

AÇÕES ENCOBERTAS, PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. A DICOTOMIA ENTRE AGENTE INFILTRADO E AGENTE PROVOCADOR

Marco Ribeiro HENRIQUES¹

“Todos os homens são passíveis de errar. A maior parte deles, é em muitos aspetos, por paixão ou interesse, tentada a fazê-lo”

John Locke

RESUMO

A nossa pesquisa compreende o objetivo de construir um ponto de partida à análise da problemática inerente à utilização de agentes infiltrados como um dos instrumentos de combate à criminalidade organizada. A utilização massiva de agentes infiltrados em organizações criminosas traz a lume preocupações novas, a que o direito não pode deixar de se conter. A gestão entre valores e direitos inarredáveis, como a iminente dignidade da pessoa humana, a própria vida do ser humano, a reserva da vida privada confluem para um exercício de incidência direta entre estar ou não dentro do estado de direito. O novo Regime Jurídico do agente Encoberto aparece no sistema jurídico português como contenda à eventual abstração da norma que o precede. Aqui chegados, as nossas preocupações, na certeza de um conceito altamente determinado pelo legislador, não nos trouxeram toda a certeza e segurança que ao direito penal é tão cara. Sem esta certeza e determinabilidade do instituto jurídico, o direito e a persecução penal, com recurso a ações encobertas, ficam em crise. A nossa análise propõe uma reflexão crítica aos novos (velhos) institutos do agente infiltrado, encoberto e provocador, numa perspectiva de proporcionalidade entre este tipo de ação e a necessidade de tutela e segurança jurídica da ordem democrática do estado.

PALAVRAS-CHAVE

Agente Infiltrado – Agente Provocador – Agente Encoberto – Ações Encobertas – Proporcionalidade – Prova

ABSTRACT

Our research includes the objective of building a starting point for consideration of the problems near in the use of undercover agents as one of the instruments to combat organised crime. The massive use of undercover agents in criminal organizations brings to light new concerns that the law cannot stop herself. The management between values and irrefutable rights, such as the dignity of the human person, of human life itself, the reservation of private life flow for an exercise of direct incidence between is within the rule of law. The new legal regime of the undercover agent appears in the Portuguese legal system, as fend to the possible standard abstraction that precedes it. Here, our concerns, in the certainty of a highly determined by the legislature, not brought us certainty and security that the criminal law is so expensive. Without this certainty and determinabilidade legal institute, the law and the criminal persecution, using covert actions, are in crisis. Our analysis proposes a critical reflection of the new (old) institutes of undercover agent, glossed over and provocative, in a perspective of proportionality between this type of action and the need for guardianship and legal certainty of the democratic order of the State.

KEYWORDS

Undercover-Agent, Provocateur-Agent, Covert-Agent, Undercover –Actions, Evidence.

¹ Investigador em Ciências Políticas e Jurídico-Criminais, no IJP-Instituto Jurídico Portucalense, Jurista pro bono e Coordenador do Grupo de Juristas da Amnistia Internacional – Portugal, e Jurista Relator pro bono do Observatório dos Direitos Humanos. Email: mrb.researcher@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Os estados recorrem frequentemente a operações encobertas para fazer frente à criminalidade, nomeadamente no âmbito da criminalidade mais grave e organizada. De referir que a criminalidade vem-se fortalecendo e aprimorando nos seus métodos de atuação, numa tentativa constante em faltar o sistema jurídico.

Ainda que, estejamos nós, perante alta criminalidade, que destrói, ou pelo menos coloca em causa o estado de direito democrático, o combate travado pelos órgãos de polícia criminal², face a tal flagelo, não se pode coadunar com uma total discricionariedade dos meios empregues. Motivação, que neste estado de coisas, nos move a escrutinar os métodos empregues e os consequentes regimes jurídicos, estabelecidos para a operacionalidade deste tipo de repressão criminal.

Este *novo* paradigma do direito penal de que nos fala Faria Costa³ espalha os seus tentáculos por todas as esferas em que a vida dos cidadãos se tornou moderna e arriscada. É, pois, amparado neste discurso da perseguição aos infratores destes bens jurídicos da modernidade que o direito penal vem aplicando o seu controlo, a sua mão invisível, sobretudo ao nível do processo penal, onde se pretende atingir um maior grau de funcionalidade possível⁴.

2. ALGUNS PRÓLOGOS, PARA UMA REFLEXÃO DICOTÓMICA, DA CONCEITUALIZAÇÃO DOGMÁTICA DOS CHAMADOS “HOMENS DE CONFIANÇA”

A primeira dificuldade a concorrer para análise dogmática à figura abstrata dos homens de confiança reside na ausência de um critério uniforme e

2 Adiante por referência apenas a OPC's.

3 Neste sentido, Cfr. COSTA, José de Faria, *Direito penal e globalização: reflexos não locais e pouco globais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.110.

4 Neste sentido, Cfr. MACHADO, João Batista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 2010, p.58. Para este autor, num Estado de Direito Democrático, ao cidadão é garantida a segurança diante de eventuais intervenções do poder público na sua esfera pessoal. O princípio do estado de direito, enquanto Estado subordinado ao direito, surge exatamente como uma forma de contenção do Estado Absoluto, em que prevalecia a denominada “Razão de Estado” sobre os direitos e liberdades dos cidadãos. Hodiernamente, tal princípio não exige somente a garantia da defesa de direitos contra o Estado, mas também a defesa destes contra quaisquer poderes sociais de facto. Deste modo, é possível afirmar que o Estado de Direito se demite da sua função ao se abster do recurso aos meios prevenidos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança dos direitos e liberdades dos cidadãos.

rigoroso no que à conceptualização das suas modalidades concerne. Ainda que, num plano estritamente dogmático, não nos seja difícil delinear noções abstratas, as complexidades aumentam no momento em que passamos do plano teórico à realidade prática, ou seja, à medida que lidamos com os concretos problemas de delimitação de lugar e legitimidade da figura.

Neste quadro, partimos do conceito *lato sensu* de homens de confiança, a partir do qual operamos uma delimitação dogmático-conceitual tripartida entre Agente Infiltrado, Agente Encoberto e Agente Provocador.

A delimitação doutrinal da figura do Homem de confiança é tratada com bastante pormenor por Costa Andrade. Este iminente jurisconsulto da escola de Coimbra defende, na esteira da doutrina de Meyer⁵, que se encontram incluídas nesta realidade todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e atividade.

Ora, caberão aqui, tanto os particulares⁶ como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia que, disfarçadamente, se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto quer se limitem à recolha de informações quer vão ao ponto de provocar eles próprios a cena do crime.

Esta noção, que a doutrina portuguesa elaborou, ocorreu num momento em que a única referência legislativa à ação encoberta constava do art.º 52º do DL 430/83, de 13 de Dezembro⁷⁸, diploma que introduziu a figura do homem de confiança no direito português, mas que não permitia a atuação de terceiros não funcionários de investigação criminal, no âmbito de ações encobertas.

A admissibilidade de uma intervenção de terceiros veio a ser consagrada, mais tarde, já na esteira da Lei 45/96, de 3 de Setembro, que procedeu à

5 Neste sentido, Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições da prova em processo penal*, Coimbra Editora, Reimpressão da 1ª Edição, 2013, p.220.

6 *Pertencentes ou não ao submundo da criminalidade.*

7 *A chamada “Lei da Droga”.*

8 “Artigo 52.º (Conduta não punível) 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.”

reformulação do art.º 59º⁹ do DL 15/93, de 22 de Janeiro¹⁰, e que introduziu no ordenamento jurídico português um regime minimamente elaborado¹¹ sobre a figura do homem de confiança¹².

Este paradigma é o que se mantém ainda hoje, no atual Regime Jurídico do Agente Encoberto¹³, para quem a designação de homens de confiança parece ter ficado arredada para os particulares, estes enquanto terceiros, que atuam sob o controlo da Polícia judiciária¹⁴ e que não são verdadeiros funcionários de investigação criminal.

Para estes últimos, parecem estar hoje votadas as expressões Agente Provocador, Infiltrado e Encoberto¹⁵.

Os autores que se dedicam ao estudo dos homens de confiança têm tomado posição sobre a sua admissibilidade ou inadmissibilidade, enquanto expediente probatório, seja mediante a recondução automática da sua atuação à expressão “meios enganosos” a que refere o art.º 126º¹⁶ n.º 2 al. a) do Código do

9 “Artigo 59.º - Condutas não puníveis 1 - Não é punível a conduta de funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sob 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.”

10 O DL 15/93, de 22 de Janeiro, procedeu à revisão do DL 430/83, de 13 de Dezembro, mas manteve em traços gerais o seu regime relativamente à atuação dos homens de confiança. Prova disso é a circunstância de o art. 52º do DL 430/83, de 13 de Dezembro, ter mantido a sua redação no art. 59º do diploma de 1993.

11 Neste sentido, Cfr. PEREIRA, Rui, *O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa in Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira* – Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p.24.

12 O presente diploma, para além de ter permitido a atuação de terceiros não funcionários no âmbito das ações encobertas, a Lei 45/96, de 3 de Setembro alargou ainda o círculo de condutas onde é admissível a atuação do homem de confiança, bem como veio consagrar ainda a possibilidade da sua atuação no âmbito da prevenção criminal.

13 Adiante por referência a RJAE.

14 Adiante por referência a PJ.

15 Entendimento que é sufragado por COSTA, Eduardo Maia, em *Agente provocador – validade das provas*, Revista do Ministério Público, Ano 21, nº 81, Janeiro-Março 2000, p. 170.

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

Processo Penal¹⁷, seja através da mobilização de princípios gerais do processo penal, quer seja ainda pela adoção de posições divergentes consoante esteja em causa a repressão ou a prevenção criminal.

A questão prévia que nesta sede se deve colocar é a da admissibilidade do recurso à figura do Agente Encoberto no ordenamento jurídico português, isto é, se será legítima a sua utilização num Estado de Direito, enquanto método oculto de investigação que se serve do engano para finalidades de repressão e prevenção criminal.

A avaliação dessa legitimidade não pode deixar de passar pelo seu confronto com as disposições constitucionais. É um facto evidente que o recurso a agentes encobertos conflitua com direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, mais concretamente com o direito à integridade moral a que se alude no art.º 25^{o18} da Constituição da República Portuguesa¹⁹ e à reserva da intimidade da vida privada consagrada no art.º 26^{o20}, n.º1, ambas expressões plenas da iminente dignidade da pessoa humana, consagrada no art.º 1^{o21}, todos da CRP²².

Assim, a atuação do agente encoberto afeta por si só a integridade moral e o direito à não autoincriminação consagrado no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* do suspeito, ferindo, deste modo, a sua liberdade de vontade, de decisão e de declaração, na medida em que nele é criada uma convicção errónea sobre a qualidade ou identidade e as finalidades da pessoa com quem interage²³.

17 Adiante por referência a CPP.

18 “Artigo 25.º - (Direito à vida) 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte.”

19 Adiante por referência a CRP.

20 “Artigo 26.º - (Direito à integridade pessoal) 1. A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.”

21 “Artigo 1.º - (República Portuguesa) Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.”

22 Neste sentido, Cfr. ANDRADE, Costa, in *Bruscamente no verão passado, A Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra 2009, p. 105 : “(...) representando uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas (...) se apercebam(...)”.

23 Neste sentido o Ac. do TRL, de 22-03-2011, cujo Relator foi Nuno Gomes da Silva: “(...) IIº O agente provocador será o membro do órgão de polícia criminal ou alguém a seu mando que pela sua actuação enganosa sugere eficazmente ao autor a vontade de praticar o crime que antes não tinha representado e o leva a praticá-lo, quando sem essa intervenção a actividade delituosa não teria ocorrido. A vontade de delinquir surge ou é reforçada no autor, não por sua própria e livre decisão, mas como consequência da actividade de outra pessoa, o membro do órgão policial; IVº Agente infiltrado – polícia ou agente por si comandado – é aquele que se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos, com vista a obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de infracções. Neste caso, o agente não suscita a infracção, introduz-se na organização com o objectivo de descobrir e fazer punir o criminoso, não actuando para dar vida ao crime, antes contribuindo para a sua descoberta; (...)”

Podemos ainda assinalar que é hoje praticamente unânime na doutrina a defesa da inadmissibilidade do agente provocador e a apologia do agente infiltrado como método de investigação de natureza excecional, a mobilizar unicamente no combate e na investigação da criminalidade mais grave²⁴.

Posto isto, relativamente à provocação da conduta criminalmente punível, e não obstante os novos desafios colocados pelas mais drásticas e ameaçadoras fenomenologias criminais, Costa Andrade defende que estaremos fora dos limites de um Estado de Direito, se este, com uma mão, favorecer o crime que quer punir com a outra mão²⁵. Não podemos estar mais de acordo com este ilustre catedrático de direito.

Na mesma linha de pensamento, Germano Marques da Silva defende que somente numa conceção não democrática da sociedade poderá considerar-se a provocação ao crime como método legítimo para combater a criminalidade²⁶.

O princípio da lealdade que conforma todo o processo penal visa imprimir à realização da justiça toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas, o que, inevitavelmente, implicará a negação da provocação como método de obtenção da prova, porquanto uma das exigências de um procedimento penal leal só poderá ser todo aquele que se funda justamente na proibição de métodos de obtenção da prova atentatórios da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, diremos que, hoje em dia, é frequente atribuir-se no combate à criminalidade organizada, como seja o tráfico de drogas, ou o terrorismo, de entre outras condutas consideradas perigosas à vida em sociedade, a necessidade de utilização de poderosos e eficazes instrumentos de investigação e persecução da disciplina criminal.

Em nosso entender, arredamo-nos da função do direito penal, quando nos arredamos igualmente do princípio da subsidiariedade, colocando em crise o direito penal, como a primeira resposta para a resolução do problema, em

24 Neste sentido, o Ac. do TRL, de 22-03-2011, Op. Cit.: "(...) As ações encobertas são um meio de investigação a usar com parcimónia e o modo como se desenvolvem deve ser objeto de aprofundado escrutínio, o que no caso foi respeitado, tendo o tribunal, a partir do momento em que em audiência teve de lidar com a existência da ação encoberta, procurado o seu esclarecimento com a profundidade devida."

25 Neste sentido, Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, Op. Cit. p. 221.

26 Neste sentido, Cfr. SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal II, 3ª Edição, Editorial Verbo, Lisboa 2002, p.176 e 177.

detrimento de uma exigência por parte do Estado, quanto a uma demonstração de que outros meios menos danosos foram utilizados para resolver o problema²⁷.

No que à infiltração diz respeito, e numa orientação sintomática da cada vez maior preocupação com a eficácia da justiça criminal, a doutrina tende a convergir no entendimento uno, porquanto seja admissível o recurso a esta técnica especial de investigação em situações limite ou excepcionais, nomeadamente quando os restantes meios de investigação à disposição das instâncias formais de controlo se mostram insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos e que a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar²⁸.

Dado que o grau de intromissão nos direitos fundamentais, operado pelo agente infiltrado é superlativamente menor do que aquele que caracteriza o agente provocador, seria de aceitar, à luz de um estrito princípio de subsidiariedade o recurso à sua atuação. É preciso reconduzirmo-nos ao *ancien régime* para encontrar as primeiras notícias de utilização de agentes infiltrados como método de descobrir os inimigos do Rei. A estes seria incumbida a função de trazer ao conhecimento aqueles que se opunham ao regime e, conseqüentemente, à pessoa do Rei, sendo posteriormente julgados por crime de lesa-majestade²⁹.

Hoje, a figura do agente infiltrado passou por uma remodelação e adaptou-se ao que podemos chamar de moderno direito penal de cunho mais liberal, sendo agora utilizado não para descobrir os inimigos do Rei, mas, antes, para descobrir os inimigos do Estado, ou seja, aqueles que infringem as leis penais ao ferirem bruscamente aquela franja de bens jurídicos elencados como os mais importantes para a sociedade.

Por outro lado, os autores que operam uma divisão tripartida entre agente

27 Neste sentido, cfr. BARATA, Alessandro, in *Princípios de direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objetivo e limite da lei penal*, Revista Doutrina Penal nº10-40, Buenos Aires, Argentina, 1987, pp. 623 a 560. Tradução Livre de Francisco Bissoli Filho, Rio de Janeiro, 2003. O autor expõe que o princípio da subsidiariedade está ligado à prova de que não existem meios não penais de intervenção eficazes para resolver conflitos nos quais estão ameaçados os direitos humanos. Não é suficiente, portanto, a comprovação da idoneidade da resposta penal, mas também, é necessário demonstrar que esta não é substituível por outros tipos de intervenção de menor custo social.

28 Neste sentido, Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Bufo, infiltrados, provocadores e arrependidos. Os princípios democráticos e da lealdade em processo penal*. Revista Direito e Justiça, volume VIII, Tomo II, 1994, p. 31.

29 Sobre esta noção, Cfr. JÚNIOR, Arno Dal Ri, *O Estado e seu inimigo: a repressão política na história do direito penal* Revan, Rio de Janeiro, 2006, p. 119.

provocador, agente infiltrado e agente encoberto tendem a defender a admissibilidade plena e a livre utilização do último enquanto método de prevenção e investigação criminal, qualificando-o como uma verdadeira medida de profilaxia criminal³⁰ e, por conseguinte, considerando processualmente válidas as provas por ele obtidas.

Ainda que o agente encoberto corresponda, no conjunto dos homens de confiança, à modalidade de atuação que menor ofensa comporta para os direitos fundamentais³¹ numa sociedade dita democrática, cremos que a sua admissibilidade terá de passar sempre pelo crivo da ponderação dos interesses conflitantes, pressuposto do princípio da proporcionalidade, a que se alude no art.º 18º n.ºs 2 e 3 da CRP³². Pelo que, não se nos demonstra legítimo pugnar pela sua livre utilização, pois embora menos ofensivo, o agente encoberto não deixa de ser um método oculto de investigação, o que necessariamente importa à compressão de direitos fundamentais na esfera jurídica investigada³³.

Por conseguinte, atentemos agora para a orientação doutrinal, que, para efeitos de admissibilidade ou inadmissibilidade dos homens de confiança, vem adotando o critério das finalidades preventivas ou repressivas da sua atuação. Embora claro, do ponto de vista conceitual, a distinção entre o agente infiltrado, o provocador e o encoberto, na prática, é muito ténue, sobretudo os dois primeiros, cujas ações frequentemente se poderão confundir, em sede de operação policial.

O agente infiltrado tem conseqüentemente a sua atuação marcada por um forte dilema, que é o de se resignar ao ambiente criminoso e aí tendo de adotar

30 Neste sentido, Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto Alves, in *O regime das provas obtidas pelo Agente provocador em processo penal*, Almedina, Coimbra 1999, p.193.

31 Podendo mesmo desempenhar um importante papel, mormente no quadro da prevenção criminal, vigiando anonimamente os lugares conotados com o crime e em relação aos quais existam suspeitas concretas de atividades delituosas.

32 “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

33 Neste sentido, vide, MOREIRA, Vital e CANOTILHO, Gomes, in *Constituição da República Portuguesa anotada*, anotação ao art.º 18, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 391. “(...) Este requisito (...) significa fundamentalmente que o sacrifício, ainda que parcial, de um direito fundamental, não pode ser arbitrário, gratuito, desmotivado. As leis restritivas estão teleologicamente vinculadas à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, ficando vedado ao legislador justificar restrição de direitos, liberdades e garantias por eventual colisão com outros direitos ou bens tutelados apenas a nível infraconstitucional. (...) O princípio da proporcionalidade, (...) desdobra-se em três subprincípios: o princípio da adequação, (...) isto é as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequando para prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos (...)).”

comportamentos iguais, sob pena de não conseguir a confiança dos suspeitos, podendo mesmo vir a arriscar a sua vida caso seja descoberta a sua identidade.

Por outro lado, tem a sua conduta limitada pela lei, que não admite que adote plenamente o comportamento dos seus (ali) pares. A questão que se nos coloca é que, não raras vezes, é este comportamento desviante, semelhante ao dos integrantes da organização criminosa, que lhe vai permitir pertencer ao grupo.

Por outro lado, do mesmo modo que o sistema processual penal tem adotado medidas para perseguir os criminosos, as organizações criminosas têm vindo a tomar novas precauções, adotando, muitas vezes, elaborados rituais de iniciação que sabem não ser tolerados na atuação de um agente encoberto, nomeadamente, pelo cometimento de um homicídio como requisito objetivo para a conquista da confiança do grupo.

Posto isto, significará referir que o limite dado pelo RJAE à atuação do agente infiltrado pode inviabilizar a própria operação ou até mesmo potenciar um risco acrescido para a vida daquele, caso opte por circunscrever a sua atuação na cena do crime, estritamente em acordo com a lei.

Por outro lado, ao extrapolar o limite que lhe foi mostrado, o que não raras vezes acontece, pode ver-se transformado em agente provocador, e, por conseguinte, responsabilizado pela conduta criminal. Há de se considerar, ainda, que estas operações, implicam um altíssimo nível de stress por parte do agente, sobretudo nas operações mais minuciosas e igualmente mais longas, visto que é nestas que se vai mudar de identidade, perder os seus contatos de amizade, os contatos familiares, mudar de cidade e passar a ser verdadeiramente uma outra pessoa, com hábitos diferentes, e, superlativamente, arriscando a sua própria vida e integridade física para poder cumprir o objetivo principal da operação, que, geralmente, é chegar ao segundo e terceiro níveis da organização criminosa, comumente ligada ao crime organizado, que detém o controlo dos processos económicos à escala internacional e centros de decisão política.

A prevenção criminal visa apenas evitar perigos, designadamente a ameaça da prática de crimes, já a repressão criminal pretende reagir a um ilícito que já aconteceu ou se suspeita ter acontecido.

Por outro lado, enquanto a prevenção se orienta a um fim futuro, por exemplo no combate ao crime de forma a evitar a prática de novas infrações, a repressão refere-se ao passado, surgindo normalmente associada a um processo criminal em curso.

Se o escopo da prevenção é a identificação e detenção dos suspeitos, na repressão o que se pretende é reunir provas que permitam fundamentar a acusação ou a condenação do arguido³⁴.

Mário Monte, defensor da inadmissibilidade do recurso aos homens de confiança, nomeadamente ao agente provocador, com finalidades meramente repressivas, aceita, por outro lado, ser admissível este recurso, desde que com o fim de prevenir certo tipo de criminalidade, designadamente o tráfico de estupefacientes.

De acordo com este autor, a atuação destes agentes deve ser encarada como excecional, teleologicamente fundada na prevenção e tem como limite inviolável a dignidade da pessoa humana³⁵.

Também Rui Pereira se vem manifestando favorável à admissibilidade do agente encoberto, expressão na qual parece incluir a atuação do infiltrado, apenas quando em causa esteja o objetivo de evitar a prática de futuros crimes. Partindo do art.º 32º nº8 da CRP³⁶, o autor afirma que a atuação do homem de confiança será sempre violadora da integridade moral dos visados. Contudo, reconhece existirem situações em que o recurso à ação encoberta constitui o único meio de combater, com sucesso, a criminalidade altamente organizada³⁷.

Costa Andrade pugnava, igualmente, na sua obra de 1992, pela inadmissibilidade dos homens de confiança, na modalidade de Agentes Infiltrados

34 Para mais esclarecimentos acerca desta distinção, Cfr. SOUSA, António Francisco de, *Prevenção e repressão como função da Polícia e do Ministério Público*, RMP, Ano 24, n° 94, Abril-Junho 2003, p. 49 e ss.

35 Neste sentido, Cfr. MONTE, Mário Ferreira, in *A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no processo penal*, Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Universidade do Minho, Tomo XLVI, número 265/267, 1997, p. 199 a 201.

36 “(...) Artigo 32.º - (Garantias de processo criminal) 1. O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa. 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação. 3. O arguido tem direito à assistência de defensor em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que ela é obrigatória. 4. Toda a instrução será da competência de um juiz, indicando a lei os casos em que ela deve assumir forma contraditória. 5. O processo criminal terá estrutura acusatória, ficando a audiência de julgamento subordinada ao princípio do contraditório. 6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

37 Circunscrevendo a admissibilidade do agente encoberto à prevenção criminal, o autor Rui Pereira entende ser possível afastar o impedimento constitucional que decorre do art.º 32º nº8 da CRP, na medida em que não está em causa, *prima facie*, a obtenção de um meio de prova destinado a assegurar a responsabilização dos agentes, mas antes pretende-se evitar a prática de futuros crimes. Cfr. PEREIRA, Rui, in *O Agente encoberto na ordem jurídica portuguesa in Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, CEJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 21

ou Encobertos, para fins unicamente repressivos. Defendia, todavia, a sua admissibilidade sempre que os orientassem finalidades exclusivamente preventivas³⁸.

Diremos tão só que não é possível traçar, com clareza, a linha que separa a repressão de crimes e a prevenção de perigos, atentos ao carácter fluido que tal distinção assume hodiernamente, convergindo num ponto essencial para fundamentar a admissibilidade dos homens de confiança nos dois planos em consideração.

A especificidade do fenómeno criminal tem vindo a exigir do direito penal um recuo temporal da sua intervenção para a proteção de bens jurídicos. O potencial danoso, do crescendo fenómeno terrorista ou a criminalidade organizada, atribui importância crescente à prevenção no âmbito da política criminal, determinando a concessão de novos poderes às entidades policiais, consagrada no art.º 272º³⁹, nº3 da CRP⁴⁰.

Hoje, as instâncias formais de controlo não esperam que a comissão do crime venha a ter lugar para começarem a investigar o fenómeno criminoso. Vivemos num mundo onde a luta contra o crime se deslocou para o chamado campo avançado⁴¹.

Ainda que defendamos a posição apresentada e o processo penal surja cada vez mais comprometido em tarefas de prevenção, cumpre vingar que a configuração do homem de confiança como meio enganoso de prova, nos termos do art.º 126º nº2 al. a) do CPP⁴², circunscreve as nossas considerações ao núcleo da repressão criminal, pois, o que se tratamos afinal, é de saber se este método oculto de investigação constitui ou não um método proibido de carrear elementos probatórios para o processo penal.

As figuras do agente infiltrado (AI), assim como o agente provocador (AP), possuem raiz histórica comum. Nos primórdios da sua atuação, ambas

38 ANDRADE, Manuel da Costa, *Op. Cit.*, p. 232.

39 “Artigo 272.º - (Policia) 1. A Policia tem por função defender a legalidade democrática e os direitos dos cidadãos. 2. As medidas de policia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário. 3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre policia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.”

40 A prevenção dos crimes é uma das formas de lograr a concretização das funções da Polícia enumeradas no art.º 272º, nº1 da CRP, nomeadamente a garantia da segurança interna, cujo regime é estabelecido na Lei 53/2008, de 29 de Agosto (Lei de Segurança Interna).

41 Como assinala Costa Andrade, num seu estudo recente, a investigação criminal e prevenção policial desenvolvem assim tropismos de convergência para um mesmo e novo espaço onde levam a cabo ações cada vez com mais significativos momentos comuns, o que resulta na diluição da tradicional distinção entre prevenção orientada para o futuro e repressão centrada no passado. Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, RLJ, Ano 137, nº 3951, *Op. Cit.*

42 *Op. Cit.*

as figuras se moviam sob a mesma designação ampla de agente provocador. Já na década de 80 no século XX, é possível encontrar referentes quanto a um certo grau de autonomização do AI, passando a figurar de forma autónoma pela doutrina, separando-se conceptualmente do AP, sobretudo a partir do momento da sua completa consagração legal⁴³.

Em Portugal, a primeira referência doutrinária sólida quanto ao agent provocateur é devida a Eduardo Correia^{44 45}. Em termos precisos, por AP, deve entender-se o agente da polícia ou o terceiro, atuando sob as instruções desta que determina outrem à prática de um crime, não porque tenha interesse no crime em si, mas com a única finalidade de obter provas da prática desse crime e, deste modo, assegurar a condenação do provocado⁴⁶.

A consideração da figura do homem de confiança no plano processual, mais propriamente como um problema de proibição de prova⁴⁷, ganhou *animus* de cidadania no direito português com Costa Andrade, defendendo aquele professor⁴⁸ que o homem de confiança se converte em agente provocador quando a sua atuação tem o efeito de precipitar a prática do crime, instigando-o e induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos⁴⁹.

Assim, o suspeito ou arguido vê-se transformado em meio de prova

43 Não só no ordenamento jurídico português, mas seguindo uma corrente internacional de positivação legal da figura do agente infiltrado.

44 Embora possamos considerar tratar-se de uma abordagem substantiva da figura, ao nível da discussão dos problemas levantados pela teoria da participação, já seria possível reconhecer ali uma noção deste agente como aquele que provoca outrem a executar uma atividade criminosa, não porque a queira, mas só porque pretende arrastar aquele que determina para a punição.

45 Neste sentido, Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1992*, p. 253, nota de rodapé 1.

46 Neste sentido, na doutrina, por outros, MARTINS, A.G. Lourenço, *Droga – Prevenção e tratamento, combate ao tráfico, Almedina, Coimbra, 1984*, p. 154 e p. 47, ALVES MEIREIS, *Op. Cit.*, p. 155, COSTA, Eduardo Maia, *Agente provocador – Validade das Provas. Comentário à Sentença de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, (Caso Teixeira de Castro contra Portugal) in RMP, Ano 21º, nº 81, Janeiro-Março 2000*, p. 173; Na jurisprudência, cf. *Ac. TC n.º 578/98, cujo Relator foi Messias Bento, os Acs. STJ de 20-02-2003, cujo relator foi Pereira Madeira, e o de 27-06-2012 cujo relator foi Santos Cabral, e Ac. TEDH, Caso Ramanauskas c. Lituânia, de 05-02-2008*.

47 Neste sentido, o *Ac. do STJ, de 20-02-2013, cujo Relator é Simas Santos*: “(...) Com efeito, na distinção e caracterização da proibição dum meio de prova pessoal é pertinente o respeito ou desrespeito da liberdade de determinação de vontade ou de decisão da capacidade de memorizar ou de avaliar. Desde que estes limites sejam respeitados, não será abalado o equilíbrio, a equidade, entre os direitos das pessoas enquanto fontes ou detentoras da prova e as exigências públicas do inquérito e da Investigação. (...)”

48 Ao que complementa Germano Marques da Silva, afirmando que a provocação não é apenas informativa, é formativa; que esta não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso. Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)*, Direito e Justiça, volume XVII, 2003, p. 23.

49 Neste sentido, Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições da prova em processo penal*, Coimbra Editora, Reimpressão da 1ª Edição, 2013, p.221, e *Ac. TRC de 07-03-2012, cujo Relator foi Paulo Guerra*: “O agente provocador convence outrem à prática do crime, determina-lhe a vontade para o ato ilícito, constituindo um “meio enganoso” de obtenção de prova, tratando-se, por isso, de um método proibido de prova nos termos do art.º 126º, nº 2, al. a), do Código do Processo Penal. (...)”

contra si próprio, pois, atuando com desconhecimento da identidade⁵⁰ do funcionário de investigação criminal produz involuntariamente a prova de que vai fundar a sua condenação. A atuação do AP pressupõe uma conduta ativa por parte do agente que atua com ocultação da sua identidade. Partindo desta noção, do ponto de vista substantivo, o AP, como homem-de-trás, poderá ser um autor mediato ou um instigador, ou apenas este último, consoante o entendimento que se perfilhe quanto à demarcação do âmbito da autoria mediata.

Se partirmos como base do princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual a autoria mediata só se verifica quando o homem-da-frente não é, dolosamente responsável⁵¹, dúvidas não há, e assim tem sido considerado pela jurisprudência⁵², que o agente provocador mais não é do que um verdadeiro instigador de um crime, ainda que com o intuito de obter provas contra o instigado.

A tónica da sua atuação reside no aliciamento para o crime com a tomada de iniciativa em sugerir a sua prática, cria no suspeito investigado uma intenção criminosa anteriormente inexistente, determinando-o ao cometimento de uma infração, que, sem a sua atuação provocatória e persuasora, não se concretizaria. Sempre no intento de reunir elementos que permitam proceder criminalmente contra o suspeito de crime⁵³.

Em face da falta de previsão legal, que legitime a conduta do agente

50 Neste sentido, o Ac. do STJ, de 20-02-2013, cujo Relator é Simas Santos: "(...) No quadro normativo vigente, a atuação do agente provocador é normalmente considerada como ilegítima, caindo nos limites das proibições de prova, sendo patente o consenso da doutrina e da jurisprudência de que importa distinguir os casos em que a atuação do agente policial (agente encoberto) cria uma intenção criminosa até então inexistente, dos casos em que o sujeito já es tá implícita ou potencialmente inclinado a delinquir e a atuação do agente policial apenas põe em marcha aquela decisão. Is to é, importa distinguir entre a criação de uma oportunidade com vis ta à realização de uma intenção criminosa, e a criação dessa mesma intenção. (...)” rematando ainda (...) A provocação, em matéria de proibição de prova só intervém se essas atuações visam incitar outra pessoa a cometer uma infração que, s em es s a intervenção, não teria lugar, com vis ta a obter a prova duma infração que sem essa conduta não existiria.”

51 Neste sentido, Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 4ª edição, Tradução de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares – Granada, 1993, pp. 715-716, e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código do Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Op. Cit., pp. 122 a 124.

52 Nomeadamente nos Acs. do STJ de 21-03-1996 cujo relator foi Joaquim Matos, e de 20-02-2003, cujo relator foi Pereira Madeira, e pelos Acs. do TRL, datados de 25-05-2010, e 02-03-2011, Relatados, o primeiro por Pedro Martins, e o segundo por Nuno Gomes da Silva.

53 Podemos acrescentar ainda que o agente provocador não tem intenção criminosa face ao crime a cuja prática incita. O seu dolo restringe-se à intenção de determinar outrem a cometê-lo. Adotamos assim, a noção de ALVES, Mereis, op. cit., p. 155. De acordo com este autor, o agente provocador será "(...) aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime, mas não querendo o crime, pretendendo apenas submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena.” Já para os autores GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, in *Lei e Crime – O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*, Almedina, Coimbra, 2001, p.256, aderem no essencial à noção proposta por Alves Meireis, entendendo, contudo, que a determinação ao crime por parte do agente provocador significa que "(...) ele age, também, com dolo relativamente à realização do crime.” Defendem assim estes autores que o agente provocador atua, na maioria das vezes, com dolo necessário ou com dolo eventual, nos termos do art.º 14º n.º2 e 3 do Código Penal, relativamente ao crime.

provocador, a doutrina majoritária de origem alemã⁵⁴ tem defendido a sua impunidade nos casos em que instiga outrem à prática de um facto que alcance apenas o estágio da tentativa⁵⁵, alegando-se para tanto o recurso à falta do elemento subjetivo da instigação, já que o dolo do instigador havia de referir-se tanto à determinação do instigado como à consumação do facto por este cometido, ou nos crimes em que se possa distinguir-se a consumação formal da material, à efetiva lesão do bem jurídico.

Contra este entendimento, se diga desde logo, que mesmo que fosse de exigir na instigação o dolo da consumação ou da lesão do bem jurídico, esta, a mais das vezes, poderia ser imputada ao AP a título de dolo eventual.

Mais decisivo e quanto a nós pacífico, é que a tentativa, por um lado, já constitui um ilícito-típico penalmente relevante à qual a determinação dolosa pode ser perfeitamente dirigida, e por outro, também constitui um facto e um começo da execução na descrição típica do art.º 26º do CP⁵⁶.

O AE que resvale na sua atuação, como agente provocador, não podendo ver a sua conduta justificada pelo RJAE, será, em princípio, punido. Para lançar mão da sua impunidade, aceitamos como possível⁵⁷ o recurso à causa pessoal de exclusão da pena da desistência da tentativa na comparticipação se o agente, voluntariamente, impedir a consumação formal ou material do crime ou se, por outro lado, for possível provar que se esforçou seriamente para impedir uma ou outra, nos termos do art.º 25º do CP.

Igualmente, configura-se-nos possível, e porventura frequente, o chamado Agente Encoberto (AE), incorrer em erro sobre os pressupostos da causa de justificação a que se alude, no art.º 6º⁵⁸, n.º 1 do RJAE, conjugando com o art.º 16º⁵⁹ do CP, ou sobre a sua existência e limites nos termos da factualidade

54 Neste sentido, Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 4ª edição, Tradução de José Luis Manzanares Samaniego, Op. Cit. p. 740, em Portugal FERREIRA, António Cavaleiro, *Direito Penal Portugues – Parte Geral II*, Editorial Verbo, Lisboa 1982, p.129.

55 Para aí a deter ou denunciar e, deste modo, evitar a consumação.

56 Neste sentido vide, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Op. Cit., pp.740, em Portugal DIAS, Jorge de Figueiredo, Op. Cit. Pp. 812 a 813, e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Op. Cit., pp. 124.

57 Na esteira de SILVA, Germano Marques da, Op. Cit. P.371.

58 “Artigo 6.º - Isenção de responsabilidade 1 — Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancia a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma. 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.º 3 do artigo 3.º.”

59 “Artigo 16.º - Erro sobre as circunstâncias do facto 1 - O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo. 2 - O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente. 3 - Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais.”

descrita no tipo legal latente no art.º 17º⁶⁰ do CP, nas hipóteses em que atue ora como instigador convencido de que está a atuar, ora como cúmplice ou coautor devido a uma incorreta representação da realidade ou devido a uma compreensão deficiente da figura jurídica da instigação⁶¹.

3. DA CLÁUSULA GERAL DE PROPORCIONALIDADE COMO REQUISITO OBJETIVO

O último pressuposto objetivo da causa de justificação do art. 6º, nº 1 do RJAE, constitui o seu ponto fulcral mas também o mais delicado, pois exige que a conduta do agente no âmbito da ação encoberta *garde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma*.

Como verificamos, em sede anterior, o princípio constitucional da proporcionalidade, baliza a própria conformação do RJAE, assim como o cumprimento das suas diretrizes constitui requisito essencial para a adoção e autorização de qualquer ação encoberta. Neste sentido, do que se trata é da sujeição a um juízo de proporcionalidade da concreta atuação do AE em situações que se traduzam na lesão ou colocação em perigo de bens jurídico-penais.

A opção por uma cláusula geral de proporcionalidade como requisito objetivo da justificação, em detrimento de uma enumeração taxativa dos atos que seriam admitidos ao Agente Encoberto realizar é consequência do alargamento das ações encobertas à investigação de um leque alargado de crimes, o que por si só inviabiliza uma determinação concreta e de antemão das condutas a legitimar.

A autorização inicial da ação encoberta deve mencionar as atividades que o agente está investido a realizar ou conter mesmo um plano inicial minucioso da ação, passível de ser reformulado com o seu desenrolar.

Todavia, as ações encobertas, e em especial as mais complexas e duradouras, não são seguramente operações absolutamente previsíveis, não sendo possível que aquela autorização inclua todos os atos concretos que o Agente Encoberto

60 “Artigo 17.º - Erro sobre a ilicitude 1 - Age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável. 2 - Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada.”

61 Não obstante, refira-se que na jurisprudência, nas situações em que se concluiu pela existência de provocação, apenas nos detivemos, num único acórdão, nomeadamente o Ac. do TRL de 25-05-2010, Proc. 281/08.1JELSL1-5, cujo Relator foi Pedro Martins, que se pronunciou diretamente sobre a punibilidade do agente provocador, no caso, um particular sob o controlo da PJ, afirmando que “(...) lhe pode ser imputada uma atuação de instigação do crime de tráfico de droga que foi imputado aos arguidos nos autos (...)”.

carecerá de praticar dada a espontaneidade com que podem surgir situações não premunidas, nem sendo, em princípio, compatível com a sua atuação a consulta prévia de quem dirija a operação ou da autoridade judiciária quando constate que a sua conduta irá preencher um tipo legal de crime. Daqui resultará que é ao próprio AE que caberá decidir sobre a proporcionalidade ou não dos atos típicos que eventualmente se veja na necessidade de executar, de modo a que o juízo sobre essa proporcionalidade possa reportar-se ao momento da prática do ato e tendo em conta as circunstâncias concretas que a envolvam.

Sem embargo, o ato executado pelo AE deve ser um meio adequado ou idóneo a atingir o fim de prevenção ou repressão criminal que, em concreto, motivou a ação encoberta. Serão por isso inadequados, nomeadamente, todos os atos através dos quais o agente vise retirar benefícios ou vantagens pessoais. Ainda assim, o ato deve ser necessário para a prossecução daquele mesmo fim, o que significa que na prática desse ato típico se exige e impõe na ocasião porque não é possível recorrer a um ato atípico para obter as informações ou as provas essenciais ao sucesso da ação encoberta ou para evitar o seu fracasso, e que, caso existam vários atos típicos igualmente idóneos, o escolhido é o menos gravoso, quer em termos do bem jurídico afetado quer em termos da intensidade dessa afetação.

Isto implica que se for suficiente para o sucesso da ação encoberta a prática de atos de tentativa, serão apenas estes os atos que estarão justificados. E mesmo de entre os atos de execução, devem ser realizados, quando bastantes, os da al. c) em vez dos da b) e os destes em detrimento dos da a) do art. 22^{o62}, n^o 2 do CP.

Assim como deve ser preferida a realização de um ato sob a forma de comparticipação da cumplicidade ao invés da coautoria, ou de um ato que produza um perigo abstrato ou concreto para o bem jurídico sacrificado em vez de uma efetiva lesão, sempre que dessa forma seja ainda possível realizar eficazmente o fim da ação encoberta.

Por último, deve ainda o ato praticado pelo AE ser proporcional à finalidade preventiva ou repressiva perseguida pela ação encoberta encetada. Trata-se, pois, de efetuar a ponderação do valor dos interesses conflitantes, que

62 “Artigo 22.º - Tentativa 1 - Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se. 2 - São actos de execução: a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.”

terá em conta, por um lado, os bens jurídico-penais afetados pelos atos do Agente Encoberto bem como o grau de lesão ou de perigo implicado, e, por outro lado, o interesse na administração eficaz da justiça penal que se traduz na concreta finalidade preventiva ou repressiva perseguida.

Daqui resulta a aferição de quais os interesses que são qualificadamente mais valioso, isto é, qual é o interesse preponderante na situação concreta globalmente considerada, o que implica a sua sensível ou inequívoca superioridade à luz daquela ponderação nos termos do art.º 34⁶³, b) do CP.

No que diz respeito à ponderação dos bens jurídicos, existe um limite absoluto e intransponível constituído pelo núcleo irredutível da dignidade e autonomia pessoal individual, integrado por aqueles bens jurídicos imponderáveis, cujo sacrifício não é em caso algum razoável de exigir. Por outro lado, os bens que não assumam tão elevada dignidade, designadamente, a honra, os patrimoniais, os comunitários e os estaduais, podem eventualmente ser lesados ou postos em perigo de acordo com o resultado da ponderação efetuada em concreto, sendo certo, que o estado sempre responderá jurídico-civilmente pelos danos causados.

4. CONCLUSÕES

Caminhando para as palavras finais, há que relevar o esforço legislativo empreendido no RJAE numa matéria sensível e problemática, geradora de múltiplas situações conflituantes, como são as ações encobertas, note-se que ao tempo da elaboração daquela doutrina, a jurisprudência portuguesa sobre o tema era francamente escassa, talvez por esse motivo o legislador procurou arrimo na legislação espanhola.

Todavia, se o propósito legislativo é elogiável, o mesmo se não pode dizer da sua concretização no que se refere à causa de justificação do art. 6º, nº 1 do RJAE. A referência a atos preparatórios e de execução, e a exigência de participação parecem-nos manifestamente infelizes, tanto mais quanto

63 “Artigo 34.º - Direito de necessidade Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.”

tenhamos em conta a propriedade da solução e da redação da corresponde norma espanhola que lhe serviu de fonte.

Muito mais correta se nos afigura a opção do legislador, no sentido da norma espanhola, que centra a justificação dos atos do AE nos princípios da necessidade e da proporcionalidade e, por conseguinte, da ponderação de interesses, ao invés de proceder a restrições taxativas *a priori* que demonstram não ter em consideração a forma de atuar dos AE e as exigências com que estes que deparam no desenrolar das suas ações, autorizando apenas atos de tentativa e apenas sob a forma de participação.

A balança de ponderação do legislador pendeu mais para o lado da limitação da atividade do AE do que para a sua própria defesa, não obstante a sempre iminente ameaça da responsabilidade criminal que paira sobre aquele durante a sua atividade encoberta.

Insistimos que, através da cláusula da proporcionalidade, da ponderação de interesses e da prevalência daquele que seja mais valioso, se restringiria suficientemente a atuação típica do AE, sem que tal constituísse a criação de um risco desmesurado de prática de ações injustificadas lesivas de bens jurídicos de terceiros por não configurar um cheque em branco para a prática de atos criminosos, ao mesmo tempo que se proporcionava maior segurança ao Agente Encoberto, bem como maiores possibilidades na sua atuação adaptáveis às necessidades das concretas ações encobertas.

Se a isto juntarmos a exigência que em qualquer caso deve presidir ao momento da autorização da ação encoberta, de elaboração de um plano da concreta e previsível atividade do AE, das situações que coloquem o AE na situação de necessitar praticar infrações, assim como de privilegiar as estratégias de ação que reduzam ou eliminam esse mesmo risco, não se vê em que é que sejam necessárias as restrições, que em nosso entender chegam a ser contraproducentes para a própria eficácia das ações encobertas.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Reimpressão da 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2013;

_____, *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, RLJ, Ano 137, nº 3950, Maio-Junho 2008;

ALMEIDA COSTA, A. M., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Anotação ao art. 217º*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra 1999;

AMARAL, Sofia Isabel de Basílio, *As Ações Encobertas na Luta Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*, dissertação de Mestrado polico-piada, FDUC, Coimbra 2009;

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa 2011;

BARATA, Alessandro, *Princípios de direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objetivo e limite da lei penal*, Revista Doutrina Penal nº10-40, Buenos Aires 1987;

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I e II, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra 2007;

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, Reimpressão, Almedina, Coimbra 1992;

COSTA, José de Faria, *Direito penal e globalização: reflexos não locais e pouco globais* Coimbra Editora, Coimbra 2010;

COSTA, Eduardo Maia, *Agente provocador – Validade das Provas*. Comentário à Sentença de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, (Caso Teixeira de Castro contra Portugal) in RMP, Ano 21º, nº 81, Janeiro-Março 2000;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, 1º volume, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra 1984;

FERREIRA, António Cavaleiro, *Direito Penal Português – Parte Geral II*, Editorial Verbo, Lisboa 1982;

GONÇALVES, Fernando, e Outros, *Lei e Crime – o agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*, Almedina, Coimbra 2001;

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 4ª edição, Tradução de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares – Granada 1993;

JÚNIOR, Arno Dal Ri, *O Estado e seu inimigos: a repressão política na história do direito penal* Revan, Rio de Janeiro 2006;

MACHADO, João Batista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra 2010;

MARTINS, A.G. Lourenço, *Droga – Prevenção e tratamento, combate ao tráfico*, Almedina, Coimbra 1984;

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

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra 2012;

MONTE, Mário Ferreira, *A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no processo penal*, Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Universidade do Minho, Tomo XLVI, número 265/267, 1997;

PEREIRA, Rui, *O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa in Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira* – Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra 2004;

SILVA, Germano Marques da, *Bufo, infiltrados, provocadores e arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em processo penal*, Direito e Justiça, volume VIII, Tomo II, 1994;

SILVA, Germano Marques da, *Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)*, Direito e Justiça, volume XVII, 2003;

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, 3ª Edição, Editorial Verbo, Lisboa 2002;

SOUSA, Susana Aires de, *Agent Provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra 2003;

SOUSA, António Francisco de, *Prevenção e repressão como função da Polícia e do Ministério Público*, RMP, Ano 24, nº 94, Abril-Junho 2003;

Recebido em: 13/04/2016

Aprovado em: 30/06/2016