

# AGENTE INFILTRADO OU PROVOCADOR? UM PROBLEMA DE PROIBIÇÕES DE PROVA À LUZ DO CASO TEIXEIRA DE CASTRO V. PORTUGAL<sup>1</sup>

*Catarina Abegão Alves*

**ABSTRACT:** *This paper analyses the distinction between undercover actions and entrapment and its admissibility as evidence, according to the Case Teixeira de Castro v. Portugal ruled by the ECHR. The American case law, supported by the ECHR, has established that, the main criterion should be the objective analyses of police actions. When these actions interfere with the free will of the suspect, the information gathered should not be used as evidence.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. O caso Teixeira de Castro vs. Portugal no TEDH. II. Uma perspectiva de direito comparado. 1. Direito norte-americano. 2. Direito alemão. III. O agente infiltrado. 1. Princípio da proporcionalidade. 2. Requisitos na ordem jurídica portuguesa. IV. O agente provocador. 1. Critérios da provocação utilizados no caso a) teste subjetivo b) suspeitas fundadas c) teste objetivo. 2. Método proibido de prova. 3. Proibição de utilização de prova. 4. O efeito-à-distância sobre as provas secundárias. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O problema que motivou a nossa investigação incide sobre a distinção entre agente infiltrado e agente provocador, e as consequências da mesma para as proibições de prova. Para tal, faremos uma análise a partir do caso Teixeira de Castro v. Portugal, no qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos abordou, pela primeira vez, esta questão. Após um enquadramento deste caso, faremos uma perspectiva de Direito comparado, observando o tratamento deste problema no sistema norte-americano e alemão.

Seguidamente analisaremos a figura do agente infiltrado, enquanto método de obtenção admissível de prova. Cremos que o recurso a esta medida de

---

1 O texto ora publicado corresponde, no essencial, ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, na disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

investigação pressupõe, desde logo, um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais dos envolvidos e os interesses estaduais no combate à criminalidade. Iremos observar, então, de que forma a medida subentende essa ponderação, verificando alguns dos concretos direitos fundamentais alvo de compressão. Depois, procurando contextualizar a utilização legítima deste método de investigação na ordem jurídica portuguesa, examinaremos os requisitos que o legislador português consagrou para o recurso ao agente infiltrado, enquanto método de investigação criminal.

De seguida, passaremos a uma análise da figura do agente provocador, verificando quais os critérios utilizados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para que este tenha considerado a existência de provocação policial, no caso em análise. Resolvido este importante passo metodológico, será importante perceber qual a consequência desta ação de provocação no ordenamento jurídico português. Se concluirmos pela existência de uma proibição de prova, deveremos aprofundar as razões para esta categorização, em especial na subespécie de métodos proibidos de prova.

No decorrer das conclusões daqui retiradas, importa discutir se esta possível proibição de prova inviabilizará totalmente a sua valoração no processo em curso, ou se ainda poderemos admitir uma utilização desta prova proibida, mediante certos requisitos e limites.

Para concluir, suscita-se a resolução de uma outra questão levantada pelo caso *Teixeira de Castro v. Portugal*. Aqui o problema em torno da obtenção de prova não se coloca apenas em relação à prova primária, visto que no âmbito da ação de investigação encoberta os policiais obtiveram também uma prova secundária. Discutiremos então o efeito-à-distância sobre a possível prova proibida imediata sobre esta prova mediata.

## I. O CASO TEIXEIRA DE CASTRO V. PORTUGAL NO TEDH

No ano de 1998 o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH) viria a abordar, pela primeira vez, o problema das ações de provocação no caso *Teixeira de Castro v. Portugal*<sup>2</sup>. Para este efeito, o Tribunal partiu da análise da atuação dos agentes, traçando assim as linhas de fronteira entre as ações de infiltração e as ações de provocação<sup>3</sup>.

---

2 Acórdão do TEDH, de 9 de junho de 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, Aplicação n.º 25829/94.

3 Para mais esclarecimentos sobre este caso, cf. Loureiro, 2007: *passim*.

Em dezembro de 1992, dois agentes da Polícia de Segurança Pública da Esquadra de Famalicão, atuando à paisana e fazendo-se passar por compradores de droga, entraram em contacto com um suspeito de tráfico de estupefacientes (V. S.), demonstrando intenção de adquirirem vários quilos de haxixe, para identificar assim o seu fornecedor. Neste primeiro contacto, o suspeito informou os agentes de que não tinha conhecimento de qualquer fornecedor de droga, apesar da insistência destes.

No dia 30 de dezembro os agentes voltariam a contactar V. S., demonstrando agora a sua intenção de adquirir heroína. Neste momento, V.S. sugeriu aos agentes um fornecedor do qual tinha conhecimento por terceiros, Teixeira de Castro. Contactou então o terceiro F.O., que lhe indicou o nome de um fornecedor. V.S., F.O. e os agentes deslocaram-se então na viatura do primeiro para a residência deste suposto fornecedor, Teixeira de Castro. Quando lá chegaram este dirigiu-se ao automóvel, tomando conhecimento da intenção dos compradores de adquirirem 20 gramas de heroína pelo preço de 200.000\$00 escudos, tendo-lhe sido mostrado um maço de notas do Banco de Portugal. Disponibilizou-se então a dirigir-se à residência de outro indivíduo para adquirir a tal quantidade de droga. Ficou acordado que a transação da droga e do dinheiro seria efetuada no domicílio de V.S. Tal veio a acontecer pelas duas horas da madrugada do dia 31 de dezembro.

Quando o suspeito Teixeira de Castro retirou do bolso a quantidade de droga para a entregar aos supostos compradores, estes identificaram-se como agentes da polícia, detendo todos os suspeitos em flagrante delito. Posteriormente foi realizada uma operação de revista aos suspeitos Teixeira de Castro e V.S. e uma busca ao domicílio deste último, após as quais os agentes encontraram algumas quantidades de droga, de dinheiro e uma pulseira em ouro. Todos estes factos foram confessados pelos suspeitos, posteriormente constituídos arguidos.

Com base nestas informações, as autoridades de investigação criminal portuguesas abriram um inquérito contra Teixeira de Castro, acusando-o do crime de tráfico de estupefacientes. Em primeira instância, o Tribunal Judicial da Comarca de Santo Tirso, num julgamento de 6 de dezembro de 1993, considerou que o recurso a agentes infiltrados, ou mesmo provocadores, era admissível na lei portuguesa<sup>4</sup>, justificando-se um sacrifício da liberdade individual

---

4 Aquando dos factos, este tipo de ações estavam apenas contempladas no art. 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro, que consagrava a não punibilidade dos agentes que no âmbito do inquérito aceitassem diretamente, ou por intermédio de terceiro, a entrega de estupefacientes ou outras substâncias psicotrópicas. O artigo dispunha ainda a necessidade de junção ao processo de um relato desta operação, no prazo de vinte e quatro horas.

em nome de outros interesses dignos de proteção. À data dos factos as ações encobertas não conheciam regulação específica na lei portuguesa, não estando sujeitas a controlo judicial. O tribunal considerou que a conduta dos agentes não foi determinante para a prática da infração. Acabou então por condenar o arguido a uma pena de prisão de seis anos pelo crime do qual este vinha acusado.

Nesta sequência, o arguido interpôs um recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (doravante STJ), alegando uma violação do princípio do processo equitativo. Este Tribunal, num Acórdão de 5 de maio de 1994 (Processo n.º 46385, Relator Sá Ferreira)<sup>5</sup>, confirmou a decisão da primeira instância. O STJ alegou que a forte insistência por parte dos polícias, dada como provada, foi justificável, pois estes procuravam desmascarar um traficante. Este acabou por responder favoravelmente às falsas interpelações dos agentes, uma vez que procurava obter lucros. No fim, veio a verificar-se que o suspeito tinha em sua posse uma quantidade considerável de droga. Mais indicou que os agentes policiais atuaram dentro dos poderes que lhe foram atribuídos por lei. Contudo, não ficou provado que o arguido procurava obter uma avultada compensação remuneratória.

Após estas condenações Teixeira de Castro recorreu para o TEDH a 24 de outubro de 1994, alegando uma violação dos seguintes artigos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH): art. 3.º (proibição da tortura), art. 6.º § 1 (direito a um processo equitativo), art. 8.º (direito ao respeito da vida privada e familiar) e art. 14.º (proibição de discriminação). Segundo a defesa, ocorreu aqui uma violação ao seu direito a um processo equitativo, pois o arguido foi incitado pelos dois agentes policiais a cometer a infração que resultou na sua condenação. No que concerne à proibição de penas e tratamento cruéis e degradantes do art. 3.º da CEDH, o TEDH considerou não haver razão atendível para esta alegação por parte da defesa. Similar foi a posição do Tribunal no que diz respeito à proteção da vida privada, familiar e correspondência, contemplada no art. 8.º da CEDH.

Todavia o Tribunal considerou haver aqui uma violação do art. 6.º § 1 da Convenção. Concluiu que o crime cometido pelo arguido teve origem direta e exclusiva na atuação dos agentes policiais, visto que estes foram verdadeiros instigadores de um comportamento que nunca se materializaria sem

---

5 Disponível no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 437, 1994: 362-367.

esta atuação<sup>6</sup>. No caso Teixeira de Castro a atuação dos agentes policiais foi essencial, senão exclusiva, na formação da intenção criminosa, e por isso os agentes atuaram como provocadores de uma ação criminosa, violando assim o direito do arguido a um processo equitativo. O Tribunal reconheceu que os órgãos nacionais de investigação criminal deverão adotar medidas especiais de investigação, em especial em crimes relacionados com o tráfico de estupefacientes. Em algumas situações, o TEDH admitiu ao recurso a ações encobertas para fins de investigação criminal<sup>7</sup>, desde que sejam asseguradas todas as garantias de defesa que permitam o acesso a um processo justo. Todavia, o interesse público não poderá legitimar o recurso a ações de provocação por parte dos órgãos policiais, consubstanciando isto uma violação do art. 6.º da CEDH. O caso Teixeira de Castro viria a influenciar notoriamente a jurisprudência posterior do TEDH, considerando este Tribunal a existência de ações de provocação noutros casos<sup>8</sup>.

## II. UMA PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

### 1. Direito norte-americano

Nos Estados Unidos da América vigora um sistema de *common law*. Isto significa que o precedente judiciário assume um papel fundamental na construção do Direito ao nível federal e estadual. Por isso mesmo as proibições de prova – *exclusionary rules*<sup>9</sup> – são um sistema de criação jurisprudencial, com recurso ao precedente. Neste sistema, as regras de exclusão de prova funcionam numa dimensão objetiva, de proteção das garantias individuais face a atuações abusivas do poder estadual. Assim, são encaradas enquanto normas de dissuasão, impedindo os agentes policiais de adotarem condutas

6 “§39. *The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr. Teixeira de Castro’s criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence.*”

7 Veja-se alguns casos nos quais o TEDH considerou legítimas as atuações dos agentes ocultos: caso Lüdi v. Suíça, de 15 de junho de 1992, Aplicação n.º 12433/86; caso Eurofinacom v. França, de 7 de setembro de 2004, Aplicação n.º 58753/00 e caso Sequeira v. Portugal, de 6 de maio de 2003, Aplicação n.º 73557/01.

8 V.g. caso Vanyan v. Rússia, de 15 de dezembro de 2005, Aplicação n.º 53203/99; caso Khudobin v. Rússia, de 26 de outubro de 2006, Aplicação n.º 59696/00; caso Ramanauskas v. Lituânia, de 5 de fevereiro de 2008, Aplicação n.º 74420/01 e caso Malininas v. Lituânia, de 1 de julho de 2008, Aplicação n.º 10071/04.

9 A *exclusionary rule* foi consagrada pela primeira vez no caso *Weeks v. United States*, de 1914 [232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914)]. Aqui a proibição de prova foi estabelecida apenas ao nível federal. Posteriormente o caso *Wolf v. Colorado*, de 1949 [338 U.S. 25, 69 S.Ct. 1359, 93 L.Ed. 1782 (1949)], determinou o precedente de aplicação das *exclusionary rules* também aos tribunais estaduais, cf. Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 108-110.

que violem a Quinta e Sexta Emendas constitucionais<sup>10</sup>, pois a prova obtida mediante essa conduta será excluída do processo. Esta dimensão funciona, então, a título essencialmente preventivo.

No Direito norte-americano, a realização de ações encobertas – *undercover actions* – é recorrente na investigação criminal. A importância deste método de obtenção de prova levará a que se no âmbito do mesmo ocorrer uma atividade abusiva dos agentes policiais, *v.g.* provocação policial (*entrapment*), não haverá uma exclusão automática da prova. Esta continuará a ser utilizada no processo, mas funcionará como uma *Legal Defense*<sup>11</sup>, ou seja, como um meio de defesa processual do provocado diante da acusação. Saliente-se que este tipo de defesa só é aplicável quando estamos perante uma atuação de um agente governamental, pois a jurisprudência tem entendido que esta não se aplica aos atos realizados por privados<sup>12</sup>.

A *doctrine of entrapment* foi construída sobre dois critérios: um objetivo, no qual o *Supreme Court* analisou os casos com base na influência da atuação policial sobre o crime praticado; e um subjetivo, avaliando o papel dos *undercover agents* para a criação da intenção criminoso, tendo em conta a predisposição prévia do provocado<sup>13</sup>.

O *Supreme Court* abordou, pela primeira vez, este problema no caso *Casey v. United States*<sup>14</sup>, no qual a polícia encarregou um detido de fornecer droga a um advogado que se encontrava preso, por suspeitar que este se dedicava ao tráfico de estupefacientes dentro do sistema prisional. Um dissidente do Juiz Conselheiro Brandeis condenou o recurso à provocação policial.

Mas a *doctrine of entrapment* foi consagrada posteriormente em dois casos, nos quais o *Supreme Court* construiu o teste subjetivo: *Sorrels v. United States*<sup>15</sup>

---

10 No caso *Mapp v. Ohio*, de 1961 [367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961)], foi estabelecido o precedente de que a regra de exclusão passaria a ser obrigatória para todos os estados, fundando-se esta na Quinta e Sexta Emendas constitucionais, cf. Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 110-114. A Quinta Emenda, ou *Miranda Rights*, foi depois desenvolvida no caso *Miranda v. Arizona*, de 1966 [384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694 (1966)], onde se decidiu que esta visava a proteção dos cidadãos contra abusos por parte das autoridades nos procedimentos legais, cf. Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 457 e ss.

11 Para mais esclarecimentos sobre este instrumento processual, cf. Meireis, 1999: 97-101.

12 Meireis, 1999: 98-99.

13 A análise do teste subjetivo assenta em quatro passos: origem da intenção criminoso, implantação da vontade delituosa, existência de incitamento e predisposição para a prática do crime, cf. Scholl, 1989: 813.

14 276 U.S. 413 (1928).

15 287 U.S. 435, 53 S.Ct. 210, 77 L.Ed. 413 (1932).

e *Sherman v. United States*<sup>16</sup>. No primeiro caso, o *Supreme Court* considerou que os agentes policiais criaram uma predisposição criminosa, até então inexistente, ao insistirem com o suspeito para que este lhe vendesse uma bebida alcoólica, numa altura em que vigorava a lei de proibição de produção, venda e transporte destas bebidas (*National Prohibition Act*, de 28 de outubro de 1919). Já no caso *Sherman*, após um encontro num consultório médico de desintoxicação por consumo de estupefacientes, seguido de posteriores encontros, um agente do governo solicitou ao suspeito uma dose de estupefacientes. Este começou por recusar, mas depois de fortes insistências dos agentes cedeu às suas tentativas. A compra e venda repetiram-se e os agentes acabaram por prender o suspeito. Num dissidente o Juiz Conselheiro Warren afirmou que “*para determinar a existência de entrapment deverá estabelecer-se uma linha divisória entre a armadilha criada a um inocente imprudente ou a um criminoso imprudente*”<sup>17</sup>. Também no caso *United States v. Russell*<sup>18</sup> o *Supreme Court* recorreu ao teste subjetivo nas situações em que estamos perante “*um grau intolerável de participação governamental na conduta criminosa*”<sup>19</sup>, considerando que neste caso estávamos perante um criminoso imprudente.

O critério subjetivo começou a ser combinado com outras análises, especialmente a de *reasonable suspicion*, pela primeira vez utilizada no precedente *Jacobson v. United States*, de 1992<sup>20</sup>. Aqui o *Supreme Court* considerou que a predisposição do suspeito para cometer o crime devia ser analisada previamente, antes da intervenção das autoridades policiais. Neste caso os agentes suspeitavam que o suspeito se dedicava à pornografia infantil, pois este tinha encomendado previamente revistas da especialidade. Fizeram então várias tentativas por correio eletrónico para que o suspeito adquirisse mais material do género. Este acabou por ceder, encomendando as revistas após vinte e seis meses de tentativas por parte dos agentes. Estes vieram a encontrar estas revistas em sua casa, bem como as encomendadas anteriormente<sup>21</sup>.

16 356 U.S. 369, 372, 78 S.Ct. 819, 2 L.Ed.2d 848 (1958).

17 *Apud* Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 393.

18 411 U.S. 423, 93 S.Ct. 1637, 36 L.Ed.2d 366 (1973).

19 *Apud* Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 393.

20 503 U.S. 540, 112 S.Ct. 1535, 118 L.Ed.2d 174 (1992).

21 Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 413-422.

Todavia, a opinião dissidente do Juiz Conselheiro Roberts no caso *Sorrels*, bem como a decisão do Juiz Conselheiro Frankfurter no caso *Sherman*, viriam a dar origem ao teste objetivo, focando-se no contributo da atuação policial para a prática do crime<sup>22</sup>. Também num dissidente os Juizes Conselheiros Stewart, Brennan e Marshall, no caso *Russell*, utilizaram o teste objetivo, considerando que na *entrapment* deverá comprovar-se se “a conduta do governo na instigação do crime se situa para além do judicialmente tolerável”<sup>23</sup>. Nesta visão, a *entrapment* introduziria ilegalidade na atuação do poder executivo, ao mesmo tempo que colocava em causa a integridade judicial.

No sistema de *Legal Defense* a prova da *entrapment* situar-se-á no meio caminho entre uma causa de exclusão objetiva, por influências externas (legítima defesa, direito de necessidade, coação, consentimento) ou subjetiva, originada por pressões internas (erro, doença mental ou menoridade)<sup>24</sup>. Mas as consequências serão distintas consoante o tipo de teste adotado. O teste subjetivo foca-se na proteção dos direitos individuais do acusado e no pressuposto de que um sujeito inocente não deve ser levado à prática de um crime pela polícia<sup>25</sup>. Por isso será avaliada a sua intenção criminosa prévia, para um possível afastamento da sua responsabilidade. O ónus da prova reparte-se entre a defesa e a acusação. A primeira deverá provar a *entrapment*, cabendo depois à acusação provar que o suspeito tinha já uma predisposição prévia “*beyond a reasonable doubt*”. Vigora aqui a regra da liberdade da prova e a decisão sobre a responsabilidade do provocado caberá ao júri<sup>26</sup>.

Situação diferente ocorrerá na aplicação do teste objetivo. O fundamento do teste objetivo é o de acautelar eventuais abusos dos agentes do governo. Deste modo a sua consequência será a improcedência da prova, como desincentivo à *entrapment*. Não é necessário provar a culpa do provocado, bastando-se com uma prova da conduta abusiva do provocador. Aqui caberá à defesa o ónus da prova, sendo este todavia limitado pelo *due process of law*. Assim serão excluídos os *hearsay evidence*, bem como as provas indiretas. Mesmo a prova testemunhal

22 Segundo o Juiz Conselheiro Roberts no caso *Sorrels*: “*Entrapment is the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion or fraud of the officer*”, apud SCHOLL, 1989: 814.

23 Apud Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 389.

24 Sousa, 2003: 1229.

25 Sobre os diferentes fundamentos do teste subjetivo e objetivo, cf. Whelan, 1985: 1196.

26 Meireis, 1999: 101-105 e Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 402.



só poderá ser utilizada se for solicitada pela defesa. A decisão sobre a existência de *entrapment* será da competência do juiz<sup>27</sup>.

Estes dois testes são passíveis de crítica. No teste subjetivo, acolhido pela jurisprudência do Tribunal Federal e pela generalidade dos tribunais estaduais, será difícil analisar a intenção criminosa prévia do sujeito<sup>28</sup>. Já o teste objetivo, acolhido pela doutrina e por alguns tribunais estaduais, recorre a padrões de medianidade e à construção de uma “pessoa hipotética” para verificar se era possível que aquela atuação policial criasse num homem médio a vontade criminosa<sup>29</sup>.

No sistema norte-americano há ainda outras possibilidades de recorrer à *entrapment defense*. Esta pode fundar-se no *due process of law*, levando a uma exclusão da condenação nos casos em que a conduta dos agentes policiais foi particularmente excessiva ou indigna – *particularly outrageous*<sup>30</sup>. A figura da *entrapment* encontra-se ainda contemplada no *Model Penal Code*, no § 2.13 (2). Aqui os seus efeitos serão similares aos da aplicação do teste objetivo, servindo para efeitos de defesa nos casos em que a atuação policial criou erroneamente no agente a ideia de que este agia licitamente, ou nas situações onde os agentes utilizam meios que determinem ou induzam um sujeito, que de outra forma não estaria predisposto<sup>31</sup>.

Conclui-se que a relevância das *undercover actions* no sistema norte-americano levou a que se optasse pelo modelo da *entrapment defense*, não existindo aqui uma exclusão da prova. Curiosa é a adoção genérica do teste subjetivo, pois este configura essencialmente uma forma de proteção dos direitos do provocado. Já o teste objetivo é aquele que melhor expressa a similitude com a função das proibições de prova no Direito norte-americano, enquanto dissuasoras de ações governamentais que violem as liberdades individuais. O efeito preventivo aqui só seria conseguido com a utilização do teste objetivo. Os policiais evitariam utilizar a provocação se soubessem que a sua conduta,

27 Meireis, 1999: 101-105 e Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 402.

28 Whelan, 1985: 1205 e Robertson, 1994: 814.

29 Whelan, 1985: 1210-1211, Scholl, 1989: 818 e Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 398-399.

30 O primeiro precedente onde se aplicou o modelo do *due process* ocorreu em 1978, no caso *United States v. Twigg* [588 F.2d 373 (3d Cir.1978)], tendo sido seguido nos casos paradigmáticos *United States v. Kelly*, de 1983 [707 F.2d 1460 (D.C.Cir. 1983)] e *United States v. Simpson*, de 1987 [813 F.2d 1462 (9th Cir.1987)]. Para mais esclarecimentos, cf. Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 405-412.

31 Meireis, 1999: 109-110.

ao ser invocada pela defesa, iria ser objetivamente avaliada pelo tribunal. A utilização do teste subjetivo poderá levar a que os policiais recorram mais frequentemente à *entrapment*, pois a análise do tribunal cingir-se-á a uma avaliação da predisposição do suspeito. Mas a regra da liberdade de prova no teste subjetivo assemelha-se ao Direito português e poderá representar uma mais-valia para a defesa. No teste objetivo esta não poderá apresentar, por regra, algumas provas que poderão ser fundamentais para provar a conduta abusiva dos agentes policiais.

Ao contrário do que acontece na generalidade dos sistemas continentais, nos Estados Unidos a intervenção de agentes ocultos não está sujeita a controlo judicial. O seu sistema é de aferição judicial *a posteriori*, em julgamento. Nos sistemas de *civil law*, como o alemão ou o português, a existência de regulação legal e de controlo judicial parece evitar, aparentemente, maiores abusos por parte das autoridades policiais.

## 2. Direito alemão

Nos últimos anos os sistemas processuais europeus sentiram necessidade de introduzir nas suas legislações limites à utilização de métodos ocultos de investigação, afastando desde logo o recurso à figura histórica do *agent provocateur*<sup>32</sup>. A lei alemã reflete essa preocupação, consagrando limites à utilização de métodos de investigação ocultos no §110 a do Código de Processo Penal alemão – *Strafprozeßordnung* (doravante StPO). Necessário, em primeiro lugar, é que as ações encobertas sejam realizadas por agentes policiais, apesar de alguma doutrina adotar uma categorização ampla, enquadrando as operações encobertas na categoria de *Vertrauen-Mann* – homem de confiança<sup>33</sup>. Dentro do âmbito do *V-Mann* podem distinguir-se três grupos: *Verdeckter Ermittler* ou *Polizeibeamter* – funcionário policial que atua sob identidade falsa; *V-Leute* – particular que atua sobre a supervisão das autoridades policiais e *Lockspitzel* – agente provocador. Estes dois últimos grupos ficarão fora do regime legal.

Questiona-se se no sistema alemão as proibições de prova representam um mecanismo de proteção dos cidadãos perante condutas abusivas das autoridades policiais, no decorrer de investigações criminais ocultas.

32 Sobre as origens históricas da figura, cf. Meireis, 1999: 19 e ss.

33 Meyer, 1985: 1312 e ss.

A teoria das proibições de prova no Direito alemão divide as *Beweisverbote*<sup>34</sup> em dois grupos: *Beweiserhebungsverbote* – proibições de produção de prova<sup>35</sup> – e *Beweisverwertungsverbote* – proibições de utilização de prova. Todavia, podemos falar do princípio da abstração e separação – *Trennungs und Abstraktionsprinzip*<sup>36</sup> – entre uma *Beweiserhebungsverbote* e uma *Beweisverwertungsverbote*. Isto leva a que uma proibição de produção de prova não implique necessariamente uma proibição de utilização<sup>37</sup>. Ao contrário do sistema norte-americano, as proibições de prova no Direito alemão decorrem expressamente da lei. Neste sentido, por exemplo, as proibições de produção de prova fundam-se no § 136 a StPO (métodos proibidos de prova) e no art. 1.º da Constituição da República Federal Alemã – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (doravante GG) – que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>38</sup>.

Mas este sistema de *civil law* não funciona na sua forma pura uma vez que a jurisprudência assume um papel determinante e criativo na aplicação do Direito, tal como acontece no sistema norte-americano. Esta importância da atividade jurisprudencial verifica-se também no problema objeto da nossa investigação, pois ao longo dos anos o Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão – *Bundesgerichtshof* (doravante BGH) – tem tido um papel importante na determinação de critérios e soluções aplicáveis ao *Lockspitzel*.

Abandonando a solução clássica de tratamento da provocação em sede de exclusão da responsabilidade, que reconduzia o provocador à figura do instigador sem dolo, a partir da década de 80 o BGH começou a recorrer ao critério do obstáculo processual, para afastar a condenação do suspeito provocado. Para este Tribunal, estaríamos perante uma provocação em situações nas quais o suspeito não tinha quaisquer antecedentes e o ilícito tinha resultado apenas de um comportamento fraudulento dos agentes policiais. Haveria aqui uma violação dos princípios do Estado de Direito e um *venire contra factum*

34 A origem das proibições de prova no Direito alemão deve-se a Beling, que formulou as proibições de prova enquanto limites à descoberta da verdade material (Beling, 1903: 3).

35 Estas podem ainda subdividir-se entre proibição de temas de prova (*die Beweisthemaverbote*); proibição de certos meios de prova (*die Beweismittelverbote*); proibição de certos métodos de obtenção de prova (*die Beweismethodenverbote*); e proibição de provas produzidas sem autorização da autoridade competente (*die relative Beweisverbote*), cf., por todos, Roxin & Schünemann, 2012: §24, Rn. 15.

36 Jäger, 2003: 137-138.

37 Sobre a distinção entre proibição de prova e proibição de utilização, cf. Gössel, 1991: 692-693.

38 Roxin & Schünemann, 2012: §24, Rn. 20.

*proprium*, caducando a necessidade da pena estadual – *Verwirkung*. Esta tese também mereceu acolhimento nalguma doutrina<sup>39</sup>.

Num segundo momento, a partir de uma decisão de 1984, a jurisprudência passou a adotar uma solução de caráter substantivo. Isto iria depois ter consequências apenas ao nível da medida da pena, afastando quaisquer soluções no âmbito das proibições de prova<sup>40</sup>. Hoje em dia esta posição permanece maioritária na jurisprudência do BGH. Alguns autores criticam esta solução e tratam deste problema também ao nível substantivo, mas já no âmbito de uma causa de dispensa de pena<sup>41</sup>.

Similarmente ao Direito norte-americano, no sistema alemão a provocação funcionará como uma prova para a defesa do provocado. Mas o processo penal norte-americano, onde a jurisprudência adotou genericamente o teste subjetivo, é um processo de partes, vigorando um sistema acusatório puro<sup>42</sup>. O ónus da prova reparte-se entre a acusação e a defesa. Já no Direito alemão o ónus da prova cabe à acusação. Mas mesmo que a acusação seja realizada exclusivamente pelo Ministério Público (doravante MP) – *Staatsanwaltschaft* – este, similarmente ao ordenamento jurídico português, não é parte no processo, e por isso tem o dever de investigar objetivamente, podendo aduzir prova favorável à defesa ou à acusação. Quando entender que houve provocação, pode então apresentar prova da mesma em favor da defesa. Mas o processo penal alemão, tal como o português, não é um sistema acusatório puro, sendo integrado por um princípio da investigação. Deste modo também o juiz pode ordenar a produção de mais provas, na busca da verdade material. Tal como acontece no sistema norte-americano, também no Direito alemão o acusado pode apresentar provas para a sua defesa. Mas no processo alemão isto não se cinge à fase de julgamento, podendo este fazê-lo previamente ao requerer, no momento do primeiro interrogatório, a produção de prova que entenda útil para a sua defesa (§163 a II StPO)<sup>43</sup>.

39 Meyer, 1983: 853.

40 Costa Andrade, 2006: 225-226.

41 Seelmann, 1983: 831, Rudolphi, 1994: §110 c, Rn. 11, Beulke, 2005: §13 II 16, Rn. 288 e Roxin & Schünemann, 2012: §37, Rn. 8.

42 Costa Andrade, 2006: 137-138.

43 AA.VV., *Procédures pénales d'Europe: Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie*, 1995: 103-104.

A jurisprudência alemã nunca chegou a reconhecer o *Lockspitzel* como um método proibido de prova, ao mesmo tempo que exclui a total impunidade do provocado. O BGH tem interpretado restritivamente o §136 a StPO, entendendo genericamente que a provocação não representa um “método enganoso”. No sistema alemão, contrariamente ao ordenamento jurídico português, os métodos proibidos de prova só se aplicam quando estamos perante um interrogatório formal realizado pelas autoridades policiais ao acusado – *Vernehmung des Beschuldigten*<sup>44</sup>. Ora as ações encobertas não possuem essa natureza e por isso ficam fora da proteção do §136 a StPO.

Mas mesmo que a provocação fosse considerada um método proibido de prova, este poderia ainda ser utilizado no processo. No Direito alemão as proibições de prova são encaradas como normas de proteção de direitos subjetivos dos cidadãos. Isto significa que poderá sempre recorrer-se à teoria da ponderação – *Abwägungslehre*<sup>45</sup> – aferindo, casuisticamente, até que ponto os interesses do Estado de Direito admitem uma valoração daquela prova e assim uma mitigação dos direitos fundamentais<sup>46</sup>. Para a jurisprudência do BGH os direitos fundamentais não são direitos absolutos, considerando-se sempre o fim do processo, a gravidade da violação, a ponderação de interesses em conflito e as necessidades de política criminal<sup>47</sup>. Isto é feito casuisticamente, afastando muitas vezes a esfera de proteção individual dos direitos fundamentais em nome da eficácia da investigação criminal e da segurança pública do Estado de Direito<sup>48</sup>.

Não raras vezes isto reflete-se no sentido do não reconhecimento de uma *Fernwirkung* ou efeito-à-distância. Não havendo consagração expressa desde efeito remoto na lei alemã, tudo assentará numa análise *a posteriori* feita pelo tribunal, tendo em conta a importância que a valoração daquela prova terá para as exigências de política criminal. Paradigmático neste contexto é o caso do

44 Ambos, 2009: 82-83 e Jäger, 2003: 184.

45 Para mais esclarecimentos sobre esta teoria e as suas combinações, cf. Jäger, 2003: 106-110 e Costa Andrade, 2006: 100.

46 Rogall, 1998: 1088-189.

47 Gössel, 1992: 437.

48 Bastante crítico quanto a uma subversão dos direitos fundamentais pelo Estado diz-nos Hassemer: “Os direitos fundamentais tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade e um aspeto importante na dogmática jurídico-constitucional alemã é a invenção de um direito fundamental à segurança” (Hassemer, 2004: 22).

companheiro de cela, de 28 de abril de 1987<sup>49</sup>, no qual o BGH se pronunciou pela consideração, enquanto método de prova proibido, do testemunho de um preso preventivo impelido pela polícia a obter informações sobre o seu companheiro de cela, dado que este que atuou como agente provocador<sup>50</sup>. O Tribunal admitiu a existência de uma proibição de prova, pois estaríamos perante uma coação, não aplicando a categoria de “método enganoso”. Porém, aceitou enquanto provas mediatas as informações prestadas pelo informador a terceiros sobre o seu companheiro de cela, após uma ponderação entre a intensidade da provocação estadual e a gravidade do crime. Este critério da intensidade da provocação estadual, utilizado pelo BGH, tem contornos similares ao teste objetivo da jurisprudência norte-americana.

Conclui-se que a doutrina majoritária e a jurisprudência têm interpretado a expressão “método enganoso” – *Täuschung* – do § 136 a StPO de forma restrita. Isto significa que o recurso ao *Lockspizel* nunca é considerado um método proibido de prova no Direito alemão. Apenas um setor minoritário da doutrina enquadrou este método de investigação no §136 a StPO, interpretando esta norma como uma proibição do recurso a uma manobra fraudulenta e por isso haveria aqui uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º GG) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2.º I GG)<sup>51</sup>. Em sentido completamente divergente, alguma doutrina considera que a resolução do suspeito continuará sempre livre, mesmo que a sua vontade seja afetada, nunca havendo espaço para uma proibição de prova<sup>52</sup>.

O regime das ações encobertas no Direito alemão parece estabelecer maiores limites à realização de medidas de investigação ocultas<sup>53</sup>, desde logo porque os indícios da prática do crime estão sujeitos a um controlo prévio da autoridade judicial. Já no Direito norte-americano não existe este controlo, pois os *undercover agents* atuam sem supervisão judicial, competindo depois uma avaliação posterior das *reasonable suspicion* em julgamento, caso seja alegada a *entrapment defense*.

49 BGHSt 34, 362, disponível em *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989: 33.

50 Jäger, 2003: 47-48, Costa Andrade, 2006: 230 e Morão, 2006: 579.

51 Lüderssen, 1974: 362 e ss.

52 Rogall, 2004: §136 a, Rn. 57.

53 A título de exemplo, o catálogo de crimes abrangidos por esta ação de investigação é restringido a crimes dotados de maior complexidade (§110a StPO). Também no momento de autorização da medida pelo MP (*Staatsanwaltschaft*) deverá ser desde logo estabelecido o período de duração da mesma (§110b StPO).

Mas o sistema alemão acaba por permitir um maior espaço de atuação dos agentes policiais neste tipo de ações, pois os tribunais nunca enquadram o agente provocador num método proibido de prova. Não havendo concretas consequências ao nível das proibições de prova, as linhas de fronteira entre a infiltração e a provocação parecem mais ténues. A questão torna-se ainda mais problemática quando a provocação for realizada por um particular. A generalidade da doutrina e da jurisprudência tende a afastar a aplicação dos limites das ações encobertas ao *V-Leute*<sup>54</sup>. Haverá aqui uma aproximação ao sistema norte-americano, onde o provocado não poderá invocar a *Legal Defense*, caso a *entrapment* resulte de uma ação de obtenção de prova levada a cabo por um particular.

O Estado alemão, tal como outros estados, tem adotado instrumentos cada vez mais repressivos no combate à criminalidade<sup>55</sup>. Em nome da segurança do Estado e dos interesses estaduais na luta contra a criminalidade mais grave, passou a admitir-se uma maior compressão dos direitos fundamentais em algumas situações<sup>56</sup>. Estas circunstâncias refletem-se no modelo de processo penal alemão, nas suas medidas de investigação e nas decisões da sua jurisprudência.

Apesar de no Direito alemão e no Direito norte-americano a provocação não ser reconduzida a uma proibição de prova, cremos que o sistema norte-americano confere mais garantias ao provocado. Não obstante a incerteza do teste subjetivo, utilizado maioritariamente pelo *Supreme Court*, se a *entrapment* for provada afastar-se-á a condenação do provocado. Já no Direito alemão, apesar da análise objetiva da provocação, frequentemente utilizada pelo BGH, reduzir a incerteza na interpretação da mesma, haverá apenas uma diminuição da medida da pena, pois o §136 a StPO é interpretado restritivamente. Ao mesmo tempo, mesmo que a provocação fosse considerada um método de prova proibido, haveria ainda a possibilidade de utilização da prova proibida, ou de um afastamento do seu efeito-à-distância (*Fernwirkung*) sobre as

54 Roxin & Schünemann, 2012: §37, Rn. 9. Mas defendendo uma aplicação com fundamento legal não específico, cf. Ambos, 2009: 131 e Meyer-Goßner, 2004: §110 a, Rn. 4.

55 Zöller refere-se a um aumento das operações encobertas e a uma reconfiguração do StPO, deixando este de funcionar como um sistema de proteção dos direitos individuais, passando a verificar-se cada vez mais uma “policização” do Direito processual penal, com o auxílio das novas tecnologias, no combate à criminalidade (Zöller, 2012: 416).

56 Hassemer pronuncia-se sobre os sacrifícios das tradições do Estado de Direito em nome da eficácia no combate ao crime, muitas vezes em situações nubladas, como no caso de Bad Kleinen onde em 1995 um suposto terrorista da RAF – fação do grupo terrorista *Baaden Meinhoff* – foi morto, após um confronto com agentes policiais infiltrados. As circunstâncias da infiltração permanecem hoje ainda pouco claras, cf. Hassemer, 1995: 102-103.

provas secundárias. Isto porque seria possível realizar uma ponderação entre os interesses individuais e os interesses estaduais no combate à criminalidade<sup>57</sup>. A provocação acaba assim por ser considerada pela jurisprudência uma forma legítima de investigação por parte do Estado, para responder aos desafios da criminalidade mais grave e complexa.

### III. O AGENTE INFILTRADO

#### 1. Princípio da proporcionalidade

A realização de medidas de investigação ocultas através de um agente infiltrado pressupõe, desde logo, um juízo de proporcionalidade realizado pelo legislador<sup>58</sup>. Este princípio representa o fundamento deste método de obtenção de prova<sup>59</sup>, pois em nome da eficácia da investigação esta é realizada ocultamente, sem revelação da identidade do agente, o que leva à restrição de certos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade é ainda um limite das ações de investigação realizadas por agentes infiltrados, pois deverá continuar a ser observado na execução deste método de investigação. Os agentes policiais deverão respeitar este princípio aquando da realização da medida, sob pena de se realizarem abusos na atividade investigatória.

No ordenamento jurídico português o art. 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) admite uma restrição a direitos fundamentais dos cidadãos, mas apenas para salvaguardar outros direitos e no respeito pelos requisitos da reserva de lei e do princípio da proporcionalidade. Os direitos fundamentais funcionam como garantias dos cidadãos face a intervenções abusivas por parte da administração, *maxime* do Estado. Contudo, estes possuem a natureza de princípios, enquanto mandatos de otimização perante as possibilidades fácticas existentes<sup>60</sup>, podendo ser restringidos mediante uma ponderação com os interesses estaduais na investigação da criminalidade.

O recurso a agentes infiltrados pressupõe, desde logo, a restrição a alguns direitos constitucionais, nomeadamente o direito à reserva da intimidade da

57 Gössel, 1991: 676.

58 Sobre o princípio da proporcionalidade, cf. Canotilho & Moreira, 2007: 392-393.

59 Num sentido similar, para Isabel Oneto este Regime Jurídico encontra o seu fundamento na validação das proposições político-criminais concretizadas, designadamente na sua conformidade com os princípios constitucionais, cf. Oneto, 2005: 159. Também Manuel Meireis se refere à proporcionalidade deste método de investigação, cf. Meireis, 2006: 96-97.

60 Alexy, 1996: 75-76.



vida privada (art. 26.º, n.º 1 CRP). O agente infiltrado realiza uma ingerência na vida privada do sujeito para ganhar a confiança deste e assim obter prova de práticas criminosas. Também o princípio do contraditório (art. 32.º, n.º 1 e n.º 5 CRP) é aqui sujeito a uma restrição, pois para a proteção da integridade física do agente infiltrado, a generalidade das legislações excluem a necessidade de comparência do agente em sede de audiência, como testemunha<sup>61</sup>.

Sobre a admissibilidade deste meio de prova, à luz da Lei Fundamental, já se pronunciou o Tribunal Constitucional (doravante TC) no Acórdão n.º 578/98, Processo n.º 835/98, de 14 de outubro de 1998, Relator Conselheiro Messias Bento. Apesar de há altura do citado acórdão ainda não existir um regime específico de regulação destas ações, o Tribunal reconheceu a legitimidade dos agentes infiltrados na ordem jurídica portuguesa, através de um juízo de proporcionalidade. Esta medida deverá ser excecional, visando fins de prevenção criminal para o combate à criminalidade grave e necessitará de autorização prévia da autoridade judiciária competente. O agente infiltrado deverá limitar-se a ganhar a confiança do sujeito para melhor o observar e obter informações a seu respeito.

Também o TEDH admite a realização de investigações por agentes infiltrados, em face de um juízo de proporcionalidade, segundo os princípios consagrados na CEDH<sup>62</sup>. Este é feito, essencialmente, numa perspetiva processual, entre o art. 6.º da CEDH – princípio do processo justo – e os interesses estaduais na luta contra a criminalidade organizada, especialmente no combate ao tráfico de estupefacientes<sup>63</sup>.

---

61 No ordenamento jurídico português os agentes infiltrados, devido à sua reserva de identidade (contemplada no art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 101/2001, que consagra o Regime Jurídico das ações encobertas), encontram-se abrangidos pela Lei n.º 93/99, de 14 de julho de 1999, que estabelece a proteção de testemunhas em processo penal quando a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de avultado valor sejam colocados em perigo.

62 Para uma análise da admissibilidade das ações encobertas em função dos princípios da CEDH, cf. Hauck, 2012: *passim*.

63 Veja-se a fundamentação do TEDH no Teixeira de Castro v. Portugal: “§36. *The use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking. While the rise in organized crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place (...) that it cannot be sacrificed for the sake of expedience. The general requirements of fairness embodied in Article 6 apply to proceedings concerning all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex.*”

## 2. Requisitos na ordem jurídica portuguesa

Como já fizemos referência, à data do caso Teixeira de Castro v. Portugal o ornamento jurídico português não conhecia regulação expressa das ações encobertas, mas estas estavam contempladas em dois diplomas distintos<sup>64</sup>. Mas, em 2001, a Assembleia da República aprovou um diploma autónomo que regula o Regime Jurídico das Ações Encobertas Para Fins de Prevenção e Investigação Criminal – a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto. A intenção do legislador foi adotar mecanismos mais eficazes para o combate à criminalidade<sup>65</sup>. Mas fê-lo respeitando o princípio da reserva de lei, consagrando requisitos materiais para a realização da medida.

As ações encobertas são admitidas quando realizadas por agentes infiltrados (art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 101/2001). Alguma doutrina tende a defender uma visão mais lata no sentido de distinguir entre as figuras de agente infiltrado e agente encoberto<sup>66</sup>. O agente infiltrado é um funcionário policial, ou terceiro<sup>67</sup>, que atuando sob identidade falsa se infiltra na organização criminosa para ganhar a confiança do suspeito e obter informações. Já o agente encoberto é um órgão de polícia criminal (doravante OPC), ou terceiro, que se limita a atuar de forma passiva, sob reserva de identidade, sem procurar ganhar a confiança do suspeito. Cremos que ambas as figuras cabem no texto da lei. Contudo, o legislador afastou o recurso ao agente provocador<sup>68</sup>.

64 A primeira referência legal a este tipo de ações surgiu no art. 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro, consagrando a não punibilidade dos agentes que no âmbito do inquérito aceitassem diretamente, ou por intermédio de terceiro, a entrega de estupefacientes ou outras substâncias psicotrópicas. Esta norma transitou depois para o art. 59.º da Lei de Combate ao Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Decreto-Lei n.º 15/93, 22 de janeiro), que contemplava a exclusão da responsabilidade substantiva dos agentes, caso estes tivessem de realizar atos ilícitos no decorrer da investigação. Este artigo foi entretanto revogado pela Lei n.º 101/2001. A Lei de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira (Lei n.º 36/94, de 29 de setembro) veio alargar o catálogo de crimes possíveis deste tipo de investigação admitindo, no art. 6.º, a prática de atos de colaboração ou instrumentais para a obtenção de provas dos crimes do catálogo, na fase de inquérito. Este artigo foi igualmente revogado pela Lei n.º 101/2001.

65 Para mais esclarecimentos veja-se a Proposta de Lei n.º 79/VIII, *Diário da Assembleia da República*, II série-A, n.º 62, de 31 de maio de 2001; a Discussão da Proposta de Lei n.º 79/VIII, *Diário da Assembleia da República*, I série, n.º 99, de 22 de junho de 2001 e o Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de Lei n.º 79/VIII, *Diário da Assembleia da República*, II série-A, n.º 70, de 22 de junho de 2001.

66 Meireis, 2006: 93-97 e Gonçalves, Alves & Valente, 2001: 264-267 e 303-304.

67 Alguns autores sustentam a legitimidade duvidosa da realização de ações encobertas por terceiros (Pereira, 2010: 159, Sousa, 2010: 233 e Valente, 2009: 171).

68 Minoritária na doutrina portuguesa é a posição de Mário Ferreira Monte. Este admite, excepcionalmente, a atuação de agentes provocadores para fins preventivos, mediante um juízo de necessidade, por razões de política criminal, e respeitando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cf. Monte, 1997: 202.

Quanto aos crimes nos quais se admite o recurso a estas ações, o legislador incluiu um catálogo taxativo (art. 2.º). No nosso entender este catálogo é muito amplo. Este meio de prova excecional deveria admitir-se, como sucede na lei alemã, apenas para a criminalidade complexa e altamente organizada<sup>69</sup>, onde as maiores dificuldades da investigação reclamam medidas que exigem um juízo de proporcionalidade das garantias fundamentais<sup>70</sup>.

Tais ações poderão ser realizadas numa fase preventiva ou repressiva da investigação (art. 3.º, n.º 1). Questionamos o recurso a um agente infiltrado apenas para fins repressivos, visando a obtenção de prova para a incriminação efetiva de um indivíduo após a consumação do ilícito material. Todavia, já se poderá admitir este tipo de investigação no quadro de ações de prevenção de certas formas de criminalidade, que exigem a adoção de métodos mais eficazes<sup>71</sup>. Este também foi o entendimento do TC no Acórdão n.º 578/98, Processo n.º 835/98, de 14 de outubro de 1998, mencionado previamente.

Esta medida de investigação deverá respeitar o princípio da proporcionalidade e os seus corolários (art. 3.º, n.º 1). Isto justifica a função deste princípio não apenas como fundamento da medida, mas como limite a observar na aplicação da mesma. Contudo, cremos que o escopo de proteção da norma ordinária é deficiente, pois o legislador não consagrou mecanismos rigorosos que garantam a efetividade do princípio da proporcionalidade aquando da aplicação da medida, como poderemos observar de seguida.

Quanto aos requisitos processuais, caso as ações decorram no âmbito do inquérito basta uma autorização do MP, obrigatoriamente comunicada ao Juiz de Instrução Criminal (doravante JIC), prevista no art. 3.º, n.º 3. Esta é presumida tacitamente se não for exarada no prazo de setenta e duas horas.. cremos que esta autorização tácita retira o efeito útil da norma, pois nestes casos não existe um controlo efetivo da autoridade judicial. Só uma autorização expressa indica que esta realizou um juízo de ponderação para a admissibilidade daquela ação de investigação. Ao mesmo tempo, isto pode impedir que o JIC tome conhecimento da realização desta medida de investigação, retirando-se

69 Sobre a definição de criminalidade organizada, cf. Hassemer, 1995: 94-97.

70 No mesmo sentido, cf. Costa Andrade, 2009: 535 e Costa Andrade, 2006: 232.

71 Com a mesma opinião, cf. Pereira, 2005: 21 e Costa Andrade, 2006: 232.

o seu papel de controlo da mesma<sup>72</sup>. Já nas operações encobertas para fins de prevenção criminal, o MP deverá remeter a proposta de investigação para o JIC, para que este autorize a realização da medida (art. 3.º, n.º 4). Neste segundo caso compreende-se que a lei tenha configurado um mecanismo mais exigente, pois ainda não temos a abertura de um inquérito formal. Este regime permitirá assegurar os artigos 32.º, n.º 4 e 202.º, n.º 2 da CRP, que preveem que seja da competência do JIC a emissão de uma autorização para o recurso a certos meios de prova que contendam com os direitos fundamentais.

Por fim, o art. 3.º, n.º 6 consagra a necessidade de entrega de um relatório, por parte dos agentes policiais, à autoridade judicial competente no prazo de quarenta e oito horas. Entendemos que a lei é vaga ao não estabelecer requisitos para este relatório, deixando uma vez mais espaço para que a ação encoberta se processe sem uma concreta vigilância<sup>73</sup>. Por forma a haver um maior controlo o legislador deveria exigir a completude deste relatório, para que este integrasse todos os factos e informações da ação de investigação.

Em último lugar, apontamos como crítica o facto do nosso ordenamento jurídico não delimitar um prazo para a realização das ações encobertas<sup>74</sup>. Deveria assim estabelecer-se, aquando da autorização da medida de investigação, um limite de duração para a mesma, podendo este ser prorrogado mediante a apresentação de razões atendíveis. A necessidade de fixação de um limite seria importante para evitar que estas ações se pudessem prolongar durante um longo período temporal, mesmo quando os agentes não tenham obtido as provas necessárias. Não obstante compreendermos que a especificidade da medida carece de tempo para a sua aplicação, é importante definirmos limites máximos, pois encontramos-nos perante uma medida restritiva de direitos fundamentais.

---

72 Pronunciando-se sobre o controlo a ser realizado pelo juiz, cf. Mata-Mouros, 2001: 114-115. Mais exigente é Costa Andrade. Para o autor, o sucesso do regime jurídico da ação encoberta passará pela reserva de juiz, aliada a um dever de fundamentação da medida, cf. Costa Andrade, 2009: 546-550. Crítico quanto ao atual regime, dado o seu controlo deficiente, Manuel Valente defende a existência de uma inconstitucionalidade material, por violação do art. 32.º, n.º 4 da CRP, cf. Valente, 2009: 172.

73 Na prática, os OPC acabam, por vezes, por apresentar apenas o auto de notícia, cf. Mata-Mouros, 2001: 116-118.

74 Martins, 2007: 48.

## IV. O AGENTE PROVOCADOR

### 1. Critérios da provocação utilizados no caso

#### a) *Teste subjetivo*

Apesar dos ordenamentos jurídicos nacionais estabelecerem requisitos legais para a realização de ações ocultas, com o intuito de assegurar a sua conformidade com os princípios constitucionais, a fronteira entre a infiltração e provocação, neste tipo de ações, continua bastante ténue. Para a delimitação de fronteiras entre a provocação e a infiltração importa perceber quais os concretos critérios utilizados pelo TEDH no caso *Teixeira de Castro v. Portugal*.

Num primeiro momento, o TEDH começa por utilizar o critério subjetivo, procurando analisar se aquele suspeito tinha uma intenção criminosa prévia. Neste caso, também o STJ recorreu à utilização do critério subjetivo, fundando a distinção entre o agente provocador e infiltrado na conformação livre da intenção do arguido<sup>75</sup>. Mas aqui o critério foi utilizado de modo distinto pelo STJ e pelo TEDH, o que comprova as dificuldades do teste subjetivo. Este Tribunal considerou que o agente não tinha uma intenção criminosa prévia, contrariamente à posição do STJ.

A análise das intenções do provocado é feita previamente, isto é, o agente já devia ter intenção de cometer o crime antes de qualquer contacto com os agentes provocadores. Neste caso, tendemos a concordar com o TEDH. Antes da abordagem realizada pelos agentes policiais ao suspeito *Teixeira de Castro*, não é possível comprovar que este tivesse uma intenção criminosa prévia, sendo a interpelação pelos agentes o motivo para a criação no suspeito da intenção de transacionar os estupefacientes. O teste subjetivo não é o utilizado preferencialmente pelo TEDH, mas observamos que este tem alguma relevância quando combinado com o critério de suspeitas fundadas.

#### b) *Suspeitas fundadas*

O TEDH utiliza este critério, considerando que os OPC não tinham suspeitas fundadas de que o agente se dedicava à prática de atos criminosos, pois não tinha havido nenhum inquérito prévio contra o suspeito e este não tinha

---

75 A utilização do critério subjetivo revela-se uma tendência na jurisprudência do STJ: Acórdão de 05 de março de 1997, processo n.º 96P1125, Relator Martins Ramires; Acórdão de 30 de outubro de 2002, processo n.º 02P2118, Relator Pires Salpico e Acórdão de 20 de fevereiro de 2003, processo n.º 02P4510, Relator Simas Santos. Para mais esclarecimentos acerca da jurisprudência portuguesa sobre o tema, cf. Justo, 2006: 503-512, Neves, 2000: 45-56 e Mata- Mouros, 2000: 57-6.

qualquer registo criminal. Refira-se que à data dos factos a lei portuguesa exigia que as ações encobertas de realizassem no decorrer de um inquérito<sup>76</sup>, o que não existiu na ação de investigação no caso Teixeira de Castro. Mas a existência de registo criminal não funciona *per si* como uma suspeita da prática de ilícitos criminais no momento temporal da investigação. As suspeitas devem fundar-se em indícios materiais objetivos, como por exemplo, a interceção de conversações prévias com elementos de uma organização criminosa. Estas suspeitas devem ser aferidas *ex ante*, podendo afastar-se a provocação se os agentes tinham informações seguras e prévias de que o agente praticava factos ilícitos<sup>77</sup>.

Todavia este critério pode levar a que afastemos a provocação, desde que depois os agentes venham a encontrar provas materiais do crime, que servirão para confirmar as suspeitas. Isto pode observar-se através do entendimento do STJ no caso em análise. Apesar de este Tribunal reconhecer que houve “*uma insistência muito forte – no limiar da persistência –, dos agentes da PSP*”, considerou que a droga encontrada na operação de revista e busca serviu para justificar esta insistência, ao provar que o agente se dedicava ao tráfico de estupefacientes. O entendimento do TEDH é distinto, já que analisa estas suspeitas fundadas apenas num juízo *ex ante*. Ao mesmo tempo, o Tribunal invoca que o domicílio não pertencia ao suspeito e não existia nenhuma autorização judicial, podendo esta conferir uma maior certeza no controlo destas suspeitas fundadas<sup>78</sup>. A verdade é que na sequência da revista realizada a Teixeira de Castro foram encontradas provas do crime, mas nada pode comprovar que estas não tivessem sido resultado dos contatos insistentes feitos previamente pelos agentes para adquirir a droga. Assim, o critério de indícios razoáveis poderá servir como um requisito para a autorização de ações ocultas, pois pressupõe um controlo anterior da autoridade judicial. Todavia, a incerteza da sua comprovação deverá levar a que não possa ser invocado para afastar as situações de provocação.

---

76 Cf. nota 4.

77 O TEDH faz, no caso em análise, uma distinção face ao caso Lüdi v. Suíça, de 15 de junho de 1992 (Aplicação n.º 12433/86), no qual as autoridades tinham informações seguras de que o suspeito se dedicava ao tráfico de estupefacientes, através de uma informação das autoridades alemãs.

78 Este requisito tende a ser utilizado pelo TEDH como um mecanismo de controlo nas ações ocultas, constituindo isto uma proteção do princípio do processo equitativo, do art. 6.º da CEDH. A realização destas ações em fase de inquérito, com a autorização da autoridade judicial competente e com base em suspeitas fundadas é, no entendimento da jurisprudência do TEDH, uma forma de garantir que esta medida de investigação respeita a CEDH, cf. Barreto, 2010: 223.

Em suma, este critério levanta dois problemas: a dificuldade de identificar o momento temporal da suspeita e a dúvida quanto à comprovação de que as provas materiais demonstram uma intenção criminosa prévia e autónoma.

### c) *Teste objetivo*

Precisamente para dirimir os conflitos que a arbitrariedade do teste subjetivo pode trazer, o TEDH opta por conferir uma maior importância ao teste objetivo. Para este Tribunal, mesmo que se prove que a intenção do suspeito não teve origem autónoma, tendo sido resultado da atuação do agente, esta deverá ser a causa direta, ou mesmo exclusiva, da prática do crime. Aqui o enfoque reside numa análise da atuação objetiva dos agentes, avaliando o seu contributo para a prática do crime.

No caso Teixeira de Castro os agentes contataram V.S., demonstrando a sua intenção de adquirir uma certa quantidade de droga. Depois de este os informar de que não conhecia nenhum fornecedor, e de não ter acedido aos pedidos dos agentes, estes adotaram uma conduta insistente, reiterando a intenção de adquirir material ilícito. Assim, a ação dos agentes, objetivamente considerada, foi causa exclusiva da prática do crime.

Este critério objetivo é criticado pela utilização da figura da pessoa hipotética, observando se a conduta dos agentes seria possível de levar uma pessoa média a praticar o crime. Impõe-se assim um padrão de autocontrolo da pessoa média, que não tem em conta a situação de maior fragilidade e suscetibilidade de algumas pessoas, devido ao seu passado ou à sua personalidade<sup>79</sup>. Certas condições poderão conduzir alguém a reagir mais ativamente à mínima solicitação dos agentes policiais. Como a influência da atuação é analisada em função do homem médio, isto pode levar a que afastemos recorrentemente a provocação, pois o homem médio tinha o dever de autocontrolar. A conduta dos agentes policiais só influencia a atuação do homem normal através de uma forte insistência. Mas, por outro lado, uma avaliação mais individualizada podia gerar situações de discriminação se supuséssemos, por exemplo, que aquela pessoa, pelo seu perfil de antigo criminoso, iria ceder mais facilmente à interpelação dos agentes. Assim a intervenção dos OPC não teria sido essencial para a prática do crime, pois o suspeito estava mais predisposto, logo afastaríamos a provocação. Deste modo, apesar das falhas do padrão do homem

---

79 Whelan, 1985: 1211.

médio, acreditamos que este será a solução mais segura para evitar incerteza na análise da provocação.

A utilização deste critério será muito relevante nas situações de fronteira, quando inicialmente o agente atuar apenas como infiltrado, e depois iniciar uma atividade de provocação. Primeiro o agente limitou-se a atuar para ganhar a confiança do suspeito, guiando a sua atuação com este propósito, à medida que se vai infiltrando na organização criminosa, sujeitando-se à realidade envolvente. Posteriormente a sua atuação mudou de rumo, passando a praticar ações que objetivamente levaram à prática criminosa. Aqui passará a ser um agente provocador, pois terá uma intervenção direta no desenrolar dos acontecimentos, contribuindo ativamente para a formação da realidade envolvente<sup>80</sup>. Se utilizarmos apenas como critério o elemento subjetivo, definindo a existência de intenção criminosa prévia, teríamos que afastar a provocação, pois poder-se-ia afirmar que num primeiro momento o sujeito já tinha intenção prévia. Deveremos então analisar os concretos atos do agente, bem como a influência destes para a formação dos factos e para a prática do crime, sendo relevante aqui delimitar o momento temporal de início destas ações.

Por fim, refira-se que uma análise objetiva da provocação confere uma maior certeza e credibilidade à mesma, pois parte de dados empírico-materiais<sup>81</sup>, possíveis de serem demonstrados através de provas concretas. A atuação dos agentes deverá ser a causa exclusiva da prática do crime, pois se concorrer com outras influências o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e a ação criminosa é quebrado, sendo de afastar nestes casos a existência de provocação. Concordamos, por isso, com a recente delimitação do critério objetivo realizada pelo TEDH<sup>82</sup>.

---

80 Para Germano Marques da Silva a atividade do agente provocador é formativa do ilícito material e por isso deve rejeitar-se à luz do princípio da lealdade num Estado de Direito, cf. Silva, 2011: 191.

81 Isto parece enquadrar-se num dos critérios invocados por Manuel Meireis – o processo ardiloso como veículo do engano. O autor invoca aqui o elemento objetivo de comprovação dos atos materiais passíveis de criar uma ilusão no provocado. Acrescenta ainda o elemento subjetivo, que exige o dolo do provocador, cf. Meireis, 1999: 210-213.

82 No caso *Calabrò v. Italy and Germany*, de 21 de março de 2003 (Aplicação n.º 59895/00), o TEDH veio restringir as situações de provocação àquelas nas quais o agente infiltrado atua como verdadeiro instigador do crime. Deverá provar-se que o suspeito não tinha qualquer intenção prévia de praticar o delito, o que significa que a vontade criminosa foi causa exclusiva da provocação dos agentes, não se bastando agora apenas com uma causalidade direta.



## 2. Método proibido de prova

Segundo o entendimento do TEDH no caso Teixeira de Castro, a inadmissibilidade da provocação, enquanto método de investigação, funda-se no princípio do processo justo, protegido pelo art. 6.º da CEDH. Isto apresenta similaridades ao *due process* do sistema norte-americano. Mas será relevante contextualizar as consequências da provocação na ordem jurídica portuguesa, equacionando a aplicação do regime das proibições de prova.

O regime das proibições de prova no Direito português divide-se entre proibições de tema de prova, proibição de meios de prova, proibições de métodos de prova e proibições relativas de prova<sup>83</sup>. Interessa-nos aqui a terceira categoria. Segundo a generalidade da doutrina portuguesa a atuação do agente provocador é um método proibido de prova, fundado na existência de um método enganoso, de acordo com o art. 126.º, n.º 2 a) do Código de Processo Penal (doravante CPP)<sup>84</sup>.

O problema reside precisamente neste enquadramento da provocação num método enganoso de obtenção de prova, enquanto mecanismo de proteção dos valores constitucionais contemplados no art. 32.º, n.º 8 da CRP<sup>85</sup>, fundamento das proibições de prova no Direito português<sup>86</sup>.

O conceito de método enganoso deve ser sujeito a uma interpretação restritiva<sup>87</sup>, pois o recurso a uma certa astúcia na obtenção de prova decorre da própria natureza da investigação policial. Os métodos ocultos de investigação, em especial, pressupõem que os OPC recorram a técnicas mais engenhosas,

83 Mendes, 2004: 144-147 e Silva, 2011: 143.

84 Meireis, 1999: 203, Sousa, 2003: 1223 e Valente, 2012: 490. Invocando uma violação do princípio democrático na utilização do agente provocador, cujo atividade é formativa do ilícito material, Silva, 1994: 28-29. Costa Andrade considera a proibição de prova, invocando um argumento sistemático. Este assenta na desvinculação do art. 126.º do CPP às ações realizadas apenas num interrogatório formal, ao contrário do que acontece no § 136 a do StPO, cf. Costa Andrade, 2006: 231.

85 O TC pronunciou-se sobre esta questão num caso no qual um indivíduo foi abordado por um agente infiltrado para que lhe vendesse droga. O sujeito dirigiu-se então ao seu domicílio, trazendo depois esta substância para vender ao agente, sendo nesta sequência detido. Este Tribunal considerou, que do ponto de vista constitucional, não interessava perceber se estávamos perante uma infiltração ou provocação, mas sim “saber se viola ou não o disposto no artigo 32.º, n.º 6 da Constituição a interpretação do artigo 126.º do CPP, no sentido no sentido de não subsumir à parte final da alínea a) do seu n.º 2, na parte em que se faz referência à utilização de «meios enganosos», comportamentos do tipo dos descritos nos autos” (Acórdão do TC n.º 102/00, de 22 de fevereiro de 2000, processo n.º 324/97, Relator Conselheiro José de Sousa Brito). O Tribunal acabou por não se pronunciar sobre esta questão devido à existência de um vício processual, pois a questão da constitucionalidade não foi invocada *ab initio*.

86 Morão, 2006: 589 e Silva, 2011: 139.

87 Costa Andrade, 2006: 234.

com o objetivo de tornar a investigação mais eficaz. Pela própria natureza da medida, os agentes devem atuar de forma oculta, não tendo o dever de total esclarecimento perante o suspeito, pois isto comprometeria a eficácia desta medida de investigação criminal.

Contudo, a linha de fronteira entre esta astúcia e o engano é bastante ténue. Indiscutível parece ser o facto de que o método enganoso deverá partir da criação de um erro sobre o suspeito. Apesar do erro poder funcionar por ação ou omissão<sup>88</sup>, nas ações ocultas apenas funcionará o erro por ação, pois sobre o agente não recaía um concreto dever de agir, como o dever de informação ou o esclarecimento sobre a natureza da investigação. Todavia, no engano ocorre uma superação de um tipo de erro característico de uma certa astúcia na investigação criminal. Deste modo, para que este erro se transforme num engano sobre o suspeito deverá existir uma interferência na sua liberdade de decisão e de vontade<sup>89</sup>.

Na delimitação desta intromissão na liberdade poder-se-á propor o enquadramento na figura da coação, para os casos mais difíceis<sup>90</sup>. Apesar de o ilícito material, contemplado no art. 154.º do Código Penal (doravante CP), prever o exercício de coação pela força ou ameaça, discute-se dogmaticamente a figura da coação moral<sup>91</sup>. Não obstante, cremos que será mais adequado recorrer a uma análise hermenêutica do engano, enquanto elemento normativo contemplado no art. 126.º, n.º 2 a) do CPP. Para tal recorreremos à teleologia do tipo de ilícito de burla, contemplado no art. 217.º do CP<sup>92</sup>, em especial para a delimitação face à figura do erro. Este tipo objetivo faz referência específica aos elementos normativos erro e engano. O erro surge de uma falsa reprodução da realidade através de concretas palavras ou declarações; de ações objetivas, que de acordo com as regras da experiência e os parâmetros ético-sociais, originam essa falsa representação, ou ainda de um aproveitamento de um erro

---

88 Costa Andrade, 2006: 236-237.

89 Peters, 1985: 337.

90 Costa Andrade, inspirado nalguma doutrina alemã, propõe o critério da coação para os casos mais duvidosos de enquadramento na categoria de métodos enganosos, pois há aqui uma compressão da liberdade similar à que resulta do emprego de maus tratos ou de outras formas de coação, cf. Costa Andrade, 2006: 234-263.

91 Desenvolvidamente, cf. Meireis, 1999: 215-221.

92 Com a mesma solução, cf. Sousa, 2003: 1219-1120. Especialmente aplicado ao agente provocador, cf. Meireis, 1999: 207.

preexistente<sup>93</sup>. Mas no engano haverá um aproveitamento dessa falsa representação da realidade pelo agente para inibir a liberdade decisória e volitiva do suspeito. Assim, será através do engano que a conduta dos OPC manipulará a resolução sobre a prática do crime, controlando a ação do sujeito e criando um engano através do erro<sup>94</sup>.

Neste sentido, cremos que a provocação consubstancia um constrangimento inadmissível da liberdade do sujeito, e por isso deve ser reconduzida à categoria dos métodos proibidos de prova no art. 126.º, n.º 2 a) do CPP. Este artigo, ao proteger o direito à liberdade dos cidadãos, não prevê que em nome da eficácia da investigação criminal esta seja manipulada ao ponto da decisão do suspeito se formar através da atuação do órgão de investigação criminal. Deparamo-nos aqui com uma ofensa à integridade pessoal do indivíduo, moral e física, protegida pelo art. 25.º, n.º 1 da CRP e cuja violação contempla uma proibição de prova nos termos do art. 32.º, n.º 8 da CRP<sup>95</sup>. Este é um direito indisponível e como tal o legislador ordinário consagrou, no art. 126.º, n.º 2 do CPP, uma proibição de prova absoluta para aqueles métodos que lesem estes direitos, independentemente do consentimento do seu titular.

A preferência pelo critério objetivo na provocação, já por nos demonstrada previamente, poderá auxiliar-nos agora na resolução deste problema. Primeiro os agentes realizarão atos materiais suscetíveis de construir uma falsa representação da realidade no suspeito, por exemplo, fazendo-se passar por adquirentes de estupefacentes. Posteriormente, estes irão procurar tirar partido desse erro para obter prova contra o suspeito e aqui operará o engano. Na provocação o erro, característico dos métodos ocultos, será utilizado com fins de perturbação da liberdade de vontade e de decisão. Deverão existir elementos fácticos e objetivos que demonstrem que ocorreu uma interferência do agente na decisão do suspeito, *v.g.* através da sua insistência na aquisição do material

93 Costa, 1999: 301.

94 Neste sentido, Manuel Meireis distingue o erro que não foi criado pelo agente infiltrado ou encoberto, limitando-se este a aproveitá-lo, do engano utilizado pelo agente provocador para obter provas contra o suspeito, *cf.* Meireis, 1999: 208.

95 O TC também se pronunciou sobre esta questão no Acórdão n.º 578/98, de 14 de outubro de 1998, processo n.º 835/98, Relator Conselheiro Messias Bento, ao qual já fizemos menção, invocando que *“na ânsia de dar combate ao crime grave, que mina as bases da sociedade, não podem legitimar-se comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas. E isso, mesmo que tal se faça no propósito de desmascarar o criminoso, de pôr a descoberto a sua atividade delituosa. Quando se afeta intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão da pessoa, a deslealdade atinge um tal grau de insuportabilidade que é a integridade moral do sujeito que, então, é violada e, com ela, o artigo 25.º, n.º 1, da Constituição.”*

ilícito, levando o suspeito à prática do crime. A atuação do agente será verdadeiramente formadora dos factos que levaram à prática do ilícito<sup>96</sup>. Haverá aqui uma superação da mera convicção errónea, pois os atos perpetrados pelo agente provocador visaram finalidades de manipulação da decisão e da vontade, capazes de provocar no homem médio o engano que conduziu à deliberação e, posteriormente, à conduta criminosa. Por isso o agente provocador é reconduzido, na maioria das vezes, à figura do instigador, pois a sua conduta cria no provocado a decisão criminosa, detendo, deste modo, o domínio da decisão<sup>97</sup>.

Alguns autores defendem que a utilização de um método enganoso presuppõe uma violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>98</sup>, pois este engano levou o sujeito colaborar ativamente na sua incriminação. Este princípio tem uma natureza positiva, conferindo ao arguido o direito a participar ativamente na sua defesa, e uma natureza negativa, enquanto garantia contra intromissões abusivas do Estado para obter uma autoincriminação por meios enganosos ou coação<sup>99</sup>. A proteção do princípio depende da concordância prática com outros interesses dignos de tutela<sup>100</sup>. Mas quando o suspeito é alvo de uma provocação consideramos que a ponderação acabará por fazer prevalecer o privilégio contra a autoincriminação do indivíduo, em detrimento da eficácia da investigação. A sua liberdade de vontade e decisão é perturbada, pois a sua ação é controlada e manipulada pelos OPC. Estes terão um papel ativo na ação do suspeito, levando-o a praticar atos autoincriminatórios.

Apesar do princípio *nemo tenetur* não encontrar consagração expressa no texto constitucional português, revela-se ao nível processual penal no direito ao silêncio<sup>101</sup>. A sua natureza constitucional é assim implícita, desde logo através do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º CRP)<sup>102</sup>. Este impõe às

96 Silva, 2003: 23-24.

97 Figueiredo Dias, 2012: 799-800.

98 Costa Andrade, 2006: 126-127 e Roxin, 2008: p. 62. Especificamente referindo-se ao agente provocador, cf. Meireis, 1999: 204 e Sousa, 2003: 1234.

99 Costa Andrade, 2006: 120-121.

100 Dias & Ramos, 2009: 23.

101 Dias & Ramos, 2009: 10 e 19-20.

102 A doutrina portuguesa refere ainda como fundamentos os princípios constitucionais da liberdade de ação e presunção de inocência, bem como o art. 32.º, n.º 8 da Lei Fundamental. Também na jurisprudência alemã o entendimento é o de que o *nemo tenetur se ipsum accusare* se funda no art. 1.º, n.º 1 da GG (princípio da dignidade da pessoa humana). Já a doutrina alemã funda o princípio no art. 2.º, n.º 1 da GG (direito ao livre desenvolvimento da personalidade), cf. Costa Andrade, 2006: 125-126.

entidades de investigação que o suspeito não seja tratado enquanto um objeto processual, instrumentalizando-o ao serviço da prossecução penal. Diante do conflito entre o interesse da investigação criminal e o princípio da dignidade humana, prevalecerá o segundo<sup>103</sup>. Neste sentido, entendemos que nas situações em que a ação das autoridades policiais provoca a decisão criminosa do suspeito, esta conduta abusiva dos agentes levá-lo-á a produzir prova contra si próprio, consubstanciando isto uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há uma clara diferenciação entre uma ação infiltrada, admitida pelo legislador mediante uma ponderação, e entre uma ação provocadora, que ultrapassa este juízo de proporcionalidade. Desde logo isto reflete-se na diferente responsabilidade subjetiva dos agentes. O legislador reconheceu uma causa de justificação – estado de necessidade justificante<sup>104</sup> – para a exclusão da ilicitude dos atos praticados pelo agente infiltrado. Já a ação do agente provocador não reúne os pressupostos para a inclusão nesta causa de justificação, pois o legislador excluiu do seu âmbito de aplicação os atos de instigação ou de autoria mediata (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001). Assim, a prática de um ilícito material pelo agente provocador, *v.g.* tráfico de estupefacientes, deverá originar uma proibição de prova no âmbito processual penal.

Entendemos que no ordenamento jurídico português existe um contínuo entre a ilicitude material e a ilicitude processual penal. Apesar de algumas incongruências axiomáticas já reconhecidas<sup>105</sup>, cremos existir uma consonância entre as duas realidades, levando a que a violação de uma norma substantiva pelos policiais resulte numa proibição de prova. Tal ocorrerá caso seja violado um bem jurídico-penal e esta violação não tiver sido sujeita a uma ponderação prévia feita pelo legislador ordinário, como seja na admissibilidade de buscas domiciliárias (art. 177.º do CPP), de escutas telefónicas (art. 187.º do CPP) ou na consagração de uma causa de justificação nas ações infiltradas (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001).

No caso *Teixeira de Castro v. Portugal*, visto que ocorreu uma provocação policial, encontramos-nos perante um método de prova proibido, na subcategoria de método enganoso. Os OPC criaram um erro no suspeito, pois ao apresentarem-se como adquirentes de estupefacientes conceberam uma falsa

---

103 Beling, 2009: 52.

104 Sobre o estado de necessidade justificante, cf., por todos, Figueiredo Dias, 2012: 438-463.

105 Pronunciando-se sobre a relação e estas incongruências, cf. Costa Andrade, 2006: 40-55.

representação da realidade. Depois acabaram por aproveitar-se desse erro para gerar um engano, manipulando a decisão e a vontade do suspeito e prejudicando a sua liberdade<sup>106</sup>. Fizeram-no através da sua insistência na aquisição da droga. O comportamento persistente dos agentes esteve na origem da resolução criminosa e na posterior prática do crime por Teixeira de Castro, que de outra forma não teria ocorrido. Sem esta conduta dos agentes o suspeito V.S. nunca os teria conduzido ao suposto fornecedor de droga (Teixeira de Castro), visto que num primeiro contacto este suspeito revelou não ter conhecimento de nenhum fornecedor. Há então um nexo de causalidade entre a provocação e o engano<sup>107</sup>. A conduta persuasiva e insistente dos agentes – provocação – levou a que a ação dos OPC ultrapassasse o mero erro quanto à realidade (fingindo serem adquirentes de droga), lesando a liberdade de decisão e vontade do suspeito, o que veio a gerar um engano que o conduziu à prática do ilícito e à produção de prova contra si próprio.

O recurso à provocação pelas instâncias de investigação criminal configura uma inversão dos princípios do Estado de Direito, e por isso deve ser afastada enquanto método de investigação criminal. A função do Estado é prevenir e combater a criminalidade, mas não ser fonte criadora da mesma. A verdade material e a eficiência da investigação criminal não poderão legitimar métodos de obtenção de prova que coloquem em causa a integridade das instâncias de prossecução penal, ao funcionarem como instigadores da conduta criminosa.

### **3. Proibição de utilização de prova**

Apesar de estarmos perante uma proibição de prova, importa questionar se esta implica uma proibição de valoração posterior, em sede de julgamento. Entendemos que no ordenamento jurídico português as proibições de prova se distinguem conceptualmente das proibições de utilização de prova<sup>108</sup>, o que significa que estas duas categorias devem ser analisadas em dois momentos distintos. Neste sentido, mesmo que estejamos perante uma proibição de prova, defendemos que se poderá efetuar um juízo de ponderação com vista à utilização da prova proibida. Isto será realizado em função do princípio da

---

106 Segundo Henriques Gaspar será entre a manutenção desta liberdade de determinação e vontade que se analisará a proibição de um meio de prova pessoal, cf. Gaspar, 2004: 47.

107 Defendendo também este requisito para que a provocação seja reconduzida à categoria de métodos enganosos, cf. Meireis, 1999: 213-215 e Sousa, 2003: 1220 e 1233-1234.

108 Costa Andrade, 2006: 191.

proporcionalidade<sup>109</sup>, entre os interesses individuais e os interesses estaduais no combate à criminalidade mais grave.

Se entendermos que as normas de proibição de prova possuem uma função disciplinar e dissuasora poderá ser mais difícil admitir um juízo de ponderação para a posterior validação das provas proibidas<sup>110</sup>. Durante a investigação criminal haveria um maior risco de ocorrerem proibições de prova, pois os agentes de investigação saberiam que aquela prova proibida poderia ser valorada posteriormente, mediante um juízo de ponderação. Um certo entendimento sustenta também que a ponderação dos valores constitucionais, fundadores das proibições de prova, se esgota no normativo processual penal<sup>111</sup>, após a ponderação realizada pelo legislador ordinário.

Todavia, cremos que as normas de proibição de prova superam esta dimensão preventiva, apresentando-se como meios processuais de tutela de direitos materiais<sup>112</sup>, ao protegerem bens jurídicos dos cidadãos face a condutas abusivas dos órgãos estaduais de investigação criminal.

Na gênese do próprio processo penal encontra-se uma ponderação entre os vários interesses em conflito, numa tentativa de encontrar o equilíbrio do caso concreto entre os valores da justiça e da segurança<sup>113</sup>. As normas processuais penais resultam de uma ponderação de princípios, entre a verdade material e os interesses estaduais no combate à criminalidade, e os direitos individuais de cada cidadão. Não raras vezes é possível observar uma colisão entre estes princípios. Dado que estes não têm uma natureza absoluta, casuisticamente, poderemos optar pela prevalência de um princípio face a outro, sem contudo declarar a invalidade do princípio afastado. Estabelece-se assim uma relação de precedência condicionada aos fins do caso concreto e às possibilidades fácticas, através de uma ponderação<sup>114</sup>. Importante é respeitar os subprincípios da necessidade, adequação, proibição do excesso e proporcionalidade *stricto sensu*.

O juízo de ponderação transcende a mera atividade legislativa e por isso o julgador poderá ser chamado a ponderar os interesses estaduais na prossecução

109 Alexy, 1996: 100-104.

110 Encarando as proibições de prova sob uma perspectiva disciplinar, cf. Mendes, 2004: 140, Morão, 2006: 612 e Silva, 2011: 138.

111 Morão, 2006: 588-589.

112 Costa Andrade, 2006: 188.

113 Figueiredo Dias, 2004: 45-46.

114 Alexy, 1996: 79-81 e 101.

de determinado crime, em relação aos direitos individuais violados no caso concreto<sup>115</sup>. Admitimos que em sede de julgamento os direitos fundamentais do arguido possam ser sujeitos a uma reserva geral de ponderação<sup>116</sup>, sendo comprimidos em função dos interesses estaduais *supra* individuais de proteção e segurança da comunidade. Isto verifica-se nos casos de criminalidade mais grave, como de terrorismo, onde a proteção de valores fundamentais do Estado e da comunidade admitem que possa haver uma manipulação da liberdade do indivíduo ao ponto de provocar a prática de um crime. Aqui a ação do agente provocador, apesar de limitar os direitos fundamentais do suspeito, é admissível mediante um juízo de necessidade. Se tal ação não tivesse sido realizada, isto poderia implicar sérios riscos de lesão de bens jurídicos fundamentais da sociedade. A ponderação justifica-se pela gravidade do crime e pelo seu grau de lesão.

Colocamos então a hipótese deste método proibido de prova ser valorado quando o agente teve de recorrer à manipulação da ação de um membro de uma organização terrorista, atuando como provocador. Influenciou então a decisão e a vontade do suspeito, lesando a sua liberdade e levando-o a praticar atos preparatórios, de tentativa ou de execução, o que possibilitou obter uma prova em flagrante delito. Por exemplo, o agente poderá ter provocado o suspeito para que este praticasse atos de tentativa de crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, como o desvio de um avião da sua rota normal (art. 287.º, n.º 1 do CP). Este é um crime de terrorismo, conforme o disposto na Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto), que integra o crime no seu catálogo, no art. 2.º, n.º 1 b), sendo punível nos termos do disposto no art. 4.º, n.º 1 da mesma lei. Esta ação poderá ter levado à descoberta de uma importante célula de uma organização terrorista. Se a prova não for utilizada no processo isto poderá comprometer a condenação dos arguidos pelo crime em causa, o que constituirá um sério perigo para a segurança da comunidade.

Apesar do juízo de proporcionalidade já ter sido realizado pelo legislador ordinário, os direitos fundamentais admitem, pela sua natureza, uma constante ponderação em face dos interesses em conflito casuisticamente. Ora, aquando da consagração das ações ocultas, o legislador efetuou um juízo de ponderação entre os interesses estaduais e os direitos fundamentais, sem conhecer as especificidades com as quais os agentes se poderiam confrontar aquando da

---

115 Ambos, 2009: 110.

116 Novais, 2006: 49.



realização da medida de investigação. Caso os agentes ultrapassem, no decorrer da investigação, os limites da proporcionalidade feita pelo legislador, estamos perante uma proibição de prova. Uma vez que ocorreu uma violação dos direitos fundamentais contemplados no art. 32.º, n.º 8 da CRP deveremos considerar que este é um método proibido de prova, nos termos do art. 126.º, n.º 2 a) do CPP, para que se possa assegurar a proteção destes direitos indisponíveis. Mas o sentido das proibições de prova, enquanto proteção dos direitos subjetivos, só será conservado se reconhecermos que esses direitos fundamentais continuarão a ser encarados enquanto mandatos de otimização. Por isso, poderão ser alvo de um juízo de proporcionalidade posterior realizado pelo juiz. Este tem agora todos os elementos que lhe permitem realizar uma ponderação adequada às especificidades circunstanciais.

Uma ponderação prévia efetuada pelos OPC no momento da ação de investigação, que os leve a recorrerem à provocação, gera uma utilização da mesma sem provas concretas. Mesmo que isto se funde em indícios razoáveis, no limite pode redundar em práticas discriminatórias<sup>117</sup>. Isto não acontece quando a ponderação é realizada pelo juiz, pois este possui já provas materiais. O dever do magistrado é agora otimizar os direitos fundamentais envolvidos. Após a provocação os agentes obtiveram provas da prática de crimes de elevada gravidade, por isso em audiência de julgamento o juiz, com todos os elementos fácticos, poderá já observar os direitos individuais violados, ponderando-os com os novos elementos descobertos. Estes pressupõem uma proteção dos interesses *supra* individuais na prossecução da criminalidade mais grave.

Em segundo lugar, admitimos também a valoração daquele método de prova proibido para fins de defesa do arguido provocado, em sede de julgamento. Os agentes provocadores recolheram provas contra o suspeito, logo este será acusado e constituído arguido pela prática de um ilícito material que praticou sem liberdade de decisão e de vontade. Apesar deste método de

---

117 Para melhor expressar a diferença da ponderação feita pelo juiz, por nós defendida, veja-se o atual contexto nos Estados Unidos, onde o recurso à provocação tem sido utilizado na investigação de crimes de terrorismo. Neste país, a realização de interpelações pelos agentes de prossecução penal – *stings* – não está sujeita a um controlo prévio feito pelo magistrado, ou a uma regulação legal. Mesmo que aqui possamos falar de um juízo de proporcionalidade prévia feita pelos agentes da polícia, nestes casos, a ação de provocação será de legitimidade duvidosa. Esta será baseada em *reasonable suspicions* que se poderão fundar em razões étnicas ou religiosas, correndo o risco de serem discriminatórias. Ainda assim a utilização do teste subjetivo, nestas situações, poderá servir para afastar a possibilidade de discriminações, pois os agentes deverão provar que havia suspeitas razoáveis prévias de que o agente tinha intenção de cometer o crime, não obstante pertencer a um grupo religioso, como o islâmico, conhecido pela prática de atos terroristas, cf. Roach, 2011: 1468-1469 e 1489.

prova ser proibido, e apenas poder ser valorado em julgamento na circunstância que acabámos de mencionar, ainda assim encontramos perante um processo formal, pelo que o provocado deverá responder em julgamento por uma acusação. A utilização da prova da provocação pela defesa poderá ser fundamental para afastar a sua condenação.

Só nestas situações excecionais se admite que este método de prova seja valorado, pois de outra forma estaríamos a admitir o recurso recorrente à provocação, enquanto método de investigação criminal. Este deve ser estritamente limitado a um juízo de ponderação realizado pelo juiz, mediante as circunstâncias fácticas *supra* referidas, pois esta medida de investigação compreende uma limitação à liberdade individual do suspeito.

No caso Teixeira de Castro a prova proibida apenas poderia ter sido utilizada para defesa do arguido em julgamento, com vista a provar que tinha sido sujeito a uma provocação. Realizando uma ponderação casuística, concluímos que neste caso os interesses individuais prevalecem sobre os interesses *supra* individuais no combate à criminalidade. A gravidade do crime em questão – tráfico de estupefacientes – e o seu grau de lesão, não nos levam a reconhecer a compressão da liberdade de decisão e de vontade do suspeito, e assim da sua integridade física e moral.

#### 4. O efeito-à-distância sobre as provas secundárias

Uma vez que não reconhecemos a utilização desta proibição de prova no caso Teixeira de Castro, importa perceber qual será a consequência desse vício nas provas mediatas obtidas posteriormente pelos agentes policiais. Neste caso, discute-se a possibilidade de tomar como válidas as provas mediatas obtidas através deste método de prova proibido. Estas são a droga, o dinheiro e a pulseira em ouro, encontradas na sequência da operação de revista e busca realizada após a provocação.

O efeito-à-distância teve a sua origem no Direito norte-americano, tendo sido pela primeira vez aplicado no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United* (1920)<sup>118</sup>, no qual se decidiu que as provas recolhidas através de uma busca ilegal não poderiam ser aproveitadas no processo em curso. Mas foi no caso *Nardone v. United States*<sup>119</sup>, de 1939, que a *fruit of the poisonous tree doctrine* foi definitivamente consagrada. Os inúmeros casos que a partir daqui surgiram

118 251 U.S. 385, 40 S.Ct. 182, 64 L.Ed. 319 (1920).

119 308 U.S. 338, 60 S.Ct. 266, 84 L.Ed. 307 (1939).

na jurisprudência norte-americana deram então origem a uma série de precedentes, que reconheceram algumas exceções a esta “doutrina dos frutos da árvore envenenada”<sup>120</sup>: “*independent source*” (*Silverthorne Lumber Co. v. United States*); “*attenuated connection*” (*Nardone v. United States*); “*but for*” (*Wong Sun v. United States*, de 1963)<sup>121</sup>; “*inevitable discovery*” (*Brewer v. Williams*, de 1977)<sup>122</sup>, e *Nix v. Williams*, de 1984<sup>123</sup>) e “*good faith*” (*United States v. Leon*, 1984)<sup>124</sup>.

As exceções da “*inevitable discovery*” e da “*independent source*” tendem a apresentar algumas semelhanças. Todavia, no primeiro caso, basta que seja provado que os órgãos de investigação podiam ter obtido a prova mediante uma fonte independente, autónoma e legal, não sendo necessário que o tenham realmente feito<sup>125</sup>.

Na doutrina alemã o equivalente da *fruit of the poisonous tree doctrine* encontra-se na teoria da mácula (*Makel-Theorie*). Mas aqui também tem sido maioritária a aceitação de restrições ao efeito-à-distância (*Fernwirkung*) da prova maculada, através de construções doutrinárias similares à “descoberta inevitável” da jurisprudência norte-americana. Estas assentam numa ponderação mediante a teoria dos “percursos hipotéticos de investigação” (*hypothetische Ermittlungsverläufe*)<sup>126</sup>. Aqui a exclusão do efeito-à-distância reside na possibilidade de obtenção da prova mediante um “comportamento lícito alternativo” (*rechtmäßigen Alternativverhalten*) ou através da “teoria do aumento do risco” (*Risikoerhöhungslehre*)<sup>127</sup>.

Mas reconhece-se que estas restrições ao efeito-à-distância deverão ser limitadas. Para tal foram concebidos diferentes juízos de certeza do caminho de investigação hipotético. Por exemplo, no caso do companheiro de cela, o BGH indicou que para afastar o efeito-à-distância basta que não tenha ficado

120 Costa Andrade, 2006: 170-172, Morão, 2006: 577-578, Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 764-780 e Thaman, 2011: 695-696.

121 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed.2d 441 (1963).

122 430 U.S. 387, 97 S.Ct. 1232, 51 L.Ed.2d 424 (1977).

123 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984).

124 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed.2d 677 (1984).

125 Tal como foi esclarecido pela jurisprudência norte-americana no caso *State v. Boll*, de 2002 [651 N.W.2d 710 (S.D. 2002)].

126 Grünwald, 1966: 495-497, Wolter, 1984: 277 e Rogall, 1988: 391-393. Na doutrina portuguesa, cf. Costa Andrade, 2006: 316.

127 Wolter, 1984: 277.

provado que sem a violação da lei os policiais não tinham obtido a prova mediata<sup>128</sup>. Na doutrina alguns autores exigem requisitos mais estritos, tais como um grau de convicção similar ao necessário para condenar o arguido<sup>129</sup>.

O efeito-remoto no ordenamento jurídico português foi reconhecido, pela primeira vez, na jurisprudência portuguesa numa sentença do Tribunal Judicial de Oeiras (Sentença do 3.º Juízo, de 5 de março de 1993, Processo n.º 777/91, 2.ª Secção). Este caso apresenta contornos similares ao caso objeto da nossa investigação, pois aqui o tribunal pronunciou-se sobre o efeito-à-distância das provas mediatas recolhidas numa busca domiciliária, após uma ação de provocação. O tribunal reconheceu o efeito-à-distância, fundando-se em dois argumentos: a colisão com o fim de proteção da norma de exclusão e a existência de complementaridade entre a prova mediata e imediata, facto que ficou provado no caso em questão<sup>130</sup>.

Na doutrina portuguesa alguns autores, posicionando-se contra a teoria dos “percursos hipotéticos de investigação”, optam pela teoria da “fonte independente”<sup>131</sup>. Mas esta teoria, ao exigir uma quebra da causalidade entre a prova primária e a secundária, e uma efetiva obtenção de prova independente, pode cair no risco de criar uma elevada obstrução ao processo penal. Se a atividade de recolha probatória já se revela, por vezes, bastante difícil, seria ainda mais complicado exigir que os OPC tivessem de realizar um percurso de investigação independente. Isto é bastante mais complexo numa ação oculta. Os policiais já revelaram a sua identidade, logo tornar-se-á complicado obter nova prova independente eficazmente, sem colocar em risco a sua integridade física. Em segundo lugar, mesmo que se recorram a outros métodos de investigação e a outros agentes, os suspeitos já terão conhecimento de que se encontram sob investigação, logo a eficácia da mesma ficará comprometida.

A consagração constitucional da doutrina dos “frutos da árvore envenenada” no ordenamento jurídico português reside no artigo 32.º, n.º 8 da CRP<sup>132</sup>. Neste

128 Cf. BGHSt 34, 362, disponível em *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989: 34.

129 Beulke, 1991: 670 e ss. Este entendimento é seguido na doutrina portuguesa, cf. Costa Andrade, 2006: 316.

130 Espírito Santo, 1992: 77-78.

131 Morão, 2006: 612-618 e Albuquerque, 2011: 339.

132 No mesmo sentido, cf. Morão, 2006: 596-601. Paulo Sousa Mendes defende a mesma posição, entendendo, todavia, que o art. 122.º, n.º 1 do CPP poderá ser invocado, mas apenas como argumento *a fortiori*, dada a independência entre o regime das nulidades e das proibições de prova, cf. Mendes, 2013.

sentido, o efeito-à-distância funciona como um mecanismo protetor dos valores constitucionais aí consagrados. No nosso entender, a exceção mais adequada a este entendimento do efeito-remoto é a “*inevitable discovery exception*”, pois através desta é possível continuar a assegurar a natureza das proibições de prova, enquanto protetoras dos direitos individuais. Reconhece-se uma exceção do efeito-à-distância, desde que se prove que a descoberta daquela prova seria inevitável e que poderia ter sido obtida de forma lícita, sem a violação dos direitos individuais dos suspeitos.

Ainda assim esta exceção deve conhecer algumas limitações<sup>133</sup>, sob pena de admitirmos a prova de qualquer “descoberta inevitável”, sem a comprovação de que seria realmente possível obter aquela prova de forma legal, sem a violação dos direitos subjetivos dos visados.

A jurisprudência norte-americana tem vindo a construir em diversos precedentes algumas exceções à “*inevitable discovery exception*”. Tendemos a acolher estes limites, como por exemplo o elaborado no caso *Nix v. Williams*, onde o *Supreme Court* indicou que a acusação teria de demonstrar, com um grau de probabilidade superior a 50 % (*preponderance of the evidence*), que a informação teria sido inevitavelmente descoberta, e que tal poderia ter sido realizado licitamente<sup>134</sup>.

No caso Teixeira de Castro poderia admitir-se a prova secundária, desde que os policiais conseguissem provar que a descoberta daquela prova mediata, através da revista, era inevitável e que poderia ter sido obtida de forma legal e autónoma, sem o recurso à provocação. Todavia, julgamos que mesmo que a investigação fosse mais morosa não seria possível chegar àquela prova se os agentes se limitassem a atuar licitamente, como agentes infiltrados e não como provocadores.

Neste caso, a operação de revista não carecia de autorização da autoridade judiciária competente, pois encontrávamo-nos perante um flagrante delito por crime ao qual correspondia uma pena de prisão, logo a necessidade desta autorização encontra-se excluída no art. 174.º, n.º 5, c) do CPP. O mesmo é aplicável à busca domiciliária noturna, que neste caso pode ser realizada apenas por OPC, sem necessidade de autorização do juiz, segundo o disposto

---

133 Paulo de Sousa Mendes defende o recurso refletido à “*inevitable discovery exception*”, através das suas limitações já reconhecidas pela jurisprudência norte-americana, sob pena de se anular o efeito preventivo das proibições de prova, cf. Mendes, 2013.

134 Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 776.

no art. 177.º, n.º 3, b) do CPP, pois encontramos-nos perante um flagrante delito de um crime com pena de prisão superior a três anos. Não obstante esta operação de recolha de prova poder respeitar os requisitos legais, sendo nesse sentido lícita, isso dependeria inequivocamente da existência de um flagrante delito. Ora provou-se que o suspeito que os conduziu a Teixeira de Castro não acedeu aos contactos com os agentes, enquanto estes atuaram primeiro como infiltrados. Só no momento em que a sua conduta objetiva começou a assumir contornos de provocação, através da insistência na aquisição da droga, é que os agentes conseguiram obter um flagrante delito que os conduziu à revista e à busca domiciliária, recolhendo deste modo a prova mediata. O flagrante delito, que poderia tornar legal a revista e a busca, decorre de uma obtenção de prova ilícita. Assim, não cremos que os policiais conseguissem provar, com um elevado grau de probabilidade, que teriam obtido aquela prova legal e autonomamente, sem a provocação que levou à verificação de um flagrante delito.

### CONCLUSÃO

A delimitação de fronteiras entre o agente infiltrado e o agente provocador revela alguma dificuldade, sobretudo devido aos desafios cada mais vez mais exigentes com os quais os órgãos de investigação criminal se deparam diariamente. Apesar de tudo, será a conduta dos agentes, objetivamente considerada, que deverá ser analisada na aferição de uma possível provocação.

Mas, mais do que almejar uma harmonização dos critérios desta distinção, será fundamental estabelecer as consequências ulteriores que esta poderá trazer para o processo. Como podemos observar no estudo de Direito comparado, um sistema onde a realização de uma ação provocada não represente efetivas consequências ao nível probatório, como o alemão, poderá legitimar o recurso ao agente provocador como uma medida admissível de investigação. Será então fundamental estabelecer consequências para o recurso a este método de investigação.

O TEDH encara a provocação como uma violação do princípio do processo justo, afastando a condenação do provocado. Já na ordem jurídica portuguesa a provocação deverá ser encarada como uma proibição de prova, inserida na subespécie de método enganoso. A ação do agente provocador implica uma interferência na liberdade de decisão e de vontade individual. Apesar do princípio da liberdade de prova, encontramos-nos perante um direito indisponível. Por isso este método de prova deve ser reconduzido à categoria das proibições

de prova, na subespécie de método proibido, nos termos do art. 126.º, n.º 2, alínea a) do CPP. Este é um método enganoso que viola o direito individual à integridade física e moral, contemplado no art. 32.º, n.º 8 da CRP.

Mas os desafios cada vez mais complexos da criminalidade poderão admitir que em situações-limite esta prova proibida possa ser utilizada. A provocação deverá ser primeiro entendida como um método proibido de prova, para proteger os direitos fundamentais violados, mas posteriormente esses direitos fundamentais poderão ser sujeitos a um juízo de proporcionalidade, perante outros interesses dignos de proteção. Quando estejam em causa crimes de maior gravidade, como o terrorismo, que coloquem em causa direitos *supra* individuais, esta prova pode ser valorada em sede de julgamento, mediante um juízo de ponderação realizado pelo juiz. Admite-se ainda esta utilização da prova proibida para efeitos de defesa do provocado.

Ao mesmo tempo, admite-se que a prova derivada da provocação não fique maculada pelo vício da prova proibida primária. Este efeito-à-distância será afastado quando a descoberta da prova mediata tenha sido inevitável, ao mesmo tempo que se deverá provar, com um grau de probabilidade superior a 50%, que era possível ter obtido aquela prova de forma legal e autónoma, sem lesar os direitos individuais do suspeito.

Aceitamos que para responder aos desafios da criminalidade organizada e mais complexa o Estado tenha de recorrer a agentes infiltrados nas ações de investigação criminal, mediante uma ponderação. Mas apesar da importância da consagração de requisitos materiais, como foi realizado pelo legislador português, será necessário que estes requisitos sejam mais exigentes. Como por exemplo, o recurso a agentes infiltrados deve circunscrever-se a ações de prevenção da criminalidade organizada e complexa.

Para evitar que os órgãos de investigação criminal se sintam tentados à criação da decisão e vontade delituosa, levando o suspeito a praticar um ilícito típico e assim obter prova contra si próprio, deverá existir um maior controlo preventivo, no momento da autorização das investigações ocultas e no decorrer das mesmas. Será então fundamental a realização deste controlo pelas autoridades judiciárias para que o princípio da eficácia não tenha primazia sobre a integridade pessoal do suspeito. Caso esta proteção preventiva se revele ineficaz, caberá ao processo penal de um Estado de Direito conceber consequências para os abusos policiais na obtenção de prova, fazendo ceder o princípio da verdade material perante o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à integridade e liberdade individuais.

No caso Teixeira de Castro encontramos-nos perante uma situação de provocação policial. Esta decisão do TEDH foi por isso fundamental, pois pela primeira vez este tribunal reconheceu que este tipo de conduta dos agentes policiais lesa os direitos individuais do suspeito, consagrados na CEDH, devendo por isso implicar consequências para o processo em curso.



**BIBLIOGRAFIA**

AA.VV.

1995 *Procédures pénales d'Europe: Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie* (ed. lit.: Mireille Delmas-Marty), Paris: Presses Universitaires de France.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> ed. at., Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALEXY, Robert

1996 *Theory der Grundrechte*, 3.<sup>a</sup> ed., Frankfurt: Suhrkamp.

AMBOS, Kai

2009 “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, in Ernst Beling, Kai Ambos & Óscar Julián Guerrero, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis, pp. 57-149.

BARRETO, Irene Cabral

2010 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

BELING, Ernst von

1903 *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

2009 “Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdade en el proceso penal”, in Ernst Beling, Kai Ambos & Óscar Julián Guerrero, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis, pp. 2-56.

BEULKE, Werner

1991 “Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 103, pp. 657-680.

2005 *Strafprozessrecht*, 8.<sup>a</sup> ed., Heidelberg: Müller.

CANOTILHO, J.J. Gomes &amp; MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I – Artigos 1.º a 107.º*, 4.<sup>a</sup> ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, A. M. Almeida

1999 Comentário ao artigo 217.º do Código Penal, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 274-310.

COSTA ANDRADE, Manuel da Costa

2006 *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, 1.<sup>a</sup> reimp., Coimbra: Coimbra Editora.

2009 “Métodos ocultos de investigação (pladoyer para uma teoria geral)”, in Mário Ferreira Monte *et al.* (org.), *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*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 525-551.

DIAS, Augusto Silva & RAMOS, Vânia Costa

2009 *O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora.

ESPÍRITO SANTO, Luís

1992 “Agente provocador – Os amigos da Guarda: Tribunal Judicial de Oeiras, 3.º Juízo, Sentença de 1993.03.05, P. 777/91, 2.<sup>a</sup> Sec.”, in *Sub Judice*, n.º 4, pp. 71-80.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2004 *Direito Processual Penal*, 1.<sup>a</sup> reimp., Coimbra: Coimbra Editora.

2012 *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, 2.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> reimp., Coimbra: Coimbra Editora.

GASPAR, António Henriques

2004 “As ações encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo”, in Centro de Estudos Judiciários (org.), *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43-53.

GONÇALVES, Fernando & ALVES, Manuel João & VALENTE, Manuel Monteiro Guedes

2001 *Lei e crime – O agente infiltrado versus o agente provocador – Os princípios do Processo Penal*, Coimbra: Almedina.

GÖSSEL, Karl Heinz

1991 “La búsqueda de la verdade en lo Processo Penal: aspectos juridico-constitucionales y politico-criminales” (trad. esp. por Miguel Polaino Navarrete), in *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 45, pp. 673-693.

1992 “As proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, pp. 397-441.

GRÜNWALD, Gerald

1966 “Beweisverbote und Bewertungsverbote im Strafverfahren”, in *Juristen Zeitung*, vol. 15/16, pp. 489-501.

HASSEMER, Winfried

1995 *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra – seguido de A segurança pública no Estado de Direito* (trad. por Carlos Eduardo Vasconcelos do

- original *Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, 1994), Lisboa: AAFDL.
- 2004 “Processo penal e direitos fundamentais”, in Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa & Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados (org.), Goethe Institut (colab.) & Maria Fernanda Palma (coord. científica), *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 15-25.
- HAUCK, Pierre
- 2012 “Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Prozessrecht der internationalen Strafgerichtsbarkeit: EU und Völkerstrafrecht”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 124, pp. 473-489.
- JÄGER, Christian
- 2003 *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München: Beck.
- JUSTO, Ana Rita de Melo
- 2006 “Proibição da prova em Processo Penal: o agente provocador: comentários”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, pp. 497-512.
- KAMISAR, Yale, LAFAVE, Yale, ISRAEL, Jerold & KING, Nancy
- 2002 *Modern criminal procedure: cases, comments and questions*, 10.<sup>a</sup> ed., St. Paul: West Group.
- LOUREIRO, Joaquim
- 2007 *Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1.º acórdão do T.E.D. Homem – 9 junho 1998 – Condenação do Estado Português*, Coimbra: Almedina.
- LÜDERSSEN, Karl
- 1974 “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?”, in Jürgen Baumann & Klaus Tiedmann (ed. lit.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts – Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr, pp. 349-371.
- MARTINS, A.G. Lourenço
- 2007 “Luta contra o tráfico de droga: necessidades da investigação e sistema garantístico”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 111, pp. 37-55.
- MATA-MOUROS, Fátima
- 2000 “Infiltrados fora da lei”, in *Sub Judice*, n.º 18, pp. 57-65.
- 2001 “O agente infiltrado”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 85, pp. 105-120.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves
- 1999 *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina.
- 2006 “Homens de confiança: será o caminho?”, in Manuel Monteiro Guedes Valente (org.), *II Congresso de Processo Penal* Coimbra: Almedina, pp. 81-101.

MENDES, Paulo de Sousa

2004 “As proibições de prova no processo penal”, in Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa & Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados (org.), Goethe Institut (colab.) & Maria Fernanda Palma (coord. científica), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 133-154.

2013 “Comparative exclusionary rules – Portuguese and Brazilian perspective”, Comunicação apresentada na *Conferência Internacional Proibições de Prova no Direito Comparado – Comparative Exclusionary Rules* (org.: Instituto de Ciências Jurídico-Criminais), na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Lisboa, em 5 de junho de 2013.

MEYER, Jürgen

1983 “Zur prozeßrechtlichen Problematik des V-Mannes”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 95, pp. 834-861.

1985 “Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht”, in Theo Vogler (ed. lit.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. II, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 1311-1322.

MEYER-GOßNER, Lutz

2004 *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 47.<sup>a</sup> ed., München: Beck.

MONTE, Mário Ferreira

1997 “A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no processo penal”, in *Scientia jurídica*, n.º 265-267, t. 46, pp. 183-202.

MORÃO, Helena

2006 “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, pp. 575-620.

NEVES, João Ataíde

2000 “Infiltrados dentro da lei”, in *Sub Judice*, n.º 18, pp. 45-56.

NOVAIS, Jorge Reis

2006 *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Lisboa: Coimbra Editora.

ONETO, Isabel

2005 *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, Rui

2005 “O ‘Agente Encoberto’ na Ordem Jurídica Portuguesa”, in Manuel Monteiro Guedes Valente (coord. científica), *I Congresso de Processo Penal: Memórias* Coimbra: Almedina, pp. 225-255.

PEREIRA, Sandra

2010 “A recolha de prova por agente infiltrado”, in Teresa Pizarro Beleza & Frederico da Costa Pinto (coord. científica), *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 137-159.

PETERS, Karl

1985 *Strafprozeß*, 4.<sup>a</sup> ed., Heidelberg: Müller.

ROACH, Kent

2011 “Entrapment and equality in terrorism prosecutions: a comparative examination of North American and European approaches”, in *Mississippi Law Journal*, vol. 80, n.º 4, pp. 1455-1490.

ROBERTSON, Geoffrey

1994 “Entrapment evidence: manna from heaven, or fruit of the poisoned tree?”, in *The Criminal Law Review*, pp. 805-816.

ROGALL, Klaus

1988 “Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß: Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs und Beweisverwertungsverbote”, in *Neue Zeitschrift für Strafrech*, vol. 9, pp. 385-393.

1998 “Questioni fondamentali in tema di divieti probatori”, in *L'indice Penale*, Ano 1, n.º 3 (NS), pp. 1065-1102.

2004 Comentário ao §136a do StPO, in Hans- Joachim Rudolphi (org.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, vol. 2, Neuwied: Luchterhand, pp. 137-185.

ROXIN, Claus

2008 *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires: Hammurabi.

ROXIN, Claus & SCHÜNEMANN, Bernd

2012 *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch*, 27.<sup>a</sup> ed., München: Beck.

RUDOLPHI, Hans-Joachim

1994 Comentário ao §110 c do StPO, in Hans- Joachim Rudolphi (org.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, vol. 2, Frankfurt am Main: Metzner, pp. 155-158.

SCHOOL, L.

1989 “La provocation policière en droit américain”, in *Revue de Droit Penal et Criminologie*, Ano 69, n.º 8-10, pp. 809-825.

SEELMANN, Kurt

1983 “Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 95, pp. 797- 833.

- SILVA, Germano Marques da  
1994 “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal”, in *Direito e Justiça*, vol. 8, t. 2, pp. 27-34.  
2003 “Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo”, in *Direito e Justiça*, vol. 17, pp. 17-31.  
2011 *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Verbo, 2011.
- SOUSA, Paulo Pinto de  
2010 “Ações encobertas: meio enganoso de prova?: o agente infiltrado e agente provocador: outras questões”, in *Revista do CEJ*, n.º 14, pp. 231-247.
- SOUSA, Susana Aires de  
2003 “*Agent provocateur* e meios enganosos de prova: algumas reflexões”, in Manuel da Costa Andrade (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1207-1235.
- THAMAN, Sthephen C.  
2011 “Constitutional rights in the balance: modern exclusionary rules and the toleration of police lawlessness in the search for truth”, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n.º 4, pp. 691-735.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes  
2009 “A investigação do crime organizado: buscas domiciliárias noturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações”, in Manuel Monteiro Guedes Valente (coord.), *Criminalidade organizada e criminalidade de massa*, Coimbra: Almedina, pp. 159-184.  
2012 *Teoria geral do Direito Policial*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.
- WHELAN, Maura F.J.  
1985 “Lead us not into (unwarranted) temptation: a proposal to replace the entrapment defense with a reasonable-suspicion requirement”, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, pp. 1193-1230.
- WOLTER, Jürgen  
1984 “Anmerkung zu BGH (NStZ 1984, 275)”, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 6, pp. 276-278.
- ZÖLLER, Mark A.  
2012 “Heimliche und verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 124, pp. 411-439.