltrados, vide ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado*, pp. 88-89.

Como já relatámos anteriormente, o RJAЕ nada determina relativamente aos critérios de recrutamento dos particulares.

Mas, “se pensarmos em quem são estes particulares de que a investigação criminal se servirá, facilmente podemos concluir que se tratará de alguém do meio, que conhece os processos e, muitas vezes, isto quer dizer alguns criminosos ou suspeitos, ou alguns com quem se negocia informalmente a informação e a entrega de comparsas a troco de impunidade”²⁵⁹.

A internacionalização das organizações, as diferentes nacionalidades e culturas, os respectivos códigos de conduta, os rituais de admissão impostos pelas mesmas, vieram levantar inúmeras dificuldades à infiltração do agente infiltrado policial, reforçando, assim, a tendência para admissão de particulares oriundos do próprio meio criminoso.

No entanto, conforme constatado no ponto 4.2 – *Informadores* e no ponto 4.3 – *Arguido Arrependido*, a utilização destes particulares levanta vários problemas, entre os quais destacamos a compensação de tal colaboração (seja na perspectiva de negociação da impunidade, seja na perspectiva do respectivo pagamento pela sua intervenção), o seu recrutamento e a legalidade da prova obtida por estes.

Outro ponto igualmente polémico, associado à admissão de particulares, incide sobre o controlo que é feito pela PJ. Uma vez que o legislador não descreve como deve ser efectuado o controlo dos particulares, perguntar-se-á legitimamente como é que a PJ consegue garantir que o particular foi, apenas, agente infiltrado e não um agente provocador, figura proibida na lei portuguesa? Como já vimos, a barreira entre a figura do agente infiltrado e a do agente provocador é extremamente ténue, isto porque, os “vértices tocam-se e a separação de um campo do outro depende em muito da formação ética, cívica, profissional e pessoal do agente”²⁶⁰.

Considerando, também, o tipo de criminalidade em que se desenvolvem as acções encobertas, será que um particular estará preparado física e psicologicamente para ingressar na estrutura das organizações criminosas? Estamos em crer que não.

Na nossa opinião, a utilização de “particulares” como agentes infiltrados colocaria em risco a eficácia e a credibilidade da acção encoberta. Pois, estes agentes, ao contrário dos funcionários de investigação criminal, não actuam no âmbito das suas funções profissionais, não gozam de formação na área policial, nem possuem competências que lhes permitam, durante a acção encoberta, avaliar e tomar decisões num quadro de legalidade e de respeito pelos direitos liberdades e garantias dos cidadãos.

²⁵⁹ Conforme referido por MANUEL MEIREIS. Para mais informações cfr. Anexo 4.

²⁶⁰ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “A investigação do crime organizado” in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 174.

De acordo com o que expusemos, até ao momento, defendemos que o legislador teria agido melhor se tivesse excluído os particulares do rol de personagens legitimadas a trabalhar em acções encobertas.

No nosso entendimento, a “técnica da infiltração deveria ser reservada a funcionários de investigação criminal”²⁶¹. De forma a fundamentar a nossa opinião, no ponto 4.4 – *Agentes Infiltrados nas Forças de Segurança sob controlo da autoridade judiciária*, verificamos que existem crimes no RJAЕ que podem ser delegados nas forças de segurança, como também se concluiu que as escutas telefónicas sendo um meio de obtenção de prova semelhante²⁶² ao agente infiltrado estão acessíveis às forças de segurança.

No penúltimo ponto deste capítulo – *Agentes Infiltrados em vários ordenamentos jurídicos* – tivemos também a oportunidade de constatar que, nos países *supra* referidos, somente os funcionários de investigação criminal podem actuar como agentes infiltrados, sendo inadmissível aos Estados valerem-se de particulares para a realização de acções encobertas.

²⁶¹ Conforme referido por GERMANO MARQUES DA SILVA. Para mais informações cfr. Anexo 3.

²⁶² As escutas telefónicas são consideradas como um meio de obtenção de prova de elevado potencial de danosidade social.

CONCLUSÃO

O objectivo central do presente trabalho, como foi referido inicialmente, consistia na verificação da admissibilidade ou não do recurso ao particular enquanto agente infiltrado. Para isso, foram desenvolvidos outros objectivos necessários e auxiliares inerentes a cada capítulo e o seu desenvolvimento.

No primeiro capítulo, procurámos definir o conceito do termo criminalidade organizada, visto que a maioria dos ordenamentos jurídicos, incluindo o português, não estabelecem um conceito inequívoco e sólido a respeito deste fenómeno.

Em seguida, vimos que a criminalidade organizada surge sem fronteiras – quer geográficas, quer éticas – e foge ao âmbito do controlo estatal. Os meios tradicionais ou formalizados de controlo penal dos Estados, mostram-se ineficazes e impotentes para fazer frente à nova fenomenologia criminal que se dispersa pelas mais distintas áreas; motivo pelo qual os Estados tendem a organizar-se, criando uma rede de integração e cooperação a nível das instituições judiciárias e das instâncias policiais, de forma a definir estratégias globais em termos de luta contra o crime organizado.

Neste contexto, são criados novos métodos especiais de recolha de prova voltados especialmente para este tipo de criminalidade grave como é o caso dos agentes infiltrados.

Verificámos, ainda, que a introdução no ordenamento jurídico português do agente infiltrado ocorreu com a entrada em vigor do DL 430/83, de 13 de Dezembro, no âmbito da prevenção e repressão do consumo e do tráfico ilícito de drogas (Lei da Droga). Posteriormente, o DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, através do seu art.º 59.º, veio introduzir alterações à Lei da Droga. Contudo, este artigo levantou algumas questões jurisprudenciais, designadamente no que se refere à desresponsabilização do terceiro, o que fez com que o legislador viesse mais tarde a introduzir algumas alterações através da Lei 36/94, de 29 de Setembro, e da Lei 45/96, de 3 de Setembro, seguidamente, criou o Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Investigação Criminal – Lei 101/2001, de 25 de Agosto.

Por sua vez, no segundo capítulo foi clarificado o conceito da figura do agente infiltrado em relação às demais (agente provocador e agente encoberto), bem como da sua admissibilidade no ordenamento jurídico português.

Inicialmente, e lançando os olhos sobre algumas construções doutrinárias, constatou-se que o agente infiltrado não pode instigar, induzir ou provocar o suspeito a praticar acções ilícitas que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, sob pena de passar a ser considerado aquilo que a doutrina denomina de

agente provocador, cujas provas obtidas não terão validade jurídica para responsabilizar criminalmente o autor do facto.

No que concerne ao agente encoberto, vimos que esta figura não tem qualquer influência na acção criminosa. Trata-se de um agente da autoridade, que, sem revelar a sua identidade ou qualidade, frequenta lugares conotados com o crime com a intenção de recolher possíveis indícios de matéria criminal. Como tal, durante a sua actuação não necessita de autorização judicial. De ressaltar que a doutrina considera a sua actividade totalmente lícita e legalmente admissível, pelo que a prova recolhida por este deve ser aceite e livremente valorada pelo juiz.

Em seguida, apuramos que o recurso ao agente infiltrado é admissível no nosso ordenamento jurídico, no entanto, a sua utilização só deverá ser admitida em situações de criminalidade grave, sendo inadmissível a sua generalização como mero processo facilitador das acções de investigação ou prevenção criminais. Além disso, e porque estão em causa restrições a direitos fundamentais de terceiros, esta técnica de investigação excepcional somente poderá ser aplicada quando atender a todos os requisitos e pressupostos do princípio da proporcionalidade *lato sensu*.

Sustentamos a opinião de que o recurso ao agente infiltrado não deve ser discutido com base na sua actividade, seja de carácter repressivo ou preventivo, mas sim no grau de lesão dos princípios constitucionais da garantia do processo penal.

No terceiro capítulo, analisou-se o RJAE, que nos levou à constatação de que o legislador ambicionou prevenir as dificuldades que este tipo de acções levanta, nomeadamente no que concerne à natureza, intensidade e qualidade da acção e, no seu resultado, isto é, à fiabilidade e admissibilidade das provas recolhidas.

Contudo, ao estudarmos este regime, surgiram algumas dúvidas, como é o caso da AJ. Sendo o JIC, o garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, não entendemos por que razão o legislador no art. 3.º, n.º 4 da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto instituiu a intervenção obrigatória do JIC, para autorizar as acções encobertas nos procedimentos prévios à instauração do processo penal e no âmbito do Inquérito, o legislador estabeleceu que seria o Magistrado do MP a conferir tal autorização. Tendo em conta a coerência do nosso sistema judicial, somos de opinião de que deveria ser o JIC a autorizar as acções encobertas quer seja no âmbito preventivo quer seja no âmbito do inquérito, dado que a intervenção do agente infiltrado colidirá com os direitos liberdades e garantias dos cidadãos, pelo que se deveria seguir o regime do n.º 4 do art. 32.º *in fine* da CRP, materializado na lei ordinária - artigos 268.º e 269.º do CPP.

Uma outra questão que nos ofereceu dúvidas reside numa eventual inconstitucionalidade do art. 5.º, n.º 2 do RJAE relativamente à atribuição da identidade

fictícia ao agente infiltrado. Defendemos, que esta atribuição ao ser concedida por despacho do MJ viola os artigos 203.º, 205.º, n.º 2, e 219.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP.

O quarto capítulo foi dedicado à problemática central da pesquisa: *Sendo o agente infiltrado considerado como uma técnica excepcional de investigação criminal, será admissível a actuação do particular como agente infiltrado?* À luz da nossa lei, a actuação do particular como agente infiltrado é admissível. Porém, defende-se no presente estudo que os particulares não devem assumir a qualidade de “agente infiltrado”. Como tal, ao longo do último capítulo pretendemos comprovar a inadmissibilidade da utilização de particulares nas acções encobertas.

Primeiramente, analisámos a figura do informador de polícia, onde foi possível apurar que a diferenciação entre este e a figura do “terceiro” surge somente no plano jurídico-normativo. O terceiro é aquele que sob o controlo da PJ participa nas acções encobertas, com ocultação da sua qualidade e identidade; já a figura do informador não tem qualquer protecção legal no nosso ordenamento jurídico.

No plano prático, como pudemos verificar, torna-se difícil a sua distinção, isto porque, tal como acontece com o recurso aos informadores, o RJAÉ nada dispõe relativamente aos critérios de recrutamento e utilização do “terceiro”, como também a lei não prevê a respectiva contrapartida pela participação desta figura nas acções encobertas.

Seguidamente estudámos a figura do “arguido arrependido”, e vimos que esta figura, embora esteja conceptualizada e consagrada em termos legais no nosso ordenamento jurídico, tem um reduzido interesse prático no âmbito de acções encobertas, visto que a prova produzida por este é uma prova especialmente suspeita. Como tal, terá uma conveniência muito reduzida em sede de julgamento.

Num momento posterior, procurámos argumentar a defesa do recurso ao método do agente infiltrado por parte das Forças de Segurança (PSP, GNR). Para tal, inicialmente, verificámos que na Lei de Organização da Investigação Criminal, existem crimes cuja investigação pode ser delegada nas forças de segurança que são semelhantes aos existentes no art. 2.º do RJAÉ, ou seja, que salvaguardam o mesmo bem jurídico. Em seguida, no sentido de reforçar a nossa ideia, abordamos outro meio excepcional de obtenção de prova, isto é, as escutas telefónicas. Conforme inferimos, as escutas telefónicas restringem severamente os direitos fundamentais dos cidadãos. No entanto, o legislador português permite que elementos das forças de segurança recorram a este meio de obtenção de prova.

Por fim, e de forma a fundamentar a nossa opinião, recorreremos à legislação de países como Espanha, França, Alemanha, Argentina e Brasil que admitem o recurso à

figura do agente infiltrado e constatámos que em todos estes ordenamentos jurídicos, ao contrário do ordenamento português, não é admissível a utilização de particulares como agentes infiltrados.

Pelos factos acima apresentados, o Estado Português não deveria admitir a utilização de particulares nas acções encobertas. Por outro lado, deveria permitir que este método oculto de investigação estivesse acessível às forças de segurança.

Para que se possa de facto compatibilizar a actuação do agente infiltrado com os direitos fundamentais pessoais garantidos pela Constituição da República Portuguesa, torna-se premente a elaboração de um novo diploma legal para melhor regulamentar todos os intervenientes, fases e mecanismos de controlo desta técnica de investigação excepcional.

Em síntese, pretendemos com este trabalho demonstrar a importância e actualidade da temática do agente infiltrado na prevenção e na investigação da actual criminalidade, a qual, na maior parte das vezes, assume uma dimensão transnacional, com determinadas características, v. g., complexas, violentas e altamente organizadas, cujo combate não pode ser feito a qualquer custo, antes deve ser devidamente enquadrado pelas normas legais e constitucionais, recorrendo-se, sempre que possível, à doutrina e à jurisprudência.

Concluimos que pela resposta afirmativa às hipóteses inicialmente formuladas e pela resposta negativa à questão que as contextualiza.

Gostaríamos, ainda, de ver elaborado um estudo aprofundado sobre as acções encobertas em ambiente digital²⁶³, uma vez que nos últimos tempos tem aumentado paulatinamente, mas de forma incisiva os crimes praticados com recurso às “novas” tecnologias de informação e comunicação, por exemplo: as burlas informáticas, o branqueamento de capitais, os crimes contra a honra, os crimes contra a liberdade individual e os crimes contra a propriedade industrial.

²⁶³ No n.º 1 do art. 19.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, que aprova a lei do cibercrime, admite durante o Inquérito, o recurso às acções encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

Lisboa e ISCP/SP, 26 de Abril de 2012

Edgar Jonas Pestana Castro
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*, 3ª edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Regime Legal das Escutas Telefónicas” *in I Congresso de Processo Penal*, Coordenação: Manuel Guedes Valente, Coimbra: Editora Almedina, 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente no Verão Passado”, a reforma do Código Processo Penal- Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente”, *in Revista Legislação de Jurisprudência*, Ano137º, n.º 3949, Coimbra: Coimbra Editora, Março-Abril 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente no Verão Passado”, a reforma do Código Processo Penal- Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente”, *in Revista Legislação de Jurisprudência*, Ano137º, n.º 3950, Coimbra: Coimbra Editora, Maio-Junho 2008.

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*, (Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro, Flávia Novera Loureiro), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BARRETO, Ireneu Cabral, “A investigação criminal e os direitos humanos”, *in Polícia e Justiça – Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais*, III Série, N.º 1, Coimbra: Coimbra Editores, Janeiro - Junho 2003.

BRAVO, Jorge Dos Reis, “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, *in Revista Polícia e Justiça*, III Série, N.º 8, Coimbra: Coimbra Editora, Julho - Dezembro de 2006.

CABRAL, José Santos, *Uma Incursão pela Polícia*, Coimbra: Almedina, 2007.

DAVIN, João, *A criminalidade organizada transnacional; A cooperação judiciária e policial na UE*, Coimbra: Almedina, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; **ANDRADE**, Manuel da Costa, *Criminologia – O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 2.^a Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

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

FERNANDES, LUIS FIÃES, “Criminalidade Transnacional Organizada: Organização, poder e coação”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Coimbra: Almedina, 2004.

GASPAR, António Henriques “As Acções encobertas e o Processo Penal, Questões sobre a prova e o Processo Equitativo”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, CEJ, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GIDDENS, Anthony, *O mundo na era da globalização*, 6.^a edição, Lisboa: Editorial Presença, 2006.

GONZALEZ-CASTELL, Adán Carrizo “El agente infiltrado en España y Portugal: estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales” in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa. Interferências e Ingerências Mútuas*, (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2009.

GUINOTE, Hugo, “Respostas Tático-Policiais ao fenómeno da droga”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de massa. Interferências e Ingerências Mútuas*, (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2009.

MATA-MOUROS, Fátima, “O agente infiltrado” in *Revista do Ministério Público*, n.º 85, ano 22, JAN/MAR, 2001.

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

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “Homens de confiança: será o caminho?” in *II congresso de processo penal – Memórias*, (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “Homens de Confiança” in *Crise na Justiça. Reflexões e Contributos do Processo Penal. Actas do colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*, (Coordenação Branca Martins da Cruz), Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007.

ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, Rui, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa”, in *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, Susana, “A Recolha de Prova Por Agente Infiltrado”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa* (Coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico Pinto), Coimbra: C. Gráfica de Coimbra, 2010.

SANTIAGO, Teófilo, *Informadores de Polícia – Entre a hipocrisia e a necessidade*, Lisboa: Centro de documentação da Polícia Judiciária, 1993.

SOLER, José M. Rifá, “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, in *En Revista del Poder Judicial*, nº 55, CGPJ, 1999.

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

SILVA, Germano Marques da, “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos – Os Princípios Democráticos e da Lealdade em Processo Penal”, in *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo II, 1994.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, 4.^a Edição Revista e actualizada, Lisboa: Editorial Verbo, 2008.

SILVA, Germano Marques da, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Lisboa: ISCPSI, 2001.

SILVA, Sandra Oliveira e, *Protecção de testemunhas em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editores, 2007.

SOUSA, Susana Aires De “L’ 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, “O agente infiltrado na investigação e prevenção dos crimes de corrupção e de branqueamento de capitais”, in *Dos Órgãos de Polícia Criminal: Natureza, Intervenção, Cooperação*, (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2004.

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

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, **ALVES**, Manuel João, **GONÇALVES**, Fernando, *Lei e Crime – O agente infiltrado versus o agente provocador: Os princípios do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2001.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, 3.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2012.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, 2.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2005.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *II Congresso de Processo Penal - Memórias*, Coimbra: Almedina, 2006.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas Telefónicas – da excepcionalidade à vulgaridade*, 2.^a Edição Revista e Actual, Coimbra: Almedina, 2008.

VALENTE, Guedes, “A investigação do Crime Organizado. Buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de massa. Interferências e Ingerências Mútuas*, (Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, TOMO I, 3ª Edição Revista, Actualizada e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2010.

TESES/DISSERTAÇÕES

Márcio Hugo Costa Mendes, *Agente Infiltrado - Contributos para a delimitação material de atribuições e competências*, Trabalho final de Curso, Lisboa, ISCPSI, 2011.

LEGISLAÇÃO NACIONAL

- Constituição da República Portuguesa.
- Código de Processo Penal.
- Código Penal.
- Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, que aprova medidas de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira.
- Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, altera o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (regime jurídico do tráfico e consumo de estupefacientes).
- Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, Regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal.
- Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, aprova a lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal.
- Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.
- Lei de combate ao terrorismo: Lei 52/2003, de 22 de Agosto.
- Lei Orgânica da Polícia de Segurança Pública: Lei n.º 53/2007, de 31 de Agosto.
- Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, aprova o Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.
- Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC): Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto.
- Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro, que aprova a lei do cibercrime.
- Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas.

- Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas.
- Decreto-Lei n.º 275/2009, de 2 de Outubro, aprova o Estatuto do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.
- Portaria n.º 150/2004 de 13 de Fevereiro, menciona os países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

- Declaração Universal dos Direitos do Homem.
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988.
- Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento ao Terrorismo, de 1999.
- Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada, de 15 de Novembro de 2000.
- Decisão do Comité executivo do Acordo Schengen com o n.º 41999D0008, 28 de Abril de 1999, relativa aos princípios gerais de remuneração dos informadores.
- Jornal oficial da União Europeia n.º L 351, de 29 de Dezembro de 1998, consultado em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:351:0001:0002:PT:PDF> em 15 de Outubro de 2011.
- Jornal Oficial da União Europeia n.º C 15E, de 21 de Janeiro de 2010, consultado em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:015E:0061:0064:PT:PDF> em 30 de Outubro de 2011.
- Jornal Oficial da União Europeia n.º L 105, 27 de Abril de 1996, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:105:FULL:PT:PDF> em 04 de Novembro de 2011.
- Jornal Oficial da União Europeia n.º L 191, 07 de Julho de 1998, consultado em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0001:0003:PT:PDF> em 04 de Novembro de 2011.
- Jornal Oficial da União Europeia n.º C 198, 12 de Agosto de 2005, consultado em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:198:0001:0022:PT:PDF> em 05 de Novembro de 2011.
- Jornal Oficial da União Europeia n.º L 58, 24 de Fevereiro de 2007, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:058:0013:0018:PT:PDF> em 05 de Novembro de 2011.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 7 de Novembro de 1996 (México).

- Lei 9.034, de 3 de Maio de 1995 (Brasil).
- Lei 10.217, de 11 de abril de 2001 (Brasil).
- Ley 24.424 de 7 de Dezembro de 1994 (Argentina).
- Ley del Enjuiciamiento Criminal (Código de Processo Penal Espanhol).
- Ley Organica n.º 5/1999, de 13 de Enero (Espanha).
- Code de Procédure Pénale (Código de Processo Penal Francês).
- OrgK – Lei contra o tráfico ilícito de drogas e outras manifestações da criminalidade organizada), de 22 de Setembro de 1992 (Alemanha).
- Strafprozeßordnung (Código Processo Penal Alemão).

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98 de 14/10/1998, Processo n.º 835/98, Relator Messias Bento, consultado em <http://www.pgdlisboa.pt>, em 14 de Novembro de 2011, 12 de Dezembro de 2011 e 27 de Fevereiro de 2012.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 02P2118, de 30/02/2002, Relator Pires Salpico, consultado em <http://www.dgsi.pt>, em 08 de Dezembro de 2011.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 05P3349, de 30/11/2005, Relator Sousa Fonte, consultado em <http://www.dgsi.pt>, em 08 de Dezembro de 2011.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 02P4510 de 20 de Fevereiro de 2003. Relator Simas Santos, consultado em <http://www.dgsi.pt>, em 08 de Dezembro de 2011.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 05P3349 de 30 de Novembro de 2005. Relator Sousa Fonte, consultado em <http://www.dgsi.pt>, em 08 de Dezembro de 2011.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 9060/2006-3 de 29 de Novembro de 2006, Relator Carlos Sousa, consultado em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/>, em 09 de Dezembro de 2011.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo n.º 370/04.1JELSB.E1 de 20 de Setembro de 2011. Relator Maria Isabel Duarte, consultado em <http://www.dgsi.pt>, em 08 de Dezembro de 2011.
- Diário da Assembleia da República, I Série, Parte A, n.º 240 de 16 de Outubro de 2001.
- Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 99, de 22 de Junho de 2001.
- Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 183 de 21 de Setembro de 2007.,
- Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 168, de 30 de Agosto de 2010.

OUTROS DOCUMENTOS

- EUROPOL, *European Best Practices on the Use of Informants*, com o n.º 2570-36Rev2, de 16 de Maio de 2002.

SÍTIOS NA INTERNET

<http://www.interpol.int/>, consultado em 15 de Outubro de 2011.

<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>, consultado em 15 de Outubro de 2011.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t3.html, consultado em 09 de Janeiro de 2012.

<http://droit-finances.commentcamarche.net/legifrance/45-code-de-procedure-penale/105855/article-706-82>, consultado em 09 de Janeiro de 2012.

http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_110a.html, consultado em 09 de Janeiro de 2012.

<http://eur-lex.europa.eu> consultado em 21 de Janeiro de 2012.

<http://html.rincondelvago.com/ley-23737-de-estupefacientes-argentina.html>, consultado em 10 de Janeiro de 2012.

ANEXOS

Anexo 1 – Guião de entrevista a aplicar aos entrevistados

A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, estabelece o Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal (RJAEPIC). Logo no artigo 1.º, n.º 2, é estabelecido que as acções encobertas serão aquelas que forem *desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária, com ocultação da sua qualidade e identidade.*

Todavia, a própria lei não dá uma resposta expressa sob a pessoa que pode assumir essa qualidade de terceiro, ou seja, não dá indicações sobre os critérios de selecção e utilização destes “colaboradores da lei”, os quais, atento o conceito amplo da figura, poderão ser outros funcionários de investigação criminal e até qualquer cidadão.

Como tal gostaríamos de saber a sua opinião relativamente as seguintes questões:

- 1) Se o agente infiltrado é considerado um método especial de recolha de prova, no seu entender, faz sentido que o legislador tenha admitido a figura do “Terceiro”? É de referir que alguns dos ordenamentos jurídicos da Europa, tais como o espanhol, francês e alemão, não admitem a figura do terceiro, só podendo ser agente infiltrado um funcionário da investigação criminal.
- 2) Tendo em conta que a utilização do agente infiltrado só é admissível quando estejam esgotados os restantes meios de investigação criminal, em função dos direitos pessoais afectados, e que a exposição do agente infiltrado ao risco pode implicar acidentes ou desvios, acha admissível que particulares venham a assumir a qualidade de “agente infiltrado” nos termos do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto?
- 3) No seu entender, uma vez que a lei não limita a qualidade do terceiro, poderá a Polícia Judiciária, nos termos do RJAEPIC, utilizar um “arguido arrependido” como agente infiltrado?
- 4) Qual é a sua opinião, quanto ao recurso a informadores por parte da Polícia Judiciária no que concerne a matéria de “operações encobertas”, sendo que, em Portugal, ao contrário dos Estados Unidos da América, não existe regulamentação para a sua utilização, nem a respectiva compensação para tal colaboração.
- 5) A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, através do artigo 2.º, ampliou o âmbito de aplicação da acção encoberta ou do agente infiltrado a novas infracções encobertas.

Contudo, com base no n.º 3 do art. 7.º da LOIC (2008), em que se estabelece um catálogo de crimes que são da competência reservada da PJ, mas que podem ser delegados na PSP sem qualquer prejuízo para a investigação criminal, verifica-se que alguns dos crimes elencados no artigo 2.º da RJAEPIC são semelhantes aos aí previstos (no n.º 3 do art. 7.º da LOIC), como tal, poderiam ser delegados nas Forças de Segurança.

No seu entender, não deveria o legislador admitir que os agentes de investigação da PSP ou GNR possam ser agentes infiltrados actuando directamente sob o controlo da autoridade judiciária competente?

Anexo 2 – Entrevista ao Professor Catedrático Germano Marques Da Silva

1) Se o agente infiltrado é considerado um método especial de recolha de prova, no seu entender, faz sentido que o legislador tenha admitido a figura do “Terceiro”? É de referir que alguns dos ordenamentos jurídicos da Europa, tais como o espanhol, francês e alemão, não admitem a figura do terceiro, só podendo ser agente infiltrado um funcionário da investigação criminal.

A técnica da infiltração deveria ser reservada a funcionários de investigação criminal, mas não há na nossa lei qualquer inconstitucionalidade. É uma questão de eficácia da investigação e frequentemente os princípios éticos são sacrificados à eficácia. É um mal e por isso que esse meio só deve ser utilizado em situações limite, devendo ser ponderada a sua absoluta necessidade o que, aliás, a nossa lei determina.

2) Tendo em conta que a utilização do agente infiltrado só é admissível quando estejam esgotados os restantes meios de investigação criminal, em função dos direitos pessoais afectados, e que a exposição do agente infiltrado ao risco pode implicar acidentes ou desvios, acha admissível que particulares venham a assumir a qualidade de “agente infiltrado” nos termos do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto?

Vale a resposta à pergunta anterior

3) No seu entender, uma vez que a lei não limita a qualidade do terceiro, poderá a Polícia Judiciária, nos termos do RJAEPIC, utilizar um “arguido arrependido” como agente infiltrado?

Pressuponho que a pergunta se refere a co-arguido e nessa medida não consigo configurar a hipótese em que possa ser agente infiltrado. Não pode atribuir-se a função de agente infiltrado a um co-arguido e o arrependimento não tem eficácia em fase de perpetração do crime.

A prova produzida pelo arguido arrependido é uma prova especialmente suspeita e por isso contrária ao fim prosseguido com a utilização do agente encoberto.

4) Qual é a sua opinião, quanto ao recurso a informadores por parte da Polícia Judiciária no que concerne a matéria de “operações encobertas”, sendo que, em

Portugal, ao contrário dos Estados Unidos da América, não existe regulamentação para a sua utilização, nem a respectiva compensação para tal colaboração.

O recurso a “informadores” é uma técnica policial antiga, um meio estritamente policial; serve apenas para orientar a investigação. Não há especialidade nenhuma relativamente aos informadores no âmbito de operações encobertas, mas deve notar-se que os informadores não têm qualquer protecção legal nem são fonte de prova enquanto não forem constituídos testemunhas. Por isso que informador infiltrado é contraditório porque a razão do estatuto do agente infiltrado é a sua protecção legal.

5) A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, através do artigo 2.º, ampliou o âmbito de aplicação da acção encoberta ou do agente infiltrado a novas infracções encobertas. Contudo, com base no n.º 3 do art. 7.º da LOIC (2008), em que se estabelece um catálogo de crimes que são da competência reservada da PJ, mas que podem ser delegados na PSP sem qualquer prejuízo para a investigação criminal, verifica-se que alguns dos crimes elencados no artigo 2.º da RJAEFPIC são semelhantes aos aí previstos (no n.º 3 do art. 7.º da LOIC), como tal, poderiam ser delegados nas Forças de Segurança.

No seu entender, não deveria o legislador admitir que os agentes de investigação da PSP ou GNR possam ser agentes infiltrados actuando directamente sob o controlo da autoridade judiciária competente?

Como se percebe das minhas respostas anteriores, a minha posição sobre agentes infiltrados é muito restritiva. Só devem ser utilizados em circunstâncias verdadeiramente excepcionais. Acresce que o deferimento da investigação dos crimes elencados no n.º 3 do art. 7.º da Lei n.º 49/2008 a outros órgãos de polícia criminal só pode ter lugar quando ocorram os pressupostos indicados n.ºs 1 e 2 do art. 8.º da mesma lei, ou seja, simplicidade da investigação, o que é incompatível com a utilização de agentes encobertos.

Anexo 3 – Entrevista ao Mestre Manuel Augusto Meireis

1) Se o agente infiltrado é considerado um método especial de recolha de prova, no seu entender, faz sentido que o legislador tenha admitido a figura do “Terceiro”? É de referir que alguns dos ordenamentos jurídicos da Europa, tais como o espanhol, francês e alemão, não admitem a figura do terceiro, só podendo ser agente infiltrado um funcionário da investigação criminal.

A própria figura do infiltrado já é, por si só, controversa, como sabe. Há, neste caso, uma certa deslealdade por parte do Estado que através de um meio enganoso (embora legitimado) pretende proceder à recolha da prova. [Uma outra questão a discutir poderia ser exactamente esta: até que ponto é legítimo ao Estado usar mecanismos desta jaez. Porém, seria apenas uma discussão *de lege ferenda* e, por isso, a colocar no âmbito de uma discussão político-criminal.]. Assim, a partir do momento em que se abre a porta a este tipo de intervenção não me choca, por demais, que o recurso possa estender-se à utilização de terceiros; no fundo, é um dever de todos colaborar na realização da justiça, embora, nestes casos, não seja bem assim; mas não é, nem para os particulares nem para os funcionários da investigação criminal (a utilização de alguém como agente infiltrado está sempre dependente da sua aceitação). Além disso, se pensarmos em quem são estes particulares de que a investigação criminal se servirá, facilmente podemos concluir que se tratará de alguém do meio, que conhece os processos e, muitas vezes, isto quer dizer alguns criminosos ou suspeitos, ou alguns com quem se negocia informalmente a informação e a entrega de comparsas a troco de impunidade (é normal nestas operações haver uns suspeitos que, vá-se lá saber como, conseguem sempre escapar mesmo quando montado um grande aparato policial!). É claro que, o recurso e esta especial categoria de particulares poderá vir a manchar a própria investigação pois o Estado passa a colaborar com os próprios criminosos e a fomentar a delação (pelo menos informalmente pois trata-se de medidas que o nosso CPP não permite). Sempre poderemos dizer que o criminoso tem uma dívida para com a comunidade e esta pode ser uma forma de emendar o mal feito ou, de outra forma, a ajudar a evitar que males maiores aconteçam.

Porém, ao fim e ao cabo, esta é uma questão que aparece *pendurada* numa outra que logicamente e necessariamente a antecede e que é a seguinte: Que tipo de Processo Penal pretendemos? Ou. Ainda antes desta: Que tipo de Justiça pretendemos? Ou, mesmo ainda antes desta última: Em que tipo ou modelo de Estado pretendemos viver e, por isso, construir? Aqui, a questão já é do foro da Filosofia do Estado pois

implica uma decisão sobre a posição do Estado na sociedade e a posição do indivíduo perante ele. E, neste domínio, no momento actual, este um assunto em grande discussão pois, desde os que defendem o securitarismo até aos que defendem a prevalência e intangibilidade dos direitos, liberdades e garantias individuais, há muitas nuances ou matizes. Desde o direito penal (e processual penal) do inimigo de Jackobs, até ao puro Estado liberal conforme nasce na Revolução Francesa, há um ponto de equilíbrio que temos que identificar; porém, como sempre, o equilíbrio de uns não é o equilíbrio de outros e, por isso, a questão é essencialmente filosófica e implica a nossa concepção de Estado (mais musculado ou mais permissivo) e, por isso, o papel do indivíduo no contexto da sociedade politicamente organizada.

Assim, para responder à sua questão, aberta a possibilidade da utilização do agente infiltrado, não me choca que se utilizem terceiros na recolha desta prova, embora admita que este entendimento se põe jeito para inúmeras críticas.

2) Tendo em conta que a utilização do agente infiltrado só é admissível quando estejam esgotados os restantes meios de investigação criminal, em função dos direitos pessoais afectados, e que a exposição do agente infiltrado ao risco pode implicar acidentes ou desvios, acha admissível que particulares venham a assumir a qualidade de “agente infiltrado” nos termos do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto?

De iure contito a questão está resolvida; *de iure condendo* remeto um pouco para a resposta que dei à sua anterior questão. E é verdade tudo o que diz. Porém, esse risco, na maior parte dos casos, não é menor quando os agentes infiltrados são os funcionários da investigação criminal. Muitas vezes, por ignorância, por excesso de zelo ou, mesmo, por desespero face à inexistência de frutos na fase da investigação, o agente infiltrado excede os limites objectivos da infiltração e passa a comportar-se como bem mais do que isso. Mas, a meu ver, estamos a falar de coisas distintas: Uma coisa é admitir-mos, ou não, esta figura; outra, daquela distinta, é a de saber se os nossos agentes infiltrados andam a comportar-se de acordo com lei. Se a resposta à primeira questão for positiva, então entendemos que o problema está no cumprimento da lei e deveremos aumentar a fiscalização sobre estas acções e fazer com que, nomeadamente, os nossos tribunais tenham um entendimento mais restrito (para não dizer esclarecido) sobre o que é isto da infiltração pois, como sabemos, neste domínio, a malha dos nossos juízes é extremamente aberta e muitos são os provocadores que, por sentença, passam a infiltrados.

Assim, há duas questões a ponderar: 1) A lei está redigida da melhor maneira (atendendo ao modelo de homem de confiança que dela pretendemos e, nomeadamente, se é este que pretendemos, será que o legislador o disse da melhor forma?), ou não? 2) A fiscalização está a ser feita da melhor maneira? Se a resposta à primeira questão for positiva, então temos que aumentar a fiscalização (do MP, dos Magistrados judiciais (nomeadamente no momento do julgamento quanto ao que são ou não métodos lícitos de recolha de prova) mas também a fiscalização dentro das próprias polícias exigindo responsabilidades e aplicando sanções nos casos em que os funcionários excedem os seus limites), mas também, e fundamentalmente, investindo na formação daqueles que estarão no terreno.

3) No seu entender, uma vez que a lei não limita a qualidade do terceiro, poderá a Polícia Judiciária, nos termos do RJAEPIC, utilizar um “arguido arrependido” como agente infiltrado?

Muitas vezes ele é o mais adequado para *vestir a farda* do infiltrado. Tem informação privilegiada, sabe quem é quem, onde é que as coisas acontecem e através de que mecanismos ou processo. Além disto, tem, ou pode ter, uma coisa que neste contexto é fundamental: A porta para entrar naquele grupo, naquela rede, naquele circuito já está aberta pois, entre os que a eles pertencem, o arrependido já é visto como um de entre eles e, assim, já têm a sua confiança. Trata-se de um processo que os funcionários da investigação criminal levam muito tempo a percorrer com o conseqüente risco de perda de oportunidade.

É claro que a figura do “arrependido” é muito controversa; na gíria, estamos a falar do “*bufo*”, como se lhe refere Germano Marques da Silva. Porém, e na linha do que vínhamos dizendo, há uma dívida do criminoso à sociedade e, numa lógica muito próxima da do Direito Penal, poderemos até justificar dogmaticamente a sua intervenção. Mas, mais uma vez, é verdade que aqui os perigos são redobrados; para isto nos chama a atenção a experiência histórica com estas figuras quando, a troco de uma impunidade, se entregavam criminosos mas também inocentes, ou se passava de mero infiltrado a provocador (o que vai dar ao mesmo).

Assim, e ainda na lógica que vimos seguindo, o arrependido é um terceiro e os terceiros são admitidos como infiltrados. Problemas? Sim, garantir que a infiltração se faz dentro dos seus limites; mas este perigo, como já referi, mantém-se mesmo que banamos os terceiros e fiquem apenas os funcionários da investigação criminal. Ou

então, talvez seja o momento de equacionar se, não conseguindo uma efectiva fiscalização, não deveremos acabar com a figura.

4) Qual é a sua opinião, quanto ao recurso a informadores por parte da Polícia Judiciária no que concerne a matéria de “operações encobertas”, sendo que, em Portugal, ao contrário dos Estados Unidos da América, não existe regulamentação para a sua utilização, nem a respectiva compensação para tal colaboração.

Como já terá percebido, o meu entendimento em relação a esta matéria (infiltração) é o de que, se a lei existe deveremos retirar dela aquilo que nos pode dar. Isto não significa que seja um positivista ou que não entenda que determinados aspectos do seu texto não mereçam e devam ser melhorados. Aliás, sou muitas vezes acusado de pertencer àquele grupo dos que acham que os direitos, liberdades e garantias devem prevalecer sobre tudo, mesmo quando se trate da realização da Justiça. Trata-se, obviamente, de uma crítica sem sentido até porque encerra nos seus próprios termos uma contradição: Não podemos fazer valer os direitos, liberdades e garantias sem a própria Justiça; ou seja, não estamos perante conceitos antagónicos ou auto-excludentes, bem pelo contrário. Porém, acho que, apesar de tudo, a lei pretendeu garantir que o infiltrado ficasse bem guardado atrás das grades dos pressupostos de dos requisitos da própria infiltração (garantir que assim será, já outro problema, como vimos); a lei parece-me adequada e honesta. E digo isto para não abespinhar o legislador; é que aquilo que, um pouco por todo o *mundo civilizado* se vai vendo, é um frenético galgar de limites por parte dos vários diplomas legais. Aquilo que, até há pouco tempo, era intocável (numa tradição humanista e liberal que herdamos (não só nós, mas também nós) da Revolução Francesa (onde, não por acaso, nasce a ideia de garantia individual para exprimir a ideia de prerrogativa do cidadão face ao Estado)) está cada vez mais a ser posto em causa. Determinadas medidas extremamente intrusivas e limitativas dos direitos fundamentais (nomeadamente da privacidade individual (valor com cujas restrições muito se poderá obter)) são cada vez mais frequentes e nós, porque estamos inseridos numa ordem jurídica internacional, não podemos escapar a este movimento ainda que tais soluções sejam desajustadas e desproporcionadas face à nossa criminalidade, aos seus índices e à sua qualidade. A bitola é igual para todos. Assim, temo mais aquilo que possa vir a caminho pois nem todos são de brandos costumes (até nós já o fomos mais). A verdade é que há novos segmentos da criminalidade que nos assustam todos os dias; o chamado *blue-collar crime* (e já não apenas o *white-collar crime*) está à nossa volta e todos nós nos tornamos em potenciais e imediatas vítimas. O

sentimento de insegurança grassa e os processos de vitimização são cada vez mais díspares o que faz com que cada vez mais seja difícil à prevenção criminal manter-se uns passos à frente do criminoso (nunca o foi e agora é cada vez mais difícil). Há realidades para as quais não estávamos preparados, nem como cidadãos, nem como funcionários da investigação criminal nem como juízes.

Respondendo directamente à sua questão, acho perfeitamente lícito e legítimo que a Polícia Judiciária recorra a informadores até porque, não cabendo este no conceito de infiltração, são necessariamente um *minus* em relação ao infiltrado e, nesta lógica, quem pode o mais pode o menos. Por outro lado, a utilização de um informador não levanta problemas teóricos de maior pois este, por natureza, não restringe direitos fundamentais. O problema (mas que também se verifica com a infiltração), pode ser o do exercício do contraditório, ou seja, o de, em julgamento, permitir-se ao arguido que confronte a fonte da prova e, neste caso, ela é o informador e não aquele que, em segunda mão, tem acesso à informação. Mas, para isto, temos uma lei de protecção de testemunhas que, como referi, também pode aplicar ao infiltrado.

5) A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, através do artigo 2.º, ampliou o âmbito de aplicação da acção encoberta ou do agente infiltrado a novas infracções encobertas. Contudo, com base no n.º 3 do art. 7.º da LOIC (2008), em que se estabelece um catálogo de crimes que são da competência reservada da PJ, mas que podem ser delegados na PSP sem qualquer prejuízo para a investigação criminal, verifica-se que alguns dos crimes elencados no artigo 2.º da RJAEPIC são semelhantes aos aí previstos (no n.º 3 do art. 7.º da LOIC), como tal, poderiam ser delegados nas Forças de Segurança.

No seu entender, não deveria o legislador admitir que os agentes de investigação da PSP ou GNR possam ser agentes infiltrados actuando directamente sob o controlo da autoridade judiciária competente?

O n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 101/2011, de 25 de Agosto, *divide* os cidadãos em dois grupos: os “funcionários da investigação criminal” e os “terceiros”, entendendo-se por estes (por exclusão de partes) aqueles cidadãos que não pertencem ao grupo dos primeiros. Assim, os agentes da investigação da PSP ou da GNR (ou mesmo de outros OPC, tais como SEF, ASAE, Polícia Marítima, etc.) ou são *funcionários da investigação criminal* ou são “*outros*”, pelo que, formalmente, a sua utilização como infiltrados estaria sempre formalmente legitimada e sustentada na lei. Uma outra questão será a de saber a

que grupo é que pertencerão. Ou seja, com que sentido é que o legislador, no mencionado preceito, utilizou a expressão *funcionários da investigação criminal*; quer referir-se aos funcionários que fazem a investigação criminal naquele caso concreto em que a investigação está a ser feita e no âmbito do qual se pretende recorrer à figura da infiltração, ou, pelo contrário, pretende referir-se a todos os funcionários que, por dever e poder de ofício, fazem a investigação criminal naquele ou noutros casos? Ora, a meu ver, não podemos ter dois tipos de funcionários da investigação criminal: aqueles que merecem a nossa confiança e aqueles em quem já não confiamos tanto (!). Parece que há aqui várias classes de investigação. A única distinção que deveremos permitir é aquela que se sustenta em critérios objectivos e que se prendam com a especialização ou o grau de especialização de cada OPC. Mais do que isto, é falar de investigação criminal de 1.^a e em investigação criminal de 2.^a e isso é impensável. Assim, se a investigação criminal pode, em determinados casos, ser delegada pela PJ na PSP e na GNR (e pode), das duas uma: ou a entidade delegante reconhece a competência técnico-tática à entidade delegada e, tudo bem; ou não reconhece e, nesse caso, então nem deve haver delegação. Por isso, em meu entendimento, a delegação de competências há-de implicar que a supervisão e o controlo que o n.º 2 do artigo 1.º atribuiu à PJ se considere delegado também em favor das Autoridades de Polícia Criminal congéneres dentro das polícias delegadas.

Além do mais, bem vistas as coisas, um agente infiltrado será sempre um funcionário (da investigação criminal) na asserção criminal do conceito (artigo 386.º CP).